

JULIO - DICIEMBRE DE 1988

Nos. 3 -4

REVISTA

DE LA

FACULTAD DE DERECHO

Y CIENCIAS SOCIALES

DIRECCIÓN:

Dres. AMERICO PLA RODRÍGUEZ, GRACIELA BELLO, ALBA BETTOLAZA,
JOSE ANÍBAL CAGNONI, AGUSTÍN CISA, ORFILIA FERNANDEZ SBARBARO, CARLOS
MATA. PRATES, Escs. ALICIA BONIFACINO y NORMA. LOUREIRO RUSSO,
Bachilleres. ANDREA CANABAL y ANA MARÍA CARRERA

MONTEVIDEO
REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY
1988
SALA ESTADO DE DERECHO FRANCISCO
LAVANDEIRA (14/VI/88)

La Revista se honra en la publicación de los discursos pronunciados en el acto celebrado el 14 de junio de 1988, con motivo de darle el nombre de "Sala Estado de Derecho Francisco Lavandeira" a una sala de la Facultad.

Dr. Carlos Aparicio:

Señoras y señores: Agradezco en primer lugar al Instituto de Filosofía Jurídica, que me ha designado para que pudiese exponer mis ideas sobre este tema tan complejo y tan actual como es el concepto de Estado de Derecho.

El tercer considerando de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre señala que es

esencial que los derechos fundamentales del hombre sean protegidos por un régimen de derecho. Por lo tanto en la configuración de la noción de Estado de Derecho vemos al mismo tiempo una garantía fundamental de los derechos individuales y una aspiración clara a la estabilidad institucional de los pueblos. En esos conceptos se afirma en definitiva la paz perdurable y todos los bienes materiales que vienen adjuntos a la coexistencia pacífica de las personas en la sociedad democrática. Lamentablemente los latinoamericanos no nos encontramos en situación de poder decir que tenemos elaborada una teoría del Estado de Derecho o por lo menos no tenemos seguramente elaborada una doctrina del Estado de Derecho que sea exitosa.

Sin duda que la sociedad que vivimos es democrática y teorías sobre el Estado de Derecho son numerosas, pero las realidades políticas y jurídicas nos indican o que las teorías son erróneas, o que siendo ciertas no son sencillamente tenidas en cuenta por nadie.

El promedio de duración de un régimen institucional en América Latina es inferior a los diez años. Hay casos extremos como la sociedad boliviana, donde ese promedio es inferior a tres años. O sea, la realidad de los hechos sociales supera a las posibilidades de comprensión de la teoría jurídica, al menos en lo que se refiere a vigencia constitucional. Pero después vamos a ver que es en realidad toda la noción de lo jurídico la que se encuentra en crisis, y que una doctrina bien elaborada de Estado de Derecho tendría que tratar por lo menos de considerarla.

La noción tradicional de Estado de-Derecho radica en la auto limitación de la potencia del Estado a través de un conjunto de normas fijas, ordenadas, provenientes discrecionalmente del propio Estado. Aun cuando reconoce como Derecho las normas de sí mismo emanadas, se somete el Estado a tales normas y acepta quedar limitado de tal forma que consiga para el ciudadano la garantía de una esfera de libertad bien determinada. Un Estado así constituido se inspira no tanto en valores

éticos cuanto en el objeto empírico de la conservación lo más ordenada y pacífica posible de la sociedad. Si de un valor jurídico a propósito del Estado de Derecho se trata, es el valor de la certeza jurídica.

Resumiendo: al hablar de Estado de Derecho sin referirnos a épocas históricas o doctrinas determinadas, el es el estado de legalidad cuyo derecho realiza solamente el valor de la certeza, y de aquella libertad que a la certeza es consecuente. Esta concepción del Estado de Derecho es afín a la concepción del Derecho como un conjunto cerrado de normas válidas, de aplicación casi automática, con amplia aplicación de los métodos racionales, inductivos, deductivos. En lo político resulta justificador de un amplio grado de centralización en la toma de decisiones.

El sistema judicial funciona por lo tanto como un poder limitado, que en muchos casos no justifica el rótulo constitucional de 'poder político' del Estado. En efecto la teoría de la separación de los poderes es vista en el sentido de lograr la

independencia de los operadores del Derecho, al solo efecto de interpretar la ley, pero que en el fondo debe ser obedecida por el mismo, sin poderla valorar.

El constante crecimiento del derecho positivo.' legislado ha reducido el margen de libertad y garantía de las personas y su consecuente complejidad ha afectado al propio valor de la seguridad jurídica, que constituye la esencia de] concepto de Estado de Derecho. Hay una obra de un autor argentino Marco Aurelio Rizzolía que en orden de ejemplificar me permito citada. Se llama Grandeza y Desprestigio de la ley. En una de sus partes dice esta obra, que es un hondo y vigoroso llamado a la reflexión sobre estos problemas centrales: "nos referimos a la abundancia de la ley, a la dificultad con que se la conoce, a la resistencia con que se la recibe y a la desaprensión en que se la elude. La ley ha proliferado desmesuradamente, su número abruma su extensión es cada vez mayor sus normas cada vez más herméticas e "inaccesibles. Una especie de euforia reglamentaria

preside la acción de los poderes públicos los textos se suceden sin solución de continuidad. El legislador no se halla cohibido por la necesidad de consolidar los precedentes o derogarlos en forma expresa, y por lo tanto es un problema hasta para el profesional del Derecho determinar la norma aplicable y establecer quién vive y quién ha muerto ,de los distintos estatutos sancionados para regular un mismo orden relativo. A fin de lograr la efectividad de las disposiciones el legislador ha robustecido la sanción que acompaña al incumplimiento El derecho común se carga de imperatividad, de penalidades, no bastan ya las sanciones civiles: a la nulidad se suman frecuentemente la multa v el arresto.

Todo un aparato burocrático vino a armarse para librar la ofensiva para vigencia de la ley. Y consecuentemente, los destinatarios de las normas han visto con alegría cómo se arman las fuerzas de la evasión. Un ejército heterogéneo con oficiales de graduación diversa en el que incluso forman doctos abogados. Del respetuoso acatamiento del pasado

se ha pasado pues a la observancia reticente y aun a la pugna franca y decidida.

En ocasiones hay lucha abierta y sin cuartel entre quienes soslayan la obediencia y quienes esgrimen la compulsión, asistidos uno y otros p

la actividad y el coraje de los técnicos. Así diríamos que hay guerra de jus peritos en pro y en contra de la vigencia de la ley. Para colmo de males, es fácil advertir el paso de los opositores de uno a otro bando. Lo grave es que esta lucha corresponde a un estado de ánimo de los destinatarios de la ley, que no ven malla transgresión y la burla, y que hasta se sienten -como dice Ripert- al borde de la legítima defensa. Al principismo del que sacrificó todo su patrimonio para resistir la sanción injusta, ha sucedido en nuestros días la actitud de quienes -con ánimo más conservador- planean y ejecutan fríamente la declaración falsa, el acto simulado y los fideicomisos más audaces. Sin embargo no siempre los móviles son turbios y mezquinos. Hay quien asume esta actitud con la convicción de que defiende su

derecho, un derecho acosado y lesionado por la legalidad".

A medida que quedan de manifiesto las grietas estructurales y epistemológicas de la concepción tradicional de Estado de Derecho, surge una concepción más flexible y humana y sobre todo más verdadera, en la concepción de los realistas. Se ve al Derecho ante todo como un hecho, y el hecho más visible es el momento de la aplicación. Todo sistema normativo tiene como única utilidad su capacidad de predecir la conducta futura de los tribunales, o sea de los operadores jurídicos. . Cuando yo me refiero al Tribunal en general, me estoy refiriendo a la faz más visible y quizás más importante del conjunto de operadores de Derecho.

El Estado deja de ser concebido como un Estado de legalidad para ser un Estado de legitimidad cuya autoridad radica básicamente en el consenso de los gobernados y en el equilibrio de las silenciosas fuerzas sociales que estructuran la sociedad en su conjunto. Una idea dinámica del

Derecho y el Estado sustituye al viejo concepto legalista del Estado de Derecho.

Esta idea del Estado de Justicia tiene dos raíces: por un lado la doctrina italiana de post guerra que sostiene la existencia de un principio ético -además de la mera legalidad-que inspira el accionar del Estado, dado fundamentalmente por los principios generales de Derecho de origen constitucional. Y por otro lado el realismo, que busca fundamentalmente en las garantías procesales y en la organización judicial, los hechos determinantes de los valores de justicia y seguridad jurídica que exige la Nación. En esta segunda vertiente encontramos principalmente a la jusfilosofía norteamericana.

Es cierto sobre todo para la primera acepción que si aceptamos un criterio amplio de Estado de Justicia, todos los Estados del mundo serian tales, porque no existe totalitarismo que no afirme que propugna el verdadero Estado de Justicia. Esta crítica puede dirigirse de cualquier forma contra la misma y tradicional noción de

Estado de Derecho, ya que los teóricos del fascismo y el nacional-socialismo afirmaban que este tipo de organización eran verdaderos Estados del derecho y legalidad.

En el Derecho angloamericano la noción de Estado de Derecho se sustituye por una idea compuesta de las tradiciones basadas en el debido proceso legal y en la regla de Derecho. El debido proceso legal tiene el mismo contenido que la doctrina constitucional latinoamericana. La doctrina, no la praxis constitucional. Pero es aplicado en forma mucho mas celosa. Y la regla de Derecho es una construcción jurisprudencia que contiene tres elementos: a) que los jueces no debieran enfrentar los comandos provenientes de la Constitución y de la ley; b) las penas bajo el Derecho debieran estar limitadas a conductas previamente definidas y prohibidas; y e) los tribunales deben respetar los límites de su jurisdicción, aun cuando esto pueda frustrar reclamos aparentemente justos.

Cuando pensamos en las ideas de Estado y Derecho, entonces la noción de Estado de Derecho

es una noción compleja y compuesta. La idea de separación de poderes parece inevitable. En una primera instancia se ve que el Derecho es un hecho. Que los tribunales requieren la fuerza del Estado. sin la cual nada pueden. Una sentencia, ¿qué es cuando atrás de la sentencia no tiene la coacción del aparato estatal? Es un mero consejo, una máxima, es una opinión y no un mandato. Pero si profundizamos la idea, esto no es tan así.

La opinión pública, atribuye una enorme fuerza a la actividad de los tribunales, al proceso legal. Quizás ello radique en que la humanidad se rigió por organizaciones parecidas a las jurisdiccionales cientos de miles de años antes de la aparición de los Estados organizados sobre las leyes.

La fuerza de convicción del proceso y la sentencia son un ingrediente necesario y fundamental de la sociedad moderna. De allí surge la fuente de la legitimidad y el consenso. Un gobierno que sólo pudiese enfrentar sus enemigos -aún exitosamente- sólo en el campo de batalla,

tendría muy pocas probabilidades de perdurar. En cierto sentido el Estado, la fuerza del Estado, vive del Derecho, se justifica del Derecho, se legitima por el Derecho.

A poco que planteamos el problema de Estado de Derecho conforme a la jusfilosofía realista y en especial a la escuela de jurisprudencia sociológica, no en términos abstractos sino en los términos concretos de aquí y ahora, el problema se plantea en términos bien diferentes a los tradicionales. Ya no se trata de determinar en qué medida el Estado es consecuente con la auto limitación de sus facultades, sino en qué medida el mismo se somete a los tribunales legalmente constituidos y qué prestigio tiene estos mismos tribunales en la opinión de los ciudadanos. ¿Puede un procedimiento escrito y secreto, con duración de procesos promedial mayor de cuatro años, establecer el consenso necesario y la adecuación entre normas y valores correcta, para un eficiente desarrollo del Estado? ¿Se encuentra el dominio industrial y comercial del Estado sometido a un

eficiente contralor jurisdiccional, y es la población consciente de ello? ¿Piensa la población que con la normatividad vigente podrá alcanzar los valores corrientes del cuerpo social?

Es importante que cada uno se plantee estas preguntas y trate de encontrar dentro de sí la respuesta. Yo les voy a exponer mi respuesta: la respuesta es que no. Las tradiciones judiciales heredadas del imperio español nunca pudieron ser vencidas por el movimiento constitucionalista.

Quizás sea ésta la más formidable barrera para la instauración de un Estado de legitimidad. La implantación del juicio oral implica un gran avance en esta dirección, pero debiera ser una muy importante etapa en un programa mucho más amplio dirigido a la conciencia nacional.

"La reforma judicial, -dice el jurista argentino Massini-, no podrá configurar una auténtica reforma si no va acompañada de un radical cambio de mentalidad en lo que a la concepción del derecho se refiere. Sobre los moldes gastados del actual pensamiento jurídico, heredero

directo del elaborado en la modernidad, no habrá cambio verdadero ni progreso del Derecho. A partir del formalismo, del normativismo, el deductivismo judicial, la dogmática, el consensualismo, el positivismo jurídico, no habrá reforma que merezca los esfuerzos llevados a cabo para concretarla. Se volverá a lo mismo con distinto rostro, y la mutación de la máscara no será suficiente para ocultar la grave enfermedad que aqueja al organismo jurídico.

Como todas las reformas, la reforma judicial debe comenzar por la de la inteligencia, es preciso dar batalla a los mitos y conjuros del pensamiento moderno e iniciar la marcha hacia la boca de la caverna donde nos espera la luz que dimana de la verdad objetiva.

Es necesario entonces tomar medidas para evitar la creciente insularización del aparato represivo judicial-policial, e instrumentar campañas de educación jurídica a nivel masivo. Tomar conciencia que la contradicción entre las valoraciones estatales y las populares es flagrante y

cínica. Establecer un eficiente sistema de responsabilidad de los administradores públicos. Es el único sistema de elevar su prestigio: establecer el consenso necesario. La publicidad ha demostrado claramente que no es suficiente, y posiblemente inconveniente, sobre la base de un conflicto oculto entre la sociedad y el Estado. Recientemente asistimos a una fuerte campaña publicitaria para divulgar los males del contrabando, planteada con un discurso agresivo y penetrante. Una mano negra retiraba una mamadera de un niño de una persona que había quedado desempleada por el contrabando. Porque en el fondo del problema radica que las personas no están convencidas que el destino del dinero que paga por sus impuestos sea el mejor posible .

En nuestro país la instauración del Estado de Derecho -no como de plena legalidad sino como de plena legitimidad- responde a la aspiración declarada de los Constituyentes de 1830. Dicen los Constituyentes: "Últimamente el Código Constitucional establece un Tribunal Supremo de

Justicia que debiendo juzgar las infracciones de la Constitución y los abusos de autoridad, reprimirá al poderoso por aplicación de la ley y desagraviará al miserable. Concediendo así las personas que desempeñen las funciones de los de los poderes constituidos, los conducirá al solo objeto de su institución y los conservará dentro del círculo de sus respectivas atribuciones. Nuestros jueces, en el ejercicio de la judicatura, no dependerán ya del que manda, ni las sentencias que pronuncien serán el producto de su influjo. Y cuando nuestros legisladores reglamenten el juicio por jurados y advertiréis sancionados, aparecerá ya entre vosotros primera vez esta institución, cuya utilidad es reconocida por el mundo civilizado. Entonces, vosotros mismos seréis jueces, unos de otros, la libertad civil no dependerá de un pequeño número de hombres: vosotros determinaréis los hechos sobre los cuales el Juez ha de aplicar la ley. Os será permitido examinarla y aseguraros que es la misma que establecisteis y a la cual voluntariamente os sujetasteis".

En el conflicto de la aplicación de los principios constitucionales y las tradiciones judiciales, durante la vigencia de la Constitución de 1830, triunfaron estas últimas, y las consecuencias están a la vista. A la época del Presidente Williman en 1907, de los veintisiete gobernantes que tuvo el Uruguay, nueve fueron desalojados del poder, dos fueron muertos, uno gravemente herido, doce tuvieron que luchar con una o más revoluciones. Solo tres vieron transcurrir en paz el tiempo de su gobierno. El mismo Dr. Lavandeira, a quien rendimos homenaje, murió en las confrontaciones a que dio lugar la elección de una autoridad judicial, el Alcalde Ordinario de Montevideo.

Pocos días antes de su muerte, había editorializado: -La Democracia, 3 de enero de 1875- "Presentar un voto ilustrado y consciente de las funciones del magistrado judicial, que vuelva la elección una protesta viva para los que han prostituido hasta hoy las magistraturas populares llevando a ellas partidarios incapaces de elevarse a la altura de la noble elección del magistrado,

hechuras de sus manejos e intrigas electorales que fueron allí a pagar sus votos con la moneda del fraude amparado y consentido por quienes debieran ser los primeros :representantes de la justicia". La Democracia, 5 de enero de 1875: ...Las protestas ridículas son siempre suficientes para el Superior Tribunal de Justicia -que ejercía la superintendencia real de todo el sistema judicial-. En efecto, no se ha hecho una elección en la que haya habido lucha en aquel Departamento -Canelones- y en la que el resultado haya sido contrario a esos elementos minoritarios, que no haya sido anulada por el Tribunal de Justicia, fundado en alguna protesta más o menos ridícula, pero siempre apoyada en falsedades comprobadas a la evidencia".

Yo quería citar un caso, y lo voy a hacer muy someramente. Es el caso de Suiza.

Suiza era república en el momento en que estalla la revolución francesa. Llega a 1830 con un Poder Legislativo enteramente subordinado al Ejecutivo, poseído éste -el Ejecutivo- exclusivamente por la aristocracia de nacimiento,

excluida la clase media de los negocios, privado el pueblo entero de vida comunitaria. A.:!~ comienza la revolución democrática para los suizos. ¿Qué sucede? La revolución democrática se forma en repúblicas turbulentas.

Es posible modificar las instituciones judiciales de un país de forma tal de hacerlas más funcionales y más compatibles con los objetivos sociales, principalmente con aquellos de la sociedad democrática.?

Allí se abre recién para Suiza la nueva era de democracia.

Los cantones suizos establecen unas democracias turbulentas e inestables. Y en 1845, se formula una polémica en la Academia Francesa de Ciencias Morales y Políticas en la que participan Cherbuliez y Tocqueville.

Veamos qué dice Tocqueville sobre esto:

"Informe sobre la democracia en Suiza", 1843.

Dice Tocqueville: 'Es sobre todo por la mala Constitución y la mala composición: del Poder

Judicial que las leyes de la democracia suiza son defectuosas. Cherbuliez, no lo nota. .. perdón, lo nota, sí, pero no lo bastante a mi entender -al entender de Tocqueville-. No parece comprender que es el Poder Judicial el que está principalmente destinado en las democracias a ser al mismo tiempo la barrera y la salvaguardia del pueblo". Comparando el sistema judicial suizo con el del Estado de Nueva York, dice: "Los miembros de los tribunales superiores no son elegidos -como en Suiza-por la legislatura, poder electivo que a menudo es apasionado, a veces ciego y siempre irresponsable sino por el gobernador del Estado. El Magistrado, una vez instituido, se considera inamovible. Ningún proceso se le escapa, ninguna sentencia podría ser pronunciada más que por él. No sólo interpreta la ley, puede decirse que la juzga. Cuando la legislatura el movimiento rápido de los partidos se aparta del espíritu o de la letra de la Constitución, los tribunales la vuelven a conducir a ella, negándose a aplicar sus decisiones. De manera que si el Juez no puede obligar al pueblo a

conservar su Constitución, lo fuerza al menos a respetarla mientras existe. No lo dirige, pero lo sujeta y lo limita. El Poder Judicial, que apenas existe en Suiza, es el verdadero modelador de la democracia norteamericana".

La Constitución suiza de 1874 resuelve gran parte de estos problemas, y todos sabemos lo que es la democracia suiza. Pero no siempre fue así. Hubo algún momento en que fueron subdesarrollados, pobres y mal organizados.

Bien: a modo de conclusiones podemos decir:

Uno: No debe limitarse la idea de Estado de Derecho a un Estado de legalidad formal sino de legitimidad sustancial, en la cual cada miembro de la comunidad pueda alcanzar sus valores y realizar su destino con la mínima fricción y con la máxima utilidad individual y social.

Dos: Para ello es necesario revitalizar el principio de la separación de poderes en el sentido que el Poder Judicial es un poder político del Estado, con la misma jerarquía y autoridad que los demás.

Tres: Tomar conciencia de que el Derecho no puede separarse de la vida ni el Estado de la sociedad, sin comprometer la base misma del edificio social.

Dr. Alberto Pérez Pérez:

El tema del Estado de Derecho, desde luego es tema de muchas materias y en algunos casos hay a í mismo, puntos de contacto y alguna vez puntos de controversia. En este caso no vamos a tomar el aspecto de la controversia, sino la continuación de las últimas palabras que nos decía el Profesor Aparicio, desde el punto de vis a de la Filosofía del Derecho, y aprovechando también la penúltima parte de su disertación que estuvo dedicada al Derecho Constitucional, en particular en Suiza. Nosotros vamos a tratar de hacerlo en relación con el Derecho Constitucional uruguayo, y pienso también en qué medida el Estado de Derecho es un concepto que nace de la práctica que, inaugurado como teoría, vuelve a revertir sobre la práctica jurídica con efectos que en nuestra realidad cotidiana de la vida de juristas ejercemos y aplicamos en el Derecho, con consecuencias fructíferas en muchos rubros, y también vamos a tratar de desarrollar -sobre todo en nuestra parte final de conclusiones- la idea de que el Uruguay de

hoy, que es un Estado de Derecho, un Estado de Derecho democrático, un Estado de Derecho social, lo es entre otras cosas porque en esta tierra ha nacido, luchado y muerto por sus ideas, personas como la que hoy homenajecemos como Francisco Lavandeira.

Decimos que la teoría del Estado de Derecho nace de la práctica, porque antes de que en la doctrina germana de fines del primer tercio, de mediados, de fines del siglo pasado, se desarrollara ese nombre, ese concepto de *Rechtstaat*, Estado de Derecho, o de que en la doctrina y en la práctica de los países anglosajones se desarrollara la del *rule of law*, imperio del Derecho, que puede considerarse su equivalente, ya en la práctica política, en la lucha de los pueblos y las naciones por sus libertades y sus derechos, habían ido naciendo los elementos fundamentales del Estado de Derecho, a los que luego se les daría elaboración doctrinaria ordenación y organización teórica.

Nace, podríamos decir, entre otros lugares, en la práctica de la Inglaterra, donde se desarrolla la limitación del poder monárquico, donde se desarrolla empíricamente la participación popular, un pueblo primero sin duda muy iletrado, recién con la organización de la franquicia y' de los sufragios en el siglo XIX, más próximo a nuestra democracia, ~... donde se desarrolla también la primitiva lucha por ~a defensa de las libertades y por sus garantías judiciales, como bien destacaba el colega que habló anteriormente.

Nace también, en la práctica de la revolución y la organización institucional de los Estados Unidos de América, de donde nos vienen conceptos fundamentales que luego van a penetrar en la idea del Estado de Derecho, como el del control de la constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de la actuación administrativa que aparece en la práctica de ese país. Como la forma federal de organización de los Estados, que tanta importancia tuvo en el período formativo de nuestra

nacionalidad a través del pensamiento y la acción de Artigas.

Nace también en la práctica de la revolución francesa, donde quizás respondiendo a lo que a veces se señala como el genio de esa nacionalidad, nace prácticamente con formulaciones teóricas -si cabe un poco la paradoja- y nace con frases como aquella del art. 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, de que toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada ni la separación de poderes determinada, no tiene Constitución.

Y nace también en la práctica de nuestro propio país, en la formación constitucional, en aquellas maravillosas ideas-realidad del período de Artigas, en aquellas frases como "el despotismo militar será precisamente aniquilado con trabas constitucionales que hagan inviolables la soberanía del pueblo". Nace también con aquellas otras acciones de nuestros constituyentes de 1830, que no les voy a repetir, los que citaba textualmente y' en los mismos pasajes que yo había pensado,

nuestro colega el Prof. Aparicio y a partir de eso -podríamos decir- se desarrolla también una práctica de lucha por la defensa de la realización de esos ideales en un Uruguay turbulento del siglo XIX, turbulento como la Suiza que nos recordaba el Profesor Aparicio, y no tan rápidamente convertido en democracia organizada, en Estado de Derecho democrático. Francisco Lavandeira -desde luego- es ejemplo notable de la unión de teoría y práctica. Fue graduado en Derecho y Jurisprudencia en Buenos Aires profesor catedrático en la Universidad de la República, en la Facultad de Derecho. y al mismo tiempo fue periodista combatiente, político activo y hombre íntegro de su sociedad, que muere en defensa de sus ideales.

Dentro de ese período, y quizás cronológicamente coincidiendo con los años de formación y de lucha de Francisco Lavandeira, es que en la doctrina alemana de la época -algo adelantada en las primeras formulaciones en la década del 30 o del 40 con Mohl y Stahl, y más fundamentalmente en la década del 60 y del 70,

con Val y Heinz, y con Stanni, se desarrollan los conceptos del Estado de Derecho. Conceptos y teorías básicas y fundamentales, sobre las cuales desde luego cedemos el derecho a hablar con mayor propiedad a nuestros colegas de Filosofía del Derecho en buena medida. Pero teorías que cristalizan a su vez no en formulaciones vacías -como bien se decía hace un rato-sino en fórmulas llenas de sentido, plenas de consecuencias prácticas, como la que siguiendo conscientemente en gran medida a Carré de Malberg nos decía nuestro querido maestro y antecesor en la cátedra de Derecho Constitucional, el Dr. Real, quien dedicó a este tema un ensayo de gran profundidad y de gran emoción como todos los suyos.

Y el Dr. Real definía allí al Estado de Derecho como aquel que en sus relaciones con los súbditos y para garantía de los derechos de éstos, se somete el mismo a un régimen de derecho, "1 está sujeto en su acción a reglas que, primero, determinaron le derecho o e se reservan los ciudadanos o los habitantes en general y, segundo,

fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado.

Pero, decíamos, este concepto, esta teoría nacida de la práctica, vuelve a revertirse también sobre la práctica, con las consecuencias jurídicas que este concepto tiene sobre la realidad del ejercicio del Derecho . ¿Por qué? Porque como lo destaca --con la claridad que caracteriza todas SUS exposiciones--el Profesor Horacio Cassinelli Muñoz, en el Estado de Derecho lo típico, lo característico, lo que estudiamos nosotros en nuestros cursos de Derecho Constitucional y pretendemos que los estudiantes que salen de esta Facultad adquieran como concepto incontrovertible, como firmes ideas, es aquel Estado en el cual todos los actos del Poder Público están sujetos al Derecho. Aquel Estado en el cual está regulada jurídicamente no sólo la actividad de los habitantes en general, sino también la de los gobernantes cuando actúan como gobernantes.

Pero, segundo aspecto, r aquí es donde la idea entra nuevamente a revertir sobre la realidad, donde además de ello hay procedimientos y

,garantías que tienden a asegurar la efectividad de estas reglas.

Estos procedimientos y garantías son básicamente de dos órdenes, y vamos más que nada a enumerarlos para no cansar la atención de los presentes. Por un lado la responsabilidad de las personas que actúan en nombre del Estado; por otro el control sobre los actos a través de los cuales se expresa la actividad del Estado.

Responsabilidad de las personas, gobernantes, administradores, jueces. Aquellos jueces que de acuerdo con la disposición de; nuestro art. 23 constitucional, son responsables de la más mínima agresión a los derechos de las personas. Responsabilidad civil regulada en los arts. 24 25 de la Constitución, obligando a indemnizar los daños causados por la acción ilícita del poder jurídico. Pero también responsabilidad disciplinaria que afecta a funcionarios y gobernantes en los derechos que tienen. en su calidad de tales. Y responsabilidad penal para castigar aquellos actos

delictivos, y asimismo responsabilidad política de los ministros frente. al Parlamento.

Por otro lado elemento esencial del Estado de Derecho es también el control sobre los actos a través de los cuales se expresa ese Estado. Control que en nuestro régimen constitucional se ha ido perfeccionando a lo largo del tiempo y podemos decir que hoy cubre fundamentalmente todas las posibilidades en las cuales el Estado pueda violar el orden jurídico. Tenemos el remedio del recurso de inconstitucionalidad de las leyes, por vía de acción o por vía de excepción o defensa o aun también pudiendo ser planteado de oficio por el juez que enfrente en su conciencia el dilema de tener que aplicar una ley inconstitucional y remitiendo a nuestro máximo órgano jurisdiccional, a la Suprema Corte de Justicia, la competencia para decidir.

Frente a la acción de la Administración tenemos el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, jurisdicción de jerarquía análoga a la de la Suprema Corte de Justicia, que puede anular, privar de eficacia concreta, y aun a veces -aunque

hasta ahora no haya ejercido esta potestad-con carácter general, a los actos administrativos ilegítimos.

Está también la función de la Corte Electoral, vigilando la pureza del sufragio y vigilando también el apego al Derecho de todas las actuaciones de los órganos electorales y del cuerpo electoral en su conjunto. En el plano judicial, el recurso de casación, un mecanismo para restablecer el imperio del derecho violado. Y el Tribunal de Cuentas, verdadera conciencia financiera del Estado, que sin poder impedir que se materialicen. se concreten los actos ilegítimos en esta materia financiera, por lo menos 'enciende una luz roja, hace reflexiona: , da cuenta a aquellos otros órganos que pueden hacer valer la responsabilidad o hacer efectiva la responsabilidad de los gobernantes que están a punto de, o hayan ya, violado las disposiciones normativas en la materia.

Pero esto que, además de tenerlo así lo tenemos planteado en nuestra teoría del régimen constitucional, también lo podemos ver funcionando

en la práctica de la vida institucional del país, y podríamos decir que hay -si se quiere- un algo de simetría en rendir en esta época homenaje a Francisco Lavandeira. Francisco Lavandeira, C1 # de a democracia y del Estado de Derecho, que en el momento en se cernía sobre el país el drama y el peligro que se concretó en realidad en el período de predominio militarista, de dictadura, de violación de los derechos, y hoy en cambio estamos -poco después- de la salida de un periodo en el cual se vivió ese caso de los derechos, también bajo dictaduras militares. Si se quiere podríamos recurrir al símil de los dos crepúsculos: Lavandeira actuando heroicamente en el crepúsculo vespertino, cuando se cernía la noche sobre el país, y ahora nosotros homenajeándolo y reflexionando sobre el Estado de Derecho en un período en cambio de crepúsculo matutino, en el que debemos todos tener la esperanza de que el sol siga levantándose en el mundo de la democracia uruguaya.

Y para analizar brevemente lo que puede haber significado este período en la vida de nuestro

país yo cite también a otro de nuestros grandes maestros, el gran maestro de Derecho Constitucional uruguayo de las últimas décadas. Justino Jiménez de Aréchaga. quien en un luminoso ensayo titulado Panorama Institucional Uruguayo a mediados del siglo XX concretó en breves frases -tajantes y terminantes como todas las suyas lo que era la democracia uruguaya de estos mediados del siglo XX, que él describía como "una manera singularmente amplia de entender y respetar la libertad de los seres humanos. Una manera también singularmente amplia de entender y respetar la igualdad de los seres humanos. Las formas singularmente eficaces mediante las cuales nuestro Estado garantiza la participación de los ciudadanos en la conducción de los asuntos públicos y la responsabilidad de los gobernantes".

En un trabajo sobre la realidad, el drama diríamos de los derechos humanos en el Uruguay de 1977, que era también el drama del Uruguay desde el 73 hasta el 85, tuve oportunidad de recordar lo que había escrito nuestro maestro, y de agregar

esto: "Quien hubiera dejado de ver el país en esa época y retornara en 1977 no podría creer lo que sin duda alguna le transmitirían sus sentidos. Nada de lo que se lee en el ensayo del Profesor Jiménez de Aréchaga es hoy -hoy, 1977- cierto. O peor, ironía suprema, todas las afirmaciones contenidas en ese ensayo podrían ser valederas con un mero pero fundamental cambio de signo lógico. Lo que entonces se afirmaba libertad, igualdad, democracia, responsabilidad, hoy hay que negarlo. Lo que entonces se negaba, arbitrariedad, discriminación, tiranía, privilegios, hoy hay que afirmarlo".

Felizmente para nuestro país la lucha del pueblo permitió reconquistar la democracia, y poco a poco lo que Justino Jiménez de Aréchaga decía a mediados del siglo XX está llegando felizmente a ser nuevamente verdad hacia fines del siglo XX. Y en particular aquellos conceptos del Estado de Derecho funcionan también en la práctica. Nuestro Poder Legislativo democráticamente electo en noviembre de 1984 prácticamente inauguró sus actuaciones

restableciendo también jurídicamente, la forma de crear el derecho. La declaración excelente exposición de motivos que acompaña a la ley correspondiente, la ley 15.738 afirma el Estado democrático de Derecho. También lo hace en otra ley paralela, declarando también restablecida de hecho la autonomía de la Universidad de la República gobernada por sus órdenes.

En la exposición de motivos de esta ley 15738 decía nuestro Poder Legislativo, decían legisladores de todos los partidos políticos que los actos legislativos del Consejo de Estado del gobierno militar de facto que acaba de fenecer son radicalmente nulos por emanar de un órgano inexistente para la Constitución de la República y por haber sido dictados sin seguir el procedimiento que ésta prescribe para la sanción de las leyes, en cuyo mérito están afectados de un vicio de incompetencia absoluta, así como del señalado vicio de forma y fue sólo para no perturbar la seguridad de las relaciones jurídicas , y en particular los legítimos derechos e intereses de terceros, que se

convalidaron, que se validaron por primera vez los decretos leyes que eran ilegítimos ab initio y que adquirirían ahora validez por la declaración el Poder Legislativo, salvo en aquellos casos en que se declaraba su nulidad absoluta por haber sido dictados con evidente ánimo y espíritu represivo, por ser contrarios a los principios democrático-republicanos, o por tener el propósito de crear privilegios o beneficios exorbitantes para cierta categoría de funcionarios representativo del régimen fenecido y de sus colaboradores, en clara violación del principio constitucional de la igualdad.

Podríamos decir que lo que con estas palabras decía nuestro Poder Legislativo era que estaba declarando la inexistencia jurídica de la dictadura. El Uruguay vivió realmente bajo dictadura, sufrió el pueblo uruguayo bajo dictadura en esos años pero jurídicamente no dejó de regir la Constitución democrática de 1967. Y cuando el pueblo pudo funcionar y votar eligió a sus autoridades legítimas y éstas restablecieron la continuidad jurídica y democrática del país.

Y esto que ha dicho el Poder Legislativo lo ha dicho y lo ha reafirmado también la jurisprudencia del país a través de jurisdicciones máximas, la Suprema Corte de Justicia, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y también numerosos jueces y Tribunales de Apelaciones. En particular creo que debe destacarse básicamente la primera sentencia de este año de la Suprema Corte de Justicia en la que declara que es constitucional y ajustada a la Constitución la Ley 15.738, y utiliza un razonamiento si se quiere aun todavía más terminante que el de la propia exposición de motivos de la ley citada. Y por otro lado, en esa misma sentencia, se proclama que la seguridad no es el valor supremo, porque a la Suprema Corte de Justicia se le había planteado como un conflicto entre la seguridad y los principios de la constitucionalidad y la democracia, la necesidad de declarar inconstitucional la Ley 15.738. Cosa que por cierto la Suprema Corte no hizo.

Por otro lado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en una importantísima sentencia

también de este año, una sentencia interlocutoria en que resuelve el punto de la jurisdicción y no prejuzga, desde luego, sobre el fondo del asunto, y quizás el que fue ganancioso en esta etapa no lo sea en el final, pero se resuelve de una manera acertada y acorde con el principio del Estado de Derecho el tema de si es o no es recurrible y por lo tanto procesable ante el Tribunal, el acto de una Cámara por el cual se dispone la remoción de uno de sus miembros. Dijo con estas palabras el Tribunal: "La piedra angular en que se asienta la posición del Tribunal radica en reiterar e insistir en la enunciación de un criterio en el que coincide la más prestigiosa doctrina, consistente en postular enfáticamente que en la óptica de la organización democrática regida por el Derecho, lo que define el Estado de Derecho por principio esencial y desde el punto de doctrinario general de informativa jurídica, no puede aceptarse ni tolerarse la existencia de actos administrativos excluidos del control jurisdiccional de legalidad o regularidad jurídica, y que nuestra Constitución establece de regla. El

Derecho Constitucional uruguayo somete al control de regularidad jurídica los actos administrativos sin distinción".

Tratando de concluir deberíamos agregar que el Estado de Derecho no funciona si no existe una base social real en la que pueda asentarse. Como decía en su tesis el Dr. Francisco Lavandeira, en su tesis sobre la Ley de Población y la sociedad argentina, "afianzar la justicia, asegurar los beneficios de la libertad, ahí está toda entera la solución práctica del problema social. Creo que en vano nos damos -agregaba- constituciones en que establecemos la división y distribución de los poderes, hacemos declaraciones de derechos absolutos e innegables, si no dignifican y animan las instituciones el espíritu y las condiciones tanto naturales como morales de la libertad. La libertad es planta delicada, necesita tierra generosa para germinar y desarrollarse. Y además de esa tierra generosa, dada en las condiciones sociales y económicas y morales, necesita vivir en la conciencia popular".

O, como decía también en su clase inaugural de Economía Política Francisco Lavandeira, la misión de esa cátedra él la veía cómo formar la conciencia del pueblo sobre los grandes intereses que lo afectan, y de que él debe disponer como único dueño y soberano.

Dr. José Claudio Williman:

El Instituto de Economía me hizo el honor de designarme para esta tan grata tarea como es la de referirme al Dr. Lavandeira como catedrático de economía de la Facultad de Derecho. Es decir como integrante de una cátedra que se inicia en los albores de la Universidad de la República, por cuanto ya el proyecto del Presbítero Larrañaga de 1832 hablaba de "crear el estudio de Derecho y de la Economía Política o del Bien Común", decía. La Ley Larrañaga del año 33 crea junto a Latín, Biología, Matemáticas, Jurisprudencia, Medicina y Ciencias Sagradas, una cátedra de Economía Política, que nunca se instaló.

Luego el proyecto y la ley del Presidente Oribe, la Ley Orgánica del año 38 incluía en el Departamento de Ciencias Filosóficas un aula de Economía Política. Sin embargo recién en 1841 un colegio privado, Colegio de Humanidades, dicta un curso que al instalarse la Universidad de la República en 1849 por don Joaquín Suárez, se resuelve que se envíe mientras no se instale la

Cátedra de Economía, los estudiantes a este Colegio de Humanidades, destacando con ello la importancia que se le daba al tema, que todavía no se podía crear como responsabilidad directa de la recién instalada Universidad.

Doce años más tarde, en 1861, se instala el curso, la cátedra de Economía Política, y es nombrado como profesor Carlos de Castro, que venía de Italia, de vincularse al pensamiento liberal italiano, con un profundo e entusiasmo por las ideas liberales. La presencia de la Cátedra de Economía -decía Carlos María Ramírez- transformó la Universidad. Porque desde la Cátedra de Economía Política se trataban temas que estaban muy vinculados a problemas fundamentales del Derecho. Lo han hecho notar los colegas que me han precedido, el problema de la libertad política y a través de los temas de la libertad, de la libertad política y de la libertad económica, problemas incluso de ética. Lo cual, para quienes eran personajes entusiasmados con los problemas del Derecho y de la política, la cátedra de Economía

Política les daba una estupenda oportunidad de extenderse en ideas fundamentales de organización constitucional de la sociedad, más allá de lo que hoy entendemos específicamente por Economía Política.

En esta cátedra se destacan primero Carlos de Castro, que tiene que renunciar más tarde y vuelve junto con la cruzada del General Flores, cuando lo nombraron Ministro de Relaciones Exteriores después Pedro Bustamante, siempre en la línea del liberalismo que es el pensamiento político predominante en la época; Martín Aguirre; Francisco Lavandeira; Carlos María de Peña; y por último llegando ya a fines del siglo XIX, don Eduardo Acevedo. Estas son las figuras que regentearon esta tan importante cátedra que, como decía Carlos María Ramírez cambió, convulsionó y renovó el sentido de la Universidad.

¿Por qué lo cambia? Porque desde allí además se iba a empezar a estudiar, a poco andar -y es Lavandeira quien lo hace- la realidad nacional, y él hablaba también de la realidad de América. Es decir, no es solamente la doctrina lo que se expone,

que es un poco la línea de los profesores hasta Lavandeira, sino que a partir de Lavandeira, un mirar de la realidad nacional para que desde la cátedra se pueda -decía él- incluso asesorar y colaborar con los legisladores que integran el Parlamento nacional

Lavandeira se recibe de Doctor en 1870, a los 22 años como indicó recién el Dr. Pérez Pérez, con su tesis sobre la Ley de Población y la Sociabilidad Argentina, y es nombrado en el año 73 -en mayo de 1873 a los 26 años, Catedrático de Economía Política. El ambiente en ese momento es muy característico para recordarlo; es la época del entusiasmo por el liberalismo, por el principismo, es decir el entusiasmo por los principios que esta generación que integró el Parlamento, la Legislatura de 1873, algunos componían como el mismo Lavandeira la revolución de Aparicio. integran el Comité revolucionario del levantamiento de Aparicio. Más tarde reaccionan y, luego de la paz de abril de 1872, paz que todo el mundo deseaba y pedía, reaccionan afirmando los principios de la

defensa de las ideas del liberalismo, la libertad política, la organización constitucional, las garantías administrativas y reaccionando contra los caudillos en una línea muy doctoral y principista, contra las revoluciones, y, ya más difícil de acompañar en el caso mío, contra la tradición española, la cultura española. e incluso contra la proyección religiosa, católica de la cultura española en América.

Se confirmaba así un fenómeno que se dió a partir de 1810: el liberalismo que entra en América y el Río de la Plata específicamente, fundamentalmente de origen francés, y enfrenta la tradición española produciéndose lo que el profesor Methol Ferré ha llamado la crisis de la cristiandad indiana es decir, un alejamiento entre las poblaciones cristianas y la dirigencia liberal y afirmada en el liberalismo, fundamentalmente europeo. Esa línea liberal incluye además una convicción muy grande en la importancia de la educación. Esto Lavandeira lo va a plantear también desde el ángulo de su cátedra, desde su clase inaugural que acaba de citar el Dr. Pérez Pérez, la

importancia de la educación para formar a los hombres y a los pueblos, a toda la comunidad.

Y por eso él, que no había salido legislador en el año 73, pasa a interesarse por la parte de enseñanza, porque toda esa generación está convencida que la educación es instrumento fundamental de organización de la sociedad civil. El, en realidad, ataca claramente la pasión que existe en la época por algunos hombres, por los caudillos. pero en realidad sustituye o pretende sustituirla por un enfoque de absoluta racionalidad, pero hay que reconocer que puso -todos ellos pusieron- una enorme pasión en los principios de la libertad, de la libertad política, que en su época estaban afirmando. Su prédica fue -dicen lo autores de la época un impacto en la Universidad. Lo dice De Pena, lo dice Ramírez también en la polémica con José Pedro Varela. porque desde la Cátedra se empieza a conocer el país. Algo que después del siglo XX omitió por tantos aspectos. con un censo de población de 1908 que recién se replantea en 1963.

Lavandeira es el primero que trata de entender la realidad, de proyectarse hacia la realidad, en una época en la que pocos números había. Pero tiene el enfoque de que no basta la exposición de la teoría en materia económica. sino que es necesario interpretar a través de esa teoría la realidad del propio país, de su país. En esta materia él introduce elementos que no son típicamente liberales, porque si por un lado está en la clara línea de aquella figura que dominó tanto el siglo XIX como es Bastiat, es influido sin embargo por Carey, el norteamericano Carey. y Carey es alguien que ha sido impresionado por la gran figura alemana de Federico List. Este, allá por 1830, inicia lo que, su libro llamó el sistema nacional, la defensa de la economía alemana. Y la defensa de la economía alemana frente a la penetración de la revolución industrial inglesa, el liberalismo inglés. Y lo dice claramente List: "Me interesan las fuerzas de producción de mi país, no tanto la posibilidad de ser competitivo en razón de un enfoque de especialización regional, de división internacional

del trabajo". Esta afirmación, que tendría lógicamente que horrorizar al pensamiento liberal, y que la hace List en defensa de la economía alemana, impresiona profundamente a Carey, a través de Carey a Lavandeira que medita seriamente sobre estos enfoques y no rechaza con simplicidad, con facilidad, las ideas proteccionistas que vienen de Federico List.

Junto a estos temas le dió una enorme importancia a los temas financieros: los estudios de los problemas fiscales, de la deuda pública. del mesup esto. Estaban incluidas en la época en Economía Política, no existía todavía Finanzas, el Derecho Financiero en la Universidad. y todo ello era área del profesor de Economía Política. Su personalidad no se agotaba sin embargo en la cátedra: era un político, era un hombre de lucha y de acción. Y era además alguien que desde la prensa -específicamente desde él periódico blanco "La Democracia"- junto a Agustín de Vedia, que había estado con él en la revolución de Aparicio y en el Comité Revolucionario, realizaban la prédica en

función de ese mismo principismo. Pero además escribe una serie de artículos importantes de tipo técnico, tratando de prolongar, de proyectar a través de la prensa su tecnicismo y su preocupación por una organización más tecnificada del Estado uruguayo, incluso con la esperanza de que esa prédica se llegara hasta los parlamentarios. que era una idea específica de él.

En esa lucha y en esa lucha política del principismo, integra con tantos otros los nuevos grupos principistas que se crean en la época: el Club Radical, el Club Nacional -él es del Club Nacional-. Nos acercamos a las elecciones de Alcalde Ordinario que se realizaban en el atrio de la Iglesia Matriz donde se ponían las urnas y debía realizarse el 9 de enero de 1875. El principismo en ese momento presenta sus candidatos -José Pedro Varela uno de ellos-y en el momento en que se está votando en cierto momento, se está discutiendo acaloradamente la legitimidad de un voto. Un voto principista. Y en ese momento quien hace la defensa de ese voto era el Dr. Alfredo Castellanos;

en ese momento se produce el escándalo, suenan tiros, se vuelcan las urnas, aparece allí la figura de quien sería de triste memoria, que es Francisco Belén, y entonces hay 'que suspender el acto. El acto se suspende, se resuelve que continuará la elección el 10 de enero.

Se sabe que va a ser un día tremendo. Que es la fuerza no orientada, no tutelada, no controlada por el Derecho sino la fuerza misma la que puede perturbar este acto. Se realiza una importante reunión en la llamada Barraca de Eolo, donde concurren más de mil quinientos principistas, Porque hay una cosa que yo siempre he enseñado en las clases: estos hombres, que aparecen en las cátedras en la Universidad, en la polémica, en el periodismo, que parecen tan teóricos, sin embargo cuando llegó el momento difícil de enfrentar la realidad, a veces he dicho "murieron como moscas". Fue de un valor físico aquella generación admirable. Dejaron además un ejemplo una impronta, porque si bien se les puede reprochar un exceso de atracción de los enfoques por la libertad política,

dejaron en el país una impronta permanente sobre la importancia que tuvo para los orientales la libertad política. Y no me cabe ninguna duda que aquella generación contribuyó de una manera fundamental a dar esa imagen a la comunidad.

Presidió esta asamblea, que está dispuesta a jugarse. el Dr. José María Muñoz. Y se resolvió ir en conjunto para defender las urnas. A defender las urnas, esa era la consigna. La votación marchó bien hasta el mediodía del 10 de enero. Cuando se advirtió que el principismo iba ganando por la cantidad de gente vinculada a ellos que estaba votando, otra figura de mal recuerdo, el General Gregorio Suárez -a quien muchos colorados le atribuyen la muerte de Flores- desde su cantón en el Mercado Viejo dió la orden de atacar, simplemente, aquel acto electoral. y