

4-15740

UNIVERSIDAD DE LA REPUBLICA
FACULTAD DE DERECHO
BIBLIOTECA

LA JUSTICIA URUGUAYA

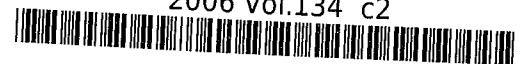
REVISTA JURIDICA

TOMO 134

Año 2006

La justicia uruguaya :

2006 Vol.134 c2



FD-UY/JU1342006C2

COPIA 2

no pasa de erigirse en una norma de la carencia de instrumentación que en materia de lavado de dinero los testigos y colaboradores no se presta la colaboración que los Estados deberían proporcionar al testigo y al arrepentido. A modo de ejemplo, un conjunto de Estados en noviembre de 1995. Di-

por testigo debe su situación jurídica. Consideraciones de las que tienen pe-

alquiler directa; made; pro-

de las palabras del testigo, sino de sus gestos, extremo no menos importante para evaluar su disposición y credibilidad. Esto excluye también, como lo dijéramos, la posibilidad de admitir el "testigo anónimo" en nuestro derecho.

Estimamos que la necesidad probatoria que revelan los procesos por lavado de capitales, en el marco de enjuiciamientos a la criminalidad organizada, puede desembocar en un derecho penal eficaz respetando los principios del derecho procesal penal. Esto es, sin necesidad de modificar el régimen de valoración de la prueba a libre convicción, e introduciendo una eficaz ley de arrepentidos a la vez que preservando las garantías del testimonio conforme lo hemos expuesto precedentemente. La legislación uruguaya revela escasa preocupación por estos tópicos, que a nuestro juicio parecen ser precisamente la llamada legislación de arrepentidos y medidas de denuncia de las operaciones financieras como cargas de vigilancia. Una implementación de la obligación de reporte de arrepentidos, que no implique la modificación del contradictorio procesal y las garantías, pueden ser un camino posible de conseguir un adecuado equilibrio entre libertad personal y la criminalidad organizada.

tradictorio penal el conocimiento de la identidad del testigo por parte del acusado, a fin de que pueda cuestionar o evaluar su credibilidad. La teoría de la ponderación de bienes que se ha esgrimido para permitir en el espacio europeo este tipo de testimonio, alegando que se trata de restricciones mínimas al principio de publicidad justificadas por la necesidad de protección física de los testigos y de evitar la divulgación de su identidad, no podría a nuestro juicio prosperar. En efecto, el derecho del inculcado a interrogar a los *testigos presentes*, como lo establece el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada en Uruguay por la Ley No. 15.737, estaría vedando el ocultar a las partes la identidad del testigo.

Problema diferente es el testimonio prestado a través de medios audiovisuales técnicos, de modo que el arrepentido o el testigo puedan prestar testimonio fuera de las presiones de los co-inculcados. Si se mantuviera el principio del conocimiento de la identidad del testigo y la posibilidad de contradictorio durante el interrogatorio, tal método podría admitírsele en tanto -respetando tales circunstancias- no violentaría las garantías judiciales mínimas que reconoce nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, se preserva al testigo de la eventual intimidación o coacción por la presencia física de los acusados, y por el otro, se garantiza por parte del Tribunal la percepción visual no solo de las palabras del testigo, sino de sus gestos, extremo no menos importante para evaluar su disposición y credibilidad. Esto excluye también, como lo dijéramos, la posibilidad de admitir el "testigo anónimo" en nuestro derecho.

Estimamos que la necesidad probatoria que revelan los procesos por lavado de capitales, en el marco de enjuiciamientos a la criminalidad organizada, puede desembocar en un derecho penal eficaz respetando los principios del derecho procesal penal. Esto es, sin necesidad de modificar el régimen de valoración de la prueba a libre convicción, e introduciendo una eficaz ley de arrepentidos a la vez que preservando las garantías del testimonio conforme lo hemos expuesto precedentemente. La legislación uruguaya revela escasa preocupación por estos tópicos, que a nuestro juicio parecen ser precisamente la llamada legislación de arrepentidos y medidas de denuncia de las operaciones financieras como cargas de vigilancia. Una implementación de la obligación de reporte de arrepentidos, que no implique la modificación del contradictorio procesal y las garantías, pueden ser un camino posible de conseguir un adecuado equilibrio entre libertad personal y la criminalidad organizada.

EL URUGUAY COMO ESTADO DE DERECHO

Dr. Ruben Correa Freitas

Profesor Titular de Derecho Constitucional en la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de la Empresa.
Profesor Agregado de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.
Profesor de Derecho Constitucional en la Escuela Nacional de Policía.
Senador de la República.

SUMARIO

1.- El Estado de Derecho. 2.- Evolución histórica. 3.- Caracteres del Estado de Derecho. 4.- El Estado Social de Derecho. 5.- El Uruguay como Estado de Derecho. 6.- Conclusiones.

1.- El Estado de Derecho.

El Estado de Derecho nace con el constitucionalismo, a partir de las Revoluciones inglesa de 1688, norteamericana de 1787 y francesa de 1789, en donde se afirma claramente el principio de la separación de poderes y el reconocimiento de los derechos individuales, especialmente los derechos civiles y políticos, así como por la influencia ejercida por el pensamiento liberal de ROUSSEAU, LOCKE, HOBBS y MONTESQUIEU, entre otros. La noción de Estado de Derecho fue inventada por la doctrina alemana de Derecho Público, en oposición al Estado de Policía. En nuestra doctrina, Alberto Ramón REAL enseña que la palabra "Estado de Derecho" fue creada por VON MOHL en una obra publicada en 1832, cuyo título es "Ciencia de la Policía según los principios del Estado de Derecho", destacando tres períodos históricos del Estado: a) El Estado patrimonial, en el que el gobierno absoluto administra el Estado como si fuese un patrimonio personal del soberano; b) El Estado de Policía, que es el gobierno absoluto del Estado dirigido con fines de bien público, pero con normas arbitrarias y reglamentarias; c) El Estado de Derecho, es el gobierno regido por la ley y cuyo fin es al mismo tiempo la justicia y el bien público.¹

Sobre las características del Estado de Policía, enseña el profesor argentino GORDILLO que pueden señalarse entre otras las siguientes: en primer lugar, no se podía demandar al Estado; en segundo lugar, estaba consagrada la irresponsabilidad del Estado, dado que se sostenía que "el Rey no podía dañar"; en tercer lugar, se afirmaba la teoría de los "actos del príncipe", que era como un acto de Dios por encima del orden jurídico, que se transformó luego en la teoría de los "actos de gobierno" que no pueden ser revisados por ninguna autoridad en vía jurisdiccional; en cuarto lugar, la tesis de la "doble personalidad del Estado", esto es el Estado como poder soberano, que no podía ser demandado y que era irresponsable, y el Estado como sujeto de derecho, cuya denominación fue la de Fisco, como una especie de manifestación privada del soberano, en un pie de igualdad con los particulares; en quinto lugar, la concepción de la "justicia retenida" en que el soberano decidía por sí las contiendas entre las partes, sustituida luego por la "justicia delegada", en que el rey delega la potestad jurisdiccional a un consejo que depende de él; en sexto lugar, el poder de policía, que era un poder estatal jurídicamente ilimitado de coaccionar y dictar las órdenes que el soberano creyera conveniente.²

2.- Evolución histórica.

Desde el punto de vista histórico, es necesario tener en cuenta que la tendencia a limitar el poder político tiene precedentes muy antiguos, pudiéndose citar como precedentes más próximos a la doctrina del Derecho Natural,

representada entre otros por GROCIO y KANT, así como la doctrina de la separación de poderes, cuyos exponentes más conocidos son LOCKE, HOBBS y MONTESQUIEU. Asimismo, puede citarse entre los antecedentes de la doctrina del Estado de Derecho, la concepción del "garantismo" sostenida en Francia por Benjamín CONSTANT en su "Cours de politique constitutionnelle" (1818-1820). En forma similar, aunque histórica y esencialmente diferente, nos encontramos con el principio constitucional inglés del "Rule of Law" (gobierno del derecho), que se distingue con la doctrina del Estado de Derecho, cuyos principios que informan el Estado liberal constitucional del siglo XIX fueron fruto del pensamiento político, mientras que el "Rule of Law", recogido por la doctrina del liberalismo político y jurídico, era ya desde tiempo atrás un principio consuetudinario constitucional plenamente vigente en el siglo XVII.³

Según el destacado magistrado y politólogo francés, Bela FARAGO, la noción de Estado de Derecho de tipo occidental, tiene tres dimensiones:

- En un primer nivel, el Estado de Derecho implica "la sumisión de los gobernantes a la regla de derecho", por lo tanto es un Estado donde el orden jurídico es respetado.
- En un segundo nivel, el Estado de Derecho supone "la sumisión del Estado al Derecho", prohibiéndose la actuación estatal arbitraria.
- En una tercera dimensión, el Estado de Derecho es un Estado donde los ciudadanos o los habitantes "gozan de garantías efectivas, protectoras de su libertad".⁴

Enseña el recordado profesor español GARCÍA PELAYO que el Estado de Derecho es una concepción "debi- da al genio jurídico del pueblo alemán", que fue preparada por el iusnaturalismo con su reducción del Derecho a pura razón independiente de la voluntad, pero que le quita sus- tancia posteriormente el positivismo, hasta ser neutraliza- do definitivamente por parte de Hans KELSEN. Agrega que el Estado de Derecho surgió como un concepto polémico frente al Estado autoritario, intervencionista y burocrático del absolutismo, afirmando que el Estado debe renunciar de preocuparse por la felicidad y el bienestar de los ciuda- danos, limitándose a garantizar la libertad por medio del orden jurídico.⁵

3.- Caracteres del Estado de Derecho.

Sobre el significado y alcance del "Estado de Dere- cho, afirma el constitucionalista español Francisco FER-

NÁNDEZ SEGADO que "desde su formulación inicial, la cláusula del "Estado de Derecho" ha encerrado un conjun- to de convicciones y creencias, esto es, un orden axiológico determinado. El Estado de Derecho fue ante todo un Esta- do garante de la libertad y seguridad individuales". Agrega estas reflexiones que me parecen muy importantes para la caracterización del Estado de Derecho: "En nuestros días, esa cláusula no sólo no ha perdido su vertiente valorativa, sino que, bien al contrario, ésta se ha convertido en su ele- mento nuclear. El Estado de Derecho se legitima en tanto en cuanto se asienta en un conjunto de valores, en un or- den valorativo al que debe responder, y que ha de impreg- nar el conjunto del ordenamiento jurídico".⁶

Desde otra perspectiva, se define al Estado de De- recho "cuando un Estado configura jurídicamente la orga- nización y ejercicio del poder político, de manera que los individuos y sus grupos están protegidos por la existencia previa de normas e instituciones jurídicas, garantizadoras de sus derechos y libertades; cuando la actividad estatal se somete a normas e instituciones jurídicas, sin más ex- cepciones que las exigidas por el interés general".⁷

En la doctrina nacional, REAL define al Estado de Derecho como "aquel que en sus relaciones con sus súbditos y para garantía de los derechos de éstos, se somete el mismo a un régimen de derecho y esta sujeto en su acción a reglas que, primero, determinan los derechos que se re- servan los ciudadanos (los habitantes en general) y segun- do, fijan las vías y medios por los cuales las autoridades públicas pueden lograr los fines del Estado".⁸

Por su parte, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA que pre- fería distinguir entre los "gobiernos de opinión" y los "go- biernos de fuerza", expresa que las características del Estado de Derecho se pueden sintetizar en "la idea de que el Estado es limitado en cuanto a sus fines; la idea de que el Estado está limitado por el derecho; la idea de que el derecho está limitado por la razón; la idea de que el gobierno es limitado, en cuanto lo es el Estado mis- mo; es limitado, en cuanto lo es el derecho que él produ- ce y es limitado también en cuanto su actuación está subordinada al derecho".⁹

Considero que "el "Estado de Derecho", y más es- pecialmente el "Estado Social de Derecho", supone una preocupación no sólo por el sometimiento de los gober- nantes y de los gobernados al Derecho, a las normas jurí- dico-constitucionales, sino también una preocupación por

3 Véase DE VERGOTTINI, Giuseppe, "Diritto Costituzionale Compa- rato", Edizioni Cedam, Italia, 1993, págs. 262-263.

4 FARAGO, Bela, "Reformes politiques et possibilités de transition vers

6 FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "El sistema constitucional es- pañol", Dykinson, Madrid, 1992, pág. 114.

7 LUCAS VERDU, Pablo y LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo, "Manual de Derecho Político", Ed. Tecnos, Madrid, 1994, pág. 269.

el hombre, por el s
que puede realizars

Desde una p
definir al Estado de
realización del hom
tatal protectora de l
figuran dos valores
de la persona huma
tección y desarrollo.

En síntesis, '
Derecho es la crista
na: la supresión de l

4.- El Estado

Pero ha habic
cho Constitucional C
cial del Estado de De
alemana de 1949, lla
tal de Bonn, estable
República Federal de
mocrático y social."

Esta consagra
lo encontramos en la
Constitución de Coloi
Paraguay de 1992, es
menzó con la Constitu
al consagrar los derec
mentando a los clásic
políticos, consagrados

Tal como lo he
Social de Derecho" to
que debe primar en t
con el principio de la "le
mientras el "Estado de
"Estado Social de Dere
que no basta reconoce
sino que hay que recor
en la sociedad.¹⁰

Se señala que e
origen híbrido, fruto de
lógicas dispares: por u
ca del socialismo dem
pensamiento liberal mé

10 CORREA FREITAS, Rui
neo", F.C.U., Mdeo., 200

11 BRITO, Mariano R., "De
temporaneidad, prospec
2004, pág. 256.

12 DE ESTEBAN, Jorge y L
tucional español", Ed. L

derechos sociales con fórmulas variables, entre las que nos resulta elocuente la de "Estado social y democrático de derecho" que emplea la Constitución de España de 1978".²⁰

Nos encontramos, pues, con una evolución del Estado de Derecho liberal burgués, surgido de las revoluciones inglesa, norteamericana y francesa, característico del siglo XIX, que consagró la democracia constitucional y el reconocimiento de los derechos individuales, el que luego se transformó en Estado Social de Derecho en el siglo XX, a partir del reconocimiento de los derechos económicos y sociales con la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, la Constitución alemana de Weimar de 1919 y la Constitución española de 1931. Pero el Estado Social de Derecho, "no niega los derechos fundamentales nacidos a partir del Estado liberal, sino que pretende darles mayor realidad dotándolos de contenido, vale decir, como ya lo subrayamos en diversas oportunidades, transformar al hombre ideal en el hombre concreto".²¹

En definitiva, podemos distinguir al Estado liberal de Derecho del Estado Social de Derecho, expresando que mientras el Estado liberal de Derecho se basó en la economía capitalista, afirmado por la libertad individual y la libertad de mercado, el Estado social de Derecho realiza una corrección del individualismo, a través de una política económica y social intervencionista, planificadora y socializante.²²

5.- El Uruguay como Estado de Derecho.

La afirmación de que la República Oriental del Uruguay es un Estado de Derecho, y más específicamente un Estado Social de Derecho, ha sido reconocida por la doctrina nacional en diferentes momentos de la evolución constitucional, destacando aquellos aspectos o caracteres fundamentales. Así, por ejemplo, JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA sostenía en un artículo publicado en 1949 en la Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, que la organización institucional del país reposa en estos cuatro fundamentos:

- 1) Un modo singularmente amplio de entender la igualdad entre los hombres.
- 2) Un modo igualmente amplio de entender la libertad.
- 3) El efectivo poder político del pueblo.
- 4) La eficaz contención de la autoridad pública.²³

Por su parte, Alberto Ramón REAL en su ya recordado trabajo sobre "El Estado de Derecho", enumera los

elementos característicos del Estado de Derecho, con referencia al Estado uruguayo:

- 1º) El reconocimiento constitucional de la personalidad humana y su libertad, como valores de principio (arts. 72, 7, 10 y demás concordantes de la Constitución).
- 2º) Consecuencia de lo expuesto es el principio de que los órganos del Estado sólo tienen poderes expresos y limitados.
- 3º) Régimen de garantías para prevenir y reprimir todo desborde de la autoridad de sus cauces institucionales en detrimento de la esfera de la libertad:
 - a) Mediante la declaración de derechos individuales.
 - b) Generalidad de la ley.
 - c) Procedimiento jurisdiccional ante Juez independiente para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley.
 - d) La responsabilidad por acto legislativo.
 - e) Separación de poderes.
 - f) Jurisdicción administrativa, constitucionalmente independiente.
 - g) Expresa admisión constitucional de la desviación de poder como motivo de anulación de un acto administrativo.
 - h) Expresa admisión constitucional de la responsabilidad de las personas públicas por hecho o acto administrativo (arts. 24, 25 y 312 de la Constitución).²⁴

CASSINELLI MUÑOZ define el régimen político y social uruguayo, expresando que la Constitución uruguaya consagra un Estado social de Derecho, dado que no sólo es un Estado de Derecho, que se define como "aquel en el cual los actos del poder público están sujetos a Derecho", sino que es un Estado social de Derecho, esto es ya no se trata de "la existencia de controles y de responsabilidades de los gobernantes sino al régimen político-social establecido por la Constitución".²⁵

KORSENIK, a su vez, enseña que el Estado uruguayo es un Estado de Derecho democrático y social, precisando que el Estado democrático se configura por los siguientes elementos: a) el pluralismo democrático; b) elecciones libres para elegir a los gobernantes; c) soberanía del pueblo o de la nación; d) responsabilidad de los gobernantes; e) respeto por la persona humana.²⁶ En lo que se refiere al carácter social del Estado de Derecho uruguayo, KORSENIK afirma que ello se produce en base a los siguientes elementos: a) aumento de los cometidos estatales a los clásicos del Estado "Juez y Gendarme"; b)

20 BIDART CAMPOS, Germán J., "Las tendencias actuales del Derecho Constitucional finisecular", en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, Mdeo. 1997, Tomo XII, N° 67-71, pág. 28.

21 GUARIGLIA, Carlos E., "El reto de la responsabilidad", Editorial Polo, Mdeo., 2003, pág. 72.

22 Conf. DE VERGOTTINI, Giuseppe, "Diritto Costituzionale Comparato", págs. 265-266; LUCAS VERDU, Pablo y LUCAS MURILLO

23 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino, "Panorama Institucional del Uruguay a mediados del siglo XX", en "Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA - Escritos y discursos", publicación del Ministerio de Relaciones Exteriores, Mdeo. 1992, pág. 205.

24 REAL, Alberto Ramón, "Estado de Derecho y Humanismo personalista", págs. 149-153.

25 CASSINELLI MUÑOZ, Justino

elementos característicos del Estado de Derecho, con referencia al Estado uruguayo:

1º) El reconocimiento constitucional de la personalidad humana y su libertad, como valores de principio (arts. 72, 7, 10 y demás concordantes de la Constitución).

2º) Consecuencia de lo expuesto es el principio de que los órganos del Estado sólo tienen poderes expresos y limitados.

3º) Régimen de garantías para prevenir y reprimir todo desborde de la autoridad de sus cauces institucionales en detrimento de la esfera de la libertad:

a) Mediante la declaración de derechos individuales.

b) Generalidad de la ley.

c) Procedimiento jurisdiccional ante Juez independiente para solicitar la declaración de inconstitucionalidad de una ley.

d) La responsabilidad por acto legislativo.

e) Separación de poderes.

f) Jurisdicción administrativa, constitucionalmente independiente.

g) Expresa admisión constitucional de la desviación de poder como motivo de anulación de un acto administrativo.

h) Expresa admisión constitucional de la responsabilidad de las personas públicas por hecho o acto administrativo (arts. 24, 25 y 312 de la Constitución).²⁴

CASSINELLI MUÑOZ define el régimen político y social del Uruguay, expresando que la Constitución uruguaya establece un Estado social de Derecho, dado que no sólo el poder del Estado de Derecho, que se define como "aquel en el que los órganos del poder público están sujetos a Derecho", sino también el Estado social de Derecho, esto es ya no se trata de la existencia de controles y de responsabilidades que dependen sino al régimen político-social establecido en la Constitución".²⁵

DI AK, a su vez, enseña que el Estado uruguayo es un Estado de Derecho democrático y social, prestando que el Estado democrático se configura por los siguientes elementos: a) el pluralismo democrático; b) el sufragio universal para elegir a los gobernantes; c) soberanía de la nación; d) responsabilidad de los gobernantes por la persona humana.²⁶ En lo que respecta al Estado social de Derecho uruguayo, se afirma que ello se produce en base a los siguientes elementos: a) aumento de los cometidos estatales; b) el Estado "Juez y Gendarme"; b)

reconocimiento de los derechos económicos y sociales; c) rol activo del Estado en el desarrollo y protección de los derechos humanos.²⁷

CAGNONE también define al Estado uruguayo como un Estado democrático y social de Derecho.²⁸ Similar posición doctrinal asume RISSO FERRAND, quien analiza los aspectos que se refieren específicamente al Estado social y al Estado democrático.²⁹

6.- Conclusiones.

El Estado de Derecho es el modelo de Estado que ha adoptado la civilización occidental judeo-cristiana, cuyas raíces filosóficas las encontramos en el pensamiento de los filósofos liberales de los siglos XVII y XVIII, caracterizado fundamentalmente por el respecto a las libertades públicas y a los derechos humanos.

A mi juicio, la clave para entender al Estado de Derecho, es el respeto por los derechos humanos en su plenitud, comenzando por el derecho a la vida, al honor, a la dignidad y a la libertad del ser humano, independientemente de su origen, sexo, nacionalidad, raza, religión, partido político, sindicato gremial, así como cualquier otro hecho o circunstancia que pueda generar diferencias o discriminaciones entre los seres humanos.

Por ello, en el Estado de Derecho existe la responsabilidad del Estado y de sus funcionarios, esto es el sometimiento a la regla de derecho, al principio de legalidad, de todos por igual.

Para que exista el Estado de Derecho tiene que haber libertad y tiene que haber responsabilidad. Sin libertades públicas, sin la plena y efectiva vigencia de los derechos humanos, es impensable un Estado de Derecho. Pero si no hay responsabilidad por parte del Estado y de sus funcionarios, por los daños que puedan causar en el ejercicio de sus funciones, el Estado de Derecho sería una quimera, sería una ilusión, una mera declaración de voluntad.

Es necesario afirmar y consolidar al Estado de Derecho, no sólo desde el punto de vista formal, sino también desde el punto de vista sustancial, dado que es inconcebible un Estado de Derecho en donde no haya una razonable y equitativa justicia social, en donde no haya un desarrollo armónico de la sociedad, por lo que es imprescindible la adopción de medidas que generen una mejor distribución de la riqueza, evitando que la pobreza, la marginalidad y la exclusión social, sean factores que provoquen un quiebre institucional o la falta de confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho.

Montevideo, 7 de diciembre de 2004.

mm00mm