LEÓN
CORTIÑAS-PELÁEZ

Poder ejecutivo y función jurisdiccional

Tercera edición

TEMIS

PODER EJECUTIVO
Y
FUNCIÓN JURISDICCIONAL

LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ

Investigador nacional de México; catedrático-investigador, por oposiciones abiertas de carrera, en la Universidad Metropolitana (U. A. M./México) y en la UNAM; y, en período sabático, en la Universidad Carlos III de Madrid; investigador honorario de la Fundación *Alexander von Humboldt* (Bonn/Tübingen, Alemania); *ancíen Maître-assistant de droit public* en la Universidad de París I (Panthéon-Sorbonne); miembro honorario del Instituto de Derecho Administrativo de la Universidad de la República (Montevideo, Uruguay).

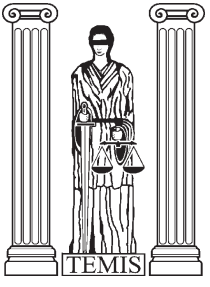
PODER EJECUTIVO Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL

CONTRIBUCIÓN DE DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO AL ESTUDIO DEL ESTADO AUTORITARIO: DEL OCASO DE LA JUSTICIA EN AMÉRICA LATINA

Tercera edición, corregida y aumentada

PRÓLOGOS
de Enrique Giles-Alcántara (UNAM)
y Eduardo García de Enterría
(Universidad Complutense).

ESTUDIO PRELIMINAR
de Ana María Trueba-Sánchez
(Universidad Autónoma de Baja California)



EDITORIAL TEMIS S. A.
Bogotá - Colombia
2021



ANTES QUE EL LIBRO CIENTÍFICO MUERA

El libro científico es un organismo que se basa en un delicado equilibrio. Los elevados costos iniciales (las horas de trabajo que requieren el autor, los redactores, los correctores, los ilustradores) solo se recuperan si las ventas alcanzan determinado número de ejemplares.

La fotocopia, en un primer momento, reduce las ventas y por este motivo contribuye al aumento del precio. En un segundo momento, elimina de raíz la posibilidad económica de producir nuevos libros, sobre todo científicos.

De conformidad con la ley colombiana, la fotocopia de un libro (o de parte de este) protegido por derecho de autor (copyright) es ilícita. Por consiguiente, toda fotocopia que burle la compra de un libro, es delito.

La fotocopia no solo es ilícita, sino que amenaza la supervivencia de un modo de transmitir la ciencia.

Quien fotocopia un libro, quien pone a disposición los medios para fotocopiar, quien de cualquier modo fomenta esta práctica, no solo se alza contra la ley, sino que particularmente se encuentra en la situación de quien recoge una flor de una especie protegida, y tal vez se dispone a coger la última flor de esa especie.

© León Cortiñas-Peláez, 2021.
Villa Olímpica, 11-9-902, 14020 Tlalpan (22), México, D. F.
1ª ed. UNAM, 1982.
© Editorial Temis S. A., 2021.
Calle 17 No. 68D-46, Bogotá, D. C.
www.editorialtemis.com
correo elec.: gerencia@edotorialtemis.com

Hecho el depósito que exige la ley.

ISBN 958-35-0410-6
2047 200300001800
ISBN e-book 978-958-35-1317-6

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro, sin la autorización escrita de los titulares del copyright, por medio de cualquier proceso, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático.

Esta edición y sus características gráficas son propiedad de Editorial Temis S. A.

A Gabriela,
mexicana enamorada del Uruguay,
de un oriental enamorado de México;
en la "noosfera bolivariana" acrisolada
por esta edición en la Gran Colombia.

IN MEMORIAM

MARIO DE LA CUEVA
(Ciudad de México, 1901-1981)

JUSTINO JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA
(Montevideo, 1910-1980)

desaparecidos *Maestros*,
mexicano y oriental,

de la Escuela Democrática Latinoamericana del Derecho Público,
y en radical fraternidad con sus amigos y discípulos:

Los mexicanos

Miguel Acosta-Romero
Rubén Aguirre-Pangburn
Enrique Álvarez del Castillo
America's Watch (Washington)
Amnistía Internacional (Londres)
Guillermo Andrade-Gressler †
Gonzalo Armienta-Carderón
Eugenio Arriaga-Mayés
Ramiro Guadalupe Bautista-Rosas
Manuel Becerra-Ramírez
Graciela Bensusán-Areous
Juan José Bremer-Martino
José Campillo-Sáinz †
Jorge Carpizo-Mc Gregor
Alejandro Carrillo-Castro
Antonio Carrillo-Flores †
Centro Miguel Agustín Pro-Juárez
(México, D. F.)
Alfonso Cortina-Gutiérrez †
Héctor Cuadra-Moreno
José Chanes-Nieto
Martín Díaz y Díaz †
Carlos Humberto Durand-Alcántara
Jaime Ramiro Escamilla-Hernández

Los orientales

Martha Abella-Serra
Pedro M. Achard-Ambrossoni †
Héctor Amilivia †
Roberto Arbeleche-Cortés
Arturo Ardao
Anita Areco de Sayagués-Laso
José A. Arlas †
Raymundo Artecona
Alejandro Artucio Rodríguez
Aníbal-Luis Barbagelata †
Héctor-Hugo Barbagelata
Enrique Beltrán-Mullin
Emilio Biasco-Marino
Rubén N. Caggiani
José Aníbal Cagnoni-Buffa
Juan Pablo Cajarville-Peluffo
Edgardo Carvalho
Horacio Cassinelli-Muñoz
Ariel-Bolívar Collazo-Odriozzola
Alba E. Dell Acqua
Mario Dell Acqua
Wilson Ferreira-Aldunate †
Jorge Gamarra
Roque García-Mullin †

Rubén Esparza-Coronado
Jesús Urbano Farías-Hernández †
Jacinto Faya-Viesca
Carlos Fernández del Real
Jorge Abraham Fernández-Souza
Luis Javier Garavito-Elías
Luis García-Cárdenas
Miguel González-Avelar
Miguel González-Compeán
Arturo González-Cosío Díaz
Hilda Patricia González-García
Ma. de Jesús González-García
José Juan González-Márquez
Ismael González-Martínez
Natividad González-Parás
Juan de Dios Gutiérrez-Baylón
Gelasio Juan-Ramón Gutiérrez-Ocegueda
Antonio Jiménez-González
Guillermo Haro-Bélchez
Guillermo Huitrado-Trejo
Rafael Ibarra-Gil
Emilio Krieger Vázquez-Gómez †
Víctor Hugo Lares-Romero
Eduardo Larrañaga-Salazar
Oscar Ignacio de Lassé-Avellana
Próspero López-Cárdenas
Pedro López-Ríos
Octavio Lóyzaga de la Cueva
Aída Alicia Lugo-Dávila
José Alfonso Luna-Staines
Miguel de la Madrid-Hurtado
Porfirio Marquet-Guerrero
José Antonio Martínez-Castañón
Ma. de Lourdes Martínez-Peña
Joaquín Edmundo Mundo-Mendoza
Jorge Olivera-Toro †
Francisco Javier Osornio-Corres
Ignacio Pichardo-Pagaza
Carlos Prieto-Aceves
Javier Prieto-Aceves
Felipe Remolina-Roqueñí
Teresita de Jesús Rendón-Huerta Barrera
Jesús Reyes-Heroles †
Carlos Reynoso-Castillo
Francisco Rivera-Bedoya
Adolfo Gelsi-Bidart †
Ofelia Grezzi-Irazábal
Héctor Gutiérrez-Ruiz (victimado)
Enrique-Pedro Haba
Ronald Alexander Herbert-Nadal
Jorge Irisity
José Korzeniak-Funes
Jorge Luis Lanzaro
Luciano Macedo †
Edenes-Alberto Mallo †
Osvaldo Mantero
Carlos Martínez-Moreno †
Daniel-Hugo Martins
Zelmar Michelini (victimado)
Fernando Miranda (desaparecido)
Julio-Luis Moreno †
Carlos Payssé-Cash †
Eduardo Payssé-González
Alberto Pérez-Pérez
Américo Plá-Rodríguez
Aarón Pou del Castillo
Carlos Quijano †
Carlos M. Rama †
Juan Andrés Ramírez
Alberto-Ramón Real †
Carlos Real de Azúa †
Américo Ricaldoni-Mones
Alvaro Richino
Miguel U. Rocca †
Eusebio Rodríguez-Gigena
Alberto Sánchez-Rogé †
Oscar L. Sarlo-Oneto
Luis Schiappapietra
Joaquín Secco-García
Servicio Paz y Justicia
(SERPAJ)-Uruguay
Jorge Silva-Cencio
Enrique J. Tarigo
Ramón Valdés-Costa †
Nelly Valdés-Vallebona
Susana Lorenzo de Viega-Jaime
Luis Alberto Viera
Germán Wettstein; y…
¡con tantos que no debo
nombrar aquí!,

José Rosovsky-Ledezma
Héctor Santos-Azuela
Daniel Solorio-Ramírez
Rolando Tamayo y Salmorán
Fernando Tenorio-Tagle
Eduardo Torres-Maldonado
Eduardo Torres-Espinosa
Alejandro Treviño-Martínez
Jorge Treviño-Martínez
Javier Wimer-Zambrano;
Fernando Zertuche-Muñoz
que prosiguen la lucha
para profundizar,
por el Derecho,
el cauce de la Revolución
quienes "supieron cumplir"
(1968-1985)
—en la inmolación,
en el exilio, en la prisión,
en la renuncia, en la destitución,
en el escrito y en el silencio dignos—
con las
Instrucciones a los Orientales (1813)
del Libertador
José Gervasio Artigas

A

WERNER HEISENBERG †

premio Nobel (de Física, 1932),
presidente de la Fundación
Alexander von Humboldt (1953-1979);

OTTO BACHOF (Tubinga)

y

CLAUDE-ALBERT COLLIARD (París I) †

Profesores visitantes en la
Universidad Autónoma Metropolitana
(Azcapotzalco - México) y en la
Universidad Nacional Autónoma de México,
Maestros del Derecho, ciencia con conciencia,
en la lid por las libertades públicas
en testimonio de admiración y gratitud;
válidas igualmente bajo su Magnífico Patrocinio,
para los siguientes maestros, visitantes en ellas (1974-2003):

Dominique Carreau (París I)
Jean-Claude Colliard (París I)
François Colly (Metz)
Elías Díaz (Autónoma de Madrid)
Rudolf Dolzer (Bonn)
Günter Dürig (Tubinga) †
Carstens-Thomas Ebenroth (Constanza)
Horst Ehmke (Friburgo en Brisgovia)
Louis Favoreu (Aix-Marseille)
Florentino P. Feliciano (Manila)
Tomás Ramón Fernández-Rodríguez
(Complutense)
Eduardo García de Enterría (Complutense)
Paul-Marie Gaudemet (París II) †
Peter Häberle (Bayreuth)
Matthias Herdegen (Bonn)
Robert Hertzog (Estrasburgo III)
Konrad Hesse (Friburgo de Brisgovia)
Meinhard Hilf (Hamburgo)
Edmond Jouve (París V)
Günter Kisker (Giessen)
André de Laubadère (París I y II) †
Pierre Lavigne (París I)
Gerhard Löwenich (Bonn)
Ramón Martín-Mateo (Alicante)
Lorenzo Martín-Retortillo Báquer
(Complutense)
Karl M. Meessen (Augsburgo-Ginebra)
Isabella Micali-Soares (París I)
Frank Moderne (París I)
Alejandro Nieto-García (Complutense)
Luis Ortega-Álvarez (Toledo)
Luciano Parejo Alfonso (Carlos III)
José Pietzcker (Bonn)
Günter Püttner (Tubinga)
Jean Rivero (París II) †
Walter Rudolf (Maguncia)
Hans-Heinrich Rupp (Maguncia)
Jürgen Samtleben
(Max Planck-Hamburgo)
Louis Sabourin (Québec)
Fernando Sáinz de Bujanda (Complutense) †
Dian Schefold (Bremen)
Dieter- Helmut Scheuing (Würzburg)
Klaus Stern (Colonia)
Marcel Frédéric Surbiguet (París I)
Francisco Sosa-Wágner (León/España)
Gérard Timsit (París I)
Georges Vedel (París II) †
Pedro de Vega-García (Complutense)
Klaus Vogel (Munich)
Jean Waline (Estrasburgo III).

A

DIEGO VALADÉS-RÍOS

Catedrático de Derecho Constitucional y director general de Difusión Cultural (1974-1976) en la Universidad Nacional Autónoma de México, Doctor en Derecho por la Universidad Complutense, cuya hospitalidad científica en la UNAM, hizo posible mis trabajos en México;

PEDRO G. ZORRILLA-MARTÍNEZ †

Doctor en Derecho Administrativo por la Universidad de París y decano de los profesores de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional Autónoma de México, cuya reiterada confianza de Maestro y amigo, tanto alentara la culminación de estas páginas;

para ambos,
con la admiración académica y el profundo afecto,
documentados invariablemente en este libro,
desde nuestra primera edición (1982).

A las Unidades de Ciencias Jurídicas (Facultades de Derecho), de la
UNAM - "Acatlán", "Aragón" y "CU"-, de la
Universidad de Aix-Marsella, de la
Universidad Autónoma de Baja California, de la
Universidad Autónoma de Barcelona, de la
Universidad Autónoma de Coahuila, de la
Universidad Autónoma de Morelos, de la
Universidad Autónoma de Nuevo León, de la
Universidad Autónoma del Estado de México, de la
Universidad Autónoma Metropolitana - Unidades Azcapotzalco
y Xochimilco - (México, D. F.), de la
Universidad Autónoma de Zacatecas, de la
Universidad Carlos III de Madrid, de la
Universidad Central de Venezuela, de la
Universidad Complutense de Madrid, de la
Universidad de Alcalá de Henares, de la
Universidad de Alicante, de la
Universidad de Barcelona, de la
Universidad de Bilbao, de la
Universidad de Bonn, de la
Universidad de Bremen, de la
Universidad de Carabobo, de la
Universidad de Castilla - La Mancha (Toledo), de la
Universidad de Colonia (RFA), de la
Universidad de Constanza, de la
Universidad de Costa Rica, de la
Universidad de Edimburgo, de la
Universidad de Estocolmo, de la

Universidad de Estrasburgo III, de la
Universidad de Frankfurt a. M., de la
Universidad de Friburgo (en Brisgovia), de la
Universidad de Graz, de la
Universidad de Grenoble, de la
Universidad de Guadalajara (Jalisco), de la
Universidad de Guanajuato, de la
Universidad de Hamburgo, de la
Universidad de Heidelberg, de la
Universidad de Kyushu (Japón), de la
Universidad de la República (Montevideo-R. Oriental), de la
Universidad de Leipzig, de la
Universidad de León [España], de la
Universidad de Londres (LSE y University College), de la
Universidad de Lyon II, de la
Universidad de Maguncia, de la
Universidad Libre de Monterrey, de la
Universidad de Munich, de la
Universidad de Oviedo, de la
Universidad de Oxford, de la
Universidad de París I (Pantheón-Sorbonne), de la
Universidad de Potsdam, de la
Universidad de Québec, de la
Universidad de Saarbrücken, de la
Universidad de Saint-Gallen, de la
Universidad de Tolosa III, de la
Universidad de Tubinga, de la
Universidad de Warwick, de la
Universidad de Würzburg, de la
Universidad de Yaundé (Camerún); de la
Universidad Humboldt (Berlín), de la
Universidad «Juárez» de Durango, de la
Universidad Libre de Berlín (F.U.B.), de la
Universidad Ritsumeikan (Kyoto-Japón) y, muy especialmente, al
Taller de Derecho Administrativo y Derecho de las Finanzas Públicas
de la "UNAM" *Campus* "Acatlán";
cuyos colegas y alumnos tanto enriquecieron esta contribución.

SUMARIO

PÁG.

Motto VII
Abreviaturas utilizadas en el texto XXI
Prólogos:
a la segunda edición, por Eduardo García de Enterría XXIII
a la primera edición, por Enrique Giles-Alcántara XXVII

ESTUDIO PRELIMINAR
por Ana María Trueba-Sánchez

Introducción XXXIII
Parte primera XL
I. Análisis del elemento regla XL
II. Análisis del elemento poder XLIII
III. Análisis de las conclusiones XLIX
Parte segunda. Comentarios específicos sobre la obra y la metodología de la exposición LII

INTRODUCCIÓN GENERAL

1. La tradición de la República Oriental 1
2. Las Constituciones orientales de los siglos XIX y XX 11
3. El debate constituyente de la Constitución de 1967 12
4. Plan de este estudio 27

CAPÍTULO PRIMERO

LA ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ORIENTAL

1. Premisas metodológicas y conceptuales 29
2. Función jurisdiccional de principio y función jurisdiccional de atribución 30
3. Recapitulación de este capítulo primero 53

CAPÍTULO SEGUNDO

LA REALIDAD DEL DERECHO CONSTITUCIONAL ORIENTAL

PÁG.

1. Método de este capítulo 57
2. Plan 58
3. El poder judicial 59
4. La función jurisdiccional de atribución: la militar 115
5. La función jurisdiccional de atribución: el Tribunal Autónomo de lo Contencioso-Administrativo 205
6. La función jurisdiccional de atribución: la Corte Electoral 209
7. La jurisdicción de atribución del legislativo: desafuero e impedimento 214
8. Recapitulación de la función jurisdiccional de atribución en materia no militar 242

Conclusión general 245
Epílogo 253
Al cabo [**Posdata** de 1982] 273
Glosario 275
Bibliografía 285
Del autor 299
Índice de principales nombres 319
Índice analítico 323
Índice general 331
Colofón 336

El brillo del poder se eclipsa ante
el brío de la justicia.

JOSÉ GERVASIO ARTIGAS

(leyenda de su monumento
en la Ciudad de México, D. F.)

El despotismo militar será precisamente
aniquilado con trabas constitucionales que
aseguren inviolable la soberanía de los
pueblos.

JOSÉ GERVASIO ARTIGAS, 1813,
Instrucción núm. 18.

La libertad y el derecho nunca bajaron al
pueblo como dádivas de lo alto. Acaso nada
les confiere tan alto valor humano como la
suma de esfuerzos y de sacrificios que su
conquista exige.

GUSTAVO GALLINAL [CARBAJAL], 1938, 366.

PRINCIPALES ABREVIATURAS UTILIZADAS EN EL TEXTO:

A. G.	*Asamblea General* del poder legislativo, en reunión de ambas cámaras.
apdo.	*apartado*.
art.	*artículo*.
cap.	*capítulo*.
C. de C.	*Comisión de Constitución* del poder constituyente.
C. E.	*Consejo de Estado*, o *Corte Electoral*.
C. I. C.	*Código de Instrucción Criminal*.
C. N. C.	*Convención Nacional Constituyente*.
col.	*columna*.
Const.	*Constitución*.
C. O. T.	*Código de Organización de los Tribunales*.
C. O. T. M.	*Código de Organización de los Tribunales Militares*.
C. P.	*Código Penal* (ordinario), o *Comisión Permanente* (del poder legislativo).
C. de P. C.	*Código de Procedimiento Civil*.
C. P. M.	*Código Penal Militar*.
C. de P. P. M.	*Código de Procedimiento Penal Militar*.
C. R.	Diario de Sesiones de la *Cámara de Representantes*. Se indica el año de la sesión y, cuando se trata de varios "Diarios" relativos a un mismo tema (v. g., 1972 relativo a la ley 14.068), se omiten referencias complementarias recurriéndose a la paginación, correlativa y seguida, de los números de "Diarios" que se siguen.
C. S.	Diario de Sesiones de la *Cámara de Senadores*, *idem*.
D. O.	*Diario Oficial*.
decr.	*decreto*.
esp.	*especialmente.*
lit.	*literal*.
Intr.	*Introducción*.
inc.	*inciso*.
num.	*numeral*.
núm.	*número*.
P. const.	*poder constituyente*.
P. E.	*poder ejecutivo*.
P. J.	*poder judicial*.
P. L.	*poder legislativo*.
pág.	*página*.
párr.	*párrafo*.
res.	*resolución*.
R. N. L. D.	*Registro Nacional de Leyes y Decretos* de la R. O. U., Montevideo, Imprenta Nacional.
R. O. U.	*República Oriental del Uruguay*, precede siempre a la documentación oficial emanada de los órganos de los poderes soberanos (A. G., C. R., C. S., P. E., S. C. J., por ejemplo), o de órganos con garantía institucional constitucionalizada (v. g., C. E., T. C., T. C. A.).

S. C. J.	*Suprema Corte de Justicia*. En general, se trabaja sobre el texto original de las sentencias, lo que explica las referencias detalladas de *libro* (lib.), *folio* (fl.), *fojas* (fs.), etc.
ss.	*siguientes*.
t.	*tomo*.
ts.	*tomos*.
T. C.	*Tribunal de Cuentas* de la R. O. U., o el *Tribunal des Conflits* francés.
T. C. A.	*Tribunal de lo Contencioso Administrativo*.

PRÓLOGO A LA SEGUNDA EDICIÓN

León Cortiñas-Peláez es uno de los nombres capitales del Derecho Público latinoamericano, de su estructura científica y de su conciencia moral.

Uruguayo de nacimiento, discípulo allí del profesor Sayagués-Laso, a quien pagará luego con creces su discipulazgo, hace más tarde sus estudios europeos durante largos años en universidades alemanas, francesas y españolas, donde se familiariza con las doctrinas más elaboradas y sofisticadas, y donde también trenza con los respectivos profesorados una red de conocimientos, de estimación y de aprecio recíprocos difícilmente igualable. En España lleva a término el impresionante homenaje a su maestro, con ocasión de su muerte prematura y trágica, que son los cinco tomos de la obra *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo xx*, Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, conjunto inigualado del iuspublicismo de cuatro continentes versando sobre un tema común; el libro, cuya preparación y articulación ocupó varios años completos a su director, ha pasado a ser un clásico de los temas básicos de nuestras disciplinas, haciendo pleno honor a su título. Soy testigo personal, con ocasión de su estancia de dos años cumplidos entre nosotros, de su dedicación, de su entrega, de su fidelidad y también de su generosa y leal opción, siguiendo sus profundas convicciones por la libertad, en favor de la que él designó por vez primera "Escuela democrática del derecho administrativo", fidelidad mantenida en épocas oscuras aun a costa de perder sus magros recursos de sostenimiento. Profesor más tarde en una de las Universidades de París, donde deja una notable huella entre sus colegas y sus discípulos, concluye, finalmente, sus *Wanderjahre* afincándose en México, cuya nacionalidad adquirirá, con cuya entelequia nacional se identificará, con su característico *élan* de generosidad, y donde se estabilizará como profesor ordinario de la UNAM y de la U. A. Metropolitana, y animador de un "taller" de iuspublicistas que está comenzando a hacerse notar en el panorama científico de aquella República.

De León Cortiñas admiramos sus amigos su sabiduría, su entusiasmo, su fe en la libertad, en "el horizonte bolivariano" de Hispanoamérica, en la "noosfera" teilhardiana, y también, como jurista avezado que es, en los recursos del Derecho para servir a esas otras creencias profundas; pero quizás especialmente, permítaseme resaltarlo, su lealtad probada con las ideas y con las personas. El profesor Cortiñas pertenece a la clase de los universitarios "irradiantes", que sobresale por ello con su luz, donde quiera que esté, y por su capacidad de inflamación de su entorno, lo que no es sino la capacidad de encarnar y de hacer con ello visibles y operativos ante los demás los valores profundos en los que apoya su vida entera.

Es un hombre que, habiendo vivido en muchas tierras y en muchos ambientes, ha dejado en todos una estela de amistades profundas y una imagen uniforme de generosidad, de entusiasmo y de fe en la justicia, en la libertad y en la Universidad.

Para mí, que soy su deudor en muchas cosas, constituyó una gran alegría oficiar como su presentador ante nuestro público con ocasión de su primer libro exclusivo (pues de él es, en realidad, la impresionante obra ya citada *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo xx*, por él tejida, organizada, anotada y presentada con una impresionante "Introducción general" (de más de cien páginas), editado en España.

Este libro, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional*, es una ofrenda a su patria uruguaya, un testimonio de su exilio activo, y no solo pasivo, ante una situación para él invivible, pero junto a ello podemos encontrar en esta obra un análisis técnico riguroso que ha de considerarse de primera importancia sobre el proceso de degradación de una democracia hacia una dictadura pura y simple. Ningún libro como este, con su austeridad técnica, con sus datos y sus análisis implacables, con su razonamiento expositivo y argumentativo, para seguir el curso real de esa degradación, los mecanismos supuestamente técnicos con los que, paulatinamente, intenta justificarse una apropiación pura y simple del poder en un país latinoamericano durante la época de los últimos decenios, que ha marcado una etapa en el curso político del continente. Justamente por el peso histórico que representó en su momento la democracia uruguaya (entre cuyos orígenes el autor nos descubre la significación que tuvo la Constitución de Cádiz), nos encontramos aquí con unos curiosos dictadores, que intentan justificar en resultandos y considerandos, con razonamientos que quieren ser jurídicos y hasta con mención expresa de la doctrina de los autores, la eliminación de una Magistratura independiente y su refacción como simple instrumento del Ejecutivo, a utilizar desembarazadamente en la lucha política. Así como se ha dicho muchas veces que la hipocresía es un tributo que la mentira rinde a la verdad, así también en este caso, ese intento de justificación jurídica y de teoría política singular ha significado un tributo de los "gobiernos de facto" uruguayos al Derecho y a la democracia. Fue justamente la ciudadanía la que ejemplarmente saldó ese enfrentamiento, al decidir en el referéndum constitucional de noviembre de 1980 su franco rechazo de una institucionalización definitiva de tales doctrinas jurídicas y políticas y la voluntad resuelta de retornar a un verdadero Estado de Derecho, conforme a la tradición del país.

No basta con saber que lo que aquí se cuenta puntual y rigurosamente es ya historia y figura en el catálogo de las recetas políticas ya archivadas y hasta por desdicha quizá no del todo, como parecen insinuarlo los conflictos de jurisdicción entre civiles y militares de 1985 a 1989 en Uruguay y en Argentina, Chile y en los países del Pacto Andino en los noventa; hay que conocer exactamente cuáles han sido los soportes teóricos e instrumentales de esa fórmula para evitar que pueda volver a presentarse y para ahondar en las razones que justifican el único régimen soportable ya por los hispanos de cualquier continente en este final de siglo, un

régimen de justicia, de libertad, de fraternidad e igualdad, de pluralismo, de democracia, pues, y de Estado de Derecho.

CORTIÑAS-PELÁEZ ahonda esas razones, a las que presta no solo su ciencia, sino también su pasión, que se vislumbra fácilmente a través de la malla argumental de su razonamiento técnico-jurídico y no obstante el ascetismo que este impone. Estamos ante un caso prototípico de lo que el propio CORTIÑAS, siguiendo una línea inequívoca, ha llamado "ciencia con conciencia". Hay, pues, además, una excelente lección de método para el iuspublicismo de nuestros tiempos conturbados.

Me parece este libro una magnífica ocasión para que el Instituto Nacional de Administración Pública continúe su proyectada política de cooperación iberoamericana, política en que los valores, la experiencia humana y la obra de LEÓN CORTIÑAS me parece que resultan imprescindibles. Por lo demás y como una más personal adhesión mía, a esta tercera edición colombiana, permítaseme evocar aquí, con emoción, mis primeros tiempos en universidades mexicanas, particularmente como profesor visitante en la Universidad Autónoma de Baja California. Así tengo la grata sorpresa, de dar la bienvenida, como colaboradora de estas *Páginas preliminares*, a mi joven y ya distinguida colega bajacaliforniana ANA MARÍA TRUEBA-SÁNCHEZ, cuyo sólido y enjundioso estudio nos brinda un documentado puente científico interlatinoamericano hacia esta primera década del nuevo siglo XXI.

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
Miembro de la Real Academia Española de la Lengua,
Catedrático emérito de derecho administrativo en la Facultad
de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

Madrid, enero de 2003

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

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 y comienzo de los setenta, el autor plantea desarrollos legislativos y jurisprudenciales, que iluminan con vigor 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 extranormativos o históricos[1].

En este sentido, al capítulo primero, *La estructura normativa del derecho constitucional oriental*, sigue un capítulo segundo, *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 HELLER[3].

[1] En este sentido, esta obra se remite reiteradamente a las corrientes iusfilosóficas más recientes, poskelsenianas, representadas en América Latina por la contribución de JULIO LUIS MORENO, *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1963, 183 págs. Cfr., en la misma línea, ENRIQUE PEDRO HABA, *La idea del totalitarismo y la libertad individual*, Bogotá, Edit. Temis, 1976, XXXVI + 256 págs., con Prólogo de LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ; y, del mismo HABA, *Tratado básico de los derechos humanos*, 2 vols., San José de Costa Rica, Juricentro, 1986, 970 págs.

[2] Expresión del ilustre administrativista SAYAGUÉS-LASO, realzada 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*), "préface" de MARCEL WALINE, 5 ts., Madrid, Instituto de Estudios de Administración Local, 1969, y Montevideo: AMALIO M. FERNÁNDEZ, 1989, en su t. I, págs. XXXIX a CLIX, esp. págs. 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. Nótese que, en castellano, el texto del *Préfacier* ha sido reproducido en México, así: MARCEL WALINE, "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", versión del original francés por la licenciada GABRIELA FOUILLOUX-MORALES, en *Alegatos*, Ciudad de México, núm. 28, diciembre 1994, págs. 643-644.

[3] HERMANN HELLER, *Teoría general del Estado*, 3ª ed., 1934, *apud* GERHARD LEIBHOLZ, "Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne", en *Archives*

2. Si lo normativo solo adquiere sentido científico en el marco de lo histórico, los textos constitucionales vigentes solo pueden adquirir sentido en el marco de la tradición liberal y democrática, iniciada 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, administrativas y electoral, como consecuencia de la *resistible* expansión de la jurisdicción militar (*capítulo segundo*).

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 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 Acto Institucional número 8 de 1977, aquí recogido en el *epílogo*.

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

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 el 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.

---

de philosophie du droit et de sociologie juridique, Paris, 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, págs. 15-49, esp. pág. 19.

[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 Casa Editorial, 1950, 248 págs., con vasta bibliografía.

[5] Cfr., los comentarios de Georges Vedel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, *Les cours de droit*, 1961-1962. En el mismo sentido, la célebre *préface* de Jean Rivero a la obra de Benoît Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris, Sirey, 1954.

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

[6] MONTESQUIEU, "De l'esprit des lois", en la edición de las *Oeuvres complètes*, Paris, du Seuil, 1964, págs. 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 t. 2 de las *Oeuvres complètes*, Paris, du Seuil, 1971, págs. 203-267, con *préface* de JEAN FABRE e *introduction*, *présentation et notes* de MICHEL LAUNAY.

[8] MAURICE DUVERGER, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 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*, 2 vols., Paris, Faculté de Droit et des Sciences Économiques, 1964, 280 págs.

[9] ANDRÉ HAURIOU, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris, 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, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, 1966, t. 64, págs. 41 y 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:

"II faut savoir gré à des juristes lucides 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".

Nótese que, en castellano, el texto integral ha sido reproducido en México, así: ANDRÉ HAURIOU, "De los vínculos entre estructuras económicas y estructuras políticas", en *Alegatos*, Ciudad de México, núm. 27, agosto 1994, págs. 293-294.

[10] DIEGO VALADÉS, *La dictadura constitucional en América Latina*, Ciudad de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, 221 págs.

[11] Así, en las notas 4 (del cap. primero), 911 a 931 (del cap. segundo), 3 a 11 y 20-21 (de la Conclusión general), etc.

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 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 principalmente inmediatos: así, el ejercicio de la función constituyente por el poder legislativo que desembocó en la 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 período 1968-1973, y en los años que le han seguido. Por lo demás, este período 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[*].

4. La originalidad de esta obra no surge sin una larga meditación sobre las instituciones públicas de América Latina[13], y de la República Oriental del Uru-

[12] VALADÉS, *ibidem*, pág. 158.

[*] 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 antimilitaristas del pueblo oriental, estas, que no en vano vienen desde los tiempos de JOSÉ ARTIGAS (cfr., introducción general, num. 1, lit. B-a, *infra*), han vencido al despotismo por 57, 2 a 42% (nota que añadimos, con satisfacción, en prensa la segunda edición de este libro).

[13] 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 CASSINELLI-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, en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, enero de 1971, t. 71, págs. 1-20, reproducida y actualizada ahora, "Del gobierno y administración de las zonas metropolitanas", en Ciudad de México, *Vivienda*, junio de 1977, núm. 10, págs. 2-33; su contribución "Las cien-

guay en particular[14]. 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, TROTABAS, WEIL y WOLFF) mediante las cuales nuestro autor había 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 políticas y reglas constitucionales[15].

Podrá sorprender la madurez y claridad de la actual exposición a quienes no conozcan el enriquecedor camino recorrido por el autor antes de este libro. Podrá, igualmente, sorprender mi conocimiento tan fresco del mismo. En verdad,

---

cias administrativas en América Latina", Caracas, *Archivo de Derecho Público y Ciencias de la Administración*, Universidad Central de Venezuela (Instituto de Derecho Público), vol. 2, 1970-1971, págs. 11-130; y su contribución y "conclusiones generales" de la obra colectiva de SILVA-HERZOG FLORES, M. GONZÁLEZ-AVELAR y L. CORTIÑAS-PELÁEZ (directores), *Asentamientos humanos, urbanismo y vivienda*, Ciudad de México, Edit. Porrúa, 1977, 788 págs., esp. págs. 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 págs., esp. 395-421; y *La nueva relación del ciudadano y el Estado en derecho administrativo urbanístico* (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 Ciudad de México, Universidad Autónoma Metropolitana (Azcapotzalco), 1994, 21 págs.

[14] Así la tesina (*mémoire*) 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.

[15] Los estudios, traducidos al castellano por CORTIÑAS-PELÁEZ, a los que nos referimos son estos: 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*, t. XVIII, 1967, págs. 245-262; de ANDRÉ HAURIOU, "Democratie et sciences mathématiques", en *Homenaje a Quintín Alfonsín*, en el t. 59 de *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1962, págs. 197-204; de LOUIS TROTABAS, "La crise constitutionnelle française de 1962", en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, t. 60, 1963, págs. 1 y ss.; de PROSPER WEIL, "La jurisprudence du Conseil d' Etat et la Ve. République", en *Homenaje a Quintín Alfonsín*, en el t. 59 de *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1962, págs. 313-328; de HANS-JULIUS WOLFF, "Grundlagen des Leistungsverwaltungsrechts" [Fundamentos del derecho administrativo de prestaciones], en el *Homenaje a Sayagués-Laso* (*Uruguay*), precitado *supra* en nuestra nota (2), vol. V, págs. 349-382.

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[16].

ENRIQUE GILES-ALCÁNTARA
Catedrático por oposición de Derecho Administrativo,
en la Universidad Nacional Autónoma de México.
Ciudad Universitaria de Acatlán, 31 de octubre de 1980.

[16] Presidiendo la C. Dictaminadora el doctor R. Casillas Hernández, en representación del señor rector de la UNAM, integraron el jurado, además de este prologuista, 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 de la UNAM. De seis candidatos, nuestro autor obtuvo por unanimidad el número uno y la titularidad consiguiente en la cátedra.

ESTUDIO PRELIMINAR

INTRODUCCIÓN

1.A) *De la investigación científica del derecho: una interacción dialéctica*. El derecho uruguayo, en el marco del derecho constitucional comparado, como toda rama de la ciencia jurídica, comprende dos elementos entrelazados en interacción dialéctica, el elemento *regla* y el elemento *poder*. Los dos capítulos de este libro[1], superando así las estrecheces del puro normativismo pero tratando de evitar las imprecisiones de un excesivo sociologismo, no hacen sino recoger, en esta disciplina, las consecuencias de la aportación iusfilosófica de JULIO LUIS MORENO[2]: *el ser del derecho, es el de una estructura normativa social, estructura real, en la que normatividad y poder se dan en síntesis indisoluble*[3].

El estudio del derecho, en cuanto ciencia social, comporta entonces la necesaria consideración de los factores económicos, sociales, políticos y en definitiva históricos, que integran y explican el elemento *poder*, sin el cual el estudio unilateral de la pura norma nos empobrecería científicamente al estilo kelseniano de una teología exegética de la dogmática positiva[4].

Esta concepción, que el profesor mexicano DIEGO VALADÉS maneja en México[5] sin conocer quizá la fina aportación del iusfilósofo de Montevideo, lo lleva a

[1] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder ejecutivo y función jurisdiccional* (*Contribución al estudio del Estado autoritario: del ocaso de la justicia en América Latina*), INAP de España, Madrid, "Prólogos" por ENRIQUE GILES-ALCÁNTARA y EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA, 2ª ed., 1986, 316 págs.; 3ª ed., Bogotá, Edit. Temis, 2003, en manos del lector.

[2] Quien fuera, como catedrático por oposición de filosofía del derecho, sobrio pero aguerrido puntal de la resistencia del pensamiento libre en la Universidad del Uruguay, ante la creciente ola dictatorial que este libro de CORTIÑAS-PELÁEZ nos presenta, dedicado precisamente y entre otros (pág. x) al malogrado iusfilósofo uruguayo.

[3] JULIO LUIS MORENO, *Los supuestos filosóficos de la ciencia jurídica*, Montevideo, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, sección III, vol. CXXV, 1963, 183 págs., esp. pág. 125.

[4] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, "Un derecho administrativo comunitario latinoamericano. Notas para una consideración multidisciplinaria", en *Revista Latinoamericana de Administración Pública*, Ciudad de México: A. L. A. P., "Presentación " de Andrés Caso-Lombardo, núm. 7, 1978, págs. 5-78, *in 4º*, esp. págs. 8-9.

[5] DIEGO VALADÉS-RÍOS, *La dictadura constitucional en América Latina*, Ciudad de México, Unam, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 6, serie B, estudios comparativos, d) Derecho latinoamericano, 1974, 226 págs. Ratificando la vinculación científica de los profe-

compartir su adhesión a una concepción realista del derecho[6] que denomina sociologismo políticojurídico, el cual no es necesariamente antinormativo[7] y permite una más próxima comprensión de la cuestión del derecho y el cambio social, tan agudamente puesta de manifiesto por el magistral aporte del profesor EDUARDO NOVOA MONREAL[8].

La crisis económica e institucional (1968-1985, y aún bastante después) *del Uruguay se inscribe en el deterioro general de las estructuras económicas y sociales de América Latina con posterioridad a la segunda guerra mundial* y especialmente en el Cono Sur como consecuencia de la sustitución imperial de la *pax británnica* por la *pax angloamericana,* sustitución cuyas consecuencias prueban que "hay una inoculta relación entre las transformaciones sociales y políticas y la consecuente modificación de las instituciones jurídicas"[9]. Podemos, pues, decir que "el sociologismo político-jurídico se justifica por una de dos razones: bien porque la norma es resultado de la realidad social, o bien porque la norma se explica en la medida que sirve para regular esa misma realidad, en tanto que haya resultado de una concepción ideal"[10].

Ahora bien, el antes indicado concepto moreniano del ser del derecho y este sociologismo político-jurídico conllevan una superación del método unidisciplinario de la técnica jurídica puramente normativa o kelseniana, enriquecida mediante un método multidisciplinario, que no debe ser desdeñado pues tampoco puede interpretársele como hibridismo ecléctico. El eclecticismo no supone la diferenciación de los distintos elementos considerados, mientras que la multidisciplinariedad, el pluralismo metodológico, sí mantiene una diferenciación expresa de los métodos adoptados[11].

---

sores CORTIÑAS y VALADÉS, existe de esta contribución valadesiana, una recensión concomitante al presente libro que prologamos, por el propio profesor CORTIÑAS-PELÁEZ: véase en Ciudad de México, *Alegatos*, núm. 21, agosto 1992, págs. 227-229, *in 4º*.

[6] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, "Una concepción planetaria del Hombre y del derecho público", en LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ [dirección, Introducción general (120 págs.) y anotaciones], *Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a Enrique Sayagués-Laso* (*Uruguay*), "Préface" de MARCEL WALINE [ahora, como pequeño artículo del propio WALINE, en versión castellana de GABRIELA FOUILLOUX MORALES, publicada en Ciudad de México, *Alegatos*, núm. 28, diciembre 1994, págs. 643-644, con 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: IEAL, 5 vols., 1969, 5418 págs. (reimpresión en Montevideo, Amalio M. Fernández, 1989), vol. I, págs. XXXIX-CLIX, esp. en las págs. CXLII a CXLVI.

[7] VALADÉS-RÍOS, *ibidem*, págs. 9-10.

[8] EDUARDO NOVOA-MONREAL, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Ciudad de México, Siglo XXI, 1975, 210 págs., múltiples reimpresiones hasta 2003.

[9] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *supra* en nota (6), *ibidem*.

[10] VALADÉS-RÍOS, *ibidem*, pág. 10.

[11] *Ibidem*.

2.B) *Relevancia de los elementos extranormativos del derecho*. En fiel observancia de dicha postura metodológica, el objetivo fundamental de esta obra del profesor mexicano[12] León Cortiñas, consiste en mostrarnos la realidad de la función jurisdiccional enfrentada al poder ejecutivo, en su país natal, la República Oriental del Uruguay. Así mismo, nos advierte cómo esa realidad frecuente en el derecho comparado ibérico y latinoamericano, 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 extranormativos del derecho, dado que la ausencia de estos últimos reduciría el valor de la investigación a una labor exegética como la de los civilistas (Demolombe) del derecho 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 (S. N. I.) y por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACyT).

3.C) *La congelación de las relaciones de poder*. De este modo, en su enfoque multidisciplinario, en forma por demás interesante y ciertamente diversa del normativismo, se 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 solo de esta manera puede lograrse un acercamiento a los motivos y los propósitos que inspiraron la creación del precepto jurídico.

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[13], quedando la norma en un estado de tensión, que se da entre el deber ser abstracto que proclama y el ser social concreto que se resiste a su cumplimiento. Así, el funcionamiento dinámico del derecho se presta a futuras congelaciones en las relaciones de poder, pero en tanto ello

[12] Por naturalización desde el 16 de diciembre de 1968, habiendo nacido en Montevideo (Uruguay) el 18 de junio de 1934.

[13] Así, Hossam Issa, "Pour une nouvelle perspective des rapports entre structure sociale et droit", en León Cortiñas-Peláez [dirección, Introducción general (120 págs.) y anotaciones], *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, diciembre 1994, págs. 643-644, con 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, págs. 237-261.

no ocurra, debe analizarse el comportamiento de las técnicas normativas ante las tensiones derivadas del ejercicio del mismo[14].

4.D) *Un acotamiento metodológico*. La obra que presentamos, 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 este volumen 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[15].

5.E) *Lo normativo y lo extranormativo del derecho*. El tema se divide en dos capítulos. El primero de carácter normativo (elemento regla), y el segundo de naturaleza extranormativa o empírica (elemento poder), que muestra la dinámica del derecho, ejemplarizados 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 del Uruguay, 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 Ascencio" (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 Libertador JOSÉ GERVASIO ARTIGAS.

6.F) *De la triple aportación constitucionalista uruguaya*. La parte introductoria confirma la tradición del derecho constitucional del Uruguay, 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.a) *El garantismo jurisdiccional en la Constitución de Cádiz*. Desde la Constitución de Cádiz[16], 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 respecto de los militares, por actos ejecutados fuera de servicio[17]. Se reconoció, de esta manera, el ejercicio de la función jurisdiccional de principio, atribuida al poder judicial.

[14] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder*..., pág. 57 (nos referimos, aquí y en notas sucesivas, a la paginación colombiana de Temis, ed. 2003).

[15] *Ibidem*, pág. 27.

[16] Cfr., recientemente y por todos, la apasionada reedición de EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (edición y Prólogo), *Constitución Política de la monarquía española, promulgada en Cádiz a 19 de marzo de 1812*, Madrid, Civitas, 1999, XII + 120 + 126 págs.; reimpresa en la Imprenta Nacional de Madrid, año de 1820, que incluye el "Discurso preliminar" atribuido a don AGUSTÍN ARGÜELLES. Pueden verse igualmente las obras generales (actuales) de derecho político y de derecho constitucional españoles. Cfr., para su juramento en territorio oriental: GALLINAL [CARBAJAL],1920, *in totum*.

[17] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder*..., págs. 1 a 4.

8.b) *José Artigas: federalismo rioplatense y separación de poderes*. El pensamiento jurídico constitucional de Artigas se concretizó 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 fue partidario de un sistema rígido en la división de poderes, ya que "estos tres resortes jamás podrán estar unidos entre sí"[18]. Sin embargo, los proyectos artiguistas combinan un poder judicial clásico nacional o federal con una justicia local[19] o estadual[20] (diríamos en México), lo cual se explica por su vocación federalista[21].

9.c) *El aporte del krausista Batlle y Ordóñez: la doble influencia estadounidense y helvética*. CORTIÑAS señala que BATLLE Y ORDÓÑEZ, de ideología krausista[22], es el original forjador del Estado uruguayo de la primera mitad del siglo XX[23]. JOSÉ BATLLE es fundamentalmente un reformador social[24] 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[25] (*Junta Nacional de Gobierno*[26]). BATLLE era

[18] *Ibidem*, pág. 5.

[19] *Ibidem*, págs. 7-8.

[20] Este gentilicio, referido exclusivamente a los Estados integrantes del Pacto Federal, impide la confusión de "lo estatal" en sentido amplio (aplicable a los tres niveles de la Federación, de los Estados y de los Municipios), con *lo estadual*, específicamente referido a los libres y soberanos Estados miembros de la Federación. Cfr., LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ (dirección y redacción general), *Introducción al derecho administrativo*, 2ª ed., Ciudad de México, Porrúa Hnos., 1994, 365 págs., *in totum*, esp. págs. 20 y ss., y el apartado "Estructura político-territorial del Estado mexicano" redactado por la profesora MARÍA DE LOURDES MARTÍNEZ-PEÑA, en las págs. 97-134.

[21] Cfr., por todos, ALBERTO DEMICHELI, *Formación constitucional rioplatense*, Montevideo, Barreiro y Ramos, 3 vols., 453 + 744 + 514 + XIX págs.; 1955; y un volumen separado *Artigas y su obra jurídico-política* (*Estudio preliminar*), "Prefacio" de los tres vols. anteriores, 1955, 184 págs.

[22] Cfr., ARTURO ARDAO, *Batlle y Ordóñez y el positivismo filosófico*, Montevideo, núm. 1951, 224 págs., *in totum*; y, recientemente, ELÍAS DÍAZ, *La filosofía social del krausismo español*, Madrid, Debate, 1989, 247 págs.

[23] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder...*, págs. 8-9.

[24] EFRAÍN GONZÁLEZ-CONZI y ROBERT B. GIÚDICE, *Batlle y el batllismo*, 2ª ed., Montevideo, Medina, 1959, 411 págs., *in 4º*, *in totum*.

[25] El tenor literal del Proyecto de Reforma Colegialista, publicado en Montevideo, *El Día*, 4 de marzo de 1913, con el título "Apuntes sobre el poder ejecutivo colegiado y su posible organización", está reproducido por EFRAÍN GONZÁLEZ-CONZI y ROBERT B. GIÚDICE, *Batlle y el batllismo*, precitado, con el título "Constitución de Batlle", en las págs. 260 a 268.

[26] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder...*, págs. 9-10.

consciente del estado de intranquilidad que existía en su país, por eso admitió mecanismos de real control[27], así como 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 BATLLE señala que la jurisdicción militar queda limitada a los delitos militares y al caso de estado de guerra; por tanto, se inclina por un criterio subjetivo de esta jurisdicción[28]. 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 así resistir una tecnocracia virtual de notarios y abogados[29], y poder salvaguardar la independencia del poder judicial.

10.G) *Incongruencia del constituyente de 1966: emergencia de las* "*directivas*" *del F. M. I.* 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[30]. 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[31]

[27] La Constitución de BATLLE lo estableció respecto de leyes y plebiscitos (arts. 54 a 70), respecto de la propia Junta Nacional de Gobierno (arts. 91 a 94), sobre el propio poder judicial o la Alta Corte de Justicia (arts. 107 a 116), respecto de la administración territorial (arts. 133 a 156); etc. Respecto de la teoría y práctica del control en la doctrina latinoamericana: ENRIQUE SILVA-CIMMA, *Control público* (Filosofía. Principios. Contraloría General de la República), Caracas, Publicaciones de la Contraloría General de la República, 1976, 622 págs.; y la reciente y enciclopédicamente brillante contribución de DIEGO VALADÉS-RÍOS, *El control del poder*, Ciudad de México, Unam/Instituto de Investigaciones Jurídicas, tesis de doctorado con mención honorífica por la Universidad Complutense de Madrid, "Prólogo" de HÉCTOR FIX-ZAMUDIO, 1998, XXII + 468 págs, *in totum*.

[28] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder...*, págs. 11-12.

[29] Como la instaurada desde siempre en América bajo la dominación española, particularmente en la Nueva España, ahorita radicalizada por el "golpe de Estado" del presidente Zedillo (diciembre de 1994-febrero de 1995), que impusiera una integración *corporativa*, científicamente reñida con la educación jurídica encarnada por las universidades públicas mexicanas y europeas, y ciertamente contradictoria con los valores normativizados al respecto por la Constitución Federal de 1917, vigentes en 2003.

[30] Por emanar del maestro directo de nuestro autor, permítasenos recordar la contribución, en La Habana y con valor civil bajo la dictadura de Fulgencio Batista en 1952, de ENRIQUE SAYAGUÉS-LASO, "Los derechos humanos y las medidas de ejecución", en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Montevideo, año IV, núm. 2, abril-junio 1953, págs. 273-356.

[31] Su texto anotado y comparado, puede verse en MANUEL M. DE LA BANDERA, *La Constitución de 1967*, Montevideo, Oficina Asesora de la Secretaría del Senado, 1969, XLIII + 1081 págs. Posteriormente a la dictadura (1968-1985) y con el restablecimiento de la competencia entre los partidos políticos, se han producido mínimas pero importantes enmiendas en materia electoral durante los años noventa, cuyo análisis escapa al presente estudio.

(solo interrumpida por la dictadura de 1968-1985). Para comprender ese cambio, procede un estudio multidisciplinario, que permita ubicar 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, como acaeciera concomitantemente en la vida de varios otros países de Sudamérica[32] (1964-1979). En efecto: "... la política proteccionista de ARTIGAS y de robustecimiento industrializador y prestacional 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, el profesor CORTIÑAS considera, acertadamente, que la reforma constitucional *real*, tiene ya lugar desde 1959, al igual que hoy se dice respecto de México[33], con su ingreso de 1945 al Fondo Monetario Internacional.

El debate constituyente de 1966 planteó 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 CORTIÑAS, el debate fue presionado internacionalmente[34]. El proyecto constitucional mayoritario favoreció la libre empresa[35] y propuso empero un presidencialismo fuerte[36], dotándolo con mayores facultades económicas y legislativas, permitiendo una expansión del ejecutivo en el ejercicio de la función jurisdiccional[37].

[32] SAMUEL LICHTENSZTEJN, *Comercio internacional y problemas monetarios*, Montevideo, Nuestra Tierra, 1969, 62 págs.

[33] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, "Un horizonte polémico: deuda externa y derecho de América Latina", en *Alegatos*, Ciudad de México, Universidadv A. Metropolitana-Azcapotzalco/ Departamento de Derecho, núms. 47-48, agosto 2001, págs. 35-64, *in 4º*; y su bibliografía con 227 entradas, especialmente en sus numerales 55 y 56.

[34] LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder*..., págs. 20 y ss., especialmente su nota (88).

[35] A semejanza de las reformas y adiciones constitucionales mexicanas de los años noventa, salinistas como posteriores, así como las proyectadas para el sexenio 2000-2006.

[36] Como el derivado, en México, de las adiciones y reformas económico-financieras del período 1982-1988, particularmente las referentes a los arts. 26 (planeación democrática, pero sin co-decisión del Congreso de la Unión) y 73, XXIX-E (que quiebra la principial [art. 124] potestad estadual en materia económica, instaurando el "monopolio federal" [es decir, la potestad exclusiva del ejecutivo federal] en materia de "la programación, promoción, concertación y ejecución de *acciones de orden económico*".

[37] Mediante una desvirtuación de la autonomía *real* del Tribunal de lo Contencioso Administrativo: LEÓN CORTIÑAS-PELÁEZ, *Poder*..., págs. 205-209, esp. en nota 840. En México, con igual objetivo, se tiende a lograrlo desde 1987, no con el espíritu cardenista de la Ley de Justicia Fiscal de 1936, sino mediante multiplicación y expansión de instancias estaduales *no*-judiciales de justicia administrativa (con fundamento en los arts. 73, XXIX-H; 104, I-B; 116, VI; 122, C., *base quinta)*. Estas instancias se presentan como de problemática autonomía y eventual "corruptibilidad", según informe técnico de una agencia de la ONU (emitido durante el año 2002).