

## ¿LO SABÍA?

### **Mendigos asociales y jueces irracionalista. Una sentencia jerarquizante en los años de plomo argentinos (1976-1983)**

El párrafo que a continuación se citará no fue escrito en tiempos del nazismo histórico, aunque ha sido dicho en un contexto venedículo, en el cual ciertas metodologías de poder, no tenían, en verdad, nada que envidiarle a aquél.

Así, en un fallo dictado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, sala V, del 15/12/1978, *in re* Masqueras, H. O., uno de los magistrados intervinientes, el Dr. Solimé, se ha expresado del siguiente modo: *"El mendigo es en realidad un paria social que se lo suele caracterizar con la expresión de 'asocial' o como 'molesto para la comunidad', pero que por regla general puede ser distinguido de los 'peligrosos' y formula sus demandas de limosna 'por el amor de Dios' o explotando cualquier defecto o habilidad, a lo que finalmente se habría. La propina por el contrario es para el hombre que trabaja, sea desempeñando labores fijas u ocasionales, en virtud de las cuales recibe esa gratificación voluntaria; tal el caso de los recolectores de residuos, o fin de uno"*<sup>1</sup>.

### **Sobre el jurista Ihering**

"...Hace algunos años leí en *La Nación* (30/9/1927) un artículo de Segismundo Münz, sobre el humor liberal de Bismark. Pero en realidad, más trataba de Ihering que de Bismark. Refiere Münz un episodio que pinta muy bien el carácter y la conciencia que tenía de su propio valer el profesor de Giessen (luego de Göttingen y de Heidelberg).

Con motivo de la entrega del título Honoris Causa a Bismark —encargo que cumplió Ihering por disposición de la Universidad de

<sup>1</sup> LL 1979-A-461 y ss., especialmente p. 467, desuadas en el original.

Gotingen—, el gran canciller, después de leer el académico documento redactado por Ihering en el mejor latín, creyendo honrar al autor del *Espíritu del derecho romano*, le llamó "colega". ¿Colega? Le respondió casi indignado Ihering. ¡No! ¡Su excelencia es solamente doctor honoris causa y yo soy profesor!

El secretario de Bismark, Rotemburg, allí presente, recordaba años después, que hasta ese momento no había visto nunca confuso a Bismark, pero que en esa ocasión lo vio. Ihering, entonces, con una sonrisa le devolvió la tranquilidad a Bismark, diciéndole: En lo jurídico estoy más alto que usted, pero en otro aspecto es usted una torre, y lo es en la ciencia y arte del gobierno y del Estado (por BIELSA, Rafael. "Jurídicas y sociales", *Revista Universitaria*, mayo-junio 1936).

#### **El art. 14 de la Constitución santiaguense: un triste ejemplo de la coincidencia entre la formalidad constitucional y su materialidad**

El 1 de abril de 2004 el Congreso de la Nación dictó la ley 25.881<sup>2</sup> mediante la cual se declaró intervenida la provincia de Santiago del Estero para garantizar la forma republicana de gobierno disponiendo la inmediata caducidad de los mandatos del Poder Ejecutivo y de los miembros del Poder Legislativo, y declarando en comisión a los miembros del Poder Judicial. Por su parte, el Poder Ejecutivo Nacional en cumplimiento del art. 2º de la antedicha ley dictó, en la misma fecha, el decreto 393/2004<sup>3</sup>. Asistimos así a la realización de actos cuyo contenido esencialmente político estará presente en el derrotero del efectivo ejercicio de la mentada intervención. Indicar lo contrario es negar el carácter de las relaciones que dan lugar a actos de tal naturaleza.

Así las cosas, la provincia de Santiago del Estero autodeclarada "precurso de la federalización argentina y de la organización nacional"<sup>4</sup> encuentra en su Constitución<sup>5</sup> un art. 14 que llama poderosamente la atención en tanto señala que:

*"En caso de intervención del Gobierno federal, los actos que se presenten practique deberán ser exclusivamente administrativos. Serán*

<sup>2</sup> BO 24/2004.

<sup>3</sup> BO 24/2004.

<sup>4</sup> Preamble de la Constitución de Santiago.

<sup>5</sup> BO 24/2004 (solución constitucional).

*válidas para la Provincia si hubieran sido realizadas de acuerdo con lo previsto por esta Constitución y las leyes de la Provincia. Sus funciones deberán limitarse a garantizar la forma republicana de gobierno, repeler invasiones exteriores o sostener o restablecer las autoridades constituidas si hubieren sido depuestas por la nación o por invasión exterior. En ningún caso podrá comprometer el patrimonio presente o futuro de la Provincia. Los magistrados, funcionarios y empleados nombrados por la intervención federal cesan automáticamente al asumir las autoridades electas, salvo confirmación o nuevo nombramiento de éstas. Los sueldos retribucionales, compensaciones, viáticos y demás adicionales del interventor federal, ministros, secretarios de Estado, subsecretarios y funcionarios no escalafonados designados por aquél, no serán abonados con fondos provinciales”.*

Ahora podemos preguntarnos si la idea de que una intervención federal pueda limitar su actuación a lo meramente administrativo es el ejercicio cumbre de la tradición constitucional positivista argentina o la muestra de una rivalidad histórica no resuelta que niega las bases que deben profunarse para que las declaraciones, derechos y garantías sean algo más que el fruto del ejercicio de la demagogia.

El habitante de la Nación argentina está acostumbrado, en materia constitucional, a incesantes discordancias entre la formalidad de lo escrito y el devenir material. Insólitamente asistimos a un ejemplo en el cual verificamos una relación de continuidad entre dichas perspectivas: el federalismo no se consagró aún como fórmula superadora de las circunstancias históricas que prohibieron la Constitución Nacional de 1853/60 en pos de la unión nacional. La realidad así lo muestra, la Constitución santiagueña lo confirma.

### ¿Corte Suprema visionaria o Ferrajoli copión?

En una sentencia pronunciada el día 28/4/1971, in re “Pedro Toribio Guzmán v. Provincia de Entre Ríos”, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha manifestado lo siguiente:

*“La doctrina de la Corte acerca de la renunciabilidad de las garantías constitucionales está referida a las que amparan derechos de contenido patrimonial, y no a aquellos instituidos en resguardo de otros derechos, como son los vinculados con el estatuto personal de la libertad”<sup>4</sup>.*

<sup>4</sup> Fallos, 274:281.

Más de veinte años después, en la bellísima Italia, Luigi Ferrajoli se ha expresado del siguiente modo:

“Los derechos fundamentales son derechos indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos. En cambio, los derechos patrimoniales —de la propiedad privada a los derechos de crédito— son derechos disponibles por naturaleza, negociables y alienables. Éstos se acumulan, aquéllos permanecen invariables”<sup>1</sup>.

En ambos casos, la pregunta que se impone es la siguiente: ¿si los derechos no son disponibles por su titular, por quién son disponibles en consecuencia? Y si no son disponibles por nadie, ¿son derechos u obligaciones?, o peor aún, ¿concesiones gratuitas del príncipe?

#### **¿Constitucionalismo social en 1815, cláusula del progreso encubierta o deberes positivos de actuación para los ciudadanos?**

Suele sostenerse que la primigenia consagración normativa de los principios que informan al llamado “constitucionalismo social” se produjo con las constituciones de Querétaro (México, 1917) y Weimar (Alemania, 1919).

Sin ingresar en la veracidad o falsedad de tales afirmaciones, como así tampoco en la génesis del ideario que barranta tal corriente de pensamiento, nuestro proceso constituyente decimonónico tiene algo que decir al respecto.

En efecto, uno de los primeros intentos (frustrados) que en materia de organización constitucional tuvo nuestro país, esto es, el denominado Estatuto provisional para la dirección y administración del Estado, dado por la Junta de Observación en 1815, contenía en su plexo algunas cláusulas curiosas para tal época histórica.

Dentro de la sección primera: “Del hombre en sociedad”, encontramos que, su capítulo VII: “Debenes del cuerpo social”, postulaba lo siguiente:

“Artículo I: El cuerpo social debe garantir y afianzar el goce de los derechos del hombre.

II. Aliviar la miseria y desgracia de los Ciudadanos, proporcionarles los medios de prosperar é instruirse.

<sup>1</sup> *Cfr. Derechos y garantías. La ley del más débil*, 1961, de Ferrajoli Luigi, Itálya y otros, Trotta, Madrid, 1994, p. 42 y ss.

III. Toda disposición, é Estatuto contrario á los principios establecidos en los artículos anteriores, será de ningún efecto”<sup>8</sup>.

El punto II de tal artículo obliga claramente a arbitrar todas las acciones positivas necesarias para posibilitar que la persona humana acceda a un mínimo de prestaciones básicas que le permitan subsistir y crecer.

Dado que el nombre del capítulo se refiere a “Deberes del cuerpo social”, nos queda la duda si además de consagrar un deber positivo en cabeza de los ciudadanos, también tal cláusula, y, en especial, las obligaciones que de allí emanan, pueden ser extendidas al propio Estado. El punto III pareciera abonar, apriorísticamente, esta última hipótesis.

Por tanto, ¿nos hallamos ante un deber positivo de actuación: un verdadero antecedente del constitucionalismo social que obliga al Estado a arbitrar dichos medios de subsistencia o ante una fuente de la llamada cláusula del progreso?

Más que un ¿Lo sabía? el interrogante precedente pareciera coronarse como un verdadero programa de investigación histórica.

<sup>8</sup> El texto completo del Estatuto en Suero, Arturo E., *Los constitucionales de la Argentina (1959-1971)*, Eudeba, Buenos Aires, 1973, p. 213, destacado agregado. Asimismo, cabe que mencionemos el artículo citado sin realizar ninguna modificación estilística.