

La constitución tiene su contenido natural: la organización de los poderes del estado y la definición de los derechos individuales frente al Estado. Su estabilidad reclama que sus disposiciones se atengan a ese contenido natural, sin desbordar en una dirección u otra. Dedicué el último artículo a ilustrar el principio de que debían evitarse las innovaciones, para proporcionar a la nueva Carta la cimentación invaluable que suministra la secular tradición constitucional de Occidente. Hoy voy a sugerir, qué clases de disposiciones, integrantes del texto vigente, deberían eliminarse del futuro.

Creo que las disposiciones que están sobrando en la Constitución actual pueden agruparse en tres clases: la clase de las **triviales**, que no tienen qué hacer en un documento jurídico de gran dignidad, y que no pueden menos que amenguar la jerarquía del que les dé acogida; la clase de las **polémicas** manzanas de discordia, actuales o potenciales, que no deberían figurar en un **corpus juris** que aspire a concitar el consenso del mayor número posible de ciudadanos; y, finalmente, la clase de los **antiliberales**, que reflejan una filosofía contraria al valor esencial que la constitución debería servir.

Como es obvio, las clases no son mutuamente excluyentes y se superponen en alguna medida. Esto no afecta, por supuesto, el sentido general de la argumentación. Una disposición puede ser a la vez trivial, polémica y antiliberal, aunque las cualidades segunda y tercera las poseerá en forma atenuada, si posee efectivamente la primera. Para alguno, sin embargo, la potencialidad conflictiva de la disposición será el rasgo dominante. Otro la encontrará ofensiva por pertenecer a una filosofía hostil a la libertad. Poco importa, sin embargo, bajo qué rótulo se opere la derogación, con tal de que la nueva Carta pueda verse libre del respectivo lastre.

■ Disposiciones triviales

¿Por dónde empezar? Las disposiciones carentes de toda importancia, ¡son tantas! Tal vez, sin embargo, ninguna pueda competir en trivialidad con el art. 77, inc. 2º, nº 9, 2º par. que dice así:

"Las listas y candidatos para ambas Cámaras y para Presidente y Vicepresidente de la República, deberán figurar en una hoja de votación. En hoja aparte, individualizada con el mismo lema, se votarán, conjuntamente las listas de candidatos a Juntas Departamentales, Intendentes y, en su caso, Juntas Locales Autónomas electivas."

Advierta el lector la minuciosidad del texto "...En hoja aparte, individualizada con el mismo lema..." ¿Qué tiene que ver esto con una Constitución? Pues nada, absolutamente. Al hacer la Constitución se trata de esculpir en roca los rasgos esenciales

De casa

A partir del próximo número se incorpora el Sr. José Gil Díaz al equipo de columnistas de *Busqueda*. El nuevo colaborador —quien no requiere otra presentación— analizará semana a semana para los lectores de *Busqueda*, temas económicos internacionales y doctrinarios.

La nueva Constitución (VI)

Lo que debe suprimirse (I)

del estado. El texto aludido es una instantánea de algunas de las facetas más perecederas de la estructura política del país. Lo útil de este ejemplo es que nos revela la relación entre trivialidad y y transitoriedad. Quienes cocinaron esta disposición, estaban pensando en la cena política de la noche, y no más allá.

Cuando se redactó la Constitución Federal de los EEUU no había aún Republicanos ni Demócratas. La institución de las elecciones primarias no era aún sospechada. Si los Padres Fundadores hubieran reflejado la realidad política de su momento histórico, su obra no llevaría dos siglos de vigencia. Por supuesto, lo que hicieron fue limitarse a los principios fundamentales (v. gr.: dos senadores por estado, los representantes en proporción a la población) y dejaron el detalle a normas de jerarquía menor.

Algunas de las más gruesas trivialidades de la Constitución uruguaya obedecen al hecho paradójico de que la constitución ha sido, de hecho, un instrumento más flexible que la ley. Las reformas constitucionales han nacido de pactos políticos. Los pactos políticos han suministrado mayorías que no han estado generalmente disponibles para la legislación ordinaria. Cuando se apruebe la próxima constitución habrá, una vez más, un pacto político. Es perfectamente natural que éste descienda a un considerable detalle. Es imperativo al mismo tiempo que ese grado de detalle no deforme otra vez la Constitución nacional.

Una solución práctica consistiría en aprobar dos documentos: la Constitución propiamente dicha, y un texto de apoyo, que no tenga jerarquía constitucional, y sea reformable por ley. Así, cuando la palabra "lema" deje de usarse en política, lo que algún día ocurrirá, o se vote con máquinas, y no haya más "hojas de votación", no será preciso poner en movimiento el augusto procedimiento de una reforma constitucional.

Un caso similar está representado por el conjunto de normas que estructuran el Tribunal de Cuentas y regulan los presupuestos, con increíble detalle. Por ejemplo, el 214, inc. 2º, lit. B, que dice:

"El Presupuesto Nacional se proyectará y aprobará con una estructura que contendrá:

B) Los escalafones y sueldos funcionales distribuidos en cada inciso por programa."

¿Puede usted creerlo? El Presidente de la República, al asumir su alto cargo, debe jurar "guardar y defender la Constitución de la República". ¿Había reparado usted que ese juramento engloba la promesa de distribuir los escalafones en cada inciso por programa?

Otra pregunta: Un documento que contenga esa clase de disposiciones, ¿puede inspirarle a la ciudadanía algo parecido al respeto reverencial que la Carta Fundamental de la República debería despertar en sus súbditos?

En cuanto al Tribunal de Cuentas, me parece claro que estructurarlo en la Constitución ha sido un medio para dar a la ciudadanía una falsa sensación de seguridad en cuanto al manejo de las finanzas públicas. El único

control presupuestal efectivo puede venir del órgano que aprueba el presupuesto. Si este órgano falla en materia presupuestal, como sin duda falló nuestro Parlamento, de manera radical, el organizar un control contable y darle jerarquía constitucional, no puede suplir la carencia. Hay que enfrentar la realidad: las finanzas públicas irán a la deriva mientras no haya un Parlamento que represente a los contribuyentes. De lo cual nos ocuparemos a su debido tiempo.

¿Hay una experiencia acumulada en el Tribunal de Cuentas que conviene aprovechar? ¿De hecho este organismo ha representado un muro de contención contra ciertos abusos (aunque no contra el desbarajuste final)? Conservémoslo entonces, en buena hora, hasta que tengamos una solución mejor. Fuera, sin embargo —las cosas en su lugar— de la Constitución.

También esta exclusión tendría que nutrir un cuerpo jurídico de apoyo, de naturaleza extraconstitucional. Muchas disposiciones triviales —todas las programáticas— pueden derogarse en cambio sin más trámite. Observe el lector este bello ejemplar, contenido en el art. 50, inc. 1º:

"El Estado orientará el comercio exterior de la República, protegiendo las actividades productivas cuyo destino sea la exportación o que reemplacen bienes de importación."

La trivialidad de esta disposición pertenece a la subclase de los sinsentidos. Lo que dice este texto es rigurosamente imposible de cumplir. ¿Cómo se protege a "las actividades productivas..." que

reemplacen bienes de importación"? Con un arancel, y cualquier otro medio que se utilice es conceptualmente reducible a un arancel. ¿Cómo afecta un arancel a "las actividades productivas cuyo destino sea la exportación"? Como un impuesto. Uno de los teoremas mejor conocidos de la teoría del comercio internacional dice que un arancel de importación produce exactamente los mismos efectos que un impuesto a la exportación y viceversa. ¿Cómo se protege a una actividad exportadora? Con un subsidio, y todo otro medio que se utilice es conceptualmente reducible a un subsidio. ¿Cómo afecta un subsidio a las actividades que sustituyen importaciones? Como un gravamen. Un teorema más general que el recién aludido dice que el gobierno no puede proteger a alguien sin desproteger a otros. ¿Qué pasa si se aplica un arancel a las importaciones y un subsidio a las exportaciones, simultáneamente, a la misma tasa? Tendría los mismos efectos que una devaluación y, salvo en el plazo inmediato, esos efectos se limitarían a una suba de precios. Nadie quedaría protegido ni desprotegido.

Como decía, pues, cuando el constituyente escribió la disposición transcrita, insertó en lo que debería haber sido el augusto texto, reservado para las normas de máxima importancia, una solemne vacuidad. Pero ello se nota relativamente poco, debido al bosque de trivialidades que rodea y oculta el árbol del sinsentido. Consideremos el artículo precedente, el 49:

"El 'bien de familia', su constitución, conservación, goce y transmisión, serán

objeto de una legislación protectora especial". Este texto integra la Constitución desde 1934. Esa legislación especial no fue dictada nunca. Hacerlo ahora sería difícil, porque prácticamente nadie recuerda ya qué significa "bien de familia". Yo creo recordar que es una alusión al "homestead" institución que tuvo su cuarto de hora en los EEUU y Canadá en el siglo XIX, pero no puedo asegurarlo. ¿Cómo y por qué se ha mantenido un texto semejante en nuestra (con perdón) Carta Fundamental? Yo diría que quienes han tenido la responsabilidad de redactar estos documentos se han abstenido de limpiar los escombros que quedaban del texto anterior por temor a que la ciudadanía comprendiera hasta qué punto había sido sorprendente antes en su buena fe, y se pusiera a leer con cuidado el nuevo texto antes de acudir a sancionarlo en las urnas.

Del otro lado del art. 50 (protección a todas las actividades productivas) leemos la garantía de protección al consumidor de servicios públicos. El art. 51, inc. 1º dice así:

"El Estado o los Gobiernos Departamentales, en su caso, condicionarán a su homologación el establecimiento y la vigencia de las tarifas públicas".

Después de haberse puesto en vigencia, ya ningún usuario de servicios públicos, gubernamentales ni privados, corrió ningún peligro de sufrir explotación.

¿Vale la pena continuar? Hay una disposición que ordena al estado combatir los vicios sociales (art. 47), otra que organiza la auxilioria de pobreza para los litigantes

sin recursos (art. 254), otra que organiza la Dirección de Servicio Civil (art. 60). Es como si el constituyente se hubiese percibido a sí mismo como un superhombre, venido tal vez de otro planeta por unos días, llegado en préstamo al Uruguay, a fin de dejarle, en un documento, el depósito de toda su sabiduría, para que ya en lo sucesivo, nadie tuviera que pensar, y sí solo ejecutar el programa allí estampado por el resto de la historia.

■ Disposiciones conflictivas

No debería haber mayor dificultad en eliminar toda esta sarta de trivialidades de la Constitución. Sólo haría falta que la gente se diera cuenta de que, en una Constitución, lo superfluo daña, igual que las adiposidades en un atleta. No estoy tan seguro de que la segunda serie de candidatas a la derogación pueda ser reconocida por tal con análoga facilidad. Merecería serlo, no obstante, porque sólo se trata de que la Constitución no contenga programa de política, menos aún en áreas sujetas a la controversia.

Voy a plantear como primer ejemplo el caso más difícil, porque huestes de mitos y tabúes militan contra mi tesis. El art. 71, inc. 1º, dice así:

"Declárase de utilidad pública la gratuidad de la enseñanza oficial primaria, media, superior, industrial y artística y de la educación física..."

La enseñanza no es gratuita. Todo sistema educacional es oneroso. La lluvia que fertiliza los campos, la belleza de un atardecer, el gesto solidario de un amigo, son gratuitos. Una operación docente, que insuere ingentes recursos valiosos, nunca podría serlo. De modo que la Constitución en este fragmento usa un lenguaje figurativo, lo que

(Pasa a pág. 20)

Justicia y burocracia (I)

por Carlos Aparicio

¿No le agrada el castillo? preguntó rápidamente el maestro. —¿Cómo? preguntó a su vez K., un poco desconcertado, y repitió más suavemente la pregunta: ¿Que al me gusta el castillo? ¿Por qué supone Ud. que no me gusta? —A ningún forastero le gusta, dijo el maestro.

Kafka.

Cristo nació en un pesebre, porque sobrevino el parto cuando sus padres iban camino a un censo, que algún burócrata romano había ordenado, y que comprendía todo el mundo conocido entonces.

Nunca se supo bien, para qué le sirvió al Imperio el tal censo, pero su existencia, revela la existencia de una activa e inmensa burocracia, que contribuyó no poco para el apocalíptico final de la hegemonía Romana en el Mundo antiguo.

En realidad la burocracia es una etapa e instrumento de un proceso de creciente centralización política.

Primero se centralizan los principios generales (leyes), luego, y a medida que las técnicas de manipulación colectiva se van perfeccionando, se desciende al detalle, y ya es posible ocuparse aún del mínimo caso individual (ordenanzas, decretos, actos administrativos, etc.), los registros de leyes aumentan enormemente su volumen, y las ciudades capitales su población. Se generaliza la desconfianza, y el sentimiento de soledad e impotencia del hombre ante el poder, se convierte en un hecho dominante de la vida psíquica social.

La democracia política, no cambia este esquema, y en algún caso, puede acentuarlo.

Jefferson en el campo de la política y Tocqueville en la filosofía estuvieron de acuerdo en que los regímenes democráticos, a menos que fueran correctamente contrapesados por las instituciones judiciales y la descentralización territorial, iban a extender en forma por demás rápida los grados de centralización política y administrativa.

Recuérdese la carta de Jefferson a Madison, ya citada (*Busqueda* 16 Jun. 82): "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".

Recuérdese también que en el mismo trabajo citamos a Tocqueville, en cuanto decía que: "Estoy convencido, que no hay naciones más expuestas a caer bajo el yugo de la centralización administrativa que aquellas cuyo estado social es democrático". Continúa este autor su razonamiento, diciendo que la democracia pudiera lograr los instrumentos idóneos de una absoluta centralización administrativa: "...no temo decirlo, en semejante república, el despotismo se volvería más intolerable que en ninguna de las monarquías absolutas de Europa. Sería necesario pasar a Asia para encontrar algo con qué compararla". (Cap. VII. La Dem. en América).

Los teóricos del Estado Liberal vieron claramente la dimensión de los únicos contrapesos que podían defender la libertad ante el Leviathan en su cuna: el Poder Judicial y la Descentralización Territorial.

Los Estados de organización jurídica romana, con Francia a la cabeza, prefirieron ignorar las advertencias, y crearon un liberalismo democrático híbrido, cargado de bonapartismo. Según la conocida frase de Cuoture: "Se hacen las constituciones mirando al futuro, y los Códigos mirando al pasado".

Al amparo de la distinción entre el derecho público y privado, y la teoría del acto administrativo ejecutivo, se forma el poder burocrático, como fenómeno político de primordial importancia.

Gran parte de los ataques que se efectúan contra la burocracia, apenas rozan la periferia del problema: eliminar las empresas estatales antieconómicas, disminuir el número de funcionarios públicos o de ministerios, puede ser algo innecesario, o algo que se imponga de suyo en la medida que se ajusten las relaciones de poder, y se dé al poder judicial el lugar que le corresponde en la marcha de la sociedad (incluido el Estado).

En el *Mal Latino*, de A. Peyrefitte, este autor comenta: "El sistema Burocrático es una jerarquía autoritaria de derecho, perversa por una indisciplina de hecho. Los Despachos u oficinas disponen del anonimato, del número, de la ausencia de toda sanción real." (pág. 317).

Cuando el protagonista de *El Castillo*, llega a la población en que alguien quiso contratar sus servicios, es tratado en forma prepotente por un funcionario de tercera categoría de una comunidad esclerosada por una rígida estructura burocrática y autoritaria. (Kafka. *El Castillo*).

Esta obra, una de las joyas del espíritu humano, describe exactamente el mecanismo que usan las jerarquías burocráticas de un Estado (*El Castillo*), para irse adueñando del alma nacional; cuál es el tipo de ciudadano que a la larga forman (la aldea); y las pocas opciones que el ser humano tiene de ser libre y autónomo (el agrimensor protagonista).

El mensaje del jurista Kafka desde la literatura, es similar al del filósofo inglés contemporáneo, pero en estos términos: "... Puede ser que las tendencias hacia la centralización sean demasiado fuertes para ser combatidas antes de que hayan llevado al desastre y que, como sucedió en el siglo V, el sistema deba derrumbarse totalmente, con todos los resultados inevitables de anarquía y pobreza, antes de que los seres humanos puedan adquirir de nuevo ese grado de libertad personal sin el cual, la vida pierde su encanto. Espero que no sea éste el caso, pero no cabe duda que así será, si no se comprende el peligro y se toman energías medidas para combatirlo". B. Russell, *Autoridad e Individuo*. Citado p. Bosch. *Proc. Administrativo en EE. UU.*

Corresponde a la constitución de la República el legítimo deber de responder al cuestionamiento de una realidad insostenible.

Para ello se impone la modificación íntegra del sistema de recursos, sometiendo a la administración a un sistema judicialista de contralor a priori.

¿Tendrá valor el constituyente para sacar a la República de la sombra de Napoleón?

La nueva Constitución

no es deseable. Traducida a lenguaje directo, la disposición dice algo bastante más complejo de lo que a primera vista parece. Según mi interpretación, viene a decir esto:

1) El Estado debe desarrollar directamente, mediante sus propios institutos, las actividades docentes que se mencionan en el artículo 71.

2) El costo de esas actividades debe ser cubierto íntegramente con fondos provenientes de impuestos.

3) Por lo tanto, la comunidad debe subsidiar a los alumnos que cursen estudios en los institutos del estado en un 100 % del costo de dichos institutos (mientras que el subsidio a los alumnos de los institutos privados se reduce, según el artículo 69, a reducir el costo de sus respectivos institutos exonerando a éstos del pago de impuestos).

En resumen, el art. 71, bajo la inocente apariencia de anunciar que algo va a ser entregado sin cargo en determinados lugares, está en realidad preceptuando que:

(a) el estado debe realizar toda una serie de actividades docentes, lo que excede del resorte natural de la constitución. (b) debe subsidiarse a ciertos alumnos pero a determinados otros no, o solo mucho menos.

Para algunos ciudadanos esta disposición hace trizas el principio de igualdad de las personas ante la ley que proclama el art. 10. ¿Qué razón puede haber para incluirla en un texto que no es la Constitución de los partidarios de la escuela laica, sino la de todos los uruguayos?

No estoy diciendo aquí, por supuesto, que el régimen de enseñanza oficial sin cargo deba abandonarse. Sólo que una solución polémica de algo que obviamente es un problema no debería figurar en la Constitución.

En materia de salud, para mí extrañamente, la Constitución se pronuncia en contra de la "gratuidad". El art. 44 inc. 2º dice:

"...El Estado proporcionará

gratuitamente los medios de prevención y de asistencia sólo a los indigentes o carentes de recursos suficientes".

Si en el Uruguay hubiera mayoría favorable a establecer un servicio estatal de salud totalmente universal, según el modelo británico, sin cargo para los usuarios, la Constitución operaría como un obstáculo. ¿Por qué? Yo creo que ese sistema es detestable pero no veo por qué la Constitución me va a dar a mí una ventaja sobre los que piensan de manera diversa.

Considere las tasas de interés. El artículo 52 dice: "Prohíbese la usura. Es de orden público la Ley que señale el límite máximo al interés de los préstamos. Esto determinará la pena a aplicarse a los contraventores".

¿Qué razón de ser puede tener esta disposición? Una respuesta posible es: la misma que explica la norma ya comentada, del artículo 50, que dice que hay que prote-

ger a la vez a los exportadores y a los productores de sucedáneos de las importaciones. O sea la ignorancia del autor de una y otra. ¿Hay alguna explicación?

La tasa de interés es un precio. La Constitución no dice que el gobierno debe ponerle tope a todos los precios. Muchos piensan que la tasa de interés es además un precio clave, llamado a desempeñar un papel crucial en el equilibrio interno y externo de la economía. ¿Por qué habría de tomar partido contra ellos la Constitución?

Finalmente, para cerrar esta lista de ejemplos de disposiciones polémicas cuya eliminación me parece indicada, mencionaré la totalidad de la Sección XI (arts. 185 a 205) que regula "los entes autónomos y servicios descentralizados".

No conozco ningún país en que deje de haber empresas estatales. A mí no me gustan, pero hay muchos que los consideran útiles. Pero no conozco otro país en

que las empresas estatales estén organizadas en la Constitución. La Constitución Nacional de la República Argentina, por ejemplo, no dice una palabra sobre empresas estatales. Esto no ha obstado para que el estado haya adquirido y organizado un conjunto realmente descomunal de empresas públicas.

Hay quienes creen que las empresas estatales son indeseables. Otros creen que la forma en que la Constitución organiza las empresas estatales es inconveniente. La Constitución es también para ellos, no sólo para los defensores de los entes autónomos como tales.

El origen del avance constitucional en esta área parece haber sido accidental. La Sección XI tiene su antecedente original en el artículo 100 de la Constitución de 1917.

Las empresas estatales se habían desarrollado ya considerablemente antes de

1917 (v. gr. BROU, BHU, BSE, y Usina Eléctrica, para referirme solo a los comerciales e industriales). A los adversarios de ese desarrollo, más duchos en derecho que en economía, se les ocurrió la peregrina idea de objetar que él era inconstitucional. Incurrieron en una obvia confusión entre una actividad estatal y una propiedad estatal.

El estado no fabricaba energía ni contrataba seguros, ni hacía banca comercial. Era dueño de empresas que hacían esas cosas. En lugar de argumentar así, los partidarios de la orientación cambiaron la Constitución, que en realidad era más fácil. Y de ahí en adelante, una determinada orientación de política económica, tanto en cuanto a la existencia de empresas estatales como a su peculiar organización que ellas revisiten en el Uruguay, integra la Constitución de la República. Sin que para ello exista la menor justificación.