

La nueva Constitución (VIII)

Los poderes del estado

La idea central de gobierno limitado ha estado guiando nuestros pasos. Básicamente, él nos ha dicho que una constitución no es un plan para hacer la felicidad de los súbditos, lo que es en cambio materia de sus individuales incumbencias; que de lo que se trata es de organizar el estado, como ente encargado de la provisión de servicios públicos, que la iniciativa privada no podría suministrar adecuadamente, y de proporcionar un marco a la actividad de los individuos declarando el derecho y haciéndolo cumplir. Dentro de este esquema el estado necesita de la fuerza con dos finalidades: en primer lugar, la de mantener el orden público, defender al país de agresores externos, y ejecutar las decisiones de sus magistrados; en segundo término, la de extraer de la población los recursos necesarios para el cumplimiento de sus cometidos sin depender del consentimiento individual. Debiendo depositar la fuerza pública en esta organización, surge de inmediato el problema de cómo restringirla, para evitar que el uso de la fuerza sea arbitrario. Todo esto puede resumirse diciendo que el propósito de una constitución

consiste en preservar la libertad de los individuos, ya que este fin requiere un centro de poder que ponga a aquéllos a cubierto de agresiones externas e internas, y cumpla los servicios públicos requeridos para que la vida en el territorio del estado pueda ser pacífica y ordenada; y al mismo tiempo ese centro de poder se comporte conforme a reglas preestablecidas y de público conocimiento, de manera que los individuos puedan preservar sus respectivos ámbitos de decisión exentos de intromisiones innecesarias.

Cómo pueden quienes carecen de fuerza sujetar a los que la poseen a no usarla sino dentro del cauce de reglas bien determinadas se acerca mucho a constituir un problema insoluble. Conscientes de ello, los autores de las primeras constituciones escritas concibieron un pueblo armado, capaz de rebelarse contra el poder estatal salido de sus márgenes constitucionales. Así el artículo 2º de la Declaración de Derechos, que pasó a integrar la Constitución Federal de los EE. UU. en 1791, proclamaba que "no se violará el derecho del pueblo de poseer y portar armas". Y más explícitamente, la Declaración de Derechos de Virginia había ya preceptuado en 1776, luego de sentar los principios de que el poder proviene originalmente del pueblo, y el gobierno es instituido "para el común provecho, protección y seguridad del pueblo", en su artículo 3º, que

"... cuando un gobierno resulta inadecuado o es contrario a (sus) fines, una mayoría de la comunidad tiene el derecho indudable, inalienable e irrevocable de reformarlo, alterarlo o abolirlo de la manera que juzgue más conveniente al bien público".

En el momento actual no creo que sean muchos los que se sientan inclinados a atribuir al derecho de rebelión suficiente alcance práctico como para intentar consagrarlo en el texto constitucional. Tenemos para ello demasiado presente la fuerza arrolladora de las armas modernas que sólo el gobierno puede poseer, y demasiado poca confianza en la capacidad de la población para actuar de la manera compacta que el principio presupone, sin lo cual éste se transforma en una invitación al caos.

No obstante, no es posible adentrarnos en el tema de los poderes del estado y su restricción conforme al derecho sin dejar bien sentado el principio de que, si el problema de sujetar a reglas a quien tiene el poder material por quienes carecen de él tiene solución, ella tiene que apoyarse decisivamente en la conciencia popular, y en la voluntad de la población de ser hombres y mujeres libres, suficientemente vigorosa y difundida. La libertad no puede imponerse; hay que ganarla, hay que merecerla, hay que velar (sí, velar, eso quiero decir) por ella.

La constitución no es un talismán, no es un objeto provisto de poderes mágicos. Implícitamente es un pacto entre gobernantes y gobernados, que éstos tie-

nen que estar resueltos, de alguna manera, a hacer cumplir.

Siempre ha sido así. El juramento de lealtad al monarca que pronunciaban los nobles del Reino de Aragón en la Edad Media decía poco más o menos así:

"Nosotros, que cada uno somos tanto como Vos, y todos juntos más que Vos, os aceptamos por rey y soberano, si juráis respetar nuestros fueros. Y si no, no".

Es un hermoso texto. Pertenece en forma directa a nuestra tradición constitucional, y todos los que hemos brotado del tronco hispánico de Occidente deberíamos estar orgullosos de él, a la vez que conscientes de su significado profundo, tanto en la sustancia como en la forma. Debería ayudarnos a encontrar el estilo justo para tratar a los gobernantes en una república de hombres y mujeres libres, la mezcla justa de cortesía y dignidad, que nos permita enfrentarnos, con respeto pero sin temor, para exigir la observancia de nuestras libertades. Lamentablemente nunca me fue mencionado en la escuela, primaria ni secundaria, este juramento de fidelidad, en que resplandecen algunas de las facetas más recias y bellas de nuestra tradición, ni creo que desde entonces haya ingresado su consideración en los programas oficiales. Aunque nada de esto sorprende, ya que nadie podrá afirmar que formar ciudadanos para la libertad pueda entreverse como una de las metas de nuestro sistema educativo.

Y vale la pena detenerse un instante más a observar la otra cara de la moneda — cómo se dirigían los monarcas de aquel reino a sus súbditos. Martín de Aragón, por ejemplo, a las Cortes Catalanas de 1406: "¿Qué pueblo hay en el mundo que goce de tantas libertades como Vosotros? ¿Y qué pueblo hay más generoso?"

El buen rey Martín necesitaba dinero. Quería que las Cortes le votasen más impuestos. Para predisponerlas a ello, ensalzaba la generosidad de los catalanes, de la que deseaba otra manifestación, y les recordaba los fueros de que gozaban, como el tesoro más preciado de aquella tierra.

Demos una zancada a través de los siglos. Llegamos a las postrimerías del siglo XVIII, y a los EE. UU. James Madison, en un artículo de una serie explicando la Constitución Federal, a la sazón pendiente de ser ratificada, se planteaba el mismo problema que nos tiene ocupados hoy. Más concretamente, se preguntaba qué garantías había de que el Congreso no votaría leyes en su propio provecho. Respondía que había cinco razones para pensar que los legisladores no querían discriminar a favor de sí mismos, y una sexta que les impediría hacerlo aunque lo quisieran. Las primeras cinco eran éstas (1) la calidad de las personas que podía esperarse que los electores seleccionasen; (2) la gratitud y el afecto de los elegidos hacia los electores; (3) el orgullo y la vanidad de los congresis-

tas, y el consiguiente apego a su fama; (4) las elecciones frecuentes; y (5) la comunidad de intereses de electores y elegidos. No son, sin embargo, como nosotros deberíamos saberlo de sobra, razones infalibles. ¿Qué ocurriría si fallaban? ¿Cuál sería la llave maestra que mantendría cerrada la puerta del privilegio arbitrario? Madison no dudaba: se trataba del espíritu viril y alerta del pueblo norteamericano, resuelto a no tolerar semejante vapuleo de sus derechos; un espíritu, en sus propias palabras "que nutre la libertad y es a su vez nutrido por ella".

No hay nada mágico en una Constitución, como decía hace un instante, y no hay ninguna presunción de que un pueblo que se desinterese de la libertad, o que sea sumiso, o medroso, ante el poder, pueda llegar a poseerla. Pero, ¿qué podemos hacer? Lo importante es que haya la posibilidad de que el pueblo dé su propia medida. Es imperativo que la Constitución no le confunda. Será útil que de alguna manera enfatice su responsabilidad. Luego será cuestión de trabajar. De escalar, trabajosamente, la pendiente. No alcanzaremos la cima en un día o dos. Ya he propuesto la imagen de un árbol tierno para representar la nueva Constitución. Es preciso que ella crezca. En su derredor, el amor a la libertad irá al mismo tiempo echando raíces en el seno del pueblo. El espíritu que alimentará la libertad, y recibirá de ella su alimento, como decía Madison, irá cobrando vigor.

Por el momento postulemos un pueblo que comprenda la libertad y sienta por ella un razonable apego, sin lo cual no valdría seguir escribiendo.

■ Un Ejecutivo fuerte pero limitado

En nuestra experiencia nacional reciente hemos tenido ejemplos variados y vívidos de qué significa un Poder Ejecutivo débil. En el período 1952-66 tuvimos el Ejecutivo pluripersonal, que era lo menos ejecutivo posible. Luego, sobre todo en el lapso 1968-71, vimo al Ejecutivo enfrentado a un Parlamento adverso, que derribaba sus Ministros, y ponía en jaque la estabilidad del propio Presidente. Todo ello en medio de enormes tensiones sociales y atroces turbulencias políticas. El Presidente Pacheco Areco, una personalidad fuerte al frente de una institución débil, superó la crisis estirando peligrosamente las disposiciones constitucionales que establecían poderes de emergencia. La excepción se transformó en regla. El país percibió que los frenos constitucionales, que se creían de hierro, eran en realidad de goma, y el respeto público por la Constitución descendió sin duda algunos escalones. Fue deplorable. Casi seguro, fue también necesario.

Estas experiencias hicieron que muchos uruguayos deseemos un Ejecutivo fuerte, pero no todos entendemos por tal la misma cosa. El proyecto de Constitución que el régimen "cívico-militar" propuso a la ciudadanía en 1980 pretendía alcanzar ese

objetivo dándole al partido del Presidente la mayoría absoluta del Parlamento, pero al mismo tiempo manteniendo, y aún reforzando, los elementos de parlamentarismo que contiene la Constitución. Me parece exactamente lo opuesto de lo que necesitamos.

Hay dos maneras paradigmáticas en que ese sistema podría funcionar, y las dos conducen a resultados indeseables. Una es la que inspiró la iniciativa, configurada por un Presidente en comunión con su partido, y por lo tanto en control del Parlamento. Este tenderá entonces a volverse, en el peor de los casos, un sello de goma de la Presidencia, y en el mejor, un colaborador del Presidente en la tarea de re-

visar proyectos y eventualmente reelaborarlos, como el actual Consejo de Estado. Esa no es la misión característica del Parlamento, según la percibimos a la luz de la tradición constitucional liberal.

Por supuesto, la misión de los Parlamentos que nos revela la historia no es tampoco la de legislar, una misión que empezaron a cumplir apenas en el siglo XIX. La función consustancial con su naturaleza tradicional fue la de votar impuestos, aprobar presupuestos y controlar su ejecución. En otras palabras, representar a los contribuyentes, y limitar el avance del poder estatal tirando de los cordones de la bolsa fiscal.

En este aspecto, el Parlamento de las últimas décadas en el Uruguay no cumplió en ninguna medida su cometido histórico. El Ejecutivo débil a que me refería hace un instante no lo fue

(Pasa a pág. 13)

Justicia y burocracia (II)

Por Carlos Aparicio

"Al fondo del laberinto (administrativo del poder) se agazapa un sistema de autoridad mal conocido: comprender sus resortes y sus efectos, es comprender el mal latino". A. Peyrefitte

La igualdad de los hombres ante el derecho, es uno de los principios más extendidos y aceptados de las constituciones democráticas.

No obstante, allí, se detienen los acuerdos. Existe un derecho público y un derecho privado.

Esta clasificación del derecho, desconocida y repudiada en los países anglosajones, es la base del pensamiento jurídico de las naciones latinas.

La clasificación, oculta la búsqueda de una legitimación de la primacía burocrática, o del poder ejecutivo, frente al resto de los hombres. Es en realidad una proyección de un pensamiento dogmático y jerárquico, de enorme trascendencia en todos los campos de la actividad humana.

El Dr. Hans Kelsen afirma sobre este tópico: "Este dualismo, lógicamente insostenible y sin valor científico, sólo tiene un alcance ideológico. Difundido por la doctrina del derecho constitucional, tiende a asegurar al gobierno y a los órganos administrativos que le están subordinados una libertad de acción deducida, por así decirlo, de la naturaleza de las cosas." Teoría Pura del Derecho. Eudeba, pág. 184.

Es curioso, como desde dos extremos nitidamente opuestos de la filosofía del derecho, se arriba a la misma conclusión. El Dr. Kelsen es el más distinguido representante del Neokantismo idealista, tesis expresamente refutada como esquema interpretativo general (ver Búsqueda 27/V/82).

La teoría del derecho público, trae de la mano, la teoría del acto administrativo ejecutivo, es decir, que la administración puede recurrir directamente a la fuerza pública para obtener el cumplimiento de resoluciones adoptadas en su doble calidad de Juez y parte.

En nuestro país, se requiere ley que autorice a la administración para usar la fuerza contra los administrados, pero las leyes dictadas en ese sentido son innumerables y abarcan prácticamente todos los campos de la actividad.

Una forma un poco elíptica, de lograr la ejecutoriedad del acto administrativo, es darle fuerza de título ejecutivo a las resoluciones del burócrata, con lo cual se reduce al Poder Judicial a una actividad de cobranza, de derechos u obligaciones determinados en otras sedes, y se obtiene en todos los casos la negación de la garantía de la intervención judicial.

Por esta vía, se crea la más importante excepción a la supremacía judicial consagrada en el artículo 12 de nuestra Constitución. Se ha creado toda una jurisdicción burocrática, donde el principio de la jerarquía y del abogado asesor, reemplaza, o pretende reemplazar, al de la independencia, y del magistrado letrado.

Los actos de la administración tienen no obstante la teórica revisión del Tribunal de lo Contencioso.

La actividad de este tribunal, ha resultado lenta e ineficiente. El art. 347 de la ley 13.318, instituyó la acción de amparo de pronto despacho, la cual permite una revisión concomitante y aún antes de producirse el perjuicio. Esta acción, que parece totalmente ineludible consagrarla en la nueva constitución, ha sido recibida en la Argentina por la vía jurisprudencial.

En nuestro país, el Tribunal ha seguido un criterio totalmente restrictivo para su admisión, y solo en contadas oportunidades, ha sido recibida.

En cuanto al contralor a posteriori, el mismo insume años. La jurisprudencia del Tribunal de lo Contencioso, niega a los particulares reclamar reajuste de las obligaciones contra el Estado, por lo cual, las sentencias que en definitiva dicta el Tribunal, son algo más que pronunciamiento doctrinarios.

El Dr. Alberto R. Real, recibe un amplio consenso, cuando expresa: "El mito del contencioso administrativo francés, o de inspiración francesa, como paradigma del Estado de derecho, se deteriora día a día en el país de origen y en los imitadores, como el Uruguay, por la tardanza de los litigios y las dificultades opuestas a la ejecución de la sentencia anulatoria, derivadas tanto de la mala voluntad y las chicanas de la Administración, como de los obstáculos, de hecho, creados en el tiempo de duración del litigio. La falta de efecto suspensivo de los recursos y de la acción de nulidad y la timidez en la aplicación de las excepciones a este principio, facilitan la permanencia eficaz de la ilegalidad". La Codificación del Derecho Administrativo General en Alemania Federal. Pág. 11.

Privatizar, pero con calma

"El País" del viernes 23 de julio se felicita por el hecho de que la ANP se haya apresurado a desmentir el rumor de su posible privatización. El puerto, sostiene el matutino, forma parte de los "servicios esenciales que como la salud o la energía eléctrica, no pueden quedar absolutamente en manos de los particulares". Y ya que no deben quedar "absolutamente", sostiene elípticamente el articulista, que no lo queden "relativamente" tampoco. ¿Qué fundamentos se ofrecen en apoyo de esta opinión editorial? Su autor invoca "las viejas clasificaciones de derecho administrativo", y en lo de "viejas" le asiste plena razón. En otros países, conceptos como los de "monopolio natural", "costos y beneficios externos" y "bienes públicos y privados", son los que se manejan actualmente para discutir sobre la esfera de ventaja comparativa del estado. El razonamiento que comentamos está, ciertamente, afectado de cierta obsolescencia.

Pero la cosa, en realidad, es más sencilla. El puerto de Nueva York es privado. El puerto de Hong Kong es privado. Más precisamente los muelles tienen una variedad de propietarios privados, que compiten entre sí. ¿Hay alguien que quiera insinuar que el sistema que hace funcionar algunos de los puertos mayores y más eficientes del mundo no serviría para el nuestro?

El mismo articulista se declara "decididamente partidario" de privatizar; lo que deba privatizarse... Los ejemplos que él mismo ofrece al respecto sirven para ilustrar la medida de su fervor privatista: la compañía del gas, ILPE y PLUNA.

Eso es todo.

La nueva Constitución

porque el Parlamento le negara los recursos financieros para poder cumplir sus cometidos. Al contrario, el Parlamento se convirtió en el centro expansivo del gasto público, en el gran promotor del déficit. La Constitución reconoció este hecho retirando al Parlamento la iniciativa en materia de gastos (art. 215) y reservándola al Ejecutivo: el lobo fue encargado de frenar los impulsos agresivos del rebaño.

Tampoco fue débil el Eje-

cutivo de los años '60 y '70 por no poder obtener del Parlamento las leyes que deseaba, como lo mostraré oportunamente. Fue débil más que nada porque sus Ministros estaban a merced de mayorías adversas y sólo permanecían en sus cargos por tolerancia de aquellas.

Es la estructura parlamentaria que nuestra Constitución tomó recién en 1942, apartándose de la sólida tradición presidencialista del Hemisferio Occidental, la

que estaba en la raíz de esa debilidad. Pese a ello, el proyecto de 1980 intensificaba, como decía, esa tendencia.

La otra manera paradigmática en que el régimen de este proyecto —mayoría parlamentaria automática para el partido de gobierno— es con escisión de ese partido, actual o potencial, en cuyo caso el Parlamento podía derribar al Presidente.

Faltando la unión compacta del Presidente y su bloc de parlamentarios, que los antecedentes de nuestra política no autorizan a dar por sentada, la Presidencia contraía inmediatamente una debilidad extrema.

No es eso lo que necesitamos. Necesitamos un Presidente sólidamente instalado en su cargo, por la sencilla razón de que habrá sido electo por la voluntad popular. El control sobre la política seguida, incluyendo el nombramiento de Ministros, debe permanecer en manos del Cuerpo Electoral, para ejercerlo en las oportunidades prescritas. El deseo de intensificar ese control puede llevar a considerar deseable la celebración de elecciones, parlamentarias o locales, durante el término del mandato presidencial. Pero la interferencia del Parlamento en los asuntos del

Ejecutivo (mientras éste no viole la Constitución, lo que ya es otra historia) no se ve como aconsejable a la luz de las ideas de la democracia liberal. La razón del parlamentarismo, en los países que impera, suele ser puramente circunstancial, reflejo del enfrentamiento histórico, de un cuerpo electo y una magistratura hereditaria.

Necesitamos un Presidente firmemente sentado en su silla, pero debemos exigir que su poder sea limitado. Limitado por una restricción presupuestal eficaz, porque la capacidad de los Ejecutivos de las últimas décadas para gastar sin tasa ni medí-

da fue sin duda el elemento disolvente básico que afectó la solidez de nuestras instituciones. Limitado en su capacidad para promover nueva legislación, porque la presunción de que toda ley nueva es una ley buena constituye una falacia colosal, aparte de una de las más dañinas que hayan perturbado nuestra convivencia. Y limitado por el derecho vigente, de una manera mucho más eficaz de la que nuestras instituciones actuales han podido garantizar.

El desarrollo de estas ideas suministrará la materia de los próximos artículos.

R. D.