

Jueces civiles y jurisdicción militar

Enrique Giles-Alcántara*

CORTIÑAS-PELÁEZ, León, *Poder Ejecutivo y función jurisdiccional*, Alcalá de Henares y Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública / Colección: "Administración Pública en América Latina", segunda edición, con Prólogo de Eduardo García de Enterría, 1986, 316 pp.

1. El lector tiene en las páginas de este libro 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.

Partiendo de un caso concreto -el del creciente predominio de la institución militar sobre el gobierno civil en la República Oriental del Uruguay, durante la crisis económica y social de los años sesenta, setenta y comienzo de los ochenta (1968-1985)-, el autor plantea desarrollos legislativos y jurisprudenciales que iluminan con rigor histórico el horizonte jurídico de América Latina en esta segunda mitad del siglo XX.

Esta obra parte de la naturaleza compleja del *ser del Derecho*, concebido como una estructura normativa social, en la cual se dan indisolublemente unidos los elementos normativos (la pura norma) y los elementos extra normativos o históricos.⁽¹⁾

En este sentido, a la primera parte, *La estructura normativa del derecho constitucional oriental*, sigue una segunda parte, *La realidad del derecho constitucional oriental*. Ahora bien, la riqueza de esta investigación prueba la pobreza de una ciencia jurídica que pretendiera estudiar las instituciones del derecho constitucional

latinoamericano, reduciéndolas a la normatividad descarnada que sería una "ciencia sin conciencia"⁽²⁾, una especie de "Ciencia jurídica sin Derecho", como la llamara Hermán Heller⁽³⁾.

2. Si lo normativo sólo adquiere sentido científico en el marco de lo histórico, los textos constitucionales vigentes sólo pueden adquirir sentido en el marco de la tradición liberal y democrática, inicia da por las Cortes de Cádiz y continuada por el pensamiento y la acción de José Artigas en el siglo XIX y de José Batlle y Ordóñez en el primer cuarto del siglo XX (*Introducción*). Complementariamente, la efectividad del texto constitucional de 1967 es puesta a prueba por el asedio sistemático que sufre el Poder Judicial, conjuntamente con las jurisdicciones autónomas, administrativa y electoral, como consecuencia de la *resistible* expansión de la jurisdicción militar (*segunda parte*).

Y los jueces resisten. Este libro es testimonio de que no podrá decirse que hubo complicidad, ni del Poder Judicial, ni del titular de la jurisdicción legislativa de impedimento y desafuero (el Poder Legislativo), con el ascenso de la dictadura militar (1968-1973). Esta es la crónica de una resistencia. Los jueces civiles rechazan todavía en 1971, y por unanimidad, la hegemonía de la jurisdicción de excepción: solamente en 1973, la disolución del

* Catedrático por oposición de Derecho Administrativo en laUNAM.

1 En este sentido esta obra se remite reiteradamente a las corrientes iusfilosóficas más recientes, postkelsenianas, representadas en América Latina por la contribución de Julio Luis MORENO, *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica*, Montevideo: Facultad de Derecho, 1963, 183 pp. *Cfr.*, en la misma línea, Enrique Pedro HABA, *La idea del totalitarismo y la libertad individual*, Bogotá: Temis, 1976 XXXVI + 256 pp., con "Prólogo" de León CORTIÑAS-PELÁEZ; y, del mismo HABA, *Tratado básico de los derechos humanos*, San José de Costa Rica: Juricentro, 2 vols., 1986, 970 pp.

2 Expresión del ilustre administrativista SAYAGUÉS-LASO, realizada por León CORTIÑAS-PELÁEZ en su "Introducción General: Una concepción planetaria del Hombre y del Derecho Público" a la obra colectiva *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso (Uruguay)*, 5 tomos, Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, y Monte video: Amalio M. Fernández, 1989, en su tomo.I, pp. XXXIX a CLIX, esp. pp. XLV-XLVI; expresión referida allí por Cortiñas a la Escuela democrática española del derecho administrativo encabezada, desde los años cincuenta, por Eduardo García de Enterría.

3 Hermann HELLER, *Teoría general del Estado*, 3a. ed., 1934, XVI + 298 pp., *apud* Gerhard LEIBHOLZ, "Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne", París: *Archives de philosophie du droit et de sociologie juridique*, 1931, trad. castellana en Madrid: *Revista general de legislación y jurisprudencia*, 1931, reproducida ahora en LEIBHOLZ, *Conceptos fundamentales de la política y de la teoría de la Constitución*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1964, pp. 15-49, esp. p. 19.

Legislativo por el Ejecutivo barrerá con la fuente legítima de la Magistratura e instaurará *de facto* la sumisión de todas las jurisdicciones al Poder Ejecutivo, reglamentada por el Acta Institucional núm. 8 de 1977, aquí recogida en el *Epílogo*.

Il n'y a que le Pouvoir qui arrête le pouvoir

He aquí una afirmación clásica de la doctrina del siglo XVIII que la experiencia alemana del nacional-socialismo⁽⁴⁾ y la experiencia francesa del régimen colaboracionista de Vichy⁽⁵⁾ nos han confirmado en este siglo XX. Resulta sugestiva la comprobación de que la función jurisdiccional del Judicial y del Legislativo resistieron más y mejor que los titulares de las jurisdicciones autónomas de atribución (la contencioso-administrativa y la electoral). Ello se explica si abandonamos el tecnicismo de la pura norma y nos atenemos, con nuestro autor, a una concepción multidisciplinaria del derecho público, apoyado en las instituciones políticas que lo sustentan.

Bastaría recordar el pensamiento clásico de Montesquieu⁽⁶⁾ y Rousseau⁽⁷⁾, fuente última de las reformas francesas a los estudios de derecho en esta segunda mitad del siglo XX, cuya resultante tenemos en la contribución convergente de Maurice Duverger⁽⁸⁾ y, sobre todo, de André Hauriou⁽⁹⁾, maestros directos de nuestro autor.

3. La documentación de este "caso" constituye una ilustración excelente de la conocida tesis del ilustre constitucionalista mexicano Diego Valadés, sobre la dictadura constitucional en América Latina⁽¹⁰⁾, que este libro cita reiteradamente⁽¹¹⁾. Una clase social se apodera del poder formal, anula sus estructuras democráticas y acorrala sus potencialidades de redistribución social; mediante la utilización de mecanismos formales de técnica jurídica, se arrasa con el contenido material de las instituciones, de tal modo que el "Estado Democrático y Social de Derecho" se convierte llanamente en el "Estado de Derecho" liberal-burgués, lo cual lleva a la extinción del Derecho, inerme ante el puro Estado.

Ahora bien, el autor funda su *Conclusión General*, siguiendo expresamente a la doctrina de la integración (*Integrationslehre*) de Rudolf Smend, sustento de una postura realista del Derecho que se enfrenta al positivismo normativista, pero sin caer en el decisionismo. De este modo, la doctrina mexicana coincide con la teoría germánica, destacando que la necesidad de justificar los poderes *de facto*, merced a subterfugios legalistas, es más acentuada allí donde la opinión pública y la actividad de los tribunales les tienen mayor trascendencia⁽¹²⁾.

Atendiendo al estilo doctrinal característico de la mayoría de los autores latinoamericanos de derecho público, importa destacar aquí la prolijidad de la documentación de esta auténtica *tesis*. En efecto, el texto constitucional es precedido de una cuidadosa exposición de sus antecedentes remotos y principal mente inmediatos: así, el ejercicio de la función constituyente por el Poder Legislativo que desembocó en la

4 Cfr., por todos, Roger BONNARD, *El Derecho y el Estado en la doctrina nacional-socialista*, trad. castellana por José María PÍ-SUÑER, Barcelona: Bosch, 1950, 248 pp., con vasta bibliografía.

5 Cfr. los comentarios de Georges VEDEL, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París: Les cours de droit, 1961-1962; en el mismo sentido, la célebre *Préface* de Jean Rivero a la obra de Benoit JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, París: Sirey, 1954.

6 MONTESQUIEU, "De l'esprit des lois", en la edición de las *Oeuvres complètes* publicada en París: du Seuil, 1964, pp. 528-795, con *Préface* de Georges VEDEL.

7 Jean Jacques ROUSSEAU, "Discours sur l'origine et les fondements de l'inégalité parmi les hommes", en el tomo 2 de las *Oeuvres complètes* publicada en París: du Seuil, 1971, pp. 203-267, con *Préface* de Jean FABRE e *Introduction, Présentation et Notes* de Michel LAUNAY.

8 Maurice DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, París: P.U.F., múltiples ediciones desde 1958, la última en dos tomos. Duverger junto con Paul Bastid y Paul-Marie Gaudemet, contribuyó, con su voto como Sinodal, a otorgar la máxima nota para el doctorado de Estado de Francia a la tesina (*mémoire*) presentada por CORTIÑAS PELÁEZ, *Introduction à l'exécutif collégial en Uruguay*, París: Faculté de droit et des sciences économiques, 1964, 2 vols., 280 pp.

9 André HAURIOU, *Droit constitutionnel et Institutions politiques*. París: Montchrestien, múltiples ediciones desde 1966, trad. castellana en Barcelona: Ariel. André HAURIOU fue el autor de una vigorosa *Préface* a la precitada tesina de Cortiñas-Peláez, en ocasión de su trad. castellana en Montevideo: *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1966, tomo 64, Nos. 2-3, pp. 41-42; *Préface* en la cual el ilustre maestro de París señalaba respecto de nuestro autor:

C'est le grand mérite de M. Cortiñas-Peláez, en dehors d'un remarquable tableau de l'histoire constitutionnelle de l'Uruguay, d'avoir senti et dit l'étroitesse des liens qui existent, surtout dans les pays en voie de développement, entre structures économiques et structures politiques;

Y el maestro Hauriou concluía su comentario, fechado en París el 16 de marzo de 1966:

Il faut savoir gré à des juristes incides et courageux comme M. Cortiñas-Peláez de poser avec franchise cette sorte de problèmes et d'avertir leurs concitoyens que les mêmes institutions politiques conviennent rarement aux pays qui ont procédé depuis longtemps à leur démarrage économique et à ceux qui se trouvent obligés de l'entreprendre ou, tout au moins, de le parachever. *

• (Nota de la redacción) Por razones de unidad editorial y atendiendo a completar esta cita del profesor GILES-ALCÁNTARA, *Alegatos* incluye *infra*, en castellano y en este mismo No. 27, el tenor breve pero completo del comentario de André HAURIOU.

10 Diego VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*. Ciudad de México: UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, 221 pp.

11 Así, en las notas (173), (1091) a (1110), (1118) a (1122), (1131), et cétera.

12 VALADÉS, *ibidem*, p. 158.

Constitución de 1967, no se limita a una enumeración de postulados teóricos sino que rastrea, en las dos principales corrientes, elementos decisivos para la comprensión de la circunstancia de la República Oriental en el periodo 1968-1973, y en los años que le han seguido. Por lo demás, este periodo es ilustrado con una información legislativa y jurisprudencial de primera mano, casi siempre inédita esta última, con lo cual nuestro autor tiene el mérito de haber forjado a lo largo de su investigación los instrumentos mismos que le permitirían darle cima⁽¹³⁾.

4. La originalidad de esta obra no surge sin una larga meditación sobre las instituciones públicas de América Latina⁽¹⁴⁾ y de la República Oriental de Uruguay en particular⁽¹⁵⁾. Pero entiendo que a estas

elaboraciones a las cuales la exhaustiva *Bibliografía Alfabética* nos remite, deben añadirse otras, no por modestas menos significativas, nos referimos a cinco traducciones de autores clásicos contemporáneos (Bachof, Hauriou, Trotaabas, Weil y Wolff), mediante las cuales nuestro autor ha testimoniado, desde sus primeros tiempos en las facultades de Derecho de Francia y Alemania, su inquietud por el destino de la relación dialéctica entre instituciones político-administrativas y reglas constitucionales⁽¹⁶⁾.

Podría sorprender la madurez y claridad de este volumen a quienes no conozcan el enriquecedor camino recorrido por el autor antes de este libro. En verdad con estas líneas me limito a hacer público el criterio que compartiéramos, entre diciembre de 1977 y enero de 1978, sus tres sinodales en el concurso de oposición a la Cátedra de Derecho Administrativo que ganara nuestro autor, por unanimidad, en la Universidad Nacional Autónoma de México.⁽¹⁷⁾

13 Amén de anticipar criterios que motivarían el triunfo de la oposición democrática en el referéndum constitucional de noviembre de 1980: En efecto, para sorpresa de los observadores que desconocían la hondura de las raíces anti-militaristas del pueblo oriental, éstas, que no en vano vienen desde los tiempos de José ARTIGAS {cfr. numerales 1.2.1.) vencieron al despotismo por 57,2 a 42%.

14 Así la "Introducción General" al Homenaje a Sayagués-Laso, precitada arriba en nuestra nota 2 especialmente sus numerales 25 a 61, y 77 a 85; la ponencia presentada conjuntamente con Horacio CASSI NELLI-MUÑOZ, *Des droits de l'homme au Tiers Monde?: une perspective Latinoaméricaine*, Bruxelles: Centre Interuniversitaire de droit public/Centre interuniversitaire de droit comparé, 1967; la ponencia presentada en 1969 (Santiago de Chile) conjuntamente con Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, "Organización administrativa de las áreas metropolitanas", publicada en Montevideo: *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, enero de 1971, tomo 71, pp. 1-20, reproducida y actualizada ahora, "Del Gobierno y Administración de las Zonas Metropolitanas", en Ciudad de México: *Vienda*, junio de 1977, núm. 10, pp. 2-33; su contribución "Las ciencias administrativas en América Latina", Caracas: *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Universidad Central de Venezuela (Instituto de Derecho Público), volumen 2, 1970-1971, pp. 11-130; su contribución y "Conclusiones Generales" de la obra colectiva de J. SILVA-HERZOG FLORES, M. GONZÁLEZ-AVELAR y L. CORTIÑAS-PELÁEZ (directores), *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda*, Ciudad de México, Porrúa, 1977, 788 pp., esp. pp. 305-328 y 373-407; su participación "Du droit de l'aménagement du territoire et de l'urbanisme en Amérique Latine", en *Service Public et libertés, Mélanges offerts au professeur Robert Edouard Charlier*, Paris: ed. de l'Université et de l'enseignement moderne, 1981, XXX + 896 pp., en sus pp. 395-421; y, recientemente, *La nueva relación del ciudadano y el Estado en derecho administrativo urbano* (Perspectiva de los países exportadores de materias primas, ante el horizonte latinoamericano de un Derecho de la planeación, la vivienda social y la construcción urbanas), Bonn: Alexander von Humboldt Stiftung y México: Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), 1994, 21 pp.

15 Así la tesina (*memoire*) para el doctorado de Estado de Francia indicada arriba en nuestra nota 8 y los dos estudios sobre "La colegialidad integral del Ejecutivo oriental" (Caracas, 1966) y "La primacía del Ejecutivo en la República Oriental" (Montevideo, 1968) que se citan en la *Bibliografía Alfabética* de la obra que comentamos.

16 LOS estudios, traducidos al castellano por Cortiñas-Peláez, a los que nos referimos son éstos: de Otto BACHOF "Der Verfassungsrichter zwischen Recht und Politik" [El juez constitucional entre Derecho y Política], en Stuttgart: *Universitas*, ed. española, año 21, cuaderno 2, 1966, y en Montevideo: *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, tomo XVIII, 1967, pp. 245-262; de André HAURIOU, "Démocratie et sciences mathématiques", *Homenaje a Quintín Alfonsín*, en el t. 59 de *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1962, pp. 197-204; de Louis TROTABAS, "La crise constitutionnelle française de 1962", Montevideo: *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1963, tomo 60, p. 1 y ss; de Prosper WEIL, "La jurisprudence du Conseil d'Etat et la V^e République", *Homenaje a Quintín Alfonsín*, en el t. 59 de *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1962, pp. 313-328; de Hans-Julius WOLFF, "Grundlagen des Leistungsverwaltungsrechts" [Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones], en el *Homenaje a Sayagués-Laso*, precitado *supra* en nuestra nota 2, vol. V, pp. 349-382.

17 Presidiendo la C. Dictaminadora el Dr. Roberto Casillas Hernández, en representación del señor Rector de la UNAM, integraron el jurado, además de este recensionista, los catedráticos Jorge Olivera Toro, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y Miguel Acosta-Romero, Presidente de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo y posteriormente (1981-1987) Director de la Facultad de Derecho de la UNAM. De seis candidatos, nuestro autor obtuvo por unanimidad el número uno y la titularidad consiguiente en la cátedra.