

Martín Risso Ferrand (Uruguay)*

El debido proceso en la Constitución uruguaya

RESUMEN

La antigua garantía del debido proceso está presentando algunas dificultades en cuanto a su alcance. En este trabajo se procura realizar un replanteo histórico de la cuestión, destacando la importancia de la garantía, para distinguir luego entre el debido proceso instrumental y el sustantivo. A continuación se describen los principales componentes del debido proceso en nuestros días, distinguiendo entre los de fuente constitucional y los de fuente internacional. Se culmina con el estudio de dos aspectos básicos de esta noción: 1) ante quién debe cumplirse el debido proceso y 2) qué características requiere tener la autoridad que debe resolver la cuestión.

Palabras clave: debido proceso legal, jurisdicción constitucional, proceso penal, garantías constitucionales, Constitución política, Uruguay.

ZUSAMMENFASSUNG

Die frühere Garantie eines rechtmäßigen Verfahrens entbehrt hinsichtlich ihres Geltungsbereichs nicht gewisser Schwierigkeiten. In dieser Arbeit wird der Versuch unternommen, die Frage aus einer historischen Perspektive neu zu formulieren. Dabei wird zunächst die Bedeutung der Garantie betont, um anschließend auf den Unterschied zwischen dem instrumentellen und dem materiellen Aspekt eines rechtmäßigen Verfahrens einzugehen. Danach werden die wichtigsten Bestandteile des rechtmäßigen Verfahrens in der Aktualität dargelegt, wobei zwischen in der Verfassung begründeten und aus internationalen Quellen gespeisten Komponenten unterschieden wird. Zum Abschluss soll auf zwei grundlegende Aspekte des Begriffs eingegangen werden: 1) vor wem das rechtmäßige Verfahren einzuhalten ist und 2) welche Eigenschaften die Instanz erfüllen muss, die in der Sache zu entscheiden hat.

Schlagwörter: rechtmäßiges Verfahren, Verfassungsgerichtsbarkeit, Strafprozess, Verfassungsgarantien, Verfassung, Uruguay.

ABSTRACT

Some difficulties are arising with regard to the scope of the longstanding guarantee of due process. This paper makes a historical review of the subject, underlining the importance of this guarantee and going on

* Director del Departamento de Derecho Constitucional y Derechos Humanos y profesor titular de Derecho Constitucional en grado y posgrado en la Universidad Católica del Uruguay. <martinrisso@netgate.com.uy>

to distinguish between instrumental and substantive due process. The main components of due process in our times are described and a distinction is made between those which have a constitutional source and those with an international source. Finally, two basic aspects of the concept are studied: 1) before whom should the due process be observed and 2) required characteristics of the authority called upon to decide the matter.

Keywords: due process of law, constitutional jurisdiction, criminal procedure, constitutional guarantees, political Constitution, Uruguay.

1. Objeto

Si bien el rango constitucional de la garantía del *debido proceso* fue aceptado hace décadas en Uruguay, en especial con base en la obra de Eduardo J. Couture, en los últimos tiempos se han agudizado algunos problemas relativos a esta garantía y otros nuevos han aparecido.

En materia penal se mantiene en el país un régimen inquisitorio, en el cual el juez tiene un rol confuso y, además de decidir, participa activamente en el inicio del procedimiento y en la instrucción. La inconstitucionalidad de este proceso y la necesidad de sustituirlo por otro proceso acusatorio, compatible con las normas constitucionales e internacionales en materia de debido proceso, son reconocidas por todos casi sin excepciones. Desde hace años se suceden los proyectos preparados por comisiones de expertos, pero nunca entran en vigencia. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha observado al Estado uruguayo en este sentido, pero el problema sigue sin solución.

En lo que refiere al debido proceso en sede administrativa, puede advertirse cierto retroceso en las garantías del administrado o del funcionario frente a la Administración. Este retroceso, que encuentra una de sus causas en una jurisprudencia permisiva del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, implica una grave involución de las garantías de los derechos humanos.

Por último, se ha sancionado recientemente una ley de procedimiento laboral que, con el explícito propósito de reducir la duración de los procesos laborales, incluye soluciones cuya constitucionalidad ha sido cuestionada ante la Suprema Corte de Justicia, que todavía no se ha pronunciado en ningún caso.

Lo anterior justifica una nueva reflexión sobre esta noción, con el propósito de individualizar algunos de los aspectos centrales y más cuestionados.

2. El derecho procesal constitucional y el derecho constitucional procesal

El derecho constitucional y el derecho procesal nunca fueron, en el marco de un Estado democrático de derecho, disciplinas separadas; por el contrario, su vinculación ha sido

evidente. En este sentido, aunque con dificultades y discusiones, dos conceptos son los que permiten aclarar las líneas generales de esta vinculación.

Muchos autores atribuyen al Prof. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo el mérito de haber acuñado la noción de *derecho procesal constitucional*,¹ aunque otros, como Fix Zamudio, señalan a Couture como quien lanzó este concepto.² Efectivamente, y sin perjuicio de otros aportes, Eduardo Couture incorporó en su obra *Estudios de derecho procesal civil*, p. 189, en la parte tercera, un título que expresa “Casos de derecho procesal constitucional”, lo que puede considerarse una de las primeras referencias en este sentido.³

Sobre el derecho procesal constitucional y su naturaleza jurídica pueden mencionarse al menos tres variantes relevantes. Algunos autores, como GARCÍA Belaunde, consideran que el derecho procesal constitucional no es más que una parte del derecho procesal⁴ que refiere a la jurisdicción constitucional, a los procesos constitucionales y a los órganos constitucionales. En el extremo opuesto, otros, como Peter Haberle y Alberto Spota,⁵ lo consideran comprendido dentro del derecho constitucional. Por último, en una posición mixta, Néstor Sagüés considera al derecho procesal constitucional comprendido en ambas disciplinas o como una tercera variante dentro de ellas.⁶

A esta altura parece bastante claro que existe una noción consolidada de *derecho procesal constitucional*, que según los autores refiere a la jurisdicción constitucional, a la magistratura constitucional y a los procesos constitucionales, la cual, bien dentro del derecho procesal, bien dentro del derecho constitucional o con una naturaleza jurídica mixta, tiende a asegurar la supremacía constitucional en todo el orden jurídico. Dentro de esta disciplina encuadrarían los procesos de contralor de la regularidad constitucional de las leyes, el hábeas corpus, la acción o recurso de amparo, el hábeas data, etcétera.

A diferencia del anterior, el *derecho constitucional procesal* es un sector del derecho constitucional que se ocupa de algunas instituciones procesales reputadas por el constituyente como fundamentales. Entre estas cuestiones procesales pueden mencionarse las garantías de una recta administración de justicia (garantías para los jueces, para las partes, formalidades esenciales del procedimiento, etcétera). En general, refiere al debido proceso. Sagüés menciona, a mero título de ejemplo: prohibición de juzgamiento por comisiones especiales, nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo,

¹ Domingo García Belaunde: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001, p. 3.

² Néstor Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires: Astrea, 2002, p. 6.

³ Eduardo J. Couture: *Estudios de derecho procesal civil*, tomo 1, Buenos Aires: Depalma, 1998 (1948).

⁴ *Ibidem*, pp. 9 ss.

⁵ Este último citado por García Belaunde: o. cit., p. 8.

⁶ Néstor Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2006.

inviolabilidad de la defensa en juicio, estabilidad e independencia de los magistrados, etcétera.⁷ En el Uruguay, Couture desarrolló estos argumentos en 1948.⁸

3. La garantía del debido proceso

La garantía del debido proceso encuentra sus orígenes en las obras de Aristóteles y Cicerón,⁹ y su más antiguo desarrollo normativo en la Carta Magna de 1215, que dispuso en su punto 39 que ningún “[...] free man shall be taken, or imprisoned, or disseized, or outlaned, or exiled [...] but by the lawful judgement of his peer sor by the law of the land”. Poco después, en 1354, una ley utilizó la expresión *due process of law*, que fue entendida como equivalente a *law of the land*.¹⁰

De Inglaterra el debido proceso pasó al derecho constitucional de Estados Unidos de América; se incluyó en las constituciones de Maryland, Pensylvania y Massachusetts, para terminar en 1791 con la enmienda V¹¹ a la Constitución federal y más tarde con la enmienda XIV¹² (la primera refiere al Estado federal y la segunda a los estados miembros).¹³

La jurisprudencia norteamericana ha desarrollado dos variantes del debido proceso: a) el debido proceso instrumental y b) el debido proceso sustantivo. El primero de ellos, como señala Chemerinsky, refiere a los procedimientos que el gobierno debe seguir para privar a un sujeto de ciertos derechos. Los temas centrales refieren a la forma de *noticia* que el gobierno debe dar y a la forma de audiencia que debe disponerse. El debido proceso sustantivo, por su parte, refiere a la adecuada razón del gobierno para limitar los derechos en juego. En otras palabras, en este segundo debido proceso se requiere que el gobierno justifique debidamente la privación dispuesta.¹⁴ La Corte Suprema, como señala este autor, ha distinguido claramente entre uno y otro. Si, por ejemplo, se quiere terminar con la custodia a que los padres tienen derecho sobre sus hijos, se deberá: a) notificar al interesado y darle oportunidad de participar en una audiencia para la defensa de sus derechos (debido proceso instrumental), y b) los peticionantes de la restricción al derecho a la custodia deberán te-

⁷ Néstor Sagüés: *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario...*, o. cit., p. 4.

⁸ *Ibidem*, p. 18 ss.

⁹ Raúl Serrano Geyls: *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, vol. II, Programa de Educación Continua. Universidad Interamericana de Puerto Rico. Facultad de Derecho, 2.^a reimp., 2003, p. 912.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or [...]; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; [...].”

¹² “[...] nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; [...].”

¹³ Allan Ides y Christopher May: *Constitutional Law. Individual Rights*, 4.^a ed., Nueva York: Aspen, 2007, p. 55.

¹⁴ Erwin Chemerinsky: *Constitutional Law. Principles and policies*, 3.^a ed., Nueva York: Aspen, 2006, pp. 545 ss.

ner una buena justificación para que esta sea aceptable (debido proceso sustantivo). El primero no ha generado mayores problemas, mientras que el segundo ha sido objeto de largas discusiones.

4. El debido proceso instrumental

En el debido proceso instrumental las tres cuestiones básicas se formulan con tres interrogantes: ¿qué significa privación de un derecho?, ¿cuáles son los derechos protegidos por esta cláusula? y ¿qué es debido proceso legal?

La privación refiere a: a) una acción intencional de menoscabo de un derecho; b) si el gobierno falla en la protección del derecho, y c) si el gobierno no previene el menoscabo.¹⁵ Lo que se busca es lograr un proceso limpio y justo, que permita tomar la decisión correcta y minimizar las privaciones de derechos decididas por error o sin considerar ciertos aspectos.¹⁶

Esta noción, muy trabajada por la jurisprudencia, se aplicó con relación a las decisiones de las agencias reguladoras pues sus decisiones afectaban los derechos constitucionalmente protegidos. Hasta hace unos años la cuestión era simple y se requería el típico proceso judicial con las siguientes características:

- No debe existir predisposición del tribunal (garantía de imparcialidad).
- Debe darse noticia de la acción por realizar.
- Debe existir posibilidad de presentar razones en contra de la acción.
- Derecho de prueba y de oponerse a la prueba.
- Derecho de repreguntar.
- Decisión basada solo en la evidencia obtenida.
- Derecho a contar con asistencia letrada.
- Sentencia escrita y fundada.¹⁷

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos también se ha referido a los elementos que componen esta noción, por ejemplo, en los casos *Cubber contra Bélgica*,¹⁸ *Barberá y otros contra España*¹⁹ y en el caso *Sunday Times contra Reino Unido*,²⁰ entre otros. En todos estos casos el Tribunal analizó con precisión las garantías que componen esta noción: imparcialidad de los jueces (garantía básica), respeto de la presunción de inocencia, que los juicios no sean meras formalidades o solo aparenten ser un proceso justo, plazo razonable, etcétera.

¹⁵ *Ibidem*, p. 549.

¹⁶ Allan Ides y Christopher May: o. cit., p. 167.

¹⁷ Richard J. Pierce Jr., Sidney A. Shapiro y Paul R. Verkuil: *Administrative Law and Process*, 5.^a ed., Nueva York: Foundation Press, 2009, p. 273.

¹⁸ Francisco Díaz Revorio: *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2004, pp. 495 ss.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 567 ss.

²⁰ *Ibidem*, pp. 269 ss.

También el Tribunal Constitucional alemán ha reconocido el derecho general a la tutela jurisdiccional derivado del Estado de derecho en relación con los derechos fundamentales, como fundamento de la protección jurídica en asuntos civiles.²¹

5. El debido proceso sustantivo

El debido proceso sustantivo es uno de los temas controvertidos del derecho constitucional norteamericano, en el que se ha destacado su carácter contradictorio.²² La Corte Suprema lo articula para referir a ciertos valores, normalmente no establecidos expresamente en la Constitución, que el gobierno no puede vulnerar si no tiene un inusualmente alto estándar de justificación. Los antecedentes remotos se encuentran en el año 1798, e incluso el juez Marshall se aproximó al tema, pero las primeras formulaciones aparecen en las discordias de Slaughter-House Cases, de 1873.²³

En el caso *Lochner contra Nueva York*, de 1905 (este caso analizado en nuestros días resulta inaceptable en su conclusión, pero lo que interesa en este momento es el razonamiento que se utilizó), la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad de una ley del estado de Nueva York que había establecido topes a la jornada laboral en las panaderías (el límite eran diez horas diarias o sesenta semanales). En la sentencia se realiza una interpretación muy amplia de la palabra *liberty*, haciéndola comprensiva de los derechos económicos, y se concluye que la ley viola la libertad contractual. La mayoría de la Corte no dice que la libertad contractual no pueda limitarse, sino que dicha limitación no está justificada en el caso concreto (rechaza, por ejemplo, los argumentos basados en la salud de los empleados por no considerarlo suficientemente acreditado). En la propia sentencia aparece una discordia del juez Holmes, quien sí considera razonable la limitación de la libertad y agrega que con el criterio estricto de la mayoría deberían considerarse inconstitucionales antiguas leyes como las de usura, de descanso dominical, etcétera.²⁴

Concretamente dijo el juez Peckham en *Lochner*:²⁵

²¹ Jürgen Schwabe: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, Edit. Fundación Honrad Adenauer, 2009, p. 528 ss.

²² Sullivan y Gunther han destacado que aparece como un “green pastel redness”. Kathleen M. Sullivan y Gerald Gunther: *Constitutional Law*, Nueva York: Foundation Press, Thomson West, 15.^a ed., 2004, p. 485.

²³ Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet y Pamela S. Karlan: *Constitutional Law*, Nueva York: Aspen, 2005, p. 725 ss.

²⁴ Kathleen M. Sullivan, y Gerald Gunther: o. cit., p. 492 ss.

²⁵ *Ibidem*, pp. 492-493: “[...] It must, of course, be conceded that there is a limit to the valid exercise of the police power. Otherwise the 14th Amendment would have no efficacy and the legislatures of the States would have unbounded power, and it would be enough to say that any piece of legislation was enacted to conserve the morals, the health or the safety of the people. The claim of the police power would be a mere pretext. In every case that comes before this court, therefore, the question necessarily arises: Is this a fair, reasonable and appropriate exercise of the police power, or is it an unreasonable, unnecessary and arbitrary interference with the right of the individual to his personal liberty or to enter into those contracts in relation to labor which may seem to him appropriate or necessary for the support of himself and his family [...]. The question whether this act is valid as a labor law, pure and simple, may be dismissed in a few words. There is no reasonable

Por supuesto que debe entenderse que hay un límite al válido ejercicio de la fuerza pública. De otra forma la Enmienda n.º 14 no tendría eficacia, y las legislaturas de los Estados tendrían poder ilimitado y sería suficiente con decir que cualquier ley fue sancionada para preservar la moral, la salud o la seguridad de las personas.

El derecho a la fuerza pública sería un mero pretexto. Por lo tanto, en cada caso que se presenta ante esta corte, la pregunta se plantea necesariamente: *¿Es esta una manera justa, razonable y apropiada de utilizar la fuerza pública, o es una interferencia irracional, innecesaria y arbitraria con el derecho del individuo a su libertad personal o a ser parte en determinados contratos en relación a su trabajo que le parezcan apropiados o necesarios para mantenerse económicamente él y su familia [...].*²⁶

La pregunta sobre si esta norma es válida como ley laboral, pura y simple, debe ser descartada en pocas palabras. No hay ningún argumento razonable para interferir con la libertad de la persona o el derecho a la libertad contractual, mediante la determinación de las horas de trabajo, en la profesión de un panadero. No se argumentó que los panaderos como clase no sean iguales en inteligencia y capacidad a los hombres de otros oficios u ocupaciones manuales, o que no sean capaces de defender sus derechos y cuidar por sí mismos sin el brazo protector del Estado, interfiriendo con su independencia de criterio y de acción [...].

Pensamos que el límite de la fuerza pública se alcanzó y pasó en este caso. No existe, a nuestro juicio, ningún argumento razonable para sostener que esto es bienestar para los individuos que entran al oficio de panadero.²⁷

Sin perjuicio de otros casos, en *Nebbia contra Nueva York* la Corte modificó en parte el criterio anterior²⁸ al establecer que no hay derechos absolutos y que, si bien lo normal es que el ejercicio de la propiedad y los contratos los definan los particulares, el derecho cesa cuando se usa la propiedad en detrimento de otros o se ejerce la libertad causando daños.²⁹

Y seguramente uno de los cambios más trascendentes del siglo XX llegó en la década del treinta, en el caso *U.S. contra Carolene Products*,³⁰ en los que la Corte distinguió

ground for interfering with the liberty of person or the right of free contract, by determining the hours of labor, in the occupation of a baker. There is no contention that bakers as a class are not equal in intelligence and capacity to men in other trades or manual occupations, or that they are not able to assert their rights and care for themselves without the protecting arm of the State, interfering with their independence of judgment and of action [...]. We think the limit of the police power has been reached and passed in this case. There is, in our judgment, no reasonable foundation for holding this to be health of the individuals who are following the trade of a baker [...].”

²⁶ El destacado, obviamente, me pertenece.

²⁷ Por supuesto que debe prescindirse de la ley considerada inconstitucional en 1905 y lo que se persigue con la transcripción es señalar cómo funciona el juicio de razonabilidad.

²⁸ Se cuestionaba una ley de Nueva York que había establecido una comisión con poder para fijar precios máximos y mínimos a productos lácteos.

²⁹ Kathleen M. Sullivan, y Gerald Gunther: o. cit., p. 503. También Alberto B. Bianchi: *Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires: Ábaco, 1996, p. 56.

³⁰ Refería a una ley que había prohibido el transporte interestatal de un tipo de leche (*filled milk*) por considerar que era perjudicial para la salud y por ser un fraude el producto ofrecido.

entre los derechos protegidos por el *bill of rights* (enmiendas I a X) y luego volcados en la enmienda XIV, que no pueden ser afectados por la ley salvo casos excepcionales (los estándares para analizar la justificación de la limitación son muy elevados) y los derechos económicos, que tienen una protección menos intensa.³¹ Para los primeros derechos solo en casos especiales y excepcionales podrá el Estado justificar la restricción legal del derecho, pero en los otros la exigencia es menor e incluso se presume que las razones que llevaron al legislador a limitar el derecho existen y son válidas salvo que se pruebe lo contrario. El juez Stone, en su famosa nota al pie número 4, estableció la distinción anterior, que no surge del texto constitucional.³²

El debido proceso sustantivo reapareció luego para referir a derechos no económicos, tales como reproducción, familia, sexo, muerte. Respecto a estos derechos la Corte ha sido extraordinariamente exigente a la hora de justificar eventuales limitaciones a la libertad y a la privacidad de los individuos. Nuevamente es interesante reparar en que el derecho a la privacidad que reconoce la Corte no surge en forma expresa de la Constitución. Con este enfoque protector de los derechos y exigente para aceptar leyes que limiten la privacidad, la Corte se ha pronunciado, por ejemplo, sobre la problemática del aborto en *Roe contra Wade*.

El modelo actual de debido proceso sustantivo se estructura sobre cinco pasos: 1) ¿El interés en cuestión está calificado como libertad protegida bajo la cláusula de debido proceso? 2) ¿Es la libertad protegida una de las que se reconocen como fundamentales? 3) ¿La ley cuestionada menoscaba o interfiere la libertad fundamental en forma inapropiada? 4) En caso de que una libertad fundamental haya sido menoscabada, ¿la ley favorece sustancialmente a un interés gubernamental ineludible? 5) ¿El gobierno ha escogido la opción que menoscaba menos la libertad para obtener su propósito?³³

El debido proceso sustantivo es utilizado también en América Latina para referir a la noción de justicia que debe inspirar todo procedimiento jurídico. No basta con la formalidad, sino que la justicia y la razonabilidad del resultado es imprescindible para cumplir con las exigencias constitucionales.³⁴ De esta forma el debido proceso sustantivo viene a completar el debido proceso instrumental. Es su consecuencia lógica e ineludible.

Sagüés, por su parte, luego de mencionar los topes al poder reglamentario (dimensiones permitidas y dimensiones prohibidas) y de recordar que, conforme al debido

Geoffrey R. Stone, Louis M. Seidman, Cass R. Sunstein, Mark V. Tushnet y Pamela S. Karlan: o. cit., pp. 762 ss.

³¹ Kathleen M. Sullivan, y Gerald Gunther: o. cit., p. 507 ss.; Alberto B. Bianchi: o. cit., p. 112 ss.

³² Para los derechos de segunda categoría o nivel (los no preferidos), la Corte utiliza una suerte de presunción de constitucionalidad referida a la carga de la prueba: presume suficientes los motivos que condujeron al legislador para la restricción por ley del derecho (sin perjuicio de la prueba en contrario que se produzca). En cambio, para los derechos especialmente protegidos, solo se admite la constitucionalidad de la restricción del derecho cuando se acrediten los motivos que justifican la limitación, los que se analizan con estándares muy elevados de exigencia (sumamente protectores de los derechos fundamentales) a los efectos de determinar si la limitación es razonable o no.

³³ Allan Ides y Christopher May: o. cit., pp. 78 ss.

³⁴ Néstor P. Sagüés: *Elementos de derecho constitucional* (2.ª ed. actualizada y ampliada), Buenos Aires: Astrea, 1997, tomo II, pp. 612 ss.

proceso sustantivo, solo se consideran constitucionales las normas *razonables*, pasa a analizar lo que denomina el *test de razonabilidad*, que estudia en tres niveles:

- a. *Razonabilidad normativa*, que refiere a que la norma reglamentaria no puede ser contradictoria con ninguna disposición constitucional.
- b. *Razonabilidad técnica*, que impone una apropiada adecuación entre los fines postulados por una ley y los medios que utiliza para lograrlos.
- c. *Razonabilidad axiológica*, que refiere a una cuota básica de justicia, ya que no puede aceptarse la constitucionalidad de una norma que consagra una mani-fiesta iniquidad (cita además jurisprudencia argentina en este sentido).³⁵

6. El debido proceso en la Constitución uruguaya

El debido proceso legal tiene rango constitucional en Uruguay desde 1830.³⁶ Si bien el texto refiere principalmente al proceso penal, la garantía se ha ido ampliando y nadie duda hoy de que, con el complemento del artículo 72 de la Carta y con el aporte del derecho internacional de los derechos humanos, la garantía existe aun fuera del proceso penal. Incluso el artículo 66, parcialmente, da la base para el funcionamiento de esta garantía en sede administrativa.

En este punto, aunque sin detenerme, debo hacer algunas precisiones. La separación entre el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos está, a esta altura, totalmente superada. Dos han sido las posiciones modernas que permiten analizar la cuestión en Uruguay. Una primera posibilidad interpretativa consiste en considerar que la Constitución, por la vía del artículo 72, ha producido una suerte de *constitucionalización* del derecho internacional de los derechos humanos y, por lo tanto, a los derechos humanos comprendidos en este último debe reconocérseles rango constitucional.³⁷ Una segunda variante consiste en reconocer la existencia de un *bloque de derechos* compuesto por los derechos humanos de fuente constitucional, los de fuente internacional y los derechos implícitos, aunque sin perder su naturaleza jurídica ni su fuente.³⁸ Esta posición fue tomada por la Suprema Corte de Justicia en la sentencia del 19 de octubre de 2009. O sea que, en uno u otro enfoque, el *debido proceso* en Uruguay debe analizarse tanto en la Constitución como con el derecho internacional de los derechos humanos.

³⁵ *Ibidem*, pp. 698 -702.

³⁶ El artículo 136 de la Constitución de 1830 establecía similar texto al actual artículo 12, salvo el uso de la palabra *ninguno* en lugar de *nadie*.

³⁷ Juan P. Cajarville Peluffo: "Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya", en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, 1996. También Martín Risso Ferrand: "Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el artículo 72 de la Constitución", en *Quinto Coloquio de Derecho Público*, Montevideo: Editorial Universidad. Y también en "La Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución Uruguaya", en *Derechos humanos*, Montevideo: Amalio Fernández, 1999, pp. 61 ss.

³⁸ Me remito a lo dicho en Martín Risso Ferrand: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, capítulo I.

El artículo 12 de la Constitución, cuando establece que *nadie puede ser penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal*, está dando la pauta clara del *debido proceso penal*, que se complementa con lo dispuesto en los artículos siguientes.

Como señala Korzeniak, no es sencillo lograr una definición completa de este concepto de *debido proceso*, razón por la cual los autores optan en general por describir sus principales componentes.³⁹ Y este mismo autor señala como características principales del principio las siguientes:

- 1) En primer lugar el proceso penal debe sustanciarse conforme a normas jurídicas de cierta jerarquía superior: la ley —sin perjuicio de las pautas o prescripciones constitucionales—, según surge del artículo 18 de la Constitución.
- 2) La pena está condicionada a la sustanciación completa del proceso y al dictado de la sentencia (legal) correspondiente. Antes de esto no puede haber pena.
- 3) Tanto el delito como la pena tienen que encontrarse debidamente establecidos antes de la actuación del sujeto (irretroactividad de la ley penal).
- 4) Los jueces actuantes tienen que ser imparciales (debe haber posibilidad de recusación y además aparece la prohibición del artículo 19 de los juicios por comisión), responsables (artículo 23) e independientes (asegurado con base en el principio de separación de poderes).
- 5) Las partes deben recibir en el proceso un tratamiento igualitario (artículos 20 y 21).
- 6) El acusado debe tener la posibilidad real y efectiva de ejercer su defensa y aportar las pruebas que correspondan a su derecho.
- 7) A su vez, el acusado tiene el derecho a ser asistido por un abogado defensor.

Sin perjuicio de la caracterización anterior del debido proceso, sin duda correcta, debe señalarse que en la actualidad no parece que la Constitución consagre a texto expreso todos los componentes de este principio, aunque será necesario concluir en el rango constitucional de todos ellos con base en el artículo 72, y en la medida en que el debido proceso es una garantía inherente a la personalidad humana, o bien por formar parte del *bloque de los derechos humanos*.

Por tal motivo parece razonable encarar el análisis de este principio de debido proceso penal, siguiendo en líneas generales el desarrollo del Pacto de San José de Costa Rica (básicamente el artículo 8.º), y señalando en cada caso cuál es la solución constitucional, si la hay, o cuál es la que debe recibir reconocimiento constitucional con base en el artículo 72 de la Constitución.

En este punto pueden separarse ciertos componentes exclusivos, o básicamente exclusivos, del proceso penal y otros comunes a todo tipo de proceso. Entre los primeros cabe destacar los siguientes.

³⁹ José Korzeniak: *Derecho Constitucional 2º*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987, p. 98.

Dice el artículo 8.º del Pacto de San José:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Es claro que esta norma abarca cualquier proceso. El juzgado o tribunal debe haber sido establecido con anterioridad, con lo que aparece una referencia a los juicios por comisión, o sea, a aquellos tribunales creados con la finalidad de juzgar por delitos ya cometidos. Este juicio por comisión está expresamente vedado por el artículo 19 de la Carta.

Todo sujeto tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Esta presunción de inocencia hasta tanto se pruebe lo contrario, tiene regulación constitucional parcial en el artículo 20 cuando prohíbe que los acusados sean tratados en las declaraciones o confesiones como reos.

La Convención refiere también a un derecho no establecido en la Constitución: el derecho del acusado a ser asistido gratuitamente por traductor o intérprete si no comprende o no habla el mismo idioma que el tribunal. No puede dudarse del rango constitucional de este derecho.

El Pacto de San José exige, además, la comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada. Si bien el artículo 22 de la Carta hace referencia a que todo juicio criminal empezará por acusación de parte o del acusador público, sin establecer la obligación de comunicar detalladamente su alcance al acusado, no se ha negado, ni puede negarse, rango constitucional a la garantía en análisis.

El acusado debe disponer de tiempo suficiente y de medios adecuados para preparar su defensa. El Pacto establece el derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor a su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor, pero al respecto debe tenerse presente que en la legislación nacional, por lo general, la práctica ha sido la de prohibir la autodefensa penal, imponiendo la obligación de que actúe un defensor, sea este elegido por el acusado o bien uno de oficio. Sin duda nos encontramos ante una norma contraria a la tradición nacional, pero no creo que esto sea suficiente para negarle su condición de derecho que compone la noción de debido proceso.

En caso de no elegir defensor el acusado o de no tener medios para pagarlo, el Estado debe proporcionarle gratuitamente uno. El artículo 16 de la Constitución prevé la presencia del defensor para la declaración del acusado, así como en todas las diligencias sumariales, aunque sin duda el derecho a la defensa es más amplio y así debe reconocerse.

También forma parte del concepto del debido proceso el derecho del acusado (a través de su defensor) a interrogar a los testigos presentes, así como a solicitar y obtener la citación de testigos y peritos que contribuyan a esclarecer los hechos.

Se reconoce también el derecho del acusado a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, a lo que se agrega la previsión del artículo 20 de la

Constitución en cuanto a la abolición de los juramentos de los acusados en sus declaraciones y confesiones.

La Constitución uruguaya veda en el artículo 21 el juicio penal en rebeldía y, a su vez, en el artículo 22 —parte final— prohíbe las pesquisas secretas durante la sustanciación del proceso penal.⁴⁰

El condicionamiento de la pena al dictado de sentencia legal forma parte inseparable del debido proceso. El artículo 12 condiciona expresamente la procedencia de una pena o del confinamiento (que es establecer una restricción en la libertad ambulatoria de un sujeto, prohibiéndole por ejemplo salir de determinada zona) al proceso y a la sentencia legal.

Íntimamente vinculados con este concepto de *sentencia legal* aparecen los principios de que no hay delito ni pena sin ley previa que lo establezca, que refieren a la imposibilidad de que una ley que establezca un delito, su pena o torne más severa esta última tenga efecto retroactivo. También corresponde mencionar en este punto el principio *non bis in idem*, que implica que un individuo absuelto por sentencia firme no puede ser sometido nuevamente a juicio penal por los mismos hechos. A su vez, este artículo 12 implica la imposibilidad de que sanciones penales puedan ser impuestas por la autoridad administrativa.⁴¹

Pero además de lo anterior, que permite aproximarse a una noción general del debido proceso, existen elementos claros que exceden el proceso penal y que se aplican a todo tipo de proceso judicial. En efecto, el Pacto de San José hace referencia a un concepto de debido proceso más amplio, que abarca las materias civil, laboral, fiscal, etcétera. En este sentido cabe señalar:

1. El derecho a ser oído (el día ante el tribunal) por el tribunal competente, con todas las garantías del caso y en un plazo razonable. Surge de aquí un límite a la ley (que conforme al artículo 18 de la Carta es la que fija el orden y las formalidades de los juicios), en tanto no podrá ser desconocido ni menguado este derecho, y en especial deberá atenderse al plazo razonable.
2. El juez o tribunal debe ser independiente, lo que asegura la Carta mediante la adopción del principio de separación de poderes. Además, del artículo 239 y siguientes surge que los jueces, en cuanto al ejercicio de la función jurisdiccional que se les ha confiado, gozan de independencia aun frente a la Suprema Corte de Justicia, que no podrá impartir instrucciones en dicha materia. Así se asegura razonablemente la independencia del magistrado, que estará a salvo de presiones ajenas al Poder Judicial, o aun internas.

De todas formas, uno de los criterios que se utilizan a veces para evaluar a los jueces de primera instancia y definir eventuales ascensos es el del número de

⁴⁰ Conforme el artículo 113 del Código de Proceso Penal uruguayo, el sumario es precedido de una instancia denominada *presumario* que, conforme a dicha norma, es de naturaleza “reservada”. Mucho se ha discutido la constitucionalidad de esta reserva del *presumario* y se ha dudado de su compatibilidad con el artículo 22 de la Carta. La Corte se ha pronunciado sobre la regularidad constitucional de esta reserva en varias oportunidades (por ejemplo, en *La Justicia Uruguaya*, caso 11341).

⁴¹ Justino Jiménez de Aréchaga: o. cit., tomo I, pp. 242 ss.

sentencias revocadas en segunda instancia. Este criterio, además de dudoso en cuanto a su justificación técnica, es perjudicial para la independencia del magistrado, ya que, indirectamente, puede afectar su independencia con la tendencia, consciente o inconsciente, a buscar la conformidad con el órgano de segunda instancia.

3. El juez, además, debe ser imparcial, y por lo tanto deberá excusarse de intervenir en cada caso concreto en que su imparcialidad esté afectada, y si no lo hace, el acusado podrá recurrir al instituto de la recusación para no ser juzgado por un juez que, por alguna causa, pueda no presentar la garantía de imparcialidad. La recusación no está establecida a texto expreso en la Carta, pero en tanto está íntimamente asociada a la exigencia de imparcialidad, debe reconocérsele rango constitucional.
4. Se destaca el obvio derecho a la igualdad de las partes en el proceso como elemento básico del debido proceso legal. No debe olvidarse tampoco el derecho a recibir, durante el proceso, un trato conforme con la dignidad de la persona humana.
5. Aun cuando pudiera dudarse de si está comprendida en el debido proceso o si es una consecuencia de él, debe mencionarse la responsabilidad por lo actuado, ya sea del juez (con responsabilidad directa sobre la base del artículo 23) o de todos los actuantes (fiscales, peritos, etcétera) según el artículo 25 de la Carta si son funcionarios públicos, o conforme al derecho común si no lo son. Y por supuesto que siempre estará la responsabilidad del Estado conforme al artículo 24 de la Constitución.
6. Para finalizar con este punto cabe mencionar, como garantía respecto a la regularidad del proceso, que este debe ser público (artículo 8, inciso 4, de la Convención Americana), así como el derecho de recurrir (lograr un segundo análisis) la sentencia.

7. Dos aspectos centrales

Sin perjuicio de que todos los componentes del *debido proceso* son relevantes, hay dos que resultan básicos. A saber:

1. ¿Ante quién debe cumplirse el debido proceso?
2. ¿Cuáles son las condiciones que debe presentar la autoridad decisora para poder cumplir con las pautas del debido proceso legal?

7.1. ¿Ante quién debe cumplirse el debido proceso?

Para aproximarse a la respuesta debe formularse una pregunta previa: ¿el legislador tiene discrecionalidad para determinar cuál es la sede, o ante qué autoridad puede sustanciarse el debido proceso, o está limitado por criterios constitucionales?

En mi opinión es muy claro que la ley carece de discrecionalidad a estos efectos, o, si se prefiere, que la discrecionalidad es muy limitada en la materia.

En los casos de controversia entre dos sujetos la sede competente para la solución no puede ser otra que el Poder Judicial. Esto no es más que la consecuencia lógica del principio de separación de poderes: a) quien establece las normas generales no las ejecuta ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada; b) quien ejecuta las normas generales no las establece ni resuelve los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada, y c) quienes resuelven los conflictos entre particulares con autoridad de cosa juzgada no establecen las reglas generales ni las ejecutan.

Cabe entonces preguntarse si la extensión de la competencia del Poder Judicial, lo que refiere a la jurisdicción propiamente dicha, tiene un alcance constitucional o si, por el contrario, la ley puede extenderla o limitarla según le plazca.

Analizando la Ley Fundamental de Bonn, Wolfgang Heyde,⁴² en términos totalmente trasladables a nuestra Constitución, ha señalado:

La Ley fundamental no solo ha colocado a la jurisdicción en el mismo plano que los otros poderes, sino que, en cierto modo, ha singularizado la judicatura de entre el sistema de los tres poderes sancionados [...] La posición jurídica de los jueces, la organización de los tribunales y la configuración de los procesos judiciales son parte esencial del Estado de derecho. Solo la existencia de tribunales imparciales, independientes, puede garantizar, en último término, el respeto a las leyes y el imperio de la justicia. Por esta razón, el Tribunal Constitucional ha señalado una vez más que el postulado del Estado de derecho exige una práctica jurídica concorde con su función [...] En la entretanto histórica configuración de la Ley Fundamental, el principio de separación de poderes comporta neutralidad judicial. En este sentido, es connatural a la actividad judicial que se ejerza por un tercero no involucrado, que se caracteriza por su independencia objetiva y personal. Nadie debe ser juez en sus propios asuntos. Ello supone, simultáneamente, que los tribunales están orgánicamente diferenciados de las autoridades administrativas: no es lícita una imbricación personal demasiado estrecha entre los órganos del poder judicial y del poder ejecutivo [...] En el enunciado del artículo 92 GG, según el cual el poder judicial se confía a los jueces, *está contenida la disposición jurídico-positiva de que las tareas de la jurisdicción única y exclusivamente puedan ser desempeñadas por jueces. Nunca deberá el legislador ordinario remitir para ejecución a instancias distintas de los tribunales lo que por su contenido corresponda a la justicia. Por ello procede aclarar qué corresponde al tribunal, qué sea jurisdicción.*

Y continúa este autor señalando:

⁴² E. Benda, W. Maihofer, J. Vogel, C. Hesse y W. Heyde: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2.^a ed., 1996, pp. 767 ss.

La precisión material acerca de lo que conceptualmente sea jurisdicción plantea, sin embargo, considerables dificultades. Ello se aprecia en la variedad de intentos de definición en la bibliografía. En general, apuntan a una caracterización material de la jurisdicción, pero acaban describiendo en parte no el concepto sino la función. Esto es válido, por ejemplo, para la clarificadora definición de STERN. Según él, la jurisdicción es el dictamen jurídico sobre casos en aplicación del derecho vigente y vía trámites especialmente reglados, que aboca a una decisión vinculante por un órgano estatal imparcial [...] Hasta la fecha, la doctrina y la jurisdicción no han desarrollado, aparte de las áreas particularmente mencionadas y las expresas directrices a los jueces, criterios materiales reconocidos en general para las tareas propias de la jurisdicción. Tampoco proporciona ayuda en demasía la alusión a la seriedad de la intervención y a su importancia para la situación jurídica del ciudadano, que por su naturaleza requerían de garantía mediante un procedimiento judicial.

Asumiendo las dificultades evidentes para la determinación de la noción de jurisdicción en sentido material, puede intentarse, como he hecho en el pasado,⁴³ un análisis tendiente a descubrir cuáles son las características o los elementos que surgen de la Carta uruguaya para determinar qué es la jurisdicción. Y en este sentido es posible realizar algunas comprobaciones con base en el texto constitucional vigente.

7.1.1. Primera constatación

Surge de la Constitución la clara actuación del juez como garante de la libertad física de los individuos. Esto se desprende del artículo 15, que requiere, para que pueda procederse al arresto de una persona, infraganti delito o la existencia de semiplena prueba y “orden escrita de juez competente”; del artículo 16, que establece la obligación del juez de tomar declaración al arrestado dentro de las veinticuatro horas siguientes al arresto y la obligación de que comience el sumario (el proceso penal) dentro de las cuarenta y ocho horas; del artículo 17, que regula el recurso de hábeas corpus; del artículo 27, que faculta al juez a disponer la libertad bajo fianza del detenido, etcétera.

También se requiere orden del juez (y solo se podrá expedirla en los casos previstos por la ley) para proceder a un allanamiento del domicilio (hogar) de un individuo (artículo 11).

Respecto a la Suprema Corte de Justicia hay atribuciones jurisdiccionales expresas: a) declarar la inconstitucionalidad de las leyes y de los decretos de los gobiernos departamentales con fuerza de ley en su jurisdicción (artículos 256 ss.), y b) las que surgen del numeral 1.º del artículo 239 de la Carta: juzgar a todos los infractores de la Constitución, sin excepción alguna; sobre delitos contra el derecho de gentes y causas de almirantazgo; en las cuestiones relativas a tratados, pactos y convenciones con otros

⁴³ Me remito a *Derecho constitucional*, 2.ª ed. act., Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2006, capítulo XX.

estados; conocer en las causas de diplomáticos acreditados en la república, en los casos previstos por el derecho internacional.

Es evidente que lo anterior permite realizar una primera aproximación al concepto constitucional de *jurisdicción*, ya que los casos mencionados se encuentran incuestionablemente reservados a los jueces conforme la Carta uruguaya.

7.1.2. Segunda constatación

De la constatación anterior se desprende un cierto criterio constitucional en cuanto a que la competencia exclusiva del Poder Judicial alcanza a una serie de tareas tradicionalmente importantes que, debido a la severidad de la intervención y a su importancia para la situación jurídica del individuo, en mayor medida precisan de las garantías de un proceso judicial. Advertimos un *parámetro de intensidad* que permite continuar la aproximación a la noción de jurisdicción para la Constitución.

7.1.3. Tercera constatación

Pero especialmente, hay que reparar en el artículo 12, que, sin perjuicio de referirse a la libertad física de las personas, tiene clara incidencia en el tema en análisis. El artículo 12 establece que “nadie será penado ni confinado sin forma de proceso y sentencia legal”. Sobre esta disposición deben formularse algunos comentarios.

La mención a *forma de proceso* ha sido interpretada siempre como una referencia clara a la noción de *debido proceso*, lo que presupone la participación del Poder Judicial, y esto, a su vez, es confirmado con la referencia a la *sentencia legal* y otras disposiciones constitucionales ya citadas.

La noción de *pena* plantea algunos problemas, ya que es sabido que puede hablarse al menos de tres tipos de sanciones: penales, civiles y administrativas. La doctrina no ha sido unánime ni clara a la hora de distinguir las sanciones penales de las administrativas, e incluso algunos autores han sostenido la inexistencia de diferencias de fondo entre unas y otras. Pero es claro que, pese a las dificultades, es necesario encontrar un criterio diferencial en la materia. En la Constitución encontramos referencias claras a ciertas *penas*, algunas permitidas⁴⁴ y otras prohibidas.⁴⁵ Las primeras pueden ser aplicadas solo por un juez; las segundas, por ninguna autoridad de la República.

Sin embargo, también la historia nacional y la actualidad presentan casos de normas legales que establecen verdaderas penas pero que, escondiéndolas bajo la apariencia de una sanción administrativa, se pretende, en forma inconstitucional, que sean aplicadas por una autoridad administrativa. Es el caso de la expulsión de un individuo

⁴⁴ Penitenciaria y prisión (artículos 27 y 80), inhabilitación para ocupar cualquier empleo público (artículo 77, numeral 4), destierro e inhabilitación para el ejercicio de los derechos políticos (artículo 80, numeral 5), confinamiento (artículo 12), y confiscación de bienes por motivos no políticos (que se desprende del artículo 14).

⁴⁵ Muerte, prisión perpetua, confiscación de bienes por motivos políticos, prisión por deudas, mortificación del penado.

de territorio nacional dispuesta por el Poder Ejecutivo, que lo considera indeseable,⁴⁶ y la sanción de inhabilitación del artículo 23 del decreto-ley 15322.⁴⁷ En ambos casos estamos frente a penas encubiertas e inconstitucionales por eludir la actuación jurisdiccional y las garantías del debido proceso.

7.1.4. Cuarta constatación

Por último, saliendo de la problemática de las penas, parece claro que ciertas medidas excepcionalmente graves, de la mayor intensidad sobre un sujeto de derecho, deben ser establecidas por ley y aplicadas bajo la forma del debido proceso judicial, esto es, en sede judicial.

Veamos algunos casos. La determinación de un tributo cuenta con tres etapas bien nítidas: a) la norma legal, que es la única que en forma clara puede establecer el tributo y dar las bases precisas para su liquidación; b) la liquidación en un caso concreto, que no refiere a determinar la intensidad del tributo, sino solo a trasladar los criterios legales a una situación particular, y c) la solución de eventuales controversias a cargo del Poder Judicial o del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

Otro caso es el de las sanciones administrativas. En esta hipótesis un sujeto ha realizado un acto, un hecho o una omisión incluido entre los comportamientos definidos como ilícitos por el derecho vigente. En este caso corresponde que se le aplique una sanción que debe estar claramente determinada en cuanto a su intensidad, su monto y sus alcances en el derecho objetivo. Por supuesto que se excluyen de la potestad administrativa de aplicar sanciones: a) las faltas administrativas que encubren un delito (como ya fue analizado), y b) ciertas sanciones de inusual gravedad, como la clausura de un establecimiento comercial por la Dirección General Impositiva, en cuyo caso se requiere la intervención jurisdiccional.

7.1.5. Inconstitucionalidad de la imposición del procedimiento arbitral en lugar del Poder Judicial

¿Es el procedimiento arbitral una vía idónea para cumplir con la garantía del debido proceso o se está eludiendo la sede judicial, que es la natural y la constitucionalmente correcta? En Uruguay siempre se ha aceptado que la competencia jurisdiccional, en tanto aptitud para resolver los conflictos, corresponde a la Suprema Corte, los tribunales de apelaciones y juzgados, conforme el artículo 233 de la Constitución. Esto

⁴⁶ Al respecto, Daniel Ochs: "Un caso reciente de aplicación de la ley de indeseables", en *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Montevideo, 1994. Luis Arcos Ferrand: "La constitucionalidad de las facultades del Consejo de Ministros en materia de deportación de indeseables", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 37.

⁴⁷ Carlos Delpiazzo: "Las potestades del Banco Central del Uruguay", en *Estudios jurídicos en memoria del Dr. Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, p. 227. También Aníbal Cagnoni: "¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley 15.323", en *Revista de Derecho Público*, n.º 13, 1998, p. 171 ss.

significa que todos tenemos un derecho constitucional implícito a que nuestras diferencias se ventilen ante dicho poder de gobierno.

Por supuesto que nadie ha objetado la pertinencia de los procedimientos arbitrales, que incluso están regulados en el Código General del Proceso, pero en la medida en que la ley —salvo habilitación constitucional expresa— no es idónea para limitar la competencia del Poder Judicial (extrayendo casos de su órbita para conferirlos a una autoridad distinta) ni para limitar el derecho de todo sujeto de derecho a buscar el amparo del juez, los arbitrajes son solo aceptables cuando las partes los han acordado (voluntariamente, valga la redundancia). En otras palabras, la ley no puede *imponer* que ciertos casos se elucidarán por la vía del arbitraje, vaciando de contenido la función jurisdiccional y la propia competencia del Poder Judicial.

Lo anterior siempre ha sido unánimemente aceptado en el Uruguay. Basta recordar el célebre trabajo de Alberto Ramón Real, “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas”,⁴⁸ para descartar toda argumentación en contrario.

En efecto, la Constitución contiene excepciones expresas —por ende, de interpretación estricta— al principio general recordado por REAL. A mero título de ejemplo pueden mencionarse el juicio político, las competencias jurisdiccionales de la Corte Electoral o las competencias del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. Pero más allá de las excepciones constitucionales expresas no puede imponerse la solución de los conflictos fuera del Poder Judicial, salvo acuerdo de partes.

Sagüés ha analizado también el concepto de *juez natural* y rechaza la sustracción de competencia del Poder Judicial para otorgar competencia a jueces no naturales,⁴⁹ ajenos al sistema orgánico. El Tribunal Constitucional alemán, por su parte, ha analizado la noción del *juez legítimo* para definir la impropiedad de que, aun dentro del sistema judicial, actúe un juez que no es aquel al que legítimamente le corresponde el asunto.⁵⁰

También la Corte Interamericana ha reflexionado sobre las normas internas que impiden el acceso a los jueces del Poder Judicial (jueces naturales) y, por ejemplo, en el caso *Cantos contra Argentina* señaló:

[...] cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención.⁵¹

Asimismo ha señalado que debe utilizarse un criterio restrictivo para entender la noción de *otras autoridades* que puedan ejercer la función jurisdiccional.⁵² Esto

⁴⁸ En *La Justicia Uruguaya*, tomo XVII, pp. 47 ss.

⁴⁹ Néstor Sagüés: *Elementos...*, o. cit., tomo 2, pp. 642 ss.

⁵⁰ Jürgen Schwabe: o. cit., pp. 514 ss.

⁵¹ César Landa Arroyo (comp.): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2005, pp. 802 ss.

⁵² *Ibidem*, p. 1240 ss. Caso *Tibi contra Ecuador*.

último se refiere a situaciones que no existen en Uruguay, las cuales pueden asegurar la existencia de jueces en todo el territorio todos los días del año.

7.2. ¿Cuáles son las condiciones que debe presentar la autoridad decisora para poder cumplir con las pautas del debido proceso legal?

La respuesta a esta interrogante es extraordinariamente sencilla. La autoridad decisora, que resuelve la controversia, debe ser imparcial. Esto se asocia lógicamente con la noción de independencia, ya que poca imparcialidad podrá haber si el decisor está de alguna forma vinculado a alguna de las partes en el proceso.

La imparcialidad, garantía inequívoca del debido proceso, se garantiza con una serie de elementos (el principio de separación de poderes para salvaguardar al juez de posibles injerencias de los poderes políticos; la estabilidad de los magistrados judiciales, que no deben temer represalias o consecuencias negativas por sus sentencias; garantías de independencia aun dentro del propio sistema orgánico judicial, conforme a las cuales no pueden los órganos jerarcas, ni siquiera la Suprema Corte, dar instrucciones a un juez en cuanto a cómo debe actuar en el ejercicio de su competencia jurisdiccional; etcétera), y cuando la imparcialidad se viola aparece el ya mencionado instituto de la recusación.

Pero, siendo tan importante esta garantía de imparcialidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha delimitado claramente sus alcances. Así, refiriendo a la imparcialidad que no dan los tribunales militares para juzgar a los militares, se ha señalado que estos no acreditan imparcialidad por la forma de designación de sus miembros, ya que puede existir una suerte de coacción sobre los jueces militares por el riesgo de no volver a ser designados o sufrir otros perjuicios.⁵³ Me permito agregar que basta con que exista esta posibilidad para que el requisito de imparcialidad no se cumpla. Esta hipótesis es imposible dentro del Poder Judicial, salvo en casos en que sea parte el propio Poder Judicial, lo que requiere de otras garantías que no corresponde analizar en este momento.

8. ¿Cuáles son las garantías de fondo que requiere la noción de debido proceso?

Si bien en Uruguay no ha sido frecuente la expresión *debido proceso sustantivo*, creo que esta es casi una consecuencia obvia del debido proceso instrumental y puede admitirse sin dificultades con rango constitucional. Esto es, la sentencia a dictarse para solucionar una controversia, además de respetar las garantías formales, deberá cumplir con las condiciones sustantivas del debido proceso, y deberá basarse en elementos

⁵³ César Landa Arroyo (comp.): o. cit., pp. 401 ss. Caso *Cantoral Benavides contra Perú*. Y similar criterio se sostuvo en los casos *19 comerciantes contra Colombia* y en *Castillo contra Perú*, rechazando por el mismo motivo la pretendida imparcialidad de tribunales militares para juzgar a sus miembros. *Ibidem*, pp. 822 ss., 438 ss.

objetivos, acreditados suficientemente y que puedan sortear satisfactoriamente el juicio de razonabilidad y el juicio de proporcionalidad. Solo una decisión coherente con el valor justicia, razonable (por oposición a arbitraria) y conforme el principio de proporcionalidad (por oposición a desproporcionada o excesiva) podrá ser admitida como decisión constitucionalmente válida en el marco de un debido proceso.

9. Conclusiones

El debido proceso, con cerca de ocho siglos de desarrollo, aparece en nuestros días como una de las garantías básicas de los derechos humanos. Desde un origen en que la preocupación central estaba orientada hacia las garantías de la libertad física y propiedad, hoy abarca a todos los derechos humanos sin excepción alguna.

Si bien nadie discute la importancia de este principio, ni podría discutirla, se aprecia que muchas veces se pierde la perspectiva y se termina desnaturalizándolo o prescindiendo de algunos de sus componentes básicos, transformando la garantía en una farsa meramente formal que encubre inadmisibles violaciones de los derechos.

Las carencias del proceso penal uruguayo son sin duda insostenibles. Lo mismo ocurre con retrocesos evidentes en el debido proceso en sede administrativa, donde la protección y las garantías de los administrados y funcionarios cada vez se ven más recortadas con base en nociones como el interés público, el interés de la Administración, la eficacia y la eficiencia.

Por su parte, y sumado a lo anterior, es inaceptable que se pretenda a veces prescindir del valor justicia y se olviden los principios de razonabilidad y proporcionalidad, tanto para los actos del propio proceso como para su resultado. Únicamente podremos hablar de debido proceso cuando este y su resultado (la sentencia) sean compatibles con el valor justicia, con la razonabilidad y la proporcionalidad.

El debido proceso es una de las garantías de los derechos más antiguas, y, pese a su prestigiosa historia, al igual que a veces ocurre con el sabio principio de separación de poderes, muchas veces se olvida o malinterpreta. Sin duda la protección de los derechos humanos pasa, entre otras cosas, por una reafirmación en la realidad, en lo sustancial, en la vida diaria, de este principio.

Bibliografía

- ARCOS FERRAND, Luis: “La constitucionalidad de las facultades del Consejo de Ministro en materia de deportación de indeseables”, en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, tomo 37.
- BENDA, E., W. MAIHOFFER, J. VOGEL, C. HESSE y W. HEYDE: *Manual de derecho constitucional*, Madrid: Marcial Pons, 2.ª ed., 1996.
- BIANCHI, Alberto B.: *Dinámica del Estado de derecho. La seguridad jurídica ante las emergencias*, Buenos Aires: Ábaco, 1996.
- CAGNONI, Aníbal: “¿Penas en vía administrativa? El artículo 23 del decreto-ley 15.323”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 13, 1998.
- CAJARVILLE PELUFFO, Juan P.: “Reflexiones sobre los principios generales de derecho en la Constitución uruguaya”, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- CHEMERINSKY, Erwin: *Constitutional Law. Principles and policies*, Nueva York: Aspen, 3.ª ed., 2006.
- COUTURE, Eduardo J.: *Estudios de derecho procesal civil*, t. 1, Buenos Aires: Depalma, reimp. 1998 (1948).
- DELPIAZZO, Carlos: “Las potestades del Banco Central del Uruguay”, en *Estudios jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1996.
- DÍAZ REVORIO, Francisco: *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2004.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo: *Derecho procesal constitucional*, Bogotá: Temis, 2001.
- IDES, Allan, y Christopher MAY: *Constitutional Law. Individual Rights*, Nueva York: Aspen, 4.ª ed., 2007.
- JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, Justino: *La Constitución nacional*, t. I, Montevideo: Cámara de Senadores, 1992.
- KORZENIAK, José: *Derecho constitucional 2.º*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1987.
- LANDA ARROYO, César (comp.): *Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Lima: Palestra, 2005.
- OCHS, Daniel: “Un caso reciente de aplicación de la ley de indeseables”, en *Revista de Derecho Público*, n.º 6, Montevideo, 1994.
- PIERCE, Richard J. jr, Sidney A. SHAPIRO y Paul R. VERKUIL: *Administrative Law and Process*, Nueva York: Foundation Press, 5.ª ed., 2009.
- REAL, Alberto Ramón: “La función jurisdiccional es privativa del Poder Judicial salvo excepciones constitucionales expresas”, en *LJU*, t. XVII.
- RISSO FERRAND, Martín: *Algunas garantías básicas de los derechos humanos*, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2008, capítulo I.
- “La Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Constitución uruguaya”, en *Derechos humanos*, Montevideo: Amalio Fernández, 1999.

- *Derecho constitucional*, t. I, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2.^a ed. act. y amp., 2006.
- “Instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y el artículo 72 de la Constitución”, en *Quinto Coloquio de Derecho Público*, Montevideo: Editorial Universidad.
- SAGÜÉS, Néstor P.: *Derecho procesal constitucional. Logros y obstáculos*, Buenos Aires: Fundación Konrad Adenauer, 2006.
- *Elementos de derecho constitucional*, Buenos Aires: Astrea, 1997, 2.^a ed. act. y amp., t. II.
- *Derecho procesal constitucional. Recurso extraordinario*, Buenos Aires: Astrea, 2002.
- SCHWABE, Jürgen: *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán*, Bogotá: Fundación Honrad Adenauer, 2009.
- SERRANO GEYLS, Raúl: *Derecho constitucional de Estados Unidos y Puerto Rico*, vol. II, Puerto Rico: Universidad Interamericana de Puerto Rico, Facultad de Derecho, Programa de Educación Continua, 2.^a reimp., 2003.
- STONE, Geoffrey R., Louis Michael SEIDMAN, Cass R. SUNSTEIN, Mark V. TUSHNET y Pamela S. KARLAN: *Constitutional Law*, Nueva York: Aspen, 2005.
- SULLIVAN, Kathleen M., y Gerald GUNTHER: *Constitutional Law*, Nueva York: Foundation Press y Thomson West, 5.^a ed., 2004.

II. Derecho procesal constitucional

- Oscar G. Barrientos Jiménez (Bolivia)
El diseño de la justicia constitucional plurinacional: sugerencias para la implementación del Código de Procedimientos Constitucionales
- Víctor Bazán (Argentina)
Perspectivas del control jurisdiccional sobre las omisiones inconstitucionales en Argentina
- Délton Winter de Carvalho (Brasil)
Legitimação e instâncias constitucionais para o gerenciamento dos riscos ambientais no ordenamento jurídico brasileiro
- Francine Machado de Paula (Brasil)
A inconstitucionalidade do exame criminológico como requisito para a concessão da progressão de regime prisional
- César Landa (Perú)
El proceso de amparo en América Latina