

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, INAP de España, Madrid, "prólogos" por E. Giles-Alcántara y E. García de Enterría, *T ed.*, 1986, 316 pp.

Los elementos "regla" y "poder" en la investigación científica del derecho constitucional

1. Los comentarios constitutivos de la presente recensión se exponen en dos partes. En la primera, se analiza el contenido general de la obra. Además de destacar los conceptos y problemas fundamentales, se exponen los comentarios personales correspondientes.

En la segunda parte, se formulan los comentarios específicos sobre la obra, primordialmente respecto de la metodología de la exposición.

PRIMERA PARTE

I Análisis de la parte introductoria

2. El objetivo fundamental de la obra del profesor mexicano León Cortinas, consiste en mostrarnos la realidad de la función jurisdiccional enfrentada al Poder Ejecutivo, en su país natal, la República Oriental del Uruguay. Asimismo, nos advierte cómo esa realidad obedece a múltiples factores que deben examinarse para explicar el funcionamiento del derecho en la vida social. Por ello, enfatiza la necesidad de un estudio multidisciplinario, que comprenda tanto los elementos normativos como los extra normativos, dado que la ausencia de estos últimos reduciría el valor de la obra a una labor exegética como la de los civilistas (Demoledme) de

comienzos del siglo XIX sobre el Código Napoleón, carente de valor práctico empírico y esencialmente, ajena al rigor de investigación científica exigible y exigida para una universidad pública en México, y particularmente por el Sistema Nacional de Investigadores (SNI) y por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (Conacyt). 3. De este modo, en su enfoque multidisciplinario, en forma por demás interesante y ciertamente diversa del normativismo, el autor sostiene que el derecho constitucional uruguayo se compone de dos elementos: el elemento regla y el elemento poder. Ahora bien, el análisis de los factores histórico, económico, social y político, no se circunscribe al elemento poder, es decir, a la forma como se manifiesta el derecho en la realidad, por el ejercicio que de él hace la autoridad pública, sino que su estudio abarca, por supuesto, también el examen del elemento regla, es decir, normativo, pues sólo de esta manera puede lograrse un acercamiento a los motivos y los propósitos que inspiraron la creación de la norma.

Por eso, Cortiñas explica que la estática de las normas no es sino una congelación, en un momento histórico, de relaciones de poder, momento que tiende a ser superado por los diversos impulsos sociales,¹ quedando la norma en un estado de tensión, que se da entre el deber ser abstracto que proclama y el

1. Así, ISSA, Hossam, "Pour une nouvelle perspective des rapports entre structure sociale et droit", en *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, "Préface" del profesor Marcel Waline [ahora, como pequeño artículo del propio WALINE, en versión castellana de Gabriela Fouilloux Morales, publicada en ciudad de México: *Alegatos*, núm. 28, dic. 1994, pp.

ser social concreto que se resiste a su cumplimiento. Como lo refiere el autor, el funcionamiento dinámico del derecho se presta a futuras congelaciones en las relaciones de poder, pero en tanto ello no ocurra, debe analizarse el comportamiento de las técnicas normativas ante las tensiones derivadas del ejercicio del mismo (p. 87).

4. La tesis del autor que recensionamos, está incluida en un tema más amplio que se ocupa del predominio del Poder Ejecutivo en la República Oriental del Uruguay, sobre los otros poderes, por lo cual el autor lo concreta al predominio que se manifiesta en las relaciones del Ejecutivo con el ejercicio de la función jurisdiccional, dejando a un lado, por razón de método, la primacía del Ejecutivo en sus relaciones con el poder legislativo, el poder constituyente y la administración descentralizada. Empero, como lo señala el autor, las relaciones objeto de estudio ejemplifican las otras relaciones, igualmente asimétricas (p.55).

5. Cortinas divide su obra en dos partes. La primera de carácter normativo (elemento regla), y la segunda de naturaleza empírica (elemento poder), que muestra la dinámica del derecho, ejemplarizadas en el período comprendido de 1967 a 1977 (con ligera documentación que llega hasta 1981). A esta exposición, le precede una *introducción general*, con la cual nos acerca al conocimiento de la tradición de la República Oriental, a través de sus instituciones constitucionales de la segunda mitad del siglo xx, puntualizando que son (fueron hasta 1968 y nuevamente desde 1985) la resultante de una sostenida evolución democrática, liberal y social, cuyo arranque lo ubica en el Grito de Asencio (equivalente al Grito de Dolores en México) del 28 de febrero de 1811, grito por la independencia de España, dado por el fundador de la nacionalidad uruguaya, el General José Gervasio Artigas.

6. El análisis de la parte introductoria confirma la tradición del Derecho Constitucional Oriental, inspirado básicamente en tres aportaciones: la Constitución liberal de la Monarquía Española de 1812, el constitucionalismo de José Artigas (1811-1820) y el constitucionalismo de José Batlle y Ordóñez (1898- 1929).

7. Desde la Constitución de Cádiz, se confió la protección de las garantías del debido proceso exclusivamente al Poder Judicial, prohibiendo a las Cortes o sea al parlamento, y al Rey, ejercer la función jurisdiccional, incluso respectode los militares, por actos ejecutados fuera de servicio (pp. 31 y 32). Se reco

8. noce de esta manera, el ejercicio de la función jurisdiccional de principio, atribuida al Poder Judicial.

9. El pensamiento jurídico constitucional de Artigas se concretiza en las *Instrucciones de 1813* y en sus proyectos constitucionales. Ante todo debe destacarse la contribución de Artigas a la tradición oriental, como defensor del federalismo y de la independencia de los poderes en el ejercicio de sus facultades. Artigas es partidario de un sistema rígido en la división de poderes, ya que "estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí" (p. 35). Sin embargo, los proyectos artiguistas combinan un poder judicial clásico nacional o federal con una justicia local o (en México diríamos) estadual (p. 37), lo cual se explica por su vocación federalista.

10. Cortiñas señala que Batlle es el original forjador del Estado Oriental de la primera mitad del siglo xx (p. 38). José Batlle es fundamentalmente un reformador social y su programa de reformas constitucionales es el instrumento que considera necesario para que las instituciones sirvan a la sociedad, con la participación de los ciudadanos. Batlle concibe una división de poderes más flexible, con un sistema presidencial, semejante al estadounidense, en que opera el principio de interdependencia por coordinación y colaboración entre los poderes, con la diferencia esencial de que Batlle propone, inspirándose en las instituciones helvéticas, un presidencialismo encabezado por un Ejecutivo colegiado (Junta Nacional de Gobierno, p. 39). Batlle era consciente del estado de intranquilidad que existía en su país, por eso admite límites excepcionales y acotados a las libertades públicas, tales como el establecimiento de medidas prontas de seguridad, y la suspensión de la seguridad individual.

No obstante, establece mecanismos de control horizontal del poder, a fin de evitar abusos contra los derechos humanos. También es partidario de la función jurisdiccional de principio, al considerar que la de atribución es excepcional, concretamente señala que lajurisdicción militar queda limitadaa los delitos militares y al caso de estado de guerra; por tanto, se inclina por un criterio subjetivo de esta jurisdicción (p. 41). Al igual que Artigas, Batlle propone que la elección de los miembros vacantes de la Suprema Corte de Justicia sea por sufragio universal directo, para salvaguardar la independencia del Poder Judicial.

11. Hasta la Constitución de 1952, las instituciones constitucionales y el estilo de vida oriental se mantuvieron, incluso se reforzaron con una mayor reglamentación y eficaz vigencia de los derechos

humanos.² El cambio fundamental de las instituciones políticas del Uruguay surge a partir del debate constituyente de 1966, que sanciona la aún hoy vigente Constitución de 1967 (sólo interrumpida por la dictadura de 1968-1985). Para comprender ese cambio, Cortinas acude al recurso del estudio multidisciplinario, ubicando las causas del naciente régimen jurídico en el nuevo estado de cosas que se produce con la segunda guerra mundial.

El reemplazo de la hegemonía británica (*pax britannica*) por la estadounidense, tiene profundas repercusiones en el derecho y estilo de vida de la orientalidad. En efecto: "...la política proteccionista de Artigas y de robustecimiento industrializador y prestaciones del Poder Público forjada por Batlle, es reemplazada por una política librecambista de libre empresa y pastoril, a partir de 1959, por imposición [directivas] del Fondo Monetario Internacional...". Por esa razón, nuestro recensionado considera, acertadamente, que la reforma constitucional real, tiene ya lugar desde 1959.

El debate constituyente de 1966 plantea la disyuntiva de fortalecer la institución presidencial, o sucumbir ante la inminente quiebra institucional, por un supuesto vacío de poder provocado por las instituciones vigentes. Como señala el profesor Cortinas, el debate fue presionado internacionalmente. El proyecto constitucional mayoritario favorece la libre empresa y propone un presidencialismo fuerte, dotándolo con mayores facultades económicas y legislativas, permitiendo una expansión del Ejecutivo en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Cabe señalar que la minoría constituyente advirtió los riesgos de una desmesurada concentración del Poder Público en manos del Ejecutivo, y condenó el proyecto por considerarlo una revancha de las clases más regresivas de la República, contra Batlle y Ordóñez, que forjara en el primer tercio del siglo XX las bases de la convivencia tradicional de los orientales.

La minoría recordó el anterior golpe de Estado de 1933 y consideró al proyecto como "un mecanismo infernal de poderío", como un residuo de monarquía. Ciertamente, existen elementos de un Estado Monárquico, representado por la alianza política entre la clase propietaria y los grupos internacionales capitalistas, que instituyen un poder político dominante, con marginación de las masas.

Sin embargo, el ámbito constitucional fundamental, no desaparece, continúa la vigencia de los derechos humanos, al menos formalmente. Permanece el modelo republicano, democrático y liberal. Empero, la incongruencia entre el constitucionalismo liberal y una sociedad que conserva los moldes de organización oligárquica y que es respaldada en la realidad por el Poder Político, explican la ineficacia y la inestabilidad del nuevo régimen modelado por el constituyente de 1966, que refleja su incapacidad para atender las demandas sociales y los derechos políticos de los gobernados.

II Análisis del elemento regla

11. Respecto de la exposición de la estructura normativa del Derecho Constitucional Oriental, pese a su brevedad, tiene el mérito de distinguir los conceptos de jurisdicción de principio y de atribución, doctrinalmente poco difundidos. Como lo explica el profesor Cortinas, lo notable es que, siendo la función jurisdiccional de atribución de carácter excepcional, en el sistema oriental existe una diversidad orgánica que la confiere excepcionalmente (por "atribución" normativa expresa) a los poderes Ejecutivo y Legislativo. Es pertinente señalar, que esa diversidad orgánica de la función jurisdiccional de atribución, si bien implica un desapoderamiento del Poder Judicial en sus funciones para decidir las cuestiones legales controvertidas, tiene empero, una tradición jurídica internacional, que ha acogido la autonomía de las jurisdicciones militar, administrativa, política (*impeachment*) y electoral. Lo importante es la regulación jurídica de estas jurisdicciones de excepción y el uso que de ellas se hace. Análisis que se realiza en la segunda parte de la obra.

12. En la misma parte normativa, se destaca el énfasis del autor respecto a la potestad soberana del Poder Judicial en el ejercicio de sus facultades, entre las cuales sobresalen el control de la constitucionalidad de las leyes y la tutela de los derechos

643-644, bajo el título "La reconfortante lección de que los juristas todos (más allá de hábitos de pensar y de métodos divergentes) integramos una única y gran familia que intenta racionalizar y humanizar las relaciones sociales", Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 5 vols., 1969; reimpresión en Montevideo: Amalio M. Fernández, 1989, en el vol. I, pp. 237-261.

2. Por emanar del maestro directo de nuestro autor aquí recensionado, permítasenos recordar la contribución, en La Habana y con valor civil bajo la dictadura de Fulgencio Batista en 1952, de SAYAGÜES-LASO, Enrique, "Los derechos humanos y las medidas de ejecución", Montevideo: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, año IV, núm. 2, ab.-jun. 1953, pp. 273-356.

humanos. Sobre este último punto es relevante la vigencia de recurso de *haheas corpus*, aún en las situaciones de emergencia que contempla el Derecho Constitucional Oriental.

En efecto, y según su fundamento constitucional que viene del siglo **XIX** y está vigente en 2002, las medidas prontas de seguridad (art. 168, inc. 17), la suspensión de la seguridad individual (art. 31) y el caso de estado de guerra (art. 253), no constituyen obstáculo para que el Juez ordene que el arrestado sea conducido a su presencia y ordene su libertad, cuando sus garantías constitucionales hubiesen sido violadas. Importa mencionar que el establecimiento de estas medidas requiere de la autorización del Legislativo y que únicamente proceden en los casos expresamente consignados. Así, las medidas prontas de seguridad sólo son conducentes para los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior y son, por lo mismo, de carácter provisional. La suspensión de garantías procede sólo contra delincuentes, y el estado de guerra se regula únicamente en cuanto conflicto internacional, por lo cual, propiamente, para el caso de guerra civil sólo procederían las medidas prontas de seguridad, o la suspensión de la seguridad individual de los delincuentes, pero no las medidas propias de un estado de guerra.

13. Puede advertirse, asimismo, del examen de la parte normativa, que el Derecho Constitucional Oriental perfila el predominio del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes, por diferentes razones: porque la jurisdicción de atribución tanto militar como administrativa cae dentro del radio de acción del titular del Ejecutivo, como jefe indiscutible de la administración pública y Comandante de las Fuerzas Armadas; por los sistemas de nombramiento e integración de los órganos jurisdiccionales, tanto de principio como de atribución, que no se organiza fundada en el principio del sufragio universal directo, tal como lo quería la tradición batí lista, sino mediante una designación parlamentaria negociada, en la que se excluye a los partidos minoritarios, y que se presta a la intervención del Ejecutivo que presiona a un Poder Legislativo incapaz de enfrentarlo; por la imposibilidad real de enjuiciar políticamente al Ejecutivo, debido a la mayoría de dos tercios del Senado que establece como requisito la Constitución de 1967.

El examen de la parte normativa da como resultado un régimen neo presidencialista casi "a la francesa de 1958", con un Poder Ejecutivo robustecido,

conforme a los deseos de la mayoría constituyente de 1967.³

Veamos ahora el análisis hecho por el autor, respecto de la realidad del ejercicio de la función jurisdiccional, como expresión sintética de los elementos regla y poder en el Derecho Constitucional Oriental.

III Análisis del elemento poder

14. Es en el campo de los hechos donde el derecho muestra su riqueza o su deficiencia para regular la vida social. Si el derecho, a pesar de un régimen neo presidencial, logra imponerse en la sociedad y permite una convivencia armónica del poder con respeto a los derechos humanos y logra, asimismo, el desarrollo de las fuerzas productivas, así como la satisfacción de las necesidades individuales y colectivas, entonces podrá concebirse como un derecho apto para conducir las relaciones de poder en el marco normativo que lo configura.

Por el contrario, cuando estos supuestos no se logran satisfactoriamente, la relación entre norma y poder se tensa, con la consecuencia de que el poder político, sin cambiar la estructura constitucional, creará un marco legal secundario, frecuentemente inconstitucional, que legitime su actuación, y hará un uso político indebido de los mecanismos constitucionales de seguridad nacional, a efecto de contrarrestar y aniquilar, en su caso, a las fuerzas opositoras.

15. El examen de la segunda parte de la obra que se recensiona, revela que tal es el caso (de 1968 a 1985) de la República Oriental del Uruguay. El poder ejecutivo, mediante una política legislativa de expansión de la función jurisdiccional de atribución, particularmente la militar, ha incurrido en un progresivo desapoderamiento de la función jurisdiccional de principio que le corresponde al Poder Judicial, con un detrimento grave respecto de los derechos huma-

3. Cfr., el análisis lúcido, premonitorio, del director de la Facultad de Derecho de Montevideo, el catedrático Alberto-Ramón REAL, "Primeras perspectivas de la Constitución uruguaya de 1967", en *Perspectivas de derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje al profesor Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, "l'réface" del profesor Marcel Waline | ahora, como pequeño artículo del propio WALINE, en versión castellana de Gabriela Fouilloux Morales, publicada en ciudad de México: *Alegatos*, No. 28, dic. 1994, pp. 643-644, bajo el título "La reconfortante lección de que los juristas todos (más allá de hábitos de pensar y de métodos divergentes) integramos una única y gran familia que intenta racionalizar y humanizar las relaciones sociales" | Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 5 vols., 1969; reimpresión en Montevideo: Amalio M. Fernández, 1989, en el vol. III, pp. 179-208.

nos y un quebranto a los principios constitucionales en materia de función jurisdiccional.

Incluso en las funciones que constitucionalmente le corresponden al Poder Judicial, se advierte la tendencia del Ejecutivo a interferir con aquel poder en el desempeño de sus funciones.

La intromisión del Ejecutivo en los asuntos del Poder Judicial, provocó que éste asumiera una postura de defensa, que se mantuvo con altibajos. 16. La Suprema Corte de Justicia supo enfrentarse con dignidad a las pretensiones expansionistas del Ejecutivo, negándole expresamente que tuviera facultades para imponer directrices o formularles observaciones a los jueces, recordándole además, el respeto que le debe, de cumplir con las formalidades en la comunicación entre los poderes. Asimismo, la Suprema Corte puntualizó al Ejecutivo que no podía atender las sugerencias de éste para intervenir en la función de los jueces: "Justicia Jerarquizada no es Justicia Subordinada" (p.93), reconociendo la autodeterminación de aquéllos en su función jurisdiccional.

La Suprema Corte también rechazó la posibilidad de ser manipulada por el Ejecutivo, quien sugirió a la Corte que ésta impusiera a los jueces [en un país donde la jurisprudencia no es fuente formal y obligatoria sino sólo (moral y potestativa)] una coordinación de sus fallos con los criterios emitidos por la Suprema Corte. Ésta desestimó la propuesta del Ejecutivo y fijó los límites administrativos en materia de superintendencia y autor reglamentación sobre los jueces inferiores.

La Suprema Corte defendió la facultad de los jueces en la información de la prueba, que no puede quedar al arbitrio del Ejecutivo. Complementariamente afirmó la potestad soberana del Juez, sobre la instrucción. La policía y el órgano de acusación no pueden sustituirse al Juez en la apreciación de la prueba.

La Suprema Corte se vio también en la necesidad de recordar al Ejecutivo, que el Juez es el dueño del allanamiento, quien debe velar por el cumplimiento de las formalidades esenciales, y tiene además la facultad de constituir ante sí, la prueba semiplena para poder ordenar un arresto, por lo cual, no basta la simple prueba policial.

De igual manera, la Suprema Corte reiteró su postura de que el Ejecutivo, además de no interferir en la función jurisdiccional, tiene deberes que cumplir con el Poder Judicial, entre los cuales destacan, el auxilio que debe prestarle en la instrucción y el respeto a la cosa juzgada, sin que le competa discutir la legalidad de los mandamientos judiciales.

17. La defensa asumida por la Suprema Corte, particularmente en el caso ilustrado por Cortinas (p. 123 y ss.), relativo a la normada opción de salida del país para los "presos políticos", decretada por un juez letrado de instrucción, así como la determinación de la Asamblea General de dejar sin efecto las medidas prontas de seguridad establecidas por decreto del Ejecutivo (1969), constituyen acontecimientos de trascendencia política porque enfrentan a los poderes Judicial y Legislativo con el Ejecutivo, y porque revelan la forma en que se manifiesta, en los hechos, el predominio del Ejecutivo. Asistido jurídicamente por su Ministro del Interior, el internacionalista Eduardo Jiménez de Aréchaga Jr., la actitud asumida por el Presidente (ya cinco años antes del cuartelazo de 1973), no deja lugar a dudas, desconoce las prerrogativas de los demás poderes, reimplantando las medidas adoptadas y acude, además, a las otras medidas de seguridad nacional.

18. La posibilidad de juicio político pretendida por el Legislativo, no sólo fracasó, sino que se revirtió con la disolución militarizada de la Asamblea (1973).

Lo relevante en este apartado, es la impotencia de los poderes Judicial y Legislativo para enfrentar a un Ejecutivo fuerte, respaldado por los argumentos de juristas autoritarios⁴ y por una desviada interpretación de la normatividad constitucional; así como por la fuerza que le da el ejército, en cuyo pago, el Legislativo amplió la jurisdicción militar, con la Ley de Seguridad Nacional.

Cabe reconocer a la Suprema Corte, el valor de enfrentarse al Ejecutivo, su actitud de defensa de la función que le es propia, así como el manejo de los conceptos jurídicos y constitucionales, dignos de su jerarquía, que son una lección valiosa y constituyen una aportación indudable a la cultura jurídica.

19. Por lo que atañe a la función jurisdiccional de atribución, merece especial análisis la militar, en vir-

4. C011 impacto internacional, véanse al respecto tres aportaciones posteriores de CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "De la concepción autoritaria y de la concepción democrática en derecho administrativo", ciudad de México: *Alégalos*, núm. 20, enero 1992, pp. 103-122; *in 4* Madrid: *Revista española de derecho administrativo*, cd. Civitas, núm. 74, ab-jpn. 1992, pp. 225-254; Montevideo: *Revista de la facultad de derecho*, junio 1992, núm. 2, pp. 187-205; y Caracas: *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas*, Universidad central de Venezuela, núm. 84, dic. 1992, pp. 427-464. Con idéntico rigor científico e impacto internacional señalaré dos aportaciones más recientes de CORTIÑAS-PELÁEZ, León: "La dictadura monetaria globalizada: de sus raíces en la teoría del derecho público", ciudad de México: *Alegatos*, núm. 42, mayo 1999, pp. 283-300, *in 4* y "Del despotismo en la teoría de la administración pública", Madrid: *Revista Iberoamericana de Administración Pública*, núm. 4, junio 2000, pp. 39-74.

tud de que es la jurisdicción que pone netamente de manifiesto el predominio del Ejecutivo.

De un criterio subjetivo de esta Jurisdicción, adoptado por la tradición del derecho oriental, se pasa a otro objetivo, que tiende a enjuiciar a los militares, por delitos comunes y somete a la jurisdicción militar a los civiles. Esta tendencia se inició con el Código Penal Militar, que fue declarado inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia (p. 144), invocando el derecho de los civiles a ser juzgados por sus pares (artículo 19 de la Constitución vigente, p. 145). La consolidación de la jurisdicción militar se da con la Ley de Seguridad Nacional propiciada por el estado de guerra interno decretado en abril de 1972 (p. 154), a consecuencia de la guerrilla urbana. La misma oposición armada va a servir al Ejecutivo para extender su predominio, argumentando la necesidad de preservar la seguridad nacional. Irónicamente, esta ley provoca la inseguridad, el desconocimiento del *habeas corpus*, el sometimiento de los civiles a la jurisdicción militar y, lo más grave, el desapoderamiento al poderjudicial de su función jurisdiccional.

En esencia, la Ley de Seguridad Nacional es un Código Penal Militar. Es una argucia legal, por medio de la cual se atribuye carácter militar a muchos delitos del orden común. Representa el más grave atentado a las potestades soberanas de un poder judicial inerme frente al poder avasallador del Ejecutivo. Los riesgos previstos por Batlle y por la minoría constituyente de mil novecientos sesenta y seis, se cumplían proféticamente.

La brillante oposición doctrinal al proyecto, inconstitucional en la mayoría de sus preceptos, obtuvo pocas concesiones de un Legislativo que pagó las consecuencias de su debilidad y aprobó el proyecto con la esperanza de superar la crisis que, en todos los órdenes, padecía la sociedad.

Severa en su normatividad, la Ley de Seguridad Nacional se aplicó en forma inclemente, con menoscabo de los derechos humanos. La propia Ley se encargó de cerrar las puertas a cualquier responsabilidad de las fuerzas de seguridad, con apoyo en las excusas del cumplimiento del deber y la obediencia a una orden legítima de la autoridad superior. 20. Con toda razón, Cortinas se adhiere al criterio del distinguido constitucionalista mexicano Diego Valadés, en el sentido de que en el Uruguay se estructuró una dictadura constitucional, pues de otro modo no podrían explicarse las omnímodas facultades del Ejecutivo: movilización de personas, inaplicabilidad del *habeas corpus* en "situaciones de excepción", fijación

del régimen carcelario, suspensión de la seguridad individual, configuración automática del estado de guerra, censura a la prensa, irresponsabilidad de los órganos de seguridad, etc. (p. 167).

Ante este programa, poco pudo hacer la Suprema Corte. Los resultados de apelación contra autos de procesamiento militar, los de casación, revisión y gracia, a más de ser tardíos, tenían el inconveniente de que se fallaban con la integración de dos con jueces militares (p. 111). Por otra parte, si bien la Suprema Corte de Justicia sustentó un criterio jurisprudencial contrario a la expansión jurisdiccional militar, la jurisprudencia no es fuente de derecho en el Uruguay, y si consideramos que la Corte juzgaba integrada por conjueces militares, quienes no permitían que se levantara la voz en contra de las fuerzas armadas, podrán entonces comprenderse los reducidos márgenes de acción en que se colocó al Poder Judicial.

La clave de esa invasión jurisdiccional, no está en una debilidad del Poderjudicial, que se defendió ante las más adversas circunstancias, sino en el Poder Legislativo, que no supo contrarrestar el predominio que le impuso el Ejecutivo. Y cuando trató de reaccionar, fue nulificado por el Ejecutivo.

21. Respecto de la jurisdicción administrativa, cabe destacar la influencia del Derecho Continental Francés. Lo más significativo de esta jurisdicción estriba en sus alcances anulatorios. No existe entonces una jurisdicción plena. También debe señalarse que prevalece un criterio subjetivo en la jurisdicción administrativa, lo que deja fuera de su ámbito muchos actos gubernativos.

Lo que no parece bastante claro es si los actos de gobierno excluidos de la jurisdicción administrativa, son justiciables ante el Poder Judicial. De no ser así, entonces no existiría responsabilidad administrativa del gobierno por tales actos, lo cual revelaría un elemento más del sistema neo presidencialista. Considero que este apartado debería ampliarse para enfatizar detalladamente la forma en que se manifiesta el predominio del Ejecutivo.

22. El predominio del Ejecutivo en la función jurisdiccional legislativa de atribución, se manifiesta fundamentalmente a través de meros actos de poder, carentes de un apoyo constitucional.

La resistencia opuesta por el Legislativo a sancionar el proyecto del Ejecutivo "de la consolidación de la paz" que confería a la jurisdicción y administración militares la facultad de la declaratoria penal de "estado peligroso" respecto de "disidentes"

imputados, no impidió su aplicación, complementada con la medida de suspensión de la seguridad individual, conforme al decreto del 1º de junio de 1973. El Ejecutivo volvió a utilizar el recurso de la subversión como escudo de su actuación inconstitucional, que desconoció las funciones del Legislativo.

La situación del Ejecutivo se tornó más desventajosa al tener que enfrentar los embates de la jurisdicción y la administración militares con la creación del **COS EN A** (Consejo de Seguridad Nacional, de mayoría castrense), tributo cubierto por el Ejecutivo a las Fuerzas Armadas, como consecuencia de su alianza política.

23. El análisis del caso relativo a la solicitud de desafuero de un senador opositor, presentada por el Ejecutivo, revela la intención del Presidente de someter al Legislativo. Se trata del uso de la política autoritaria del nazismo, basada en la distinción entre el amigo y enemigo enunciada por Cari Schmitt (p. 239); es el conocido sofisma de falsa oposición según el cual se trata de enfrentar y en su caso destruir al enemigo para conservar el propio ser.⁵

El fracaso del Ejecutivo para obtener el desafuero y su nueva frustración por la improcedencia del juicio político contra el Presidente de la República decretada por la Cámara de Representantes, hacen que el Presidente decreta la disolución de las Cámaras, presentándose, con este golpe de Estado, una nueva ruptura institucional en el Derecho Oriental del Uruguay.

24. La instauración por el Ejecutivo de un Poder Legislativo unicameral, en cuya designación interviene el Presidente, excluyendo la participación ciudadana, señaló un predominio que se explica solamente, en mi opinión, en el terreno expansivo de una dictadura constitucional.

En suma, el Ejecutivo desconoció, con actos de fuerza, la función jurisdiccional legislativa en los procedimientos de desafuero y juicio político.

Es correcta entonces la apreciación del autor, al señalar que el Ejecutivo subsume la totalidad de la función jurisdiccional, tanto de principio como de atribución y, lo más grave, se erige en la realidad, como el detentador único de todas las funciones estatales.

⁵ Véase en estos días, CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "De la fórmula trinitaria como fundamento del Estado democrático y social de Derecho", ciudad de México: *Cuestiones constitucionales - Revista mexicana de derecho constitucional*, núm. 5, dic. 2001, pp. 33-87, esp. su

IV Análisis de las conclusiones

25. Es conveniente destacar algunas de las causas del fracaso (1968-1985) de las instituciones políticas del Uruguay y, concretamente del poder público, para salvaguardar los intereses de la comunidad política y promover su bienestar.

1. La inviabilidad de modelos e interpretaciones extra lógicas, "importadas" y aplicadas por países del tercer mundo.⁶ En el caso del Uruguay, la institución presidencial degeneró en un neo presidencialismo, que rebasó los límites de expansión del constitucionalismo clásico.

2. Mediante la doctrina de la integración de Rudolph Smend (p. 262) tendió a superar el divorcio hegeliano entre Estado y Sociedad, asumiendo que el poder debe identificarse con una actividad prestacional; pero esto fue quebrado con la implícita adhesión a la vacuidad de Hans Kelsen e incluso fanatismo (autoritario y pretendidamente "teológico") de Cari Schmitt⁷ en América Latina).

3. Así, la ruptura de la tradición democrática del Uruguay y el descuido de lo social, deja al derecho como mera expresión formal, carente de un sentido material.

4. El abuso de la ideología del Estado, como depositario de la Seguridad Nacional, particularmente con el pretexto de la necesidad de la defensa del Poder Público ante la subversión, fortaleció los mecanismos del poder político, para asegurar el predominio del Ejecutivo. De ahí la propuesta formulada en el V Congreso Internacional de Derecho Píocesal, de conceder a los tribunales la posibilidad de resolver sobre los límites de las facultades discrecionales en las situaciones de emergencia (p. 268).

26. Respecto de la conclusión, deseo señalar que no sigue el modelo tradicional de presentación de las

6. A este respecto, nos llega una nueva reflexión de nuestro autor, que sus editores venezolanos califican de algo "eseéptica": CORTIÑAS-PELÁEZ, León, "Derecho clásico constitucional e <inmadurez institucional del Tercer Mundo", Caracas: *Libro - Homenaje a Manuel García Pelayo*, dos vols., Universidad Central de Venezuela - Instituto de Estudios Políticos, en el vol. II (éste, en la revista *Politeia*, núm. 26), junio 2001, pp. 69-97. Con severos retoques editoriales, esta misma reflexión ha sido publicada en ciudad de México: *Alegatos*, núm. 46, dic. 2000, pp. 563-586, *in 4º*.

7. Dedicada precisamente al profesor León Cortiñas y casi contemporánea al libro aquí recensionado, cabría realzar la contribución del iusfilósofo Enrique Pedro HABA, "Decisionismo e iusnaturalismo como ideologías. Algunas (otras) nociones en torno a las ideologías de Cari Schmitt sobre el derecho y el Estado", San José de Costa Rica: *Revista judicial*, año VII, núm. 24, marzo 1983, pp. 10-27, *in 4º*.

conclusiones, que generalmente se enumeran progresivamente y enuncian en forma breve los resultados de la investigación. La conclusión de Cortinas da más bien la apariencia de una serie de reflexiones que apuntan a crear inquietud respecto a la función del moderno Estado Social de Derecho. Es, en mi opinión, la parte débil del trabajo, y la única. Pudo añadirse una serie de conclusiones más profunda y relacionada con los temas examinados y las hipótesis planteadas. Sin embargo, sería injusto decir que el autor no demuestra su hipótesis, puesto que lo hace de sobra en la exposición del tema.

SEGUNDA PARTE

Comentarios específicos sobre la obra y la metodología de la exposición

31. Los comentarios los ordenamos en rubros, en los que se hace la crítica respectiva. Veremos sucesivamente: A) Naturaleza de la investigación; B) Introducción; C) Hipótesis; D) Metodología; E) Fuentes; F) Citas y notas; G) Lenguaje y estilo; H) Título y capitulado; I) Valor de la obra.

32. A) *NATURALEZA DE LA INVESTIGACIÓN*. La presente obra se puede catalogar como una investigación *jurídica, empírica*, de Derecho Público, en cuanto tiene por objeto el análisis de los elementos regla y poder, en el ejercicio de la función jurisdiccional, de principio y de atribución, enfrentada al predominio del Poder Ejecutivo, en la República Oriental del Uruguay.

33. B) *INTRODUCCIÓN*. En la parte introductoria, Cortiñas cumple con importantes objetivos propios de un correcto plan de exposición. En efecto, el autor hace la presentación del tema, delimitando sus alcances (sugerencia de Diego Valadés). Asimismo, manifiesta su plan de investigación, que refuerza en las partes dogmática y dinámica. De igual manera, el autor expone la metodología de la investigación. Pone especial énfasis en la necesidad de acudir al método multidisciplinario y explica las razones de su adopción, destacando la conveniencia de realizar una labor dinámica, que involucre los aspectos histórico, social, económico, político y jurídico.

Cabe señalar, que la conceptualización tiene unidad en la obra, toda vez que la desarrolla en las dos partes en que la divide, verbigracia, la conceptuali-

zación de los elementos regla y poder, de función administrativa, función jurisdiccional de principio y de atribución, etc.

Aún cuando el autor no revela expresamente los motivos que lo inspiraron y los objetivos que persigue, implícitamente pueden entenderse, dada su nacionalidad de origen, y el indudable interés en las instituciones políticas de su país natal, como lo enfatiza el prologuista Eduardo García de Enterría, profesor visitante y doctor *honoria causa* en diversas universidades de Europa y de América Latina y, especialmente, de México (la Autónoma de Nuevo León, la "Juárez" de Durango y la de Guadalajara).

27. C) *HIPÓTESIS*. En su obra, Cortinas maneja la hipótesis de un predominio del Poder Ejecutivo en el desempeño de las funciones públicas, con especial referencia a la función jurisdiccional de principio y de atribución. Particularmente, considero que demuestra su hipótesis durante el desarrollo de la exposición, en la presentación que hace en la segunda parte, de la forma como opera el derecho en la realidad. Su hipótesis la demuestra con el examen de los casos concretos aludidos y con la prueba documental que anexa en la parte final (pp. 269-290).

28. D) *METODOLOGÍA*. Acorde a la naturaleza de la investigación, se acude a los métodos dogmático, exegético y empírico-sociológico. Se trata de un estudio multidisciplinario, y por ello la diversidad de métodos, lo que da a la obra el rigor de la mejor investigación científica. En la medida en que Cortinas combina el saber jurídico con los datos aportados por el estudio de las condiciones sociales prevalentes en su país, se puede sostener que también se utiliza, siguiendo la técnica del jurista mexicano Diego Valadés⁸ un método jurídico-sociológico.

29. AA) *MÉTODOS DE LA CIENCIA JURÍDICA*. Son ellos: a) el dogmático; b) el exegético; y c) el sistemático. Los veremos seguidamente.

30. a) *Dogmático*. El autor se auxilia de este método al exponer los principios jurídicos constitucionales que conforman la tradición del constitucionalismo oriental del Uruguay, y en general, del Derecho Constitucional clásico. Se utiliza éste fundamentalmente en la segunda parte de la obra, para poner de manifiesto la ruptura

8. VALADÉS, Diego, *La dictadura constitucional en América Latina*, ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, 226 pp. Ratificando la vinculación científica de los profesores Cortinas y Valadés, existe de esta contribución valadesiana, una recensión concomitante al libro que comentamos, por el propio profesor Cortiñas: véase en ciudad de México: *Alegatos*, núm. 21, agosto 1992, pp. 227-229.

de la tradición oriental en que incurre el Ejecutivo, en su carrera expansionista en el ejercicio de la función jurisdiccional, en especial por lo que concierne a la jurisdicción militar. Cabe decir que tanto el Poder Judicial como el Legislativo, así como la doctrina del Uruguay, utilizaron este método en la defensa del constitucionalismo tradicional, forjado por la Constitución de Cádiz, por Artigas y por Batí le.

27. *b) Exegético.* El método se utiliza en la interpretación de las constituciones y proyectos constitucionales. Asimismo, se acude a él en la interpretación de las leyes y proyectos del Ejecutivo. Destaca en el análisis de la Ley de Seguridad Nacional y el Proyecto de Consolidación de la Paz (la determinación por la jurisdicción y administración militares del "estado peligroso"). El uso del método exegético se encuentra frecuentemente vinculado con el método dogmático.

28. *c) Sistemático.* Se usa este método al comentar el autor el proyecto de Ley de Seguridad Nacional, que fue el más discutido. La doctrina del Uruguay acudió al método sistemático, así como los métodos dogmático y exegético, para evidenciar la inconstitucionalidad del proyecto. También se utilizó para impugnar el Proyecto de Consolidación de la Paz.

Cabe señalar que la presentación que se hace de la actuación de la Suprema Corte de Justicia en su enfrentamiento con el Ejecutivo, revela también el uso de los indicados métodos jurídicos.

29. *BB) MÉTODOS EMPÍRICO — SOCIOLOGÍCOS.* Son ellos, fundamentalmente: a) el histórico y b) el sociológico.

30. *a) Histórico.* El método histórico aparece en toda la exposición. Desde la parte introductoria, hasta la conclusión de la obra, se exponen los elementos históricos que explican el entorno en que se desenvuelven las instituciones políticas del Uruguay.

Por lo mismo, el uso de este método no se circunscribe

a simples referencias históricas, sino que, vinculando el devenir histórico del país en sus diversos aspectos, se perfilan las condiciones económicas, sociales, políticas y, en definitiva, jurídicas, que determinaron el estilo de vida oriental, así como las nuevas condiciones que surgen a raíz de la crisis estructural de la postguerra (1945-1968).

38. *b) Sociológico.* Se emplea este método en la

exposición, al valorar los fenómenos sociales concernientes al comportamiento de la sociedad ante el Poder Político. La intranquilidad pública, producto de

la insatisfacción del anhelo de bienestar general y de la violación sistemática de los derechos humanos,

bfi

Cabe señalar que el aspecto sociológico fue utili-

zado por el Ejecutivo para legitimar su política expansiva, aduciendo la defensa del Estado y la seguridad nacional, en su lucha contra la guerrilla.

En complemento, se utiliza el método analítico durante el desarrollo de la exposición, al valorar los datos obtenidos de la investigación. Son numerosos los casos en que el autor reflexiona y establece conclusiones a partir del material recabado y de los casos presentados.

En suma, los métodos utilizados autorizan a concluir que se acude a una metodología científica, por cuanto las afirmaciones se apoyan en métodos propios de una disciplina arquetípica de las ciencias sociales, como lo es la ciencia jurídica.

39. *E) FUENTES.* Las fuentes son variadas y abundantes. Enseguida se presenta una enumeración abierta de las mismas. Son ellas: a) bibliográficas; b) archivos; c) revistas y artículos; d) legales; e) directas; f) nacionales; g) extranjeras; h) otras fuentes especializadas.

40. *a) Bibliográficas.* Es una fuente que destaca en la obra de Cortiñas. El análisis doctrinal es rico y variado, según se desprende de la bibliografía que aparece en las páginas 293 a 305, y se corrobora con las 1137 notas (p. 269) de pie de página. Se advierte la influencia de algunos autores, entre ellos la del maestro Diego Valadés.

41. *b) Archivos.* Considero que es la fuente más importante. Cortiñas acude frecuentemente a los archivos para presentar los casos en que se manifiesta el predominio del Ejecutivo, así como la defensa del Poder Judicial y de la doctrina. Es la fuente más idónea de que se auxilia el autor para mostrarnos la dinámica del Derecho Oriental.

Sobresalen los archivos oficiales de los poderes públicos, *verbigracia*, Diario de Sesiones de la Cámara de Representantes, Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, Archivo de la Suprema Corte de Justicia (ROU, SC), Diario Oficial, etcétera.

42. *c) Revistas y artículos.* El autor acude a esta fuente especializada, en forma sistemática. Destacan: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales; *Revue du droit public et de la science politique* Revista de Derecho (Chile), Revista de la Facultad de Derecho de México; Revista del Instituto Histórico y Geográfico del Uruguay.

43. *d) Legales.* Es una fuente "obligada" en la obra, dado su contenido. Cabe señalar que se acude tanto a los textos constitucionales como legales, incluyendo los proyectos del Ejecutivo. También se analizan los decretos gubernamentales.

44. e) *Directas*. La gran mayoría de las fuentes utilizadas son directas. Se acude a los textos originales, tanto por lo que se refiere a la bibliografía, como a la consulta de archivos.

45. f) *Nacionales*. Se da atención preferente a las fuentes nacionales uruguayas, fundamentalmente, en la parte de la obra en que se procura dar una visión del Derecho Oriental del Uruguay. El autor se nutre de las fuentes proporcionadas por la doctrina de su país natal, incluyendo desde luego el pensamiento jurídico de Artigas y de Batlle.

6. g) *Extranjeras*. Es una fuente importante y variada¹ en la obra. Se acude a ella principalmente al abordar los temas del constitucionalismo clásico y las nuevas tendencias del constitucionalismo moderno (particularmente en América Latina y otros países del Tercer Mundo), que buscan instaurar un Estado Social de Derecho, con una base democrática y una función de servicio, prestacional. Predominan las obras en los idiomas alemán y francés.

47. h) *Otras*. El autor también acude a otras fuentes especializadas, en lo particular, las publicaciones de Institutos de investigaciones jurídicas, informes de dependencias públicas y privadas, conferencias, etc.

48. F) *CITAS Y NOTAS*. En la cita de autores y fuentes, Cortiñas sigue el sistema de la numeración progresiva volada, esto es, con números un poco más subidos de la línea de redacción, complementada con notas de pie de página, en las que se individualizan las fuentes. Las notas son abundantes y reflejan la riqueza de las fuentes. El autor se apoya en un lenguaje técnico, infelizmente poco manejado por los publicistas mexicanos, para operar reenvíos, establecer compatibilidades y referencias, así como relacionar las notas (*C/r.*, *ibídem*, *supra*, *infra*, *apud*). También se apoya en el sistema de abreviaturas adoptado (ROU, AG; ROU, SCJ; ROU, CR).

El sistema de citas y notas se considera adecuado, técnico y comprensible, debido a su organización. Empero, la abundancia de notas tiene el riesgo de que puede distraer a un lector poco avezado. En todo caso el "defecto" no es del autor.

49. G) *LENGUAJE Y ESTILO*. El Dr. Cortinas- Pe láez usa un lenguaje técnico, propio de la obra, sin caer en un rigorismo que dificulte su lectura. El lenguaje es asequible a un amplio público, conocedor del derecho, incluso estudiantes. Los términos técnico-jurídicos se utilizan sólo en la medida indispensable para desarrollar la investigación, con la ventaja de que el autor los emplea, sin caer en posiciones

ideológicas. Los conceptos de "Derecho Orientar¹ y "estilo de vida de la orientalidad" me confundieron un poco al principio, por serme desconocidos; sin embargo, fueron útiles en el manejo de la conceptualización. En lo particular, no advertí vicios de lenguaje: su castellano es rico, terso y directo (esto quizá por su educación galicada).

El estilo revela la inclinación del autor por el uso de frases cortas, complementado por el uso prudente de los signos de puntuación. Muestra claridad, coherencia y concisión, aún cuando en ocasiones la exposición es abundante y produce algo de fatiga, debido también a la abundancia de datos. 50. H) *TÍTULO Y CAPITULADO*. El título de la obra "Poder Ejecutivo y Función Jurisdiccional", adicionado con el subtítulo "Contribución al Estudio del Estado autoritario; del ocaso de la Justicia en América Latina", hace referencia a su contenido, pero no con exactitud. Si bien se exponen algunas consideraciones relacionadas con la función jurisdiccional en América Latina, son aisladas y no coinciden con el tema manejado por el autor. Considero que debió referirse expresamente a la República Oriental del Uruguay.

Asimismo, la idea del predominio del Poder Ejecutivo, en sus relaciones con el Judicial, y la expansión de aquél en la función jurisdiccional, tanto de principio como de atribución, no está claramente involucrada en el título, pese a que se encuentra implícita con las referencias de "Poder Ejecutivo" y "Estado Autoritario". En ese orden de ideas, me atrevo a sugerir alguno de los siguientes títulos:

"La norma y la realidad en la función Jurisdiccional, ante el Predominio del Ejecutivo, en la República Oriental del Uruguay".

"Predominio del Ejecutivo en la función jurisdiccional, en la República del Uruguay".

Por otra parte, la división de la obra en dos partes, que siguen a la introducción, me parece una idea acertada del autor. El capitulado que aparece al principio y la esquematización del índice general, a través de números arábigos decimalizados (I, I. 1.1.2, 1.2.1., etc.) se maneja correctamente y clarifica la exposición. En cuanto a su contenido, la esquematización es amplia y permite la fácil identificación de los temas.

51.1) *VALOR DE LA OBRA*. La obra se revela como una publicación singular y trascendente. Su importancia rebasa las fronteras del Uruguay y, desde luego, las de México, país de su publicación original por la Universidad Nacional Autónoma de México,

entonces (1982) con la exclusividad en el "Prólogo" del inolvidable maestro Enrique Giles Alcántara.

El trabajo intelectual de Cortinas, maestro invitado (ya en 1989, cuando apenas iniciaba su docencia e investigación en la Universidad Autónoma Metropolitana-Azcapotzalco) en la Maestría en Derecho Público de mi universidad, es impresionante. Por las fuentes, por la metodología, por la conceptualización, por el rigor científico y unidad de la exposición.

El autor es un conocedor indiscutible no sólo de la realidad económica, política y social de su país natal, sino de la legislación y doctrina europea y funda

mentalmente, latinoamericana. Es un jurista de altos vuelos que refleja en su tesis sus vastos conocimientos y amplia experiencia en la materia.

Este libro es, en suma, una aportación a la cultura latinoamericana en ciencias sociales y, por lo mismo, de valor internacional. Es la mejor obra, de investigación científica en materia jurídica, que he leído en mucho años.

Ana María **TRUEBA-SÁNCIBZ***