

Como lo señalaba en el artículo anterior, no existe ningún fundamento para tener una constitución escrita, dotada de algún grado de rigidez —vale decir, con reglas más estrictas para su modificación que para el cambio legal en términos generales— excepto a partir de un ideal de gobierno limitado.

Es decir, sólo si se concibe la libertad individual como el resultado del funcionamiento de los órganos del estado dentro de límites bien definidos. Sin tales órganos establecidos, por supuesto, no hay libertad posible, y si sólo la ley de la selva, la comprensión de lo cual separa al liberal del libertario; pero sin fronteras bien demarcadas para el ejercicio del poder, tampoco puede haber libertad.

Entiéndase bien, no me refiero específicamente al Poder Ejecutivo. El Presidente es quien tiene la fuerza. Su juramento de respetar la Constitución se percibe fácilmente como una garantía de libertad. Nuestro pasado nos ha enseñado cabalmente a comprender la necesidad de acotar la esfera de acción de este funcionario a quien confiamos la jefatura de la Policía y las Fuerzas Armadas.

Tan hemos sentido esa urgencia, que reiteradamente hemos experimentado con estructuras especiales del órgano ejecutivo, en las que de una manera u otra ha participado su configuración pluripersonal. Es más fácil sujetar a un órgano colegiado a la regla de derecho, tal parece ser la hipótesis que se ha manejado. De tal modo, conforme a ella es posible poner en funcionamiento una vigilancia recíproca de los integrantes del ejecutivo, y evitar el peligro que la ambición y la soberbia de un jefe único es capaz de provocar.

La conformación del ejecutivo no integra mi tema de hoy, pero sí debo señalar que la idea del ejecutivo colegiado se ubica de alguna manera dentro de la tradición liberal de los controles y contrapesos (**checks and balances**) que como consagración concreta de derecho positivo escrito se remonta a la Constitución Federal norteamericana. De alguna manera, he dicho, y subrayado. Tal vez no sea la manera ideal, ni siquiera una manera medianamente recomendable.

Pero la idea básica de preservar la libertad poniendo vallas y cortapisas para hacer más difícil el ejercicio del poder estatal se halla presente, y aquella integra el tesoro de ideas liberales.

No se trata, sin embargo, de eso sólo. No alcanza con constreñir al ejecutivo. Un parlamento libérrimamente elegido, plenamente representativo de todos los matices de opinión, debe ser análogamente limitado. De lo contrario, no tiene sentido la constitución escrita y rígida. Basta un régimen parlamentario, en el que la mayoría del congreso pueda voltear al jefe del ejecutivo.

La cuestión es entre la convicción de que la mayoría es soberana, y la creencia alternativa en que el estado es un artefacto, para usar la expresión de Ortega y Gasset, que sirve para ciertas cosas, y no para otras, cuya acción sólo puede tener validez dentro de los límites establecidos por la constitución. Esta, en el sentido de un orden normativo superior, dotado de particular estabilidad, tiene que lucir superflua para todo

La nueva Constitución (II)

Gobierno limitado

partidario de la soberanía parlamentaria.

■ Dos conceptos del estado

Es esencial para la comprensión de este tema tener presente que hay dos orientaciones de filosofía política, perfectamente distintas, que influyen simultáneamente en el molde de las instituciones y en la historia política de Occidente. Una puede identificarse con el pensamiento de Jean-Jacques Rousseau y el otro con el John Locke.



Jean-Jacques Rousseau

El primero predomina en Francia, y el segundo en Inglaterra, si bien hay pensadores franceses que participan en la orientación anglicana, como Benjamin Constant y Alexis de Tocqueville, y autores ingleses, como Thomas Paine, que se enrolan en la orientación galicana.

Tanto Locke como Rousseau parten de un "estado de naturaleza" previo a la constitución de la sociedad política, del que los hombres



John Locke

emergen a través de un contrato, por el que transfieren a la comunidad algunas de las potestades de que gozaban individualmente con anterioridad, a cambio de protección contra la coerción arbitraria de los más fuertes, es decir, contra el azote de la humanidad en su condición natural.

Aquí, sin embargo, cesan las semejanzas. (En realidad hasta los "estados de naturaleza" de uno y otro pensador difieren sensiblemente). Para Rousseau, el contrato social entraña la renuncia total a una esfera de libre decisión individual. Luego de exponer su concepción del pacto social y sus cláusulas, expresa: "Estas cláusulas bien entendidas se reducen a una sola, a saber la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos a toda la comunidad. Puesto que, en primer término, al darse cada uno por entero, la condición es igual para todos, y al ser la condición igual para todos, ninguno tiene interés de tornarla onerosa a los otros (Du

contrat social, Lo. I, Cap. VI, énfasis agregado).

Y casi en seguida:

"... Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general; y recibimos como cuerpo a cada miembro en carácter de parte indivisible del todo" (Ibid., énfasis en el original).

Si el lector ha extraído la conclusión de que el estado de Rousseau posee un poder absoluto sobre sus súbditos, no se equivoca. Algo más adelante el ginebrino escribe:

"Igual que la naturaleza otorga a cada hombre un poder absoluto sobre todos sus miembros, el pacto social otorga al cuerpo político un poder absoluto sobre los suyos, y es este mismo poder que, dirigido por la voluntad general, lleva... el nombre de soberanía" (Ibid., Lo. II Cap. IV).

Es claro que la voluntad general, dotada del poder supremo que llaman con el augusto nombre de soberanía no puede estar sometida a leyes. El contrato roussoiano engendra la obligación de cada individuo con el soberano, pero no admite que el soberano se halle a su vez obligado: "... es contra la naturaleza del cuerpo político que el soberano se imponga una ley que no pueda infringir" (Ibid., Lo. I Cap. VII). Por lo tanto, la constitución como un orden jurídico superior, capaz de constreñir la voluntad de la mayoría —que aunque Rousseau nunca lo dice sólo puede concebirse como la expresión práctica de la voluntad general— no tiene cabida en el sistema político de este pensador.

Rousseau trata de las constituciones bajo la locución de "leyes políticas" o "leyes fundamentales". ¿Son reformables estos textos? Por supuesto que sí. Hay, para el filósofo de Ginebra, dos posibilidades. Si la organización del estado que se ha dado un pueblo es acertada, haría bien en preservarla, pero si no lo fuera, ¿en nombre de qué debería abstenerse de enmendarla? "Por otra parte —agrega— "... el pueblo es siempre dueño de cambiar sus leyes, aún las mejores; pues si le place hacerse daño a sí mismo, ¿quién tiene derecho a impedirlo?" (Ibid., Lo. II, Cap. XII).

Rousseau habla de libertad, pero en su sistema ésta no pasa de ser un valor nominal, carente de todo contenido. "De hecho", como afirma Bertrand Russell, "lo que estima es la igualdad, y procura alcanzarla aún a expensas de la libertad" (Historia de la filosofía occidental, Cap. XVIII). ¿Qué es la libertad para Rousseau? Es el derecho a participar en la formación de la voluntad general, tal vez también —si esto significa algo— el derecho a obedecerla. "Quienquiera que rehuse obedecer la voluntad general será constreñido a hacerlo por todo el cuerpo: lo que no significa otra cosa que se le obligará a ser libre" (Ibid., Lo. I, Cap. VII, énfasis agregado). ¿Obligarlo a ser libre? Efectivamente, es lo que dice el texto. Por tanto, libre de manera espontánea, para Rousseau, será quien ejercite el privilegio de obedecer.

Abramos ahora el "Segundo tratado del gobierno"

de Locke y nos sentiremos transportados a un mundo distinto. No entiendo qué cosa pueda significar que "me obliguen a ser libre" ni entiendo qué quiere decir la palabra libertad en la obra de Rousseau, pero Locke define ese concepto en términos tales que me hacen reconocer al instante el valor excelso y entrañable por el cual creo que vale la pena arriesgarlo todo sobre la tierra. Dice Locke:

"... la libertad de los hombres bajo el gobierno es la de tener una norma permanente conforme a la cual vivir, común a cada uno de los miembros de esa sociedad y dictada por el poder legislativo fundado en aquélla, la libertad para seguir mi voluntad en todo aquello en que la norma no prescribe lo contrario, y no estar sujeto a la voluntad inconstante, incierta, desconocida y arbitraria de otro hombre" (Segundo tratado... N° 22).

Característicamente, Locke se rehusa a aceptar la soberanía de ningún órgano ni ningún poder, como lo señala Friedrich A. von Hayek (La constitución de la libertad, Cap. XI). Al poder legislativo lo califica de "poder supremo en toda república" pero sólo para analizar en seguida sus límites (sobre los que volveremos) más allá de los cuales sus decisiones carecen de validez, y abren a los súbditos el derecho a la rebelión armada: "En todo estado y condición", escribe Locke, "el verdadero remedio contra la fuerza sin autoridad es el oponerle la fuerza" (Ibid., N° 155).

En el contrato lockeano el gobierno es parte de la convención, y se halla obligado por ella. El ciudadano ha cedido sólo derechos bien precisos, y ha retenido una órbita de libre decisión individual inalienable, que puede defender por todos los medios. Los poderes del estado pueden contrabalancearse recíprocamente, y un pacto (o constitución) que someta la voluntad de la mayoría a reglas numéricas especiales es válida (sobre esto último, Ibid., N° 99).

Locke fue el filósofo de la revolución gloriosa que derribó a Jacobo II en 1688, y sentó las bases de la monarquía constitucional británica. Fue asimismo el filósofo de la revolución independentista de los EE.UU. Ambos movimientos condujeron a la constitución de gobiernos limitados, con alta estabilidad política, notable independencia de los tribunales, y sólida preservación de la libertad individual en todos sus aspectos. Toda constitución que aspire a la realización de ese mismo género de valores tiene que hacer suya esa tradición liberal, en la que el pensamiento político de Locke se inscribe.

Rousseau fue el filósofo de la Revolución francesa, que condujo a la democracia jacobina y totalista de 1793, que desembocó en el Imperio, que desembocó en la Restauración borbónica, que por décadas y décadas alejó al pueblo francés de las bendiciones de la libertad.

Sin embargo, Rousseau es entre nosotros tanto más conocido que Locke. Todo montevideano sabe donde encontrar la populosa calle Juan Jacobo Rousseau. ¿Podría dirigirme usted a la calle Juan Locke? Todo esto dice

mucho. ¿No habremos estado idealizando a un pensa-

dor que cerraba el paso hacia la realización de un pleno orden cónstitucional? ¿No habremos tenido puestos los ojos, por años y años, en una tradición intelectual que no podía guiarnos por donde queremos marchar?

R.D.

Jurisdicción y Legislación (II)

por Carlos Anzorico

La hegemonía de la ley escrita como fuente de derecho no es un fenómeno nuevo en los países latinos modernos.

El centralismo legislativo conoció su época más intransigente en el Bajo Imperio Romano. Esta época, no es conocida como feliz para la humanidad, — y alguna vez con mucha justicia se le llamó de "el estercolero de la civilización clásica".

Para que cualquier norma, pueda llegar a producir consecuencias jurídicas en esta época, es necesario que tenga la aprobación del autócrata. Dice E. Bonilla en su Historia del Derecho Romano (pág. 123): "... En el Bajo Imperio absorbe tanto la fuente legislativa imperial que ni siquiera se admite eso que el derecho moderno impone al Juez, el de que debe fallar aún cuando la ley no se pronuncie sobre el caso en cuestión: el juez del Bajo Imperio en este caso tenía un recurso obligatorio, elaborado según ya sabemos, desde mucho tiempo atrás: el rescripto, es decir, consultar al soberano, para que éste por medio de rescripto exprese la norma que en el caso hay que aplicar".

El Digesto de Justiniano, expresa (párrafo 12. const. Deo Auctore: "Más esta nueva recopilación que con la voluntad de Dios se compondrá por vosotros, mandamos que lleve el nombre de Digesto o de Pandectas, sin que en lo sucesivo se atreva ningún jurisconsulto a aplicarle comentarios ni a introducir confusión con su vana palabrería en el compendio del mencionado código como se hizo en los antiguos tiempos, cuando por las contrarias opiniones de los intérpretes se perturbó todo el Derecho".

Desde luego que todo el sistema rígido y autoritario del Bajo Imperio saltó en pedazos ante una alternativa más compatible con el ser humano".

Las perentorias necesidades represivas del fin de la Edad Media, hacen necesario la vuelta al sistema de derecho romano.

El Maestro Couture, en su obra "Trayectoria y Destino del Derecho Procesal Civil Hispanoamericano", nos comenta el tránsito del Fuero Juzgo, que rigió durante la Edad Media española, a la Legislación de Partidas.

"La partida III, significa el tránsito de un derecho popular, vivo y hondo, a un derecho escrito, académico y romanizante". "... Desde el punto de vista político, es decir, en su fondo mismo de justicia, el derecho procesal de las partidas, no supera aquel equilibrio maravilloso de libertad y autoridad, característico del Fuero Juzgo".

El advenimiento del estado democrático, no ha cambiado la evolución hacia el centralismo creciente y la constante hegemonía de la ley ante la jurisdicción en los estados latinos.

Los teóricos del Estado Liberal previeron esta evolución del Estado Democrático.

Decía Jefferson: "El Poder Ejecutivo, en nuestro gobierno no es el único, ni quizás el principal objeto de mi solicitud. La tiranía de los legisladores es actualmente, y esto durante muchos años todavía, el peligro más temible. La del Poder Ejecutivo vendrá a su vez, pero en un período más remoto". (Carta de Jefferson a Madison 15 de marzo de 1789).

Tocqueville también afirma sin ninguna duda, que si el gobierno de la democracia corre algún peligro es por mal empleo de un poder irresistible más que por impotencia. Dice: "No hay que confundir la estabilidad con la fuerza, la grandeza de la cosa y su duración. En las repúblicas democráticas, el poder que dirige la sociedad no es estable porque cambia a menudo de manos y de objeto. Pero en todas las partes donde se ejerce su fuerza es casi insuperable". (La Dem. en América, Pág. 264).

También expresa: "Estoy convencido, que no hay naciones más expuestas a caer bajo el yugo de la centralización administrativa que aquellas cuyo estado social es democrático". (Op. cit. pág. 104).

Las precisiones de los fundadores de la teoría democrática fueron proféticas, y para demostrarlo podemos citar una excelente monografía del Dr. Mario Aurelio Risolia, cuyo título es muy significativo del contenido: "Grandeza y Desprestigio de la Ley".

Se denuncia en esta obra, el cesarismo legislativo: "Bajo la apariencia democrática, el poder cesáreo es la verdad social e institucional en distintos puntos de la tierra". (pág. 31).

"Para estos fines (la opresión del individuo), la ley escrita es un elemento irremplazable. Todos los regímenes cesáreos han tenido siempre una confianza ciega en la ley escrita. Si el poder político es revolucionario, aunque la revolución se cumpla bajo el rótulo de determinadas fórmulas legales, la facundia legislativa crece y la transgresión voluntaria de la ley asume la significación de un verdadero crimen".

Agregamos nosotros, que frente a este constante crecimiento del Estado frente al individuo, sólo el poder judicial puede constituirse en una custodia eficiente de las libertades individuales, y del derecho, muchas veces agredido por la legalidad.