

Guillermo M. Pineda-González

CORTIÑAS-PELAEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional*; 2a. edición, Madrid: I.N.A.P. prólogos de Enrique GILES-ALCÁNTARA y de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, 1986, 316 pp.

I.

1. Estamos ante un libro "poco usual" en nuestro medio, el cual no es un estudio comparativo que sume una gran cantidad de datos normativos sobre diversos países latinoamericanos y tampoco constituye una contribución más en torno a los fuertes matices del presidencialismo mexicano; sino que se trata de una "auténtica tesis" (p. 20) enriquecedora del panorama bibliográfico latinoamericano, sobre un tema que otras publicaciones universitarias han tratado ya, pero que, o han abandonado, o no han querido profundizar; nos referimos, en especial a los siguientes títulos: 1) VALENCIA CARMONA, Salvador, *El Poder Ejecutivo latinoamericano*, CD. de México: UNAM/IIJ, 1a. ed., 1979, 151 pp. (Presentación de Héctor FIX ZAMUDIO); 2) *Punción del Poder Judicial en los sistemas constitucionales latinoamericanos*; once ponencias de diversos autores al 1er. Congreso Latinoamericano de derecho constitucional (25-30 de agosto de 1975), cd. de México: UNAM/IIJ, la.

ed., 1977, 208 pp. (presentación de Héctor FIX ZAMUDIO); 3) *El predominio del Poder Ejecutivo en Latinoamérica*, trece ponencias... *ibídem*, 447 pp. (presentación de Jorge CARPIZO-MC GRE-GOR).

¿Qué tipo de obra tenemos en nuestras manos, entonces, y quién es el autor?

2. Para el primer prologuista, este libro es "una apasionante aplicación, al derecho público latinoamericano, de las más recientes doctrinas europeas sobre el avasallamiento de los derechos humanos por regímenes autoritarios que destruyen los fundamentos del Estado de Derecho"; así pues, tomando como base el caso concreto del Uruguay, el autor logra probar "el ocaso de la Justicia en un país que fue modelo para América Latina", mediante un documentado y reflexivo examen de la progresiva usurpación que hizo de 1968 a 1985 un Ejecutivo, militarizado, de la función jurisdiccional. Reflexión infelizmente válida aún después (hasta 1989) del restablecimiento formal del gobierno civil, enfrentado en 1986-89 al debate suscitado por los militares que rehúsan someterse al Poder Judicial ordinario y "triumfan" mediante el *referéndum* de amnistía de 1989.

3. El autor, uruguayo de nacimiento, nacionalizado y radicado en México desde hace más de veinte años,

presenta una trayectoria personal bastante peculiar. Una larga permanencia de trece años en Europa (sobre todo Francia, Alemania y España) y, a pesar de las distancias, un constante contacto con el ambiente académico latinoamericano, caracterizaron su vida de 1961 a 1974, siendo el fundador de la cátedra de "Derecho Público de América Latina" en los cursos de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Central de Venezuela (en 1970). Discípulo de SAYAGUÉS-LASO, honró la memoria del desaparecido maestro, impulsando y dirigiendo la vasta colección de ensayos titulada *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX, Homenaje a Enrique SAYAGUÉS LASO*, Madrid: I.E.A.L., 1969, 5 vols. Ha codirigido varias obras colectivas (en Montevideo, Caracas y México) y publicado numerosos estudios (cfr. la bibliografía del autor, en la parte final del libro), así como frecuentes recensiones (cfr. revista mexicana *Vivienda*, órgano de Infonavit, desde su fundación en 1975); actualmente, desarrolla tareas académicas en México como coordinador del Taller de derecho público y profesor de derecho administrativo en la UAM y en las pre especializaciones de la UNAM .

II.

4. La obra está dedicada *in memoriam* a dos grandes Maestros del Derecho Constitucional, Mario de la CUEVA y Justino JIMÉNEZ de ARECHAGA, y a un nutrido grupo de juristas de la vida pública y universitaria, tanto mexicanos como orientales. Sobresalen, también, los reconocimientos a otros maestros, el alemán Otto BACHOF, y el francés Claude- Albert COLLIARD, y diversas universidades. Esto nos permite ubicar al autor, por sus profundas tendencias progresistas y relaciones académicas, en la corriente de lo que se ha llamado "Escuela Democrática Latinoamericana del Derecho Público".

Además, se notan por su pertinencia dos lemas, de ARTIGAS y GALLINAL, el uno sobre el aniquilamiento del

despotismo militar mediante "trabas constitucionales que aseguren inviolable la soberanía de los pueblos", y el otro, que exalta el alto valor humano de la libertad y el derecho, no como dádivas bajadas de lo alto", sino por "la suma de esfuerzos y sacrificios que su conquista exige".

5. La estructura general que presenta *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional* es una muestra del celo científico jurídico del profesor CORTIÑAS, introduciendo con breves páginas al lector sobre la *tradición del constitucionalismo oriental* (pp. 25-50); su plan abarca dos partes fundamentales: la.- *La estructura normativa* del Derecho Constitucional oriental (pp. 55-80) y 2a. *La realidad* del Derecho Constitucional oriental (pp. 83-256), a la cual siguen la *conclusión* general (pp. 259-265), un *epílogo* que contiene el Acto Institucional No. 8, "prueba documental que faltaba a esta demostración" (pp. 267-288), así como la abundante y detallada *bibliografía* sobre el tema (pp. 289-301).

Por otra parte, los hondos-aunque concisos prólogos, proyectan algunos puntos importantes que caracterizan el conjunto del libro:

Primero, la presentación de la estructura básica que conjuga la normatividad pura con la extra normatividad histórica y real; *segundo* el señalamiento de una resistencia, al despotismo militar, por parte de la función jurisdiccional; y *tercero*, las principales influencias enriquecidas e ilustradas por este documento, especialmente "la doctrina de la integración" de Rudolf SMEND (p. 260).

III.

6. Como apuntamos, la *Introducción* comprende un somero estudio de la tradición constitucional oriental, forjada desde la Constitución liberal gaditana de 1812, pasando por los proyectos constitucionales de ARTIGAS -federalista, precursor de la nación latinoamericana-, y coronada a inicios del presente siglo, con BATLLE y

ORDOÑEZ, el "demócrata- racionalista que logró el país a imagen de sus ideas" (p. 34).

Continúa con un bosquejo de las Constituciones orientales de los siglos XIX y XX y termina con el Debate constituyente de 1966, entre una Mayoría, partidaria de la excesiva concentración de facultades en el Ejecutivo para afrontar la crisis socio-económica que se arrastraba desde 1959» y una Minoría crítica, que resistía las amenazas a las libertades básicas y a los poderes Legislativo y Judicial, y la> cual desesperadamente presagiaba: "los grupos económicos que integran esa oligarquía de socios extranjeros, no tienen otra vía que una Constitución que aprisione el pueblo (...) y que además encarcele al Parlamento Nacional" (p. 50). Esta misma Minoría manifestó su preocupación de que las características del proyecto de Constitución defendido por la Mayoría, hacían temer que la República Oriental del Uruguay (R.O.U.), se convirtiera en una "gran cárcel" en la cual "el *déspota podría invocar la Ley a su favor* debilitando toda clase de resistencia", como ha sucedido (1968-1985).

IV

7. La Primera Parte, cuyo objetivo es la delimitación concreta de algunas instituciones del Derecho Constitucional, insiste en el carácter científico y no meramente técnico de esta materia jurídica, que "jamás se agota en los elementos normativos" (p. 56), resultando imprescindible la consideración de los factores económicos, sociales y políticos del elemento *poder*, ligado dialécticamente con el elemento *regla*, idea motriz que se palpa a lo largo del texto (pp. 83, 124, 136, 153, 208, 211, 220, 229, 259).

Ahora bien, partiendo de dos premisas básicas -las respectivas definiciones conceptuales de Poder Ejecutivo y de función jurisdiccional- CORTIÑAS-PELAEZ se adentra en el desglose formal de la función jurisdiccional de *principio y de atribución*. Así tenemos que, en principio,

la función jurisdiccional, en un régimen de separación de poderes, incumbe al Poder Judicial (pp. 57-64), salvo atribuciones expresas en la Constitución a otros órganos del Estado, como sucede tratándose de la jurisdicción militar (pp. 68-70), la jurisdicción electoral (pp. 70-77) y la jurisdicción legislativa de impedimento y desafuero (pp. 77-78); todas ellas caracterizadas de manera general por el autor en esta parte.

„ De lo anterior, conviene resaltar justamente lo que se refiere al papel desarrollado por *la Suprema Corte en la R.O. U.*, la cual -no exenta de la influencia angloamericana- se convierte en "juez de la Constitución", pudiendo ejercer el control de constitucionalidad de las leyes, tanto por vía de acción como por vía de excepción o defensa (esta última realizada genéricamente por todo el Poder Judicial), así como velar por el respeto a los derechos humanos, independientemente de su actuación como juez de última instancia en toda causa judicial de su competencia.

8. Mas el grave problema surge cuando se presentan las "situaciones de emergencia" previstas constitucionalmente y sus consecuencias: las "medidas prontas de seguridad", la "suspensión de la seguridad individual" y el "caso de estado de guerra"; durante las cuales *el uso de la mayor discrecionalidad* otorgada al Ejecutivo para hacer frente a circunstancias extraordinarias, *no debe confundirse con la arbitrariedad, ni en ningún modo legitimarla*, pues aún bajo esta "dictadura constitucional" -en opinión de la doctrina mexicana encabezada por Diego VALADÉS-RÍOS- hay garantías que mantienen su vigencia, y el Judicial sería el guardián de ellas, si bien para lograr este fin, pesan en su contra arduos obstáculos, vgr. la carencia de una fuerza policíaca propia y de poderes de "amparo", la dependencia del Ejecutivo y una virtual debilidad, consecuencia de su integración. En particular, importa al autor, la subsistencia de la garantía del *habeas corpus* en tales "situaciones de emergencia" o de "dictadura constitucional".

9- La *Segunda Parte* reitera la dinámica del análisis que comentamos y, rebasando la visión estrecha de las técnicas normativas, pasa a un prolijo y documentado estudio de las realidades y tensiones derivadas del ejercicio del poder en el marco normativo, anticipando previamente las particularidades del entorno social, económico y político de la R.O.U (pp. 84-85).

10. Se confrontan y ejemplifican las dificultades prácticas que fue encontrando el Poder Judicial en el ejercicio de su función ante los múltiples y diferentes embates del Ejecutivo, por ejemplo:

a) Para mantenerse como poder soberano y autónomo (pp. 86-89), la Corte tuvo que declarar la improcedencia de las "directivas" que intentó marcarle el Ejecutivo, negándole la facultad de hacerle observaciones, pugnando por el respeto de las formas de comunicación entre los poderes, remarcando la existencia de una justicia "jerarquizada", mas no "subordinada", etc.; de tal modo que el Judicial, un poder "apolítico e inerme" ante la fuerza del Ejecutivo, se mantuvo empero, como moderador prudente, pero firme, de sus desbordes.

b) Para lograr el respeto de la garantía del "debido proceso" (pp. 100-113), hizo frente a decretos del Ejecutivo que violaban el principio de reserva de la Ley respecto de las formalidades de los juicios; a los intentos para someter a una autorización, la ejecutiva, los informes sobre las pruebas judiciales; al funcionamiento material de una "jurisdicción paralela", creada por la policía; a las instrucciones para diligenciar en las cárceles, en lugar de las sedes de los juzgados; a negativas de auxiliar, con la fuerza pública, las órdenes de un juez, o al incumplimiento descarado de sus resoluciones; etc.

c) Aún más, se testimonia "la impotencia y omisión del Judicial para poner coto a las prácticas abusivas e inhumanas vigentes en dependencias del Ejecutivo para con los detenidos" (pp. 114-118), refiriéndose esto a los

resultados remitidos a la Corte, del informe de una Comisión senatorial que investigó las violaciones de los derechos humanos y la comisión de actos de torturas, informaciones que pondrían "los pelos de punta" a cualquier ciudadano, todavía sensible a las injusticias.

Quedan planteadas, pues, cuestiones como éstas: ¿Por qué la justicia no puede cumplir con su deber? ¿Son los jueces tolerantes? ¿Cómo obligarlos a aplicar las leyes? ¿Qué podría hacer la Corte para contribuir a que dichos casos no ocurran?

Es claro aquí cómo "la falta de contrapesos jurídicos reales, esfuma los contra pesos jurídicos formales" y cómo ante el fascismo, en el último de los casos, "cuando no se puede someter a los jueces, se cambia la justicia" (CALAMAN- DREI).

d) La situación más culminante del enfrentamiento entre Ejecutivo y Judicial se muestra con claridad (pp. 118- 134): negado el trámite a una orden judicial de libertad, el juez otorga plazo para su cumplimiento y ante la reiteración de la negativa, la Corte asume la defensa institucional del Judicial, librando mensaje al Ejecutivo para que cese de inmediato la prisión indebida, y al Legislativo para los efectos pertinentes, pues el presidente y sus ministros "han incurrido en el delito de desacato".

11. Interviene así forzosamente la Asamblea legislativa y para ambientar sus propias tensiones con el Ejecutivo se exponen dos circunstancias acaecidas en 1970 y 1971: cuando la Asamblea levantó y el Ejecutivo reimplantó las "medidas prontas de seguridad" y cuando la Cámara de representantes inició juicio político penal de impedimento al presidente de la República, argumentando entre sus múltiples considerandos la tipificación de un grave desvío de poder, pues, "a pretexto de luchar contra la sedición, el Ejecutivo limitó las libertades públicas (...) utilizando este arbitrio para fines que nada tienen que ver con aquel enfrentamiento" (p. 225).

VI.

12. Indudablemente que el núcleo central del libro se inserta en los apartados dedicados al ejercicio de la función jurisdiccional militar (pp. 137-219):

Ante una jurisprudencia tradicional de la Corte que supo "contener toda eventual expansión del fuero militar, en las estrictas fronteras del delito militar *stricto sensu* - cometido por militares y en actos de servicio-", reafirmada por sentencia que declaró inconstitucional el Código Penal Militar, al ensanchar éste la jurisdicción militar a personas extrañas al ejército; el Ejecutivo inicia firmemente desde 1971 el proceso de invasión de la función jurisdiccional correspondiente al Poder Judicial, proceso que con leves variantes duraría hasta la caída de la dictadura (1985).

Primero: decreta la movilización de civiles en tiempos de paz, "acto de mera fuerza abiertamente ilegal", en perjuicio tanto de servidores públicos como de trabajadores privados.

Segundo: decreta un estado de guerra interno, aunque con la autorización de la Asamblea, lo que constituye otra típica desviación de poder: el uso de una facultad constitucional que tiene un fin específico (defender el territorio invadido), para un fin completamente distinto del estatuido por el ordenamiento positivo (represión de la guerrilla urbana, enarboladora del "derecho de resistencia a la opresión").

Tercero: se dicta, como remate final de la expansión militar en menoscabo de la competencia judicial, la Ley de seguridad del Estado y orden público (jul. 72, 12.068): las líneas básicas de dicha ley, según la iniciativa del Ejecutivo y el señalamiento ministerial de ciertas carencias normativas que tal ley pretendía llenar, son consultadas ante juristas, cuyas respuestas son señaladas detalladamente por el autor en treinta y tres incisos (pp. 163-186). El proyecto sustitutivo elaborado por el Senado, respecto de esta ley, que tenía "tantas inconstitucionalidades como artículos" (Justino JIMÉNEZ

de ARECHAGA), fue debatido por la Cámara de representantes, quienes lograron "leves mejorías" (pp. 196-198); sin embargo, lo que quedó fue una verdadera "Ley de inseguridad", que modificó sustancialmente el derecho penal y constitucional orientales y cuyos matices más importantes van dirigidos, (la Ley sigue vigente en 1991.) en forma directa, a facilitar la represión... ¿Los detalles? son indignantes para el jurista, solamente explicables en el contorno histórico; baste decir que sus disposiciones permiten a las fuerzas armadas arrestar, indagar, condenar y recluir civiles, por delitos tan graves como "pretender cambiar (...) la Constitución o la forma de gobierno por medios no admitidos por el derecho público interno" (delito de asociación subversiva, punible con seis a dieciocho años de cárcel, p. 210).

VII.

13. El Ejecutivo, progresivamente desde 1968 y aún bajo "fachada civil" pues el "golpe de Estado" no cae de maduro sino en 1973, arrasa materialmente con las demás funciones jurisdiccionales de atribución: ampliando excesivamente la teoría del acto de gobierno en el Tribunal autónomo de lo contencioso-administrativo; mostrando a la Corte Electoral completamente ineficaz para anular unas elecciones a todas luces fraudulentas y, finalmente, declarando la disolución de las cámaras legislativas, que se habían "atrevido" a negar, justificadamente, la solicitud de desafuero de un senador. Así pues, un único poder del Estado (el Ejecutivo) detentador de la fuerza pública, extiende sus competencias de tal modo que concentra nada menos que ¡las cuatro funciones estatales! (p. 256); es pues un Ejecutivo que, además de administrar, se ha impuesto al Judicial mediante una expandida jurisdicción militar bajo su control directo, y al Legislativo y Constituyente a través de los "actos institucionales" emitidos por un Consejo, de predominio castrense.

14. El ejemplo más claro de este proceso *inaudito* - evocador de las que creíamos pasadas épocas del absolutismo-, lo encontramos precisamente en el Acto Institucional No, 8 suscrito por el Ejecutivo "de facto" el lo. de julio de 1977; documento en el cual "vista la necesidad de institucionalizar el orden de relaciones entre la actividad jurisdiccional y el Poder Ejecutivo", y fundamentado en quince variados "considerandos", se *decreta una sustitución de dos secciones completas de la Constitución* oriental, con lo que se suprime el Poder Judicial como tal y se regula sólo "la jurisdicción", fijándole una línea funcional de jerarquización que nace en el Poder Ejecutivo; se *deroga todo un capítulo del Código* de organización de los tribunales y se *reestructura* bajo principios similares *h justicia administrativa*, sujetando a los magistrados y jueces de ambos órdenes, a un interinato de cuatro años y a las sanciones disciplinarias que dicte el propio Ejecutivo, quien así, "recobra la primacía natural que le corresponde como auténtico poder (...), esto es, órgano con competencia soberana y atributo de imperio que lo habilita para imponerla compulsivamente (...)" ; según estos términos de su texto, es clara *la intención de desconocer la separación de poderes*.

VIII.

15. En cuanto a las *Conclusiones Generales* con que el autor cierra su obra, deseamos hacer las siguientes puntualizaciones:

a) Es determinante de la posición adoptada ante la problemática que se analiza, su adhesión expresa a algunas tendencias doctrinales (pp. 259-261): la del iusfilósofo oriental J.L. MORENO, quien explica el "ser del derecho" como "una estructura normativa social, estructura real, en la que *normatividad y poder se dan en síntesis indisoluble*"; complementaria de ésta, la del mexicano VALADÉS, cuyo "sociologismo político jurídico" desemboca irremediabilmente en una *concepción realista*

del derecho; y la "doctrina de la integración" del alemán SMEND, el cual "enfrentándose al positivismo normativista, pero sin caer en el decisionismo", logra interpretar la esencia del Estado "como un *proceso dialéctico de unificación*".

b) Por otro lado, CORHÑAS-PELAEZ afirma que el *poder* tiende a identificarse con una *actividad de servicio o prestacional* y que tales prestaciones no deben ser arbitrariamente resueltas, pasivamente recibidas, no apolíticamente promovidas; lo que le conduce a sostener "el *radical cambio* de sustancia que va del Estado *liberal-burgués* fundado en las minorías, al Estado *democrático y social* de derecho que promueve la integración de todos los ciudadanos y cuyos elementos formales sólo existen al servicio de la justicia como fin supremo del Estado" (p. 261).

c) Relacionado con lo anterior, el autor se muestra convencido de que en los países latinoamericanos "no puede permitirse que la sociedad sea dominada por una minoría", y atribuye al olvido de las mayorías por el Poder Público el prolongado fracaso económico-financiero; siendo evidente *quiénes forman esa minoría dominante y esa mayoría olvidada*; además, pone de manifiesto la total desvirtuación de poder operada en la R.O.U., donde el Estado había *intentado no paralizar el cambio, sino motorizarlo* (p. 262), pues en virtud de la acción del Ejecutivo durante el período 1968-85, se ha restablecido el divorcio entre sociedad y Estado, debilitando el aparato prestacional y fortaleciendo el represivo.

IX

16. No podemos dejar de señalar, finalmente, ciertas reservas que la lectura de este libro nos ha producido:

Primeras La marcada especialización del tema es meritoria y necesaria, pero probablemente cae en el aislamiento geográfico y material: en esencia, *no deja de ser el caso oriental y la perspectiva jurídica lo que se trata:*

faltaría, quizás, arriesgar un poco más en los límites de lo *latinoamericano* y de lo *multidisciplinario*, ámbitos que no serían del todo ajenos al autor.

Segunda.- Siendo un libro editado inicialmente en México por la Universidad Nacional, se palpa una ausencia: la de por lo menos, una *addenda* o de algunas notas subpaginales, referidas al caso de la jurisdicción militar mexicana y sus respectivas relaciones con el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial federal. México contrasta definitivamente en muchos sentidos con el Uruguay; pero no hay duda que podría ser bastante interesante *ubicar el papel formal, potencial y real que tiene la justicia militar mexicana* y, en lo global sus fuerzas armadas, en la situación actual: quedamos a la expectativa de ello, ante el esfuerzo y dificultades que sabemos representaríamos.

Tercera.- Para finalizar, queremos remarcar la siguiente cuestión: si reconocemos que el origen o la fuente del problema que plantea este libro (el desbordamiento de las facultades del Ejecutivo en detrimento del Judicial) ha radicado en una crisis socio-económica, hoy en día generalizada, y principal quebrantadora de los regímenes constitucionales, sólo la solución de esta crisis puede lograr que se retorne a una vida verdaderamente institucional: cerrándose entonces el fatal círculo, porque la solución jamás llegará, al contrario, se profundizará, allí donde se sacrifica la libertad y la justicia en beneficio del orden (impuesto por los poderosos) y de la paz (de los sepulcros...)

17. El segundo *Prólogo* (pp.21-23) es un puente de sabiduría jurídica, entre Europa y América, privativo de esta 2- edición española. Su multigalardonado autor (dos Dr.h. c. por universidades mexicanas) nos aporta, con pluma de oro, un balance de profundidad y rigor ejemplares. Nos ratifica así la perennidad de esta obra en la teoría *general* de los derechos constitucional y administrativo.