

EL ESTADO DE DERECHO¹

Jaime R. Sapolski²

Resumen

El siguiente texto contiene la versión corregida de la exposición que hizo el autor el 5 de julio de 2020, en ocasión de las jornadas académicas efectuadas mediante mecanismos de reunión virtual, conmemorativas de la primera década de la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH.

La intervención realizada había sido dedicada al Dr. Miguel Ángel Semino, fallecido el día anterior, destacado cultor del Derecho Constitucional, distinguido profesor de la materia en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, con quien mantuvimos una antigua amistad.

El propósito de la exposición es el de efectuar un aporte sobre el significado y la vigencia del Estado de Derecho, desde una perspectiva general y, también, sobre la aplicación del concepto a la realidad nacional.

Palabras clave

Estado de Derecho, vigencia, aplicación.

1. Introducción

El concepto de “Estado de Derecho” constituye un aspecto central del análisis de la disciplina que tenemos el gusto de enseñar. Habitualmente decimos que, en realidad, comenzamos el curso reflexionando sobre el Estado de Derecho y que nos mantenemos dentro del tema, hasta el final del año lectivo. Considero que no perdemos rigor científico si asumimos una postura valorativa, afirmando que nos corresponde algo más que describir un conjunto de relaciones jurídicas, y que es pertinente defender las cualidades de un sistema que, lamentablemente, no se demuestra como el que se aplica, mayoritariamente, en el orbe. Es que, si el derecho como

1 Nota de Redacción: por tratarse de una conferencia adaptada, se omiten las citas.

2 Profesor Titular de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Udelar. Director del Instituto de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho, Udelar, desde el 18 de febrero de 2023. Consejero (s) de la Facultad de Derecho, Udelar, Orden Docente, 2022-2026, Miembro de la Asamblea del Claustro de la Facultad de Derecho, Udelar, 2021-2024. Contacto: jsapols@gmail.com

conjunto de normas no rige las formas de convivencia, el derecho como disciplina descriptiva no pasa de ser una mueca sarcástica.

En primer término, cabe señalar que no estamos hablando de una cuestión meramente jurídica, sino que esto tiene mucho que ver con la realidad fáctica, con las relaciones sociales y de poder que se dan en una sociedad determinada. No perdemos de vista que lo que importa es la situación de las personas, en general, de todas las personas, en su relación entre ellas, con el Estado y con el Gobierno y que no se trata de cultivar el análisis, podríamos decir un tanto estéril, de normas que pueden ser de escasa aplicación si la realidad se contrapone a lo que debe ser.

El concepto de “Estado de Derecho” permite distinguir sistemas de gobierno y modelos de Estado. Podemos sentir la satisfacción de considerar que el nuestro es un Estado de Derecho relativa y suficientemente desarrollado, aunque esto no significa que podamos echar las campanas al viento, que sostengamos que la misión está cumplida, que hemos alcanzado la perfección y que nada más queda por corregir.

Hay un momento en el que el derecho se articula con los hechos. Se establece un punto de unión en que lo que está en juego es la eficacia de las normas para regular una realidad que se acompase con lo que éstas disponen. Si no se consigue la concordancia con la realidad de un modo suficientemente eficaz, las regulaciones son algo emparentado con la literatura de ciencia ficción. Describen, en ese caso, una realidad tan hipotética como inexistente. Por esa razón no debe apartarse la mirada de la realidad y, tampoco, abandonar el análisis de los modos por los que el derecho pretende incidir sobre aquélla, escrutando si lo logra, en mayor o menor medida.

León Duguit afirmaba en su Tratado de Derecho Constitucional:

Poco importa la idea que se tenga del Estado...; hay que afirmar enérgica e incansablemente que la actividad del Estado en todas sus manifestaciones está limitada por un derecho superior a él; que hay cosas que no puede hacer y otras que es preciso que haga; que esta limitación no se impone sólo a este o aquel órgano, sino al Estado en cuanto tal... Lo esencial es comprender y afirmar, con indefectible energía, que hay una regla de derecho superior al poder público, una regla que le limita y fija sus deberes.

Por su parte, Karl Loewenstein, a quien las circunstancias lo transformaron en un testigo calificado de los excesos del poder, particularmente en su Alemania natal, advirtió nítidamente sobre la existencia de pseudo-constituciones. Decía en su “Teoría de la Constitución”:

Una mirada a ciertos documentos recientes que se llaman “constituciones” es suficiente para constatar la progresiva extinción del

sentido original de la constitución escrita. Un número creciente de Estados, que sólo en un sentido nominal y semántico son Estados constitucionales, alardean de poseer pulidos documentos constitucionales en los que no faltan ninguno de los accesorios de una democracia totalmente articulada. Durante el siglo XX, fue Iberoamérica el ámbito preferido en el que surgió la autocracia revestida de gobierno constitucional. Sin embargo, actualmente florece en muchos países la práctica de adornar la simple autocracia con una constitución escrita.

Esto lo escribía en 1957. En el siglo XXI, del que ya ha transcurrido una quinta parte, hasta hemos visto algún ejemplo en que se antepuso un llamado “Poder Constituyente” conformado por amigos del régimen, que fue empleado para aherrojar a un Poder Legislativo, que había sido electo en medio de las dificultades propias de un sistema represor y adverso.

El término Estado de Derecho se empezó a usar por un conjunto de autores alemanes que concebía el “Rechtsstaat” como un Estado en que el poder estatal se encuentra limitado, con la finalidad de evitar el abuso. Robert von Mohl utiliza la expresión en una obra publicada en 1833, “La ciencia política alemana de acuerdo con los principios del Estado de Derecho”, sin imaginar este autor liberal que prácticamente un siglo después en la misma Alemania se produciría la más radical retracción y divorcio con las bases del sistema de garantías que había concebido. Más adelante, Otto Bahr y Rudolph von Gneist desarrollaron el concepto haciendo hincapié en el principio de legalidad y en la necesidad de una Justicia independiente.

Se señala la inspiración kantiana que reflejaba el concepto desarrollado, y que partía de la base de que existen imperativos que deben pautar las conductas. Según esta perspectiva, no debe hacerse cualquier cosa sino lo que es correcto y debido. No a la *realpolitik*, y sí a lo que marca la norma o sea que lo jurídico condiciona a lo político y no a la inversa y sin olvidar, podríamos agregar, que nunca faltan tinterillos dispuestos a aportar interpretaciones que conformen la voluntad de aquellos a quienes les molestan los límites normativos.

La idea se vincula seguramente, con la corriente liberal constitucionalista que encuentra como hitos, el proceso independentista norteamericano, las nuevas ideas precedentes a la Revolución Francesa, obviamente no al terror en que derivó, y el proceso independentista sudamericano.

Montesquieu afirma en el “Espíritu de las leyes”:

Es verdad que en las democracias el pueblo, aparentemente, hace lo que quiere; mas no consiste la libertad política en hacer lo que se quiere. En un Estado, es decir en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y no ser obligado a hacer lo que no debe quererse. Es

necesario distinguir lo que es independencia de lo que es libertad. La libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan; y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder”. Comentando una cita de Cicerón que sostiene que los hombres deben servir a las leyes para poder ser libres, expresa Montesquieu: “Sí; cuanto más sometidos estemos a las leyes más libres somos; pero eso será cuando las leyes sean iguales para todos, cuando se apliquen a todos igualmente, lo que jamás se ha visto desde que existen leyes en el mundo. Sí; la sentencia ciceroniana es cierta cuando las leyes son justas; pero hay leyes que son trabas, que fundan privilegios, que amparan injusticias.

Thomas Jefferson manifestaba en la Declaración de la Independencia de las 13 colonias norteamericanas inglesas respecto de la metrópoli:

Consideramos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales, que son dotados por el Creador de ciertos derechos inalienables; que entre éstos están el derecho a la vida a la libertad y a la búsqueda de la felicidad; que para garantizar estos derechos se instituyen entre los hombres los gobiernos, cuyos poderes legítimos derivan del consentimiento de los gobernados, que siempre que una forma de gobierno se haga demoledora de estos principios, el pueblo tiene derecho a reformarla o abolirla e instituir un nuevo gobierno que se funde en dichos principios, y a organizar sus poderes en la forma que juzgue más conveniente para lograr su seguridad y felicidad.

En realidad, a algunos les llevó mucho tiempo advertir que todos los hombres son creados iguales y hay quienes todavía no se han dado cuenta, pero no puede dejar de reconocerse la sustancial virtud de esta proclama.

Y acá, entre nosotros, a algunos metros de aquí, en este paraje de Tres Cruces en que estoy ubicado, el 4 de abril de 1813 resonaban las siguientes palabras:

Aún falta una salvaguardia general al derecho popular. Estamos aún bajo la fe de los hombres y no aparecen las seguridades del contrato. Todo extremo envuelve fatalidad: por eso una confianza desmedida sofocaría los mejores planes; ¿pero es acaso menos temible un exceso de confianza? Toda clase de precaución debe prodigarse cuando se trata de fijar nuestro destino. Es muy veleidosa la probidad de los hombres; sólo el freno de la constitución puede afirmarla. Mientras ella no exista, es preciso adoptar las medidas que equivalgan a la garantía preciosa que ella ofrece.

Y esa es, en principio, la idea del Estado de Derecho. La consideración de un orden normativo que contenga el poder, que atribuya reglas claras y previsibles y que habilite la convivencia, partiendo de que la vida de cada uno vale por igual, sin distinciones.

Nos encontramos ante una cuestión que tiene que ver con el ejercicio del poder. ¿Y qué es el poder? Es la posibilidad de imponer una voluntad, estableciendo cauces para que las cosas sucedan de determinada manera, modificando el entorno o conservando una situación anterior. Implica disponer de los medios necesarios, para alcanzar los efectos antedichos.

En el medio social, el que refiere a los seres pensantes, tanto los emisores como los destinatarios del poder son sujetos supuestamente racionales, a pesar de que esto sea probablemente discutible, dada la existencia de motivaciones ilógicas que determinan, en gran medida, la conducta de los seres humanos. Hay una relación de poder cuando la conducta de determinados sujetos aparece determinada por otros, aún en el caso de que dicha determinación no sea del todo consciente para los receptores, como cuando operan mecanismos de publicidad subliminal o se consigue un empleo de los medios de comunicación capaz de producir respuestas subconscientes. La negación del Estado de Derecho es el ejercicio abusivo del poder. Permítasenos señalar que, a nuestro juicio, se compromete la vigencia del Estado de Derecho tanto cuando los agentes públicos abusan del poder que tienen confiado como, asimismo, el abuso proviene desde el ámbito privado y el Estado no consigue contenerlo, incumpliendo su cometido esencial. No habrá Estado de Derecho si no hay Estado.

En definitiva, el poder se ejerce para tratar de alcanzar determinados recursos existentes en el medio social, de canalizarlos, buscando que se apliquen a determinados fines y evitando que se destinen a otros.

El poder político es generalmente buscado en procura de tales recursos, para ejercer influencia en los demás, satisfaciendo un oscuro impulso que tiene un precedente hondo en, incluso, otros estadios de la escala zoológica. Es conocido el papel del jefe de la manada, el que come en primer lugar, en especies supuestamente inferiores dentro de la escala zoológica. Probablemente, los seres humanos no hayamos conseguido desprendernos del todo de esos impulsos subterráneos.

Esto no significa desconocer las buenas intenciones de muchos de los que pretenden alcanzar una cuota del poder político. Seguramente, estén convencidos de que su causa se identifica con “el bien”, o “la verdad” y que su acción es justa. No obstante, vale la pena analizar cuánto de satisfacción concupiscente hay en la pugna por causas, en apariencia superiores tales como las reivindicaciones sociales, o la felicidad de la mayoría. Cuando no, en algunas reivindicaciones disparatadas como las que consagran la

supremacía de determinado credo. Simplemente cabe tomar conciencia y prevenirse del nacimiento de una nueva clase dominante que rápidamente aprende a disfrutar de la preeminencia del poder. “Ahora mandamos nosotros” dirán los personajes que pululan, en particular cuando se obvian los controles determinantes del “Estado de Derecho”.

2. Estado y Estado de Derecho

Ante todo, el Estado de Derecho es una forma de organización del Estado y, por ende, para comprender el primer término de esta expresión, “Estado de Derecho”, debe acordarse un significado para la segunda: “Estado”. Existe una plétora de perspectivas sobre el concepto de Estado. Nosotros nos hemos inclinado por considerarlo un gran distribuidor de los recursos existentes en una sociedad determinada, compartidos, en diversa medida, por sus habitantes, y con potestades de imposición por medio del establecimiento de sanciones jurídicamente establecidas.

El Estado podría parangonarse a un buque factoría que cuenta con un comando, una tripulación, un derrotero, una actividad de carácter económico a cumplir, con la posibilidad de escorar y hasta la de hundirse como consecuencia de una mala maniobra. Esta alegoría es útil para describir y reflexionar sobre la forma en que se designa a la oficialidad, designación que será democrática cuando resulte de la decisión mayoritaria de quienes navegan, en un derrotero por el que se transcurre colectivamente. Sirve para considerar, en función de las condiciones acordadas, las condiciones que deben reunir las personas que se embarcan y cuáles serán las que se desembarcan, sobre la integración en una flota con otros buques y los derechos de los navegantes a compartir el objeto de la pesca y en qué proporción, insistiendo con la representación alegórica.

El Estado de Derecho se vincula con una situación en la cual existen reglas claras, consabidas, de aplicación previsible, respetuosas de los derechos de todos y cada uno de esos supuestos navegantes, que son reglas referidas a los aspectos señalados, y que se dictan para su cumplimiento.

Lo que es cierto es que no hay Estado de Derecho si no hay Estado y que un Estado fallido es apenas una mera apariencia que carece de sustancia.

3. Estado de Derecho y Democracia

Merece señalarse la fertilidad del concepto de Estado de Derecho. Es habitual sostener que los conceptos de Democracia y de Estado de Derecho son sinónimos. Pero, siendo conceptos claramente vinculados, puede anotarse un matiz diferencial entre ambos. Si “democracia” proviene del

antiguo griego y significa “poder del pueblo” (*demos* = pueblo, *kratos* = poder), habría un matiz y una perspectiva diferente cuando nos referimos al Estado de Derecho. De todos modos, no hay Estado democrático sin sociedad democrática y no hay ni el uno ni la otra si el poder radica en los caprichos de autoridades que lo ejercen en función del arbitrio de su voluntad incontrolada y legitimada en el mero uso de la fuerza, de la tradición o, incluso, de alguna superchería mitológica. En definitiva, la aplicación de las normas depende, mucho más de su aceptación social que de su consagración formal.

Si “democracia” significa gobierno del pueblo, reconozcamos que el gobierno directo por el pueblo es, salvo la excepción de algunas escasas decisiones de especial importancia, prácticamente imposible. Lo habitual es que gobiernen los representantes de la ciudadanía electos en comicios que atraviesan el tamiz del respectivo sistema electoral. Las elecciones son, particularmente para el elector no especialmente formado, o sea para la enorme mayoría de los electores, una especie de torneo de simpatías en que resulta trascendente el papel de los medios de comunicación, incluyendo ahora, sus nuevas modalidades. Inciden, en cierta proporción, los mensajes que se difunden y hay, por cierto, técnicas para transmitirlos, que pueden tener un contenido más o menos falaz. Si los totalitarismos que se asentaron en la primera mitad del siglo XX supieron valerse de la tecnología que había irrumpido en su época: radiodifusión, cine, parlantes, actos masivos, por ejemplo, ¿a dónde podrían haber llegado si hubieran dispuesto de los actuales “bots”, “trolls” y toda la basura afín?

Cuando uno recuerda la frase cúlmine de Abraham Lincoln en la oración de Gettysburg, del 19 de noviembre de 1863, “esta nación, bajo Dios, renacerá con la libertad –y que el gobierno del pueblo, por el pueblo, para el pueblo no desaparecerá de la tierra” se encuentra con una expresión poderosa, aunque es posible interrogarse sobre su exactitud. Es difícil imaginar un gobierno del pueblo y por el pueblo, a menos que suceda en la realidad que ese gobierno esté desempeñado por los representantes libremente electos por dicho pueblo (o la nación en la expresión de nuestro derecho constitucional). Aun así, es posible el surgimiento de desviaciones, intereses espurios y mezquinos, que favorezcan, por ejemplo, la visibilidad de figuras políticas que emergen, mediante campañas publicitarias encubiertas que se financian con fondos públicos, que podrían haber tenido un destino más útil para la comunidad que es, también, el contribuyente financiador.

La expresión “populismos” se adecua a la realidad de un estado neo-confesional. Por allí transita, por ejemplo, el más acendrado de los fascismos. Hay siempre, en estos casos, una ideología que justifica el por qué

algunos ejercen el poder y, por ende, acceden a sus atributos: influencias privilegiadas que facilitan el ascenso social, ventajas prebendarias, la satisfacción de gastos privados como si fueran de interés general, el nepotismo, el clientelismo y un largo etcétera. Todo esto, en nombre de un pueblo al que se lo intenta conformar, la mayoría de las veces con prestaciones de baja entidad, o simbólicas, que suelen ser menos costosas. Se intenta convencerlo repartiendo un poco de pan, obviando formas posiblemente más dignas de obtenerlo. Se procura generar la convicción de que otras vías serían aún peores y se aporta mucho circo. Peor aún, se brinda la posibilidad de sufrir una escasez atenuada, cuando la alternativa, para los que no adhieren, consiste en la miseria. Eso sí, acceso generalizado a, por ejemplo, las gestas deportivas que ayudan a olvidar o disimular las urgencias inmediatas, y alguna valija voladora, repleta de divisas que conviene ocultar y que fortalece las finanzas de quienes han sido agraciados con una cuota de poder.

Y cuando alguien ejerce el poder, nunca faltan los que se le adhieren, con la expectativa de verse favorecidos por las migajas que pudieran derramarse. De pronto se llega a concitar la adhesión de una mayoría, pero eso no garantiza la existencia de un Estado de Derecho. Basta con exacerbar la rapacidad heredada a partir de nuestro origen primitivo, silenciar el imperativo ético y aportar un pretexto para desplazar al otro, quedándose incluso, con su posición social y con su patrimonio, aduciendo, por ejemplo, que integra una subespecie perniciosa e inferior, una oligarquía explotadora enemiga del verdadero pueblo, o porque es el otro que hay que enfrentar, en una relación de “amigo-enemigo”, o cualquier otra maldad ideológica de parecida especie, justificadora de la situación de privilegio. También aparecen justificaciones de base más o menos cierta que pueden contribuir a acallar una mala conciencia cuando hubo apartamientos de lo que debía hacerse: “obedecía órdenes”, “no tenía más remedio”, “yo tenía que vivir de algo”, etc.

Entonces, aunque se pueda invocar la opinión popular mayoritaria, tampoco se conforma un Estado de Derecho. Se ha mencionado la tiranía de la mayoría, aunque por lo general, la mayoría tiene un rol pasivo que sirve para justificar la actuación de los poderosos que emergen y se destacan, entre otras cosas porque son colocados en un altar que los transforma en una forma de objeto de culto.

El derecho civil ha desarrollado el concepto de simulación que es trasladable a nuestro análisis. No es Estado de Derecho el que falsea el ejercicio institucional, como decía, con otras palabras, Loewenstein.

Por cierto, que los conceptos de “Estado de Derecho” y “democracia” no se contradicen. Expresa certeramente el artículo 21 de la Declaración

Universal de Derechos Humanos proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución del 10 de diciembre de 1948:

1. Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.
2. Toda persona tiene el derecho de acceso, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país.
3. La voluntad del pueblo es la base de la autoridad del poder público; esta voluntad se expresará mediante elecciones auténticas que habrán de celebrarse periódicamente, por sufragio universal e igual y por voto secreto u otro procedimiento equivalente que garantice la libertad del voto.

Elecciones libres, auténticas y periódicas, sufragio universal, garantías electorales, acceso igualitario a las funciones públicas, es lo que se proclama allí y se trata de uno de los factores fundamentales del Estado que intentamos describir. Elecciones libres, auténticas y periódicas, insisto. No una fantochada que asegure la reelección una y otra vez, y cuando no, la elección del cónyuge, el vástago u otro pariente.

Si bien el pueblo lo integramos todos, los que apoyan a los gobernantes y quienes se les oponen, la regla de la mayoría resulta ser la forma compatible con la idea democrática.

Dos conceptos se contraponen al de Estado de Derecho, el autoritarismo y la corrupción. Están hermanados, y prácticamente, es difícil concebir uno sin el otro. Reflejan situaciones equiparables a los vicios de la voluntad reconocidos por el derecho privado: la violencia y el dolo. “El consentimiento no es válido cuando ha sido dado por error, arrancado por violencia o sorprendido por dolo”, consagra nuestro Código Civil en su artículo 1269.

Es conocida la afirmación de Lord John Dalberg-Acton: “El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente”. En efecto, el poder sometido a control es el mejor anticuerpo para evitar el abuso, la apropiación indebida o la sumisión a renovadas formas de esclavitud. La separación de Poderes del Gobierno que coloca el ejercicio de diferentes funciones jurídicas del Estado en distintas manos es simplemente un ejemplo de la aplicación de controles. Claro es que no alcanza con proclamarla en el papel. Si el Parlamento está integrado con un grupo predominante cuya aquiescencia deriva del compromiso —a veces conocido como disciplina partidaria—, y donde el futuro político o personal de sus miembros depende de la sumisión a cierto líder o camarilla, o si los jueces supeditan sus decisiones trascendentes a las expectativas de progreso que dependen

de la benevolencia de las autoridades políticas, la separación de poderes se transforma en, apenas, una ilusión.

4. La delimitación del concepto de Estado de Derecho

La idea del Estado de Derecho puede definirse con cinco palabras: autorregulación, autolimitación, derechos, garantías y controles.

Me explico: Partiendo de la base de que el Estado impone las normas de convivencia, de que es un gran regulador y distribuidor de los recursos sociales y que aspira a ejercer un poder irresistible –aspiración que frecuentemente se ve defraudada y resulta vana– se trata de que actúe en forma pertinente, satisfaciendo el interés general, en lugar de jugar un rol prebendario, en favor de un grupo de privilegiados. La potestad sancionatoria del Estado permite, se supone, controlar las conductas desviadas.

El problema radica en que, en ocasiones, los perpetradores se encaraman en las estructuras del poder, generándose una cleptocracia que se ufana en conseguir una hegemonía que, frecuentemente, se traduce en riqueza mal habida. Entonces aparecen, por ejemplo, las comisiones subterráneas pagadas por contratistas con el Estado o el pago de sueldos a los amigos, por el supuesto desempeño de actividades injustificadas. William Shakespeare y Bertold Brecht, desde la dramaturgia nos muestran, respectivamente, en “Ricardo III” y en “La resistible ascensión de Arturo Ui”, realidades de base histórica que exhiben el ejercicio desenfrenado del poder absoluto, y que contradicen totalmente la concepción que pretendemos rescatar. En contraposición, cabe recordar el conocido episodio del intento de compra a un molinero de un terreno de su propiedad por parte del poderoso Federico II el Grande, Rey de Prusia, que era después de todo, apenas un déspota ilustrado. Se dice en una difundida versión de la anécdota que, ante la negativa de aquel hombre, el monarca le hizo ver que, en su calidad de soberano, podría quedarse con el inmueble, incluso en forma gratuita. El molinero le contestó, que ello no sería posible, mientras hubiera jueces en Berlín y ante esa afirmación, el rey desistió de su propósito. Por cierto, Federico no era un gobernante democrático, pero, de todos modos, la anécdota merece ser recordada como paradigma de los límites que deben existir si se pretende convivir civilizadamente.

La autolimitación y su contracara de autorregulación significan que el Estado dicta pautas a las que él mismo debe ceñirse, no admitiéndose el apartamiento arbitrario producido por el capricho de quien ejerce una dosis de poder. Si faltaran los mecanismos de control que garantizaran el efectivo funcionamiento de las pautas reguladoras aludidas, todo lo otro no pasaría de ser una expresión de deseos escrita en papel mojado.

Por otra parte, cuando los controles no están expresamente consagrados, igualmente el espíritu del Estado de Derecho admite que se vayan aplicando sobre la marcha. De ese modo, la supremacía constitucional, se sostuvo por una jurisprudencia corajuda, incluso en nuestra historia, y aún antes de que se consagrara en el plano normativo un procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad. Cabe recordar como caso fundacional la conocida sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, de 1º de febrero de 1803, en la causa “Marbury vs. Madison”, que fue una elaboración jurisprudencial sin procedimiento previsto anteriormente.

5. Evolución del Estado de Derecho y graduación

Otto Kirchheimer, y con él la socialdemocracia alemana, sostuvo que el concepto clásico de “Estado de Derecho” era insuficiente y propuso que debía evolucionar hacia la idea de “Estado Social de Derecho”, para evitar que la noción clásica naufragase en una mera afirmación formal. El artículo 1.º de la Constitución española de 1978 define al Estado español del siguiente modo: “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Se parte de la base de que el Estado no sólo debía asegurar el ejercicio de la libertad de las personas, sino que, para asegurar su igualdad social y no solamente la igualdad jurídica, debe encarar prestaciones asumiendo los costos correspondientes y recabando los medios para financiar esa actividad. Se pretende superar la idea de “igualdad ante la ley” mediante la de “igualdad social por medio de la ley”, vale decir, de la actuación estatal.

Nosotros, hemos conformado un “Estado social de derecho”, desde las primeras décadas del siglo XX y quizás, aun con anterioridad, se perfilaron gérmenes de ello. Esto significa un Estado que brinda prestaciones tendientes a satisfacer las necesidades de los habitantes, que demandan esa satisfacción.

¿Habría otra concepción posible distinta al “Estado social” mencionado? Tal vez sí, la de un Estado que dejara librado a sus pobladores a su suerte, de modo de que cada uno deba arreglarse como pueda, con los apoyos que logre. Tal vez ello contribuyera al mayor desarrollo de las habilidades de las personas, sometidas a la competencia y al esfuerzo por sobrevivir. Sin embargo, aquí o en cualquier otro sitio, en la medida en que el acceso al gobierno se realice por cauces democráticos, parece natural que el voto popular se incline favoreciendo aquellas concepciones que proponen que el Estado brinde satisfacción a las demandas de quienes intentan evitar caer en el desamparo. Si el Estado es un distribuidor de recursos,

se intentará obtener una porción más nutrida, aun prescindiendo de si la distribución es, o no, la más justa.

Lo que resulta indiscutible es que el Estado uruguayo se ha inclinado hacia una concepción social, o sea que ha procurado asumir una posición activa que evite la injusticia y la desigualdad. La reforma educativa iniciada en 1876, concebida por José Pedro Varela y proclamada por Lorenzo Latorre fue un acto precursor en este sentido.

La aplicación de esta idea de “Estado Social de Derecho” que es, sin lugar a duda, atractiva, no deja de presentar dificultades porque más allá de los buenos propósitos, cuando éstos existen, hay que lograr la obtención de los recursos necesarios, sin incurrir en políticas confiscatorias que ahoguen la iniciativa, la inversión y que produzcan la fuga de recursos, o sea el efecto contrario al buscado.

Se trata de evitar que detrás de un igualitarismo proclamado, se consoliden hegemonías oligárquicas, nuevas capas dominantes, una miseria que también contribuye a la dominación eficaz porque no hay mejor forma de imponerse que mediante la amenaza de la pérdida de lo poco que se tiene para subsistir. Obviamente, el secreto radica en lograr los equilibrios imprescindibles, ¡menuda tarea!

En cualquiera de los casos, la concepción que sostenemos sobre el “Estado de Derecho” es un ideal sobre el que es posible medir si, en la práctica, hay una relativa cercanía, o una mayor distancia con la realidad. Por ejemplo, en la medida de que las garantías concebidas sean débiles e ineficaces, estaremos lejos de la perfección y, no sería de extrañar que terminemos advirtiendo que determinados enunciados sobre la vigencia de los derechos y las garantías no son sino una expresión de cinismo.

Una situación concreta, verificada en una sociedad determinada, se identificará más o menos con el Estado de Derecho ideal, en función de las instituciones y garantías que consagre y, de modo primordial, en función de la eficacia de su funcionamiento.

6. Características fundamentales del Estado de Derecho, a relevar

Seguramente podrán señalarse otros factores. No obstante, los que enumeraremos a continuación aportan, creemos, una mirada suficientemente comprensiva como para dar cuenta del fenómeno.

a) La existencia de un Estado eficaz y no fallido

A veces se hace hincapié en las declaraciones de fueros arrancadas a la autoridad, teniendo presente, tal vez, las declaraciones inglesas a partir de la “Carta Magna” de 1215. Muchas veces se soslaya que no son agentes

oficiales quienes más frecuentemente violan los consabidos derechos. Bueno es dotar de frenos y contrapesos que detengan la posibilidad de un Estado despótico teniendo presente que, en definitiva, quien avasalla no es una entidad abstracta sino los agentes concretos que a ésta se han encaramado.

Pero, para los desbordes que provienen del medio social, de la gente común, del vecino que se dedica al “escruche” o a la venta de drogas, por ejemplo, nadie mejor que el Estado, la comunidad organizada, ceñida a las normas jurídicas, para constituirse en la suprema garantía. Podrá debilitarse el Estado, pero siempre habrá Poder. Y cuando el Poder no radica en un Estado adecuadamente organizado, termina en manos de las facciones o de los grupos mafiosos.

b) La creación democrática de las normas

Podemos apuntar como una característica fundamental la base democrática, no autocrática, aplicada en la creación del derecho, idea que se desenvuelve por medio de la presencia de mecanismos representativos adecuados, de expresión de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos.

Esos mecanismos representativos son factores de legitimación social de los gobernantes. Se valora la expresión de la opinión pública, reconociendo la preeminencia de la decisión mayoritaria, aunque sin desconocer el derecho de los individuos a la disidencia.

Justino Jiménez de Aréchaga, el tercero, distinguió entre los gobiernos de opinión y los gobiernos de fuerza, siendo los primeros la manifestación de los Estados de Derecho. El gobierno de opinión presupone, entonces, el consentimiento de la sociedad. La mayoría expresa su asentimiento por medio de representantes electos democráticamente y quienes no comparten la opinión mayoritaria, consienten, al menos, en la validez del mecanismo democrático. Intentarán, en forma pacífica, demostrar las virtudes de la que, a su juicio, constituiría una mejor opción. Aspirarán legítimamente tanto a la rectificación del rumbo como a la sustitución de los elencos predominantes. Como el opositor no es un enemigo, se procurará habilitar mecanismos de coparticipación que tienden a preservar la adhesión al sistema y hasta a posibilitar el contacto con el gobierno de quienes podrán, en el futuro, ejercerlo en un respetable proceso de rotación en el ejercicio del gobierno.

Se reconoce como positivo el aporte de la oposición pacífica y se instituyen mecanismos de coparticipación limitada que preservan cierto grado de consenso y mantienen, en lo posible, a los actores dentro de un redil de convivencia serena.

Se valora adecuadamente el papel de la opinión pública facilitando su formación libre. Esto implica libertad de conciencia, de expresión y de información, que son, en el fondo, aspectos de un mismo fenómeno.

En cuanto a la libertad de expresión podemos referir la posibilidad de emitir las opiniones, la libertad de prensa y la proscripción de la censura previa “quedando responsable el autor y, en su caso, el impresor o emisor, con arreglo a la ley por los abusos que cometieren”, como establece el artículo 29 de la Constitución y sin perjuicio de situaciones especiales también previstas constitucionalmente como la prohibición de proselitismo de cualquier especie en los establecimientos públicos (artículo 58) que responde a la idea de la libertad de conciencia. Los mecanismos que habilitan el acceso a la información pública, que en ocasiones incomodan a las autoridades, aun admitiendo la existencia de restricciones lógicas, son formas de facilitar el ejercicio del derecho a la información.

Los partidos políticos son considerados pilares del sistema y mecanismos ineludibles de la instrumentación democrática. Se trata de instituciones ajenas e independientes del Estado que actúan como canales de las diversas tendencias.

Podrá reconocérseles una forma de para-estatalidad, en tanto que son esenciales como fundamento democrático para la integración orgánica del Gobierno, pero no deben transformarse en un apéndice estatal como sucede, efectivamente, en los sistemas de partido único. Esa expresión, “partido único”, entraña una contradicción semántica dado que la misma denominación “partido” da cuenta de que son, simplemente, una parte dentro un sistema global que se compone de diversos fragmentos. Tales partidos únicos son, desde luego, antitéticos respecto del concepto de Estado de Derecho.

Obviamente, debe existir un sistema electoral transparente y adecuado, que contenga reglas claras y genéricas que se apliquen a todos los actores con un relativo grado de imparcialidad.

Advirtamos que es prácticamente imposible que un sistema electoral sea absolutamente neutral y que no genere condiciones que puedan favorecer, en una medida mínima a unos o a otros. Pero se trata de circunstancias previstas genéricamente, que consagran reglas de juego conocidas y admitidas por todos los actores que pueden adaptar su estrategia a esas pautas. Por ejemplo, pensando en nuestras realidades, el sistema D'Hondt, de distribución de las bancas de los órganos electivos pluripersonales, favorece ligeramente a los partidos más votados, de donde puede resultar conveniente tratar de acumular votos, empleando mecanismos como el de doble voto simultáneo, concebido por Borely. Otro ejemplo, el persistente mecanismo de voto presidencial por intermedio de electores seleccionados

por el voto ciudadano, en cada uno de los Estados, que define la Presidencia en los Estados Unidos. Como todos los actores conocen el fenómeno y aceptan las reglas, su empleo por todos, supone un espaldarazo legitimante.

c) La seguridad jurídica y la previsibilidad

La presencia de reglas de juego claras, nítidamente definidas que permitan prever las consecuencias de los actos desarrollados, constituye otra característica del Estado de Derecho.

El saber a qué atenerse resulta un fundamento esencial. Quien comete una infracción conoce, o está en condiciones de conocer, cuál será el rango de sanciones que se le aplicará. Quien actúa, sabe por qué carriles debe conducirse. Desde luego, esto se vincula al principio de legalidad definido en el artículo 10, párrafo 2 de la Constitución patria: “Ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Asimismo, constituye una manifestación del principio de igualdad porque, de otro modo, en el reino de la arbitrariedad, sometidos a la decisión incontrolada del que ejerce una porción de poder, habrá una solución para los amigos y allegados y otra para los que no lo son y se dependería del ánimo circunstancial o de la complicidad de quien decida. “Todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas que la de los talentos o las virtudes” reza en forma resplandeciente el artículo 8 de la Carta. Bueno es que no se trate de una mera fórmula, sino que este enunciado se encarne en todos los habitantes de nuestro suelo porque resume, en buena forma, la esencia del sistema que tenemos instaurado.

d) La existencia de controles y la responsabilidad de los agentes públicos

En el capítulo 6.º del Libro XI del “Espíritu de las Leyes”, Montesquieu manifiesta:

Cuando el poder legislativo y el ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo de magistrados, no hay libertad, porque puede temerse que el monarca o el tirano haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. No hay tampoco libertad si el poder judicial no está separado del legislativo y el ejecutivo. Si está unido a la potestad legislativa, el poder de decidir de la vida y la libertad de los ciudadanos será arbitrario, porque el juez será al mismo tiempo legislador: si está unido al poder ejecutivo, el juez tendrá en su mano la fuerza de un opresor.

Todo estaría perdido si el mismo hombre, o el mismo cuerpo de los próceres o de los nobles o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o las diferencias de los particulares.

La doctrina de la separación de poderes no es otra cosa que una forma de establecer límites y controles. Frenos y contrapesos como se ha dicho habitualmente, idea que fue considerada por la doctrina inglesa a partir del siglo XVIII y adoptada por los constituyentes en el proceso de institucionalización de los Estados Unidos. James Madison sostuvo en la Convención constitucional de 1787 que no era suficiente establecer “barreras de pergamino, es necesario introducir un equilibrio de poderes e intereses tal que garantice las provisiones escritas sobre el papel”.

El punto se relaciona, asimismo, con la necesidad de que se consagren garantías adecuadas. No alcanza con hacer buena literatura, las “barreras de pergamino” mencionadas por Madison, hay que asegurar la eficacia en la práctica. Observemos que cuando el artículo 7 de la Constitución patria consagra lo que podría considerarse la base del sistema, hace algo más que declarar los seis derechos allí mencionados, va más allá al consagrar el derecho de todos los habitantes –no sólo de los ciudadanos– el de todas las personas que se encuentren en nuestro suelo, “a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad” y ello implica el deber correlativo del Estado de brindar esa protección. Agrega el artículo, que “nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecen por razones de interés general”, sentando también allí la base del denominado “principio de legalidad”.

Como parte de esos controles y garantías, cabe hacer referencia a la responsabilidad de los agentes públicos.

Sabido es que la responsabilidad de los funcionarios se manifiesta de diferentes maneras. La hay administrativa, penal, eventualmente política y, también, pecuniaria.

La responsabilidad del Estado constituye uno de los pilares del Estado de Derecho. El Estado debe responder civilmente por “el daño causado a terceros, en la ejecución de los servicios públicos, confiados a su gestión o dirección”, como impone el artículo 24 de la Constitución, en formulación que se mantiene incambiada desde 1952.

Adviértase que, incluso la ubicación del artículo dentro de la Sección II de la Carta constitucional, estaría demostrando que lo que se regula es un derecho fundamental de las personas. Ante un hecho dañoso, y en especial, cuando el mismo es ilícito, se pone frente al damnificado un deudor que se supone solvente, el mismo Estado, que debe pagar en primer término, aunque el causante en concreto del daño sea insolvente.

De modo que el Estado debe responder por los hechos de sus subordinados, realizados en ocasión y con motivo del cumplimiento de la función y, desde luego, es susceptible de ser condenado y debe cumplir los fallos

que se dicten en su contra, por la autoridad jurisdiccional, en el marco de la separación de Poderes del Gobierno.

Ahora bien, el Estado es una persona jurídica, con un patrimonio propio, un centro de imputación que hace el ordenamiento jurídico, pero es también, ciertamente, y al mismo tiempo, un ropaje que cubre a un conjunto de individuos, funcionarios, titulares de cargos, soportes de órganos, agentes de diversa laya, que actúan, disponen, prestan servicios, cumplen actividades y, muchas veces, lo hacen de modo deficiente e incurren en omisiones. Entonces esa actuación genera consecuencias y afecta los patrimonios particulares y, también, al patrimonio colectivo.

El hecho de poner de manifiesto que es posible ejercer este tipo de responsabilidad, puede llegar a provocar un cambio de perspectiva cultural. Si se trata de que los agentes son responsables, habría que extremar el cuidado para que tengan las “condiciones personales, funcionales y técnicas” adecuadas, como reza el artículo 187 de la Constitución, cuando refiere a la designación de los directores de los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Por lo general, la responsabilidad pecuniaria de los funcionarios constituye una posibilidad a la que no se recurre a los efectos del resarcimiento. Se parte de la base de que las faltas de los funcionarios se ventilarán, en el ámbito del procedimiento disciplinario o penal si es que se presume la comisión de delito. Quizás se estime que existe una fuerte probabilidad de que no haya un patrimonio de respaldo y eso desestimula la voluntad de exigir una reparación. Pero la posibilidad existe y fue prevista entre nosotros, como lo mencionan los artículos 24 y 25 de la Constitución. Cabe recordar, por su parte, que la demora injustificada en brindar una prestación o resolver lo debido, también podría ser fuente de responsabilidad. La conciencia de que también cabe la responsabilidad patrimonial por las conductas incorrectas podría significar un factor que garantice el debido funcionamiento de las cosas. La posibilidad de exigir reparación pecuniaria puede alcanzar los casos de repetición por reclamos de terceros, pero, también, los de daño propio al Estado. Por cierto, que no se trata de instaurar un sistema de terror, que llegue a paralizar la actuación de los funcionarios medrosos ante la posibilidad de ser sancionados, pero que cada uno asuma su responsabilidad es un aspecto que tiene que ver con la distribución justa de las cargas.

e) Limitación de los mandatos

Germán J. Bidart Campos, en su obra “Teoría del Estado”, emplea una imagen sugestiva. Menciona la existencia de “monarquías enmascaradas” o “camufladas”. Se trataría de Estados que, al amparo del prestigio de la

impronta republicana, y valiéndose de la influencia y medios de quienes ejercen el poder, aseguran la reelección indefinida o la elección de delfines, familiares directos o cónyuges que componen parejas gobernantes.

Tales personajes pretendidamente vicarios de la voluntad general pueden aparecer cuando la norma o el hastío popular marcan la hora de presentar un nuevo rostro. Puede no ser sencillo distinguir entre lo que resulta un pronunciamiento lícito de la ciudadanía que expresa satisfacción sobre cómo se han llevado las cosas y lo que se impone mediante el fraude o el acoso psicológico, empleando medios de difusión adecuados para tal fin.

No ha sido ajeno a la peripecia de los Estados latinoamericanos, el intento de perpetuarse en el ejercicio de Poder. En alguna ocasión, la Justicia Constitucional determinó que las posibilidades de reelección estaban agotadas. En algún otro, de difícil comprensión si aplicamos los criterios de la lógica, se justificó la violación de las propias disposiciones de una Constitución que ya era complaciente, con el argumento de que el gobernante de turno que quería perpetuarse, era titular de un novedoso derecho humano a ser reelecto.

La renovación de los mandatos facilita el ejercicio un poco más igualitario del derecho a participar del gobierno del país, permite ejercer el control, revisar lo que se ha hecho y rectificar rumbos.

f) Principio de jerarquía normativa y principio de legalidad

Los actos de la autoridad, las normas, no todas tienen igual rango jerárquico. Se pueden ordenar en una especie de pirámide. A la cabeza corresponde colocar a las normas más generales. En la base, a las más particulares o concretas. Las normas inferiores aplican lo enunciado por las normas genéricas superiores. La aplicación por los niveles inferiores es la concreción de lo que se plantea, en general, como sustento del sistema institucional.

Las decisiones subordinadas no deben contradecir lo que establecen las normas superiores y si se advierte esa contradicción, hay mecanismos para evitar que la inferior se aplique y que prive la norma superior y eso supone una forma de control.

De arriba a abajo, la pirámide comprendería, en primer término, a la Constitución entendiéndola como el primer nivel que emerge cuando se constituye una nueva entidad estatal.

En este plano fundacional, constitutivo de un ordenamiento soberano, cabe considerar, también, a aquellas normas no escritas, pero que culturalmente son consideradas como obligatorias, cediendo a una perspectiva consuetudinaria que se presenta aún en los sistemas que son esencialmente

de derecho escrito. Por aquí, también, podrían considerarse determinadas normas emanadas del derecho internacional, incluyendo el llamado “ius cogens”, o sea los principios intransgredibles de Derecho internacional, una especie de expresión del derecho natural.

En segundo término, encontramos a las leyes aprobadas mediante un procedimiento previsto constitucionalmente como el medio idóneo para limitar los derechos individuales y en el que actúan órganos que tienen un alto grado de representatividad. En tercer lugar, los reglamentos que se dictan para la ejecución eficaz de las normas superiores.

Finalmente, las decisiones concretas de aplicación que comprenden a los actos individualizados como lo son los actos administrativos de alcance individual o los fallos jurisdiccionales.

Se parte de la base de que el sistema observa coherencia y que existen mecanismos de control que habilitan a salvaguardarla, impidiendo que las desviaciones sean eficaces. Se ha dicho, como demostración de esa debida coherencia, que la Constitución tiñe de constitucionalidad a todo el sistema, en el que se intenta evitar las disonancias.

Relacionado con este esquema, se consagra el principio de legalidad, al que ya hemos referido. Significa que los seres humanos pueden hacer todo, salvo lo que la ley formal les prohíbe y pueden omitir hacer todo, salvo lo que la ley les obliga a hacer. Una ley formal es un acto cuya concreción supone la intervención de órganos de composición multitudinaria y de alta representatividad. Una norma de inferior rango dispuesta por la administración, por ejemplo, que pretendiera innovar y dispusiera una limitación de los derechos sin base legal, sería ilícita.

Como sostiene el artículo 10 de nuestra Carta Magna, nadie “será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. En consecuencia, corresponde consignar que no hay pena ni delito sin previa ley que los establezca. Tampoco puede haber tributo o exacción patrimonial, en favor del Estado, sin ley o acto de los gobiernos departamentales, con fuerza de ley en su jurisdicción, que los consagren.

Otra cosa, las leyes que imponen castigos y tributos, no deben ser retroactivas. Lo que era considerado actividad libre no puede quedar gravado desde el futuro, reescribiendo la historia, como sucedía con la información que se distribuía masivamente en la famosa novela distópica de George Orwell, “1984”.

Como se ha afirmado por el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en sentencia 367/2006 de 15/5/2006, en que se impugnaba un Decreto

En tal caso, merced a la debida observancia del mandato constitucional la ley debe abordar por sí misma el núcleo central de la regulación, de modo que la remisión que pueda hacer a un reglamento no implique una abdicación de la regulación de dicho núcleo o de sus criterios básicos.

g) Valoración de los derechos humanos

El soporte de la vigencia de los derechos se encuentra en las garantías de estos. La justificación de la existencia del Estado de Derecho está en la necesidad de asegurar esa efectividad y garantizar la antedicha vigencia. Tal es el cometido de los agentes públicos.

Se ha postulado, y esa es la perspectiva de nuestra Constitución, que la condición humana implica que las personas estén protegidas por un escudo que adquieren naturalmente. El fundamento de tal postura es filosófico, es el mismo fundamento de la ética. En la base de la doctrina de los derechos humanos existe una concepción que considera que el ser humano vale en sí mismo, es algo más que un receptáculo de combinaciones químicas relativamente complejas, cuya existencia o supresión no tiene mucha mayor importancia que la alteración de un caldo de cultivo en una retorta. Cada hombre constituye un universo singular, es una persona, no una cosa. La visión contraria, deshumanizante, es la que habilita la indiferencia ante los campos de exterminio o ante las expediciones aéreas que eliminaban prisioneros arrojándolos al mar.

Puede ser difícil comprobar científicamente el fundamento del derecho natural. Sin embargo, el análisis objetivo parece demostrar que, en lo esencial, que es el ejercicio de las facultades intelectivas, nadie es más que nadie por su origen o por sus rasgos físicos y que, como reza el artículo 8 de nuestra Constitución, no son reconocibles otras distinciones entre los hombres que “las de los talentos y las virtudes”.

El 10 de diciembre de 1948, la Organización de las Naciones Unidas hizo pública la Declaración Universal de Derechos Humanos. Basada en principios reconocidos en la generalidad de los países democráticos, se proclamaba solemnemente el derecho a la vida, a la libertad y seguridad de la persona; la libertad de conciencia, de confesión religiosa, de opinión, de expresión, de asociación y de reunión y la prohibición de la detención ilegal, entre otros derechos. Luego siguieron las Convenciones Internacionales sobre Derechos Civiles y Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambas de 1966, la Convención Europea de 1950, la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica de 1969 y la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, entre los instrumentos más destacados. La defensa de los derechos

humanos, la convicción de que, como afirma el artículo 1 de la Declaración Universal, “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”, constituye un clamor de la conciencia.

En la base de la doctrina de los derechos humanos hay, una profunda inspiración igualitaria. ¿Por qué determinados privilegios si somos, por imperio de la naturaleza, todos iguales y nadie vale más que nadie? Ninguna distinción por razón de origen o alcurnia, mandato sobrenatural, ascendiente étnico, etc. se justifica, por tanto. Aun el derecho básico, el derecho a la vida, del que derivan todos los demás, puede ser concebido desde una perspectiva igualitaria: ¿por qué no gozar todos de la posibilidad de vivir y sobrevivir en términos igualitarios, y sólo dejar este mundo cuando la máxima potencialidad física se haya agotado, en lugar de vivir mal o morir prematuramente por la falta de recursos materiales o espirituales, en virtud del hambre o la ignorancia? Tal la gran interrogante que responde la cuestión de los derechos humanos.

El francés Karel Vasak propuso la idea de las “tres generaciones de derechos humanos”. Distinguió entre los derechos de primera generación, los derechos civiles y políticos, conectados con la libertad; los derechos de segunda generación o derechos económicos, sociales y culturales, vinculados a la igualdad y los derechos de tercera generación o derechos de la solidaridad relacionados con la fraternidad.

La primera generación de derechos civiles y políticos deriva principalmente de las teorías de los siglos XVII y XVIII, que se asocian con las revoluciones inglesa, americana y francesa. Imbuidos de la filosofía política del individualismo liberal y económico y la doctrina social del “laissez-faire”, que concibe los derechos del hombre más en sentido negativo (“libertades de”), que en sentido positivo (“derechos a”). Favorece la abstención en lugar de la intervención de los gobiernos.

Integran estos derechos de primera generación, la libertad respecto de toda forma de discriminación, la igualdad ante la ley, la libertad ambulatoria, de movimiento y residencia, y la garantía de la integridad física; libertad de la esclavitud o servidumbre involuntaria; libertad de tortura y de los castigos crueles, inhumano o degradantes, la libertad de arresto arbitrario, detención, o destierro; el derecho a un juicio público y con las garantías del debido proceso legal; la libertad de comunicación epistolar; el derecho al asilo, la libertad de pensamiento, conciencia, y religión; la libertad de opinión y expresión; la libertad de reunión pacífica y de asociación; y el derecho a participar en el gobierno, directamente o por elecciones libres. El derecho de propiedad y el derecho a no verse privado de la misma

en forma arbitraria. Y, ante todo, el derecho primario a la vida. La constante en estos derechos de primera generación es la noción de libertad, un escudo que salvaguarda al individuo, solo y en asociación con otros, contra el abuso y mal uso de la autoridad política, o del poder fáctico ejercido por cualquiera, en el plano de los hechos.

La segunda generación es la de los derechos económicos, sociales, y culturales. Su enunciado constituye una respuesta a los excesos del desarrollo capitalista y su subyacente concepción de la libertad individual que toleró, e incluso legitimó, la explotación de los trabajadores y las poblaciones coloniales. Fueron concebidos más en positivo (“los derechos a”) que en forma negativa (“las libertades de”) Requirieron la intervención, no la abstención, del Estado para el propósito de asegurar la participación justa en la producción y distribución de los recursos materiales. Visualizan, más que un hombre aislado, un individuo inserto dentro de una organización social, a la que se demanda una actividad que contribuya a consagrar la igualdad. Nos referimos al derecho a la seguridad social; al derecho al trabajo y a la protección contra el desempleo; al derecho al descanso y al ocio, incluyendo feriados periódicos pagos; al derecho a una vida saludable y de bienes para cada uno y su familia; al derecho a la educación; al derecho a la protección de la producción científica, literaria, y artística. Al derecho a sindicalizarse y a participar de la vida cultural de la comunidad. La mayoría de los derechos de la segunda generación hacen necesaria la intervención estatal en la asignación de recursos. Los derechos de la segunda generación son, fundamentalmente, demandas de igualdad social.

La tercera generación de los derechos, los de la solidaridad, se vincula como dijimos a la fraternidad que se postula debe regir las relaciones entre todos los hombres, por encima aún de los Estados Nacionales. Dentro de estos se enuncian: el derecho a la libre determinación política, económica, social, y cultural; el derecho al desarrollo económico y social; y el derecho a participar en los beneficios de “la herencia común de humanidad”, esto es a participar de los bienes de la tierra y del espacio común, de la información y el progreso científico y tecnológico, de disfrutar de los bienes que conforman el patrimonio cultural de la humanidad. El derecho a la paz, el derecho a un ambiente saludable y equilibrado, y el derecho al auxilio ante una catástrofe.

Tal vez pueda entenderse que la distinción entre derechos de primera, segunda y tercera generación resulte discutible, que los de cada categoría pueden quedar subsumidos en las categorías anteriores y que, en definitiva, todo queda comprendido en el derecho a la vida, considerada de acuerdo con las posibilidades y desarrollo de cada tiempo y en la idea de la igualdad entre todos los seres humanos.

¿A quiénes alcanza la protección de los derechos? Claramente a todos los seres humanos, sin distinción, haciendo abstracción de sus antecedentes. El peor de los criminales, es titular de un cúmulo de derechos. Entre otros el derecho a un juicio justo. Esto no quiere decir que se renuncie al castigo. Pero, en todo caso el castigo debe tener una medida adecuada a la falta e imponerse con la plenitud de las garantías, tras el análisis detenido y certero sobre conductas y motivos.

Las proclamaciones de derechos sin garantías que los aseguren son inocuas. Los derechos se aseguran mediante el ejercicio del poder, de una autoridad que los reafirme. No alcanza la enunciación lírica, sin una actitud operativa para su consagración. He aquí la que podríamos definir como la paradoja de la doctrina de los derechos. Su vigencia depende de que se restrinja el desborde de las conductas. Su aplicación supone, pues, una limitación de las conductas ilegítimas, una contención de las libertades fuera de madre y mal entendidas. Tal vez, entonces, para que los derechos tengan vigencia, deba reafirmarse su contracara. Derechos humanos, sí, o lo que es igual, deberes humanos.

7. Sobre la perfectibilidad de nuestro Estado de Derecho

Para terminar, nos permitiremos hacer algunos comentarios sobre nuestra propia situación. Cabe insistir en que el Estado de Derecho es un concepto dinámico y que existen factores que acercan o alejan de lo que constituye el ideal. Nunca habrá un Estado de Derecho perfecto, uno puede intentar acercarse a la perfección tratando de que no nos suceda como al Ícaro de la mitología helénica, al que la cercanía con el sol le derritió la cera de las alas.

Podemos señalar con satisfacción que hemos ido desarrollando, particularmente a partir de las primeras décadas del siglo pasado, un sistema institucional que nos sitúa en un muy buen rango entre los estados democráticos, con interrupciones circunstanciales en algunos tramos de nuestra historia, pero en los que no se pretendió, en definitiva, salvo alguna opinión aislada, abjurar del sistema al que se retornó con convicción.

En particular, en los últimos 37 años hemos tenido elecciones disputadas y rotación en el gobierno de diferentes actores institucionales y personales. Parecería que el proceso de reinstitucionalización culminado en 1985, con la vigencia plena de la Constitución de la República, marcó un consenso sobre lo que podía hacerse y lo que no y la idea de que el acceso al gobierno se debe procesar por mecanismos institucionales.

Hemos desarrollado un sofisticado sistema electoral, particularmente garantista, que evita las posibilidades de fraude, sistema regido por una Corte Electoral que ostenta, en general, reconocida imparcialidad.

Hemos consagrado, asimismo, un sistema de garantías que transita por una Justicia independiente, cuyo máximo órgano tiene, entre sus competencias, la de declarar inaplicables, para el caso concreto, las leyes y Decretos de los Gobiernos Departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción, cuando considera que son inconstitucionales.

Contamos con una Justicia Administrativa, situada en el máximo nivel de la organización institucional, encarnada en un Tribunal capaz de proclamar la nulidad de los actos administrativos ilícitos.

Tenemos previstas garantías jurisdiccionales, que se agregan a los procesos normales, como lo son la acción de amparo judicial, en diversas variantes o el habeas corpus.

Los cargos electivos de los órganos colegiados se distribuyen, en principio, de conformidad con el criterio de representación proporcional, lo que supone la contemplación de un ámbito de expresión para las minorías y de valoración del papel institucional de la oposición.

Procuramos evitar el proselitismo de cualquier especie en el desempeño de la actividad oficial. El Estado proclama su neutralidad en materia religiosa lo que es, también, un desarrollo del reconocimiento de la libertad de conciencia y la igualdad. Basamos el sistema de convivencia en los principios de libertad e igualdad. Y, en comparación con otros países, mostramos una imagen ejemplar.

No solamente esto deriva de la consagración normativa. Posiblemente haya razones sociales entre las que no descartaría como hipótesis, el hecho de conformar una sociedad que se ha ido asentando sobre el aporte de las diversas oleadas inmigratorias. Se trata de quienes, desde la situación del que se ha extrañado de su lar de origen e intenta encontrar un sitio bajo el nuevo cielo, tienden a buscar la aceptación generalizada como socios que están dispuesto a cumplir con las reglas.

Sin descartar pujos de autoritarismo o corrupción, que son tan difíciles de evitar, lo cierto es que los episodios sobre los que hay referencias, aparentemente no tienen la dimensión que se advierte en otras partes. Quizás porque somos pocos y administramos menos riqueza.

Dicho lo anterior, y no obstante, cabe la pregunta de si estamos cumplidos, y la respuesta es, con todo, negativa. Con esto sucede como con las epidemias, se pueden tener bajo control, pero siempre existe el riesgo de que la situación se desbarranque, en particular si se baja la guardia.

El hecho de que se haya extendido la idea de que obtener el poder político por vías no institucionales está llevado al fracaso, no significa que haya quienes aspiren a ejercer dosis de poder, desafiando al que se encuentra institucionalizado. El pretexto no es político ni ideológico pero el

motivo puede ser el de formar parte de una red comercial y de riqueza clandestina, lo que constituye un fenómeno delictivo. Si ha llegado a haber homicidios que se planifican desde las cárceles, para demostrar que el poder fáctico no se ha perdido, el riesgo está presente y no es menor.

Tendríamos un Estado de Derecho más completo si el aparato estatal, y me refiero a todos los Poderes de Gobierno, incluyendo a la Justicia, fuera más eficiente. La Justicia que tarda, muchas veces llega en forma demasiado tardía, no cumple con su cometido y esto no se limita al castigo de los delitos, sino a las diversas materias. El Estado de Derecho se desdibuja cuando, por ejemplo, el justiciable advierte que no obtiene las respuestas que espera al tenor de las normas vigentes. Los conocidos casos del usurpador que ocupa una vivienda y se mantiene en ella por un tiempo excesivamente prolongado, o del progenitor que ve demorado hasta casi la eternidad el contacto con su hijo, en función de una resistencia sustentada sobre argumentos, tal vez falaces, demuestran debilidad del Estado de Derecho.

8. Reflexiones finales

¿No sería mejor que el Estado evitara el empleo de mecanismos de gestión tendientes a evitar los controles previstos, instaurando organizaciones en paralelo que manejan un cúmulo de recursos que son públicos, empleando organizaciones paraestatales, fundaciones, sociedades comerciales de propiedad estatal o comisiones de apoyo, o sea vías oblicuas para saltarse lo que está dispuesto? Si los controles no sirven, cambiémoslos, pero en la medida que existen no debería atentarse flagrantemente contra el principio lógico de no contradicción.

¿Sería mejor que las normas y el criterio de los magistrados aplicaran una mayor disposición a resolver las acciones de amparo sin hesitaciones referidas a si hay mecanismos que proporcionan soluciones alternativas o si no es claro que una ilicitud sea manifiesta? Sin trasladarse al otro extremo imponiendo soluciones que no resultan adecuadas porque la ilicitud manifiesta aducida, evidentemente no es tal.

¿Cabría admitirse que los efectos de una declaración de inconstitucionalidad, tuviera efectos generales y no dependiera de una puntillosa disquisición referida a la legitimación activa y si, en concreto, se ve afectado el interés directo, personal y legítimo del justiciable?

¿No sería mejor que la declaración de nulidad de un acto administrativo considerado ilícito, que podría consistir en una grosera iniquidad, pase por un lento procedimiento que puede llevar años, durante los cuales se van sucediendo efectos que, finalmente, son de muy compleja remoción? ¿Por qué no crear juzgados inferiores y establecer vías procesales más

ágiles como admite el texto constitucional? Sobre esto último, ello se ha intentado corregir, en cierta medida. De alguna manera, esta realidad se conecta con el dato histórico que demuestra que el Tribunal fue previsto, para su establecimiento por ley, en la Constitución de 1934 y creado agónicamente en la reforma de 1952. Dieciocho años no son, precisamente, una demostración de agilidad.

¿Tiene sentido que la reparación de un daño causado por el Estado dependa de la interposición formal de un recurso administrativo y que se aplique una solución doctrinaria que es, por lo menos, discutible? Me refiero a la discusión que se ha planteado en torno al artículo 312 de la Constitución en la redacción dada por la reforma de 1997, en donde, si se admitiera la duda, habría que zanjarla aplicando el principio “pro actione”.

¿Puede depender el pago de una condena judicial de la voluntad más o menos discrecional de los poderes políticos de gobierno, como se consagró en el inconstitucional artículo 15 de la ley 19.535, del 25 de setiembre de 2017?

La mayoría de los cambios para mejorar exigirían una modificación normativa. Alguno, incluso, a nivel constitucional. Habría una posible explicación para la omisión en solucionar los problemas que se expresan en las interrogantes anteriores: entre otros posibles motivos, quizás haya razones presupuestales, porque cualquier modificación entraña un costo a subvenir. Tal vez el temor de entorpecer la acción estatal si ésta se ejerce bajo la mirada de los diversos controles que consagramos, a los que simultáneamente declaramos inocuos para, probablemente, no entorpecer la acción estatal.

No obstante, aunque haya justificativos o pretextos, el Estado de Derecho tiene por allí un pinchazo, una pérdida.

En definitiva, estamos bien. Nuestra situación es mejor que la de la mayoría de los países del mundo, lo que nos genera una satisfacción relativa, pero, no obstante, en algún momento habrá que encarar transitar los trayectos que nos faltan.