

SEPARACIÓN, DIVISIÓN, COMO EQUILIBRIO DE PODERES (EQUILIBRIO ENTRE ELLOS, EQUILIBRIO EN ELLOS)¹

Prof. José Aníbal Cagnoni

Buenos días, a pesar de que ya estamos en la tarde, a las autoridades del Servicio Civil, Director y Sub Director, y Comisión, que Dios les perdone la ingenuidad de creer que yo iba a decir cosas interesantes, en todo caso que la inocencia les valga. Eso por un lado, yo les he perdonado ya que me hayan sacado de la placidez que es necesaria entre el 25 de diciembre y el 31 para venir acá.

— • —

El equilibrio es proporción y armonía. Los hombres destruimos el equilibrio de los ciclos de la Naturaleza y ésta nos responde con catástrofes. Una sociedad desequilibrada, de prepotencias y egoísmos, es injusta. La persona equilibrada, en paz con su conciencia, con libertad ni ofende ni teme y es solidaria de todos.

En la Naturaleza el equilibrio es determinismo. En la sociedad de las personas requiere conciencia y voluntad; también en el ejercicio del gobierno de un Estado².

— • —

Yo simplemente quiero transmitir algunas reflexiones, y como toda reflexión debe ser humilde, y están sujetas a nuevas reflexiones, que pueden ser muy útiles en esto tan importante que está haciendo la Oficina que es el hecho de tratar determinados puntos concretos de la función pública con los Asesores de la Administración. En realidad voy a reconducir a algo que para mí es muy importante que es la Constitución de la República. Y esto considerado por alguien que no sabía nada de Derecho. Artigas decía aquella frase que yo he repetido tantas veces, “la probidad de los hombres es veleidosa, sólo el freno de la Constitución puede afirmarla”. Artigas no sabía nada de Derecho. Son unas reflexiones sobre el principio de separación, división o equilibrio de Poderes, que tiene dos aspectos a mi modo de ver. Un aspecto que siempre lo tratamos que es el aspecto macro, y otro aspecto que es aspecto micro y que no tratamos.

¹ Exposición en Edificio Libertad organizada por la ONSC el 28 de diciembre de 2007: II Encuentro de Asesorías Letradas de la Administración.

² Lo agregado, no altera el sentido de lo expuesto

Una reflexión externa sobre la división o separación **como** equilibrio, pero luego una reflexión interna que es muy importante.

— • —

Para eso muy rápidamente repaso lo que ustedes ya saben el concepto de Estado de Derecho y los cuatro elementos fundantes del **Estado de Derecho**. El Estado de Derecho es aquel en el cual todos sus gobernantes y gobernados estamos sometidos al Derecho, a un Derecho consentido, a un Derecho que emana de la voluntad de la Nación, no al Derecho de los Actos Institucionales, desde luego.

El primer elemento es el fin del Estado de Derecho, hay una definición, en realidad hay muchas sobre este elemento. **Carré de Malberg** hace casi un siglo con esa claridad maravillosa que tienen los franceses define así la finalidad del Estado de Derecho. Dice: **el Estado de Derecho está establecido simple y únicamente para la protección de los ciudadanos**³.

Qué fórmula maravillosa, recalco los adverbios simplemente y únicamente, esto es el Estado de Derecho y ojalá que los gobernantes se acordaran siempre de esto cuando toman medidas.

Además, la protección de los derechos de los ciudadanos, hace recordar algo que me pareció muy importante. No se trata de los derechos humanos o los derechos fundamentales, la Ley Orgánica de la Universidad, muy sabiamente en su Art. 2º dice que uno de los fines de la Universidad de la República es **“la defensa de los derechos de la persona humana...”**

Esto tiene una importancia muy grande, porque centra el derecho, no en lo adjetivo que son los derechos, sino **en lo sustantivo que es la persona humana**.

Toda persona humana, cualquiera sea su condición física, intelectual, síquica, moral, jurídica, política, social o cultural, debe tener la defensa de sus derechos, y esto además, se relaciona con el Art. 72, que habla de los derechos inherentes a la personalidad humana. Entonces tenemos la protección de los derechos individuales, o civiles, Sección II de la Constitución, Cap. 1º, la promoción, que es una cosa distinta, de los derechos sociales, económicos y culturales, capítulo 2º, de la misma Sección II y acá es donde está el conflicto, porque para promover los derechos de este tipo, el Estado tiene que tener un régimen económico adecuado.

Acá está la lucha entre la reforma del capitalismo, y el capitalismo salvaje que hemos vuelto a ver. La frase no es mía, pero yo la comparto, la ha dicho Juan Pablo II, de manera que con esto quedo salvado de toda posibilidad de un juicio de repulsa. Y en tercer lugar los derechos políticos están en la Sección III de la Constitución.

En segundo lugar la organización. La separación, división o equilibrio de Poderes, me parece que acá la separación o división significa que hay centros de autoridad que tienen autonomía cada uno con su función, pero que el resultado es el equilibrio de los Poderes, lo dinámico es el equilibrio de los Poderes, por eso es que habría

³ “L’Etat de droit est établi simplement et uniquement dans l’intérêt et pour le sauvegarde des citoyens: il ne tend qu’assurer la protection de leur droit ou de leur statut individuel”. *Contribution a la Théorie générale de l’etat*; Tome premier; par. 164; pag. 490; Lib. de la Soc. de Recueil Sirey; Paris, 1920.

que hablar de equilibrio de Poderes. Tenemos el Art. 83, 149 y 233, en cuanto a los tres poderes de gobierno y a sus funciones propias de de cada una.

Si **la separación** conduce a la idea de estructuras (sistemas orgánicos) separados o autónomos; y si **la división** conduce a la distribución de actividades (funciones), **el equilibrio** es el fin al que se dirige el sistema en salvaguarda de la igualdad (art. 8) y **de la libertad** (art. 10) de las personas.

En la evolución de la separación de Poderes aparecen otros órganos, como son el Tribunal de Cuentas (Art. 208) la Corte Electoral (Art. 322) y el TCA (Art. 307) .

En tercer lugar, elemento formal, el orden jurídico; la Constitución como clave del Estado de Derecho, la Constitución es la garantía de todos los derechos y el límite de todos los Poderes. Y este tercer elemento es el elemento instrumental, está basado en la jerarquía normativa, todas las normas obedecen legítimamente a la Constitución, deben obedecer legítimamente a la Constitución. Nosotros no tenemos como la Constitución española la mención de la jerarquía normativa, pero no es menos cierto que existe, (Art. 256, y Art. 309) a cuya lectura me remito.

El cuarto elemento es el elemento consecuencial del Estado de Derecho, que es el control del Poder que a su vez deriva en la responsabilidad del Estado y sus funcionarios.

Ahora bien, estos son rápidamente los elementos. Hay una visión macro que siempre la vemos, y hay una visión que entiendo debe ser micro visión del equilibrio de Poderes, y esto nos lleva a internarnos en el quantum, en las condiciones y en la distribución interna de los Poderes.

— • —

Trataré de explicar todo esto. En primer lugar **el quantum de las atribuciones**. Cuando decimos atribuciones a mi modo de ver, decimos inseparablemente cometido o materia y poderes jurídicos o funciones; no hay cometidos sin funciones ni funciones sin cometidos; las atribuciones son eso.

El quantum de las atribuciones. La Constitución es la fuente de las atribuciones de todos los órganos de gobierno y los sistemas orgánicos de gobierno. Y acá distinguimos entre órganos y sistemas orgánicos que tienen competencia abierta y competencia cerrada. Hay órganos en la Constitución de la República Oriental del Uruguay que pueden recibir de la Ley otras competencias o cometidos.

En cuanto a los sistemas orgánicos de competencia funcional cerrada, son los tres clásicos, el Poder Ejecutivo, todo lo que es Administración le corresponde, salvo expresa asignación de la administración departamental que tiene al Intendente como figura central; todo lo que es legislación corresponde al Poder Legislativo, salvo la legislación departamental que corresponde a la Junta Departamental; y Poder Judicial que tiene todo lo concerniente a la función jurisdiccional, salvo aquellas funciones jurisdiccionales especializadas que son la electoral (Corte Electoral), y la contencioso anulatoria (TCA). También son órganos de competencia cerrada el Tribunal de Cuentas, la Corte Electoral y el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Son órganos en cambio de competencia material abierta la Suprema Corte de Justicia (239, numeral 8º), la Junta Departamental, Art. 273 , la Intendencia Municipal, Art. 275, y la Oficina de Planeamiento, Art. 230.

— • —

Pero esto supone pasar **al segundo aspecto; las condiciones** para que el quantum de competencia en los casos de centros de autoridad abiertos, pueda ser legítimamente asignado. Y las condiciones son tener en cuenta la naturaleza del órgano y tener en cuenta la naturaleza de la función. La Oficina de Planeamiento y Presupuesto es un órgano, no de administración activa, sino de administración de asesoramiento, de manera que la Ley le puede dar sólo funciones de asesoramiento, no funciones de administración activa. Estaría desequilibrando los poderes si se le diera administración activa, pero además tiene dos materias especiales, planificación, planeamiento dice la Constitución, que es muy amplio, y presupuesto. No se le puede dar ciertas cosas como le dieron algunas Leyes en el período 95 – 2000 que luego fueron derogadas por la primera Ley de Presupuesto de este gobierno, la N° 17.930.

La Junta Departamental, Art. 273 y las Intendencias Municipales, 275; se puede dar a la Junta Departamental materia departamental, y función legislativa, o de control que es lo que dice el 273, y así sucesivamente; no se puede dar función legislativa a la Suprema Corte de Justicia, sino que se le debe dar función jurisdiccional de acuerdo a este **condicionamiento del quantum**, etc..

– • –

Y en tercer lugar la distribución interna, y acá fundamentalmente me voy a referir a un par de temas, sobre todo a un tema que es muy importante, que tiene una importancia muy grande, y que hay que calibrarlo de esa manera. El equilibrio de los Poderes no es sólo entre los tres centros y los órganos de control, también es interno. Cuál es el equilibrio de poderes dentro del Poder Legislativo? que ambas Cámaras se están controlando y están equilibrando, una y otra tienen las mismas potestades, una corrige a la otra en el tratamiento sucesivo de los proyectos de ley, y en su caso tenemos un tercer órgano, que es la Asamblea General, por eso nuestro sistema no es bicameral, es un sistema de tres órganos legislativos. De manera que aquí el control es muy claro.

En el otro sistema orgánico del poder de gobierno que es el Poder Judicial, también el control está en la apelación que además depende de la voluntad del perdedor, e incluso en la casación que está equilibrando las potestades que tiene cada Juez en la interpretación del derecho, de manera que sin revocar lo que el Juez hace, lo que hace la Suprema Corte de Justicia, es justificar la aplicación del Derecho y equilibrar la jurisdicción dentro del Poder Judicial.

El tercer sistema es el Poder Ejecutivo evidentemente. El Poder Ejecutivo, lo dice el Art. 149, tiene tres órganos. La Presidencia de la República, los Ministerios, que pueden variar en su número, y el Consejo de Ministros. De manera que la Presidencia de la República es un órgano del Poder Ejecutivo, basta leer, pero sucede que en nuestro sistema de gobierno tan peculiar, que se ha ido haciendo a través de distintas épocas históricas, distintas ideologías políticas, etc., la Presidencia de la República, tiene además, de integrar el Poder Ejecutivo, y tener en el Consejo de Ministros una primacía en cuanto a la convocatoria, y al voto calificado, tiene además la Presidencia algunos poderes jurídicos propios que ejerce sólo la Presidencia de la República, que son el poder observar el voto de censura, e incluso poder llegar a la disolución del Poder Legislativo (Art. 148), la representación del Estado (Art. 149), la designación de Secretario y Pro Secretario (Art. 168, num. 26), la designación de Director de la OPP (Art. 230), la

declaración de que el Consejo de Ministros no tiene respaldo parlamentario (Art. 175), que no se sabe para qué está, y también la posibilidad de pedir un voto de confianza para el Consejo de Ministros (Art. 174), también otro instituto muy peculiar.

La Presidencia es un órgano de competencia cerrada que tiene estas competencias y no otras de manera que no parece acorde a la Constitución llevar servicios administrativos que por la definición general tienen que ser del Poder Ejecutivo –los servicios de la Administración que se puedan crear – llevarlos a la Presidencia de la República. Sin embargo se ha hecho. Pero el equilibrio interno del Poder Ejecutivo está en que los Ministros no son Ministros del Presidente de la República, como lo eran en 1830, son Ministros del Poder Ejecutivo, por lo tanto están equilibrando el poder del Presidente de la República, lo equilibran llevando su voluntad en el acuerdo, lo equilibran incluso pasando por encima de la voluntad del Presidente de la República en el Consejo de Ministros, votando por encima del voto del Presidente de la República, de manera que me parece que no tenemos que perder de vista que la organización del gobierno es uno de los elementos fundamentales del Estado de Derecho, también el equilibrio interno de los Poderes.

– • –

Pero además lo que tenemos que tener en cuenta, desde el punto de vista del equilibrio de los poderes y equilibrio de funciones, que el equilibrio es un sistema de armonía entre objetos que tienen, por un lado la proporción cada uno respecto de su propia competencia, y además negativamente la no interferencia, la no usurpación de funciones. De manera que de ese equilibrio debe, resultar armónicamente el ejercicio del poder del Estado, pero hay algunos desequilibrios que vamos a señalar rápidamente, porque todo esto es muy fermental, daría para mucho más, pero no quiero cansar la paciencia de ustedes.

– • –

En primer lugar el equilibrio entre la decisión de la actividad administrativa tomada políticamente y el derecho. De qué estoy hablando, de que hay un equilibrio entre la función de asesoramiento que acá se mencionó y se explicitó también por los asesores de la Administración, y la función de decisión. El decisor, el gobernante, antes de decidir, debe asesorarse, porque todos, todos, todos los gobernantes y los gobernados no tenemos la sabiduría infusa, hay muchas cosas que no sabemos y todos los días nos damos cuenta que hay más cosas que no sabemos. Entonces el voto popular no tiene la capacidad filosófica de crear sabiduría donde no existe. De manera que para saber lo que es derecho hay que recurrir a los conocimientos de los Asesores especializados en el derecho y en el caso del Estado, en el Derecho Público.

Todo gobernante debe tener la humildad de recurrir al Asesor y además hacerle caso, no sólo recurrir formalmente, sino de hacerle caso, debe recurrir, y además debe hacerle caso, porque él no sabe de Derecho. Juan José de Amézaga, fue profesor de Derecho Civil y Presidente de la República, pero de él para acá, no hubo ningún Profesor de Derecho que llegara a la Presidencia de la República. Pero además acá el equilibrio está en que el Asesor tenga los conocimientos, sobre todo de Derecho Público, y tenga la libertad espiritual de poderlos hacer saber al gobernante.

– • –

Otro desequilibrio cuando estudiamos internamente el equilibrio de los Poderes. Todos los años así como vuelven las golondrinas en primavera, el Tribunal de Cuentas hace observaciones a gastos y pagos del Estado, miles, todos los años por miles la Administración reitera el gasto, todos los años por miles, el Tribunal de Cuentas informa a la Asamblea General que jamás se ocupa de eso. Y todos dormimos tranquilos, pero esto es una vergüenza, es una hipocresía, porque si no queremos más control, saquemos el control del Tribunal de cuentas, ahorrémonos el Tribunal de cuentas. Otro desequilibrio. O racionalicemos el control y cúmplase debidamente.

– • –

Tercer desequilibrio. Entre lo que exige la función administrativa y lo que exige la función administrativa especial que debe tener un contenido técnico. A qué me estoy refiriendo?; me refiero a que tenemos una función Administrativa para los Entes Autónomos y Servicios Descentralizados cuyas decisiones tienen contenido técnico, ajustada al año 1934, cuando apareció la regulación de Entes Autónomos y Servicios Descentralizados.

Ahora, 2007, hablamos de una economía de mercado, hablamos de la apertura del mercado, y hablamos de que las empresas públicas que es como ahora llamamos a los Entes Autónomos Industriales y Comerciales, tienen que competir con la empresa privada.

Muy bien, pero cómo compiten?; más o menos como alguien que quiere competir con una carreta con alguien que tiene un Mercedes Benz; por qué; porque la empresa privada puede decidir una compra en diez minutos, en cambio el Directorio de un Ente Autónomo tiene que ceñirse a determinadas condiciones de licitación y control.

Entonces, terminemos con la hipocresía; debemos crear para los Entes Autónomos y Servicios Industriales y Comerciales del Estado, un régimen acorde a la competición, entonces así podrán competir. Claro, no pueden competir y decimos están mal administrados; no señor, acá hay una hipocresía, queremos que compitan, sí, pero que compitan en igualdad, que salgan del mismo sitio.

– • –

Y ustedes se plantearán ahora, **por qué debemos respetar la Constitución, por qué debemos respetar el equilibrio de poderes, el marco equilibrio y el micro equilibrio;** y esto no es porque sea el pensamiento de alguien que como a esta altura no puede dedicarse a la medicina – no puedo ir a la Facultad de Medicina porque no tengo la capacidad física ni psíquica y tengo que seguir con el Derecho – con el cual estoy realmente comprometido con el Derecho Público, porque el Derecho Público es el **derecho del interés general, el derecho de la justicia social**, y es por ello que tanto se trata de llegar a privatizar al Estado, o sea a hacer aquello que decían los romanos “**el Derecho privado es el de la utilidad singular**”, entonces nos preguntamos, por qué esto; será un Profesor trasnochado que sigue hablando de la Constitución, y no se da cuenta que el mundo ha cambiado?

Considero que hay dos circunstancias, y los voy a nombrar rápidamente, que me llevan a decir por qué tenemos que respetar la Constitución. Primer elemento, un tema de justicia, si a mí me obliga una ley a pagar un tributo, lo tengo que hacer, debo respetar

la Constitución que manda respetar la ley, y si la Ley es violatoria de la Carta debo primero obtener su descarte; el gobernante tiene que respetar la Constitución ajustando el Reglament a la Ley y ésta a la Carta. Es un principio de justicia, que está en el Art. 8° de nuestra Constitución. Toda Constitución se basa en la justicia. Pero además hay un elemento de hecho, esto es el juicio de valor. Hay un juicio de experiencia, que es mucho más grave. Toda dictadura no surge como un relámpago en una tarde de verano, de golpe y porrazo, se va creando, no hay un salto del orden establecido al desorden de la dictadura. Hay pasos acelerados, y para eso la experiencia, la historia, historia que algunos de ustedes felizmente no vivieron, la historia del terror, aún aquellos que sufrimos lo menos, porque conservamos la vida, conservamos el honor, a través de la dictadura.

Del 68 al 73 no hubo un salto, hubo pasos; algo hubo en el 32 en menor medida, en aquello que fue la Dicta blanda de Terra, al lado de esto que fue la Dicta dura , la tremenda dictadura, los años de plomo. Del 68 se va llegando a la erosión de la conciencia constitucional, no sirve la Constitución, el Presidente adopta las medidas de seguridad para suspender los lanzamientos, para sancionar la usura, para militarizar trabajadores, y el Parlamento lo ayuda, porque vota la Declaración de Estado de Guerra interno que no existe; la Guerra Interna es con otro país, en nuestra Constitución al menos, para permitir que los civiles queden sometidos a los Jueces militares.

De manera que terminamos en la Dictadura, pero la Dictadura tiene dos etapas, la vida y la súper vida, y lo peor no sé si no es lo que per vive, y lo que per vive, los jóvenes también lo están sintiendo; yo viví la dictadura, el terror de la dictadura, la prepotencia de la dictadura, la indignidad de la dictadura, pero el desasosiego que creó la dictadura siguió.

El Pacto del Club Naval, no enterró el proceso social que estableció la Dictadura, y ustedes son testigos como yo, aquellos polvos trajeron estos lodos. Cuándo terminará, de asimilarse el proceso de salida de la dictadura? Por eso digo, tenemos que defender la Constitución, no por la Constitución, sino porque nos sirve para vivir decentemente, y yo hago un ejercicio de comparación y les digo: a fines del s. XIX aquellos debates sobre espiritualismo y positivismo, Batlle yendo a París a escuchar las lecciones de Lafitte que era un discípulo de Comte, y trayendo todo ese debate, fue el fermento ese debate, junto a otras cosas, del Estado uruguayo del s. XX; el Estado que fue comparado a la Suiza de América, el Estado de nuestros padres. Qué triste que al fin del s. XX tuvimos una dictadura que nos trajo esto, de lo cual todavía desgraciadamente no hemos podido salir. Porque los resentimientos que provocó, en enfrentamientos, no cesan. Por eso si no respetamos la Constitución por un sentimiento jurídico, evitemos perderla de a poco (1968-1971); y del todo (1973-1984) por conveniencia vital.

