

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA

LA JURISDICCION.- Concepto y Fines

T E S I S

J. FCO. SILVA ALVARADO

1967



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A mi hermano, en reconocimiento
a su ayuda espontánea, sostenida, --
desinteresada.....

A Francisco Aguirre Alegría, --
compañero y amigo.

INDICE

Pág.

LA JURISDICCION.- Concepto y Fines.

| | | |
|-------|---|----|
| I.- | LAS FUNCIONES DEL ESTADO | |
| | 1) Noción de Estado | 1 |
| | 2) Noción de Soberanía | 8 |
| | 3) Las Funciones del Estado | 13 |
| II.- | LA FUNCION JURISDICCIONAL | |
| | 1) Generalidades | 22 |
| | 2) La función jurisdiccional desde el punto de vista formal | 35 |
| | 3) La función jurisdiccional desde el punto de vista material | 39 |
| III.- | LOS FINES DE LA JURISDICCION | |
| | 1) La jurisdicción y la acción | 43 |
| | 2) La jurisdicción y el proceso | 51 |
| | 3) La jurisdicción y sus fines | 57 |
| IV.- | CONCLUSIONES | 65 |

I.- LAS FUNCIONES DEL ESTADO

1.- Noción de Estado.- Se define la jurisdicción como - "el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución - las leyes; y especialmente la potestad de que se hayan revestidos los jueces- para administrar justicia, o sea para conocer de los asuntos civiles y criminales o así de unos como de otros, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a las leyes (1), "la potestad conferida al juez de declarar la voluntad de la ley, - con efecto obligatorio para las partes y en relación al objeto de tal declaración y de efectuar todo cuanto la ley le ordena o le consiente para realizar tal fin" (2) o "la función específica estatal por la cual el Poder público satisface pretensiones" (3), en todas las definiciones e independientemente de la orientación doctrinal de su autor, hay coincidencia en que se trata de una actividad del Estado; consecuentemente, para alcanzar una noción aún cuando sea elemental de la función jurisdiccional, conviene referirse al Estado y a sus funciones.

Bien sabido es que, etimológicamente, la palabra Estado - proviene del latín: Status, de stare, estar, es decir, condición de ser (4), - de ahí que, en su sentido más amplio, "estado" sea "la manera de ser o de estar constituida políticamente una comunidad humana" (5)

En su significación etimológica, la palabra Estado fue empleada para expresar un estado de convivencia en un determinado momento,-

-
- (1) Escriche.- Diccionario de Legislación y Jurisprudencia.
 - (2) D'Onofrio, Paolo.- Lecciones de Derecho Procesal Civil, Traducción - de José Becerra Bautista.- Ed. Jus. México, 1945.- pág. 57.
 - (3) Guasp, Jaime.- Derecho Procesal Civil.- 2/a Ed.- Instituto de Estudios Políticos.- Madrid.- pág. 105.
 - (4) Serra Rojas, Andrés.- Teoría General del Estado.- Librería de Manuel-Porrúa.- 1964.- pág. 159.
 - (5) Porrúa Pérez, Francisco.- Teoría General del Estado. Ed. Porrúa.- 1945, pág. 116.

con la ordenación de la convivencia.

A fines del Siglo XV comenzó a emplearse la palabra Estado en las ciudades italianas bajo muy limitadas acepciones, evolucionando la expresión hasta comprender la totalidad de los aspectos de la organización política.

De conformidad con la opinión dominante, fué Nicolás Machiavelo quien introdujo en la literatura política y científica, la voz "Estado".

La denominación Estado actualmente generalizada, procede del léxico jurídico italiano. Al no aceptarse los términos regno, imperio, terra, citta, comienza a usarse la voz Estado. Probablemente el sentido de esta palabra corresponde al de la antigua Status, es decir, la constitución, el orden y desde el punto de vista científico, expresa Serra Rojas, no hay término alguno tan útil y fácil como el de Estado, pues no permite que se le una ninguna representación auxiliar que puede llevarnos a una dualidad en el sentido de este término y que dé lugar a confusión.

No obstante, sobre las abundantes significaciones del vocablo "Estado", Kelsen (6) ha formulado una acerba crítica sosteniendo que esa abundancia de significaciones dificulta y hace poco menos que imposible el desarrollo científico de la Teoría del Estado, porque el objeto de tal disciplina se designa con una noción que califica de insegura, vacilante y vulgar, no pareciéndole extraño por ello que exista más de una docena de acepciones de la palabra Estado, enteramente diferentes entre sí, y en apoyo de sus afirmaciones señala que se designa como "Estado" el conjunto de todos los fenómenos sociales, identificándolo con la Sociedad; o se le hace coincidir "con la totalidad del acontecer histórico", como lo hace Spengler al considerar al Estado como la historia en reposo y a la historia como el Estado que fluye.

En ocasiones el Estado se considera "como uno de tantos hechos que constituye con los restantes, el reino de lo social", considerando a la Sociedad como el concepto genérico y el Estado como concepto específico

(6) Kelsen, Hans.- Teoría Gral. del Estado.- Trad. de Luis Legas Lacambra, Editora Nacional.- México.- 1965.- pp. 4 y ss.

co, sin dejar de ser frecuente la separación absoluta, la antítesis entre Estado y Sociedad.

En relación con el concepto de libertad, unas veces se -- contrapone el Estado "como ordenamiento coactivo" y por tanto como un -- mal (aunque sea un mal necesario), a la sociedad "como libre juego de todas las actividades, y en consecuencia como ideal de la plena autonomía"; otras, en cambio, el Estado se entiende como expresión de la "verdadera" -- libertad, de la libertad ética, de la libertad dentro de la Ley, de la libertad como ideal, en oposición a la libertad aparente de la anarquía, sin faltar el concepto conforme al cual en el Estado radica la necesaria protección de la libertad de los particulares, en cuanto que sin él dominarían los más -- fuertes o bien, se entiende por libertad "la participación en la formación de la voluntad política".

Cuando el objeto de la Teoría del Estado se representa como una relación de imperium, "se caracteriza como Estado tanto la relación misma como cada uno de sus miembros"; tanto el "sujeto del imperium como el objeto" y con la misma facilidad se afirma que "el Estado domina como -- que es dominado".

Igualmente pasa cuando se concibe el Estado como una persona o se le imagina como una cosa, pues "lo mismo se considera como sujeto que como objeto de una función".

"La palabra con la cual se designa en francés, Etat, no -- significa otra cosa que el presupuesto, las finanzas del Estado".

Para quienes el Estado es la colectividad superior, la sobranía es su característica esencial, pero otros reconocen también como Estado, especialmente en el antiguo lenguaje, a colectividades subordinadas a -- colectividades más amplias, como las provincias sometidas a un régimen autocrático y centralista.

En relación con el Derecho, el concepto de Estado no deja de ser menos inseguro; a veces, el Estado aparece como supuesto y garantizador del derecho y en otras ocasiones, a la inversa.

También es frecuente oponer al Estado "como realidad" al Derecho "como norma", pero en ocasiones el Derecho aparece como "ser social" y el Estado como norma, bien sea como norma positiva en oposición al derecho natural, o como expresión de un postulado ético-político (frente al derecho positivo).

Y como quiera que la multiplicidad de sentidos de la palabra Estado es casi ilimitada, sigue diciendo el creador de la Teoría Pura del Derecho, hay que considerar también totalmente estéril emprender la lucha por tal concepto, con la finalidad de mostrar cuál sea la significación justa, única admisible de entre las muchas indicadas, y que fácilmente podrían aumentarse.

No obstante esta excéptica afirmación del autor vienés y, en opinión nuestra, contrariando su anterior afirmación, señala: "lo que interesa es más bien establecer, mediante el análisis de los problemas corrientemente tratados en la teoría del Estado, aquel concepto de Estado en torno al cual giran todos o algunos, los más importantes, de aquellos problemas, — es decir, el concepto de Estado que presuponen la doctrina del poder, del territorio, del pueblo, de la constitución, de la forma, de los órganos, de las uniones de Estados, etc."

Pese a la amplia y sarcástica crítica sobre la ambigüedad del término, lejos de resolver tan complejo problema, Kelsen formula del Estado una definición más, al hacerlo coincidir con el Derecho.

Expresa Jellinek (7), que "los métodos son determinados y modificados por la naturaleza peculiar del objeto a que se aplican", agregando que "el jurista con su método explica y comprende la parte del Estado que cae dentro del Derecho, pero no más"; partiendo de la clasificación de las ciencias en naturales y morales (o políticas), sostiene que "todos los fenómenos del Estado son al mismo tiempo naturales y morales, y por consiguiente es preciso reconocerles carácter doble". Partiendo de esta observación, resulta explicable que el Estado haya sido considerado, fundamentalmente,

(7) Jellinek, G.— Teoría Gral. del Estado.— Trad. Fernando de los Ríos.— Editorial Albatros.— Argentina.— pp. 61 y 62.

desde dos puntos de vista: objetivo y subjetivo.

El grupo de teorías objetivas sobre el Estado, consideran a éste como un mero hecho, sin precisar en que consiste la realidad objetiva denominada Estado; una variante de esta concepción, con antecedentes que se remontan a Platón, quien comparaba al Estado como un hombre grande, y al orador Agrippa, es la teoría organicista, que va desde el punto de vista según el cual el Estado se asimila completamente a un organismo, hasta la variante que entiende al Estado como un organismo espiritual.

La otra gran corriente de las doctrinas objetivas, considera al Estado como un fenómeno de dominación cuyo carácter esencial radica en que hay unos hombres que mandan y otros que obedecen.

Dentro de las doctrinas subjetivas el Estado se concibe como conjunto de relaciones de carácter psicológico y espiritual; lo específico de la comunidad humana ya no es el hecho biológico consistente en considerar a los individuos como las células del organismo social, sino en sus relaciones psicológicas; consecuentemente, el Estado no es un hecho o un ser que viva fuera de nosotros, en el espacio y en el tiempo y que pueda ser captado sensiblemente, sino que es el conjunto de relaciones de los individuos viviendo en sociedad, el conjunto de relaciones ético-espirituales.

Dentro de esta corriente queda comprendida la teoría elaborada por Kellinek (8) que concibe al Estado como unidad colectiva de asociación, la cual, según su autor, explica, la unidad del Estado en la variedad de sus miembros, la situación de sus órganos respecto al todo y a las partes, y la continuidad de su existencia en el curso de las generaciones, como también, tanto el nacimiento y transformación naturales de los Estados, cuanto su evolución y modificación.

En el Estado, agrega Jellinek, encontramos "una suma de relaciones sociales que se traducen en actividad entre hombres; dicha suma significa ya una forma subjetiva de síntesis; se trata de una función, cuya substancia que le sirve de base es el hombre, pero tal función es exclusivamente una modalidad psíquica y si produce efectos físicos, éstos se manifiestan

(8) Jellinek, G.- Op. Cit. pp. 127 y ss.

tan como expresión de conducta, por lo cual, LA FUNCION DEL ESTADO ENCAJA DENTRO DEL ORDEN DE LOS FENOMENOS PSIQUICOS, como ocurre con el lenguaje, la religión, el arte y la ciencia, haciendo hincapié en que esas funciones psíquicas se unen mediante el objeto y es "gracias a ese punto de partida, único justo, que se puede concebir al Estado como una función de la comunidad humana".

Según el citado autor, la unidad estatal radica en que está limitada exclusivamente a los fines de asociación y la intensidad de la asociación es distinta según la fuerza y la significación de esos fines; es mínima esa intensidad en las asociaciones privadas, aumenta en las asociaciones de carácter público y alcanza su grado máximo en el Estado, porque él posee el mayor número de fines constantes y por consecuencia, la organización más perfecta y comprensiva; además, como "todos los poderes coactivos de las asociaciones derivan del poder coactivo del Estado, solamente la coacción del Estado es la que puede obligar a permanecer en la asociación", por lo cual "no es posible considerar al Estado como un concepto que ha de someterse a una categoría política superior de comunidad", llegando a la conclusión de que EL ESTADO ES LA UNIDAD DE ASOCIACION DOTADA ORIGINALMENTE DE PODER DE DOMINACION.

Dentro de la corriente subjetivista queda comprendida también la concepción de Kelsen, según el cual, "lo específico de ese objeto-espiritual que llamamos Estado consiste en ser un sistema de normas. Y ese carácter normativo del Estado se expresa inconscientemente y sin quererlo precisamente en aquellos autores que creen caracterizarlo como una realidad determinada por la ley de la casualidad", pues "resulta fácil representarse la existencia objetiva del Estado como la validez objetiva de las normas que constituyen el orden estatal; y la "objetividad" de esa validez consiste en que toda validez normativa es independiente del querer y del deseo subjetivos de aquellos para quienes la norma pretende valer".

El Estado, considerado como autoridad dotada de fuerza -- de obligar es, pues, un valor o --si se prefiere la versión normativa del valor -- una norma o un sistema de normas y en cuanto tal, esencialmente diverso del hecho real específico, indiferente al valor, de la representación o volición de una norma." (9)

(9) Kelsen, H.- Op. Cit.- pp. 18 y 19.

Recaséns Siches (10) explica que la equivalencia del derecho con el Estado a que alude el autor viene "se produce solamente en el ámbito de la esfera jurídica; es decir, no quiere expresar que la existencia del Estado se agote en el orden del Derecho Vigente, no quiere sostener que no haya un complejo de realidades estatales; sino que pura y simplemente denota que para el Derecho no hay más Estado que aquel que está determinado por sus propias normas".

No obstante la brillantez con la que se ha esclarecido la doctrina kelsiana sobre el Estado, no son pocos los autores que la rechazan por considerar que en el Estado, si bien predominan los elementos jurídicos, no son los únicos, pues estiman que el Estado es un organismo jurídico, moral, histórico, político y económico.

Herman Heller (11), cuyo pensamiento es uno de los más avanzados sobre este punto, manifiesta, en síntesis, que "la ciencia del Estado, como, en general, todo conocimiento histórico sociológico, tiene que partir de una conducta humana" y "el hombre es siempre producto y productor de su historia". Para este autor "una teoría científica del Estado habrá de intentar comprender a este de un modo inmanente y renunciar a fuerzas sobrenaturales"; por consecuencia, la concepción inmanente del mismo implica hacerlo derivar de la "naturaleza humana".

Metodológicamente, distingue las ciencias culturales de la naturaleza, explicando que la materia y el objeto de las primeras aparecen en todos los casos en que cabe concebir las transformaciones de la naturaleza "como expresión y resultado de la actividad humana dirigida a un fin"; sin embargo "hay que evitar incurrir en la equivocación de creer que la delimitación de fronteras científicas entre la cultura y la naturaleza supone que la realidad aparezca desgarrada y hendida en esos dos campos. Por el contrario, afirma, es evidente que no existe una cultura independiente de la naturaleza y de sus leyes; pues la cultura nace, precisamente, del hecho

(10) Recaséns Siches, Luis.- Vida Humana, Sociedad y Derecho. Ed. Porrúa.- 3a. Ed.- 1952 p. 620.

(11) Heller, Herman.- Teoría del Estado.- F.C.E.- México.- 3a. Ed.- 1955.- Versión española de Luis Tovío.- pp. 48 y ss.

de que el hombre se valga de las legalidades naturales para sus fines. La cultura no es, pues, en modo alguno, una libre creación de realidad, condicionada únicamente por el poder del espíritu humano, sino una conformación de la realidad sujeta a las leyes psíquicas y físicas del hombre".

De esta penetrante concepción de la cultura, Heller desprende que la diferencia metódica que existe entre las ciencias de la cultura y las de la naturaleza, radica en la diversa actitud del conocimiento humano frente a esas dos esferas de objetos; mientras los fenómenos culturales se comprenden, los naturales se explican.

De conformidad con estas ideas, el autor afirma que "la formación social que se llama Estado debe ser diferenciada tajantemente, no sólo desde un punto de vista objetivo sino, además, metodológico, de toda estructura de sentido. El Estado no es espíritu objetivo y quien intente objetivarlo frente a su substancia humana psicofísica, verá que no le queda nada en las manos, pues EL ESTADO NO ES OTRA COSA QUE UNA FORMA DE VIDA HUMANO-SOCIAL, VIDA EN FORMA Y FORMA QUE NACE DE LA VIDA".

A los dos objetos: formación de sentido y forma social, corresponden dos actitudes del conocimiento completamente distintas y, en consecuencia, dos caracteres y métodos científicos absolutamente diferentes; ambos caracteres científicos deben ponerse en juego, porque el Estado si bien no es una conexión de sentido, tiene sentido (en cuanto obra humana) y es una formación real e histórica, que solo puede existir en la colectividad humana, en los actos reales que ejecutan los hombres en determinado tiempo y lugar y que, al ser unificados por el Derecho hacen posible concebir al Estado como entidad jurídico-político.

2.- Noción de Soberanía.- El concepto de soberanía ha sido, desde el siglo XVI hasta nuestros días, uno de los temas más debatidos del derecho público. (12)

Etimológicamente, "soberanía" significa "lo que está por -

(12) Tena Ramírez, Felipe.- Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. 2a. Ed.- 1949.- pág. 45.

encima de todo", puesto que deriva de super, sobre y de omnia, todo.

La soberanía es concepto no conocido por la antigüedad, - dice Jellinek (13), que no coincide con la autarquía aristotélica, ni con el imperium de los romanos.

Aristóteles consideraba la autarquía como nota característica del Estado, pero según el estagirita, el Estado ideal exige solamente "independencia potencial y actual respecto del exterior" fundada, tal vez, en cuanto que el Estado es autosuficiente; de ser correcta esta apreciación sobre el concepto aristotélico, la autarquía no es categoría jurídica, sino ética.

En relación con el pensamiento romano, Jellinek explica - que "el reconocimiento y la afirmación de la soberanía sería contradecir la política romana", pues las expresiones de maiestas, potestas, e imperium ex presan la potencia y la fuerza del imperio romano, el poder civil y militar - del mando, "pero no indican nada del contenido y limitación de Estado ni - de la independencia de Roma respecto a los poderes extranjeros", pues "Roma, no obstante su gran poder y su enorme sentimiento de fuerza, no ha llegado a hacer una formulación teórica del concepto de Estado" y por consecuencia, de la soberanía.

El concepto que examinamos aparece después de la Edad -- Media y encuentra su explicación histórica en las luchas que los Estados mo dernos realizaron para reafirmar su existencia frente al Imperio Romano, fren te al Imperio Romano, frente a la Iglesia y también, en su interior, frente a -- los grandes señores y las corporaciones.

La formulación que marcó un hito en la discusión del concep to, se atribuye a Juan Bodino cuya obra fundamental "Los Seis Libros de la - República", es, dice Chevallier (14), "la summa jurídico-política del siglo". En su obra, Bodino afirma que la soberanía es la "potestad absoluta y perpe tua de una República"; absoluta, porque "es menester que aquellos que son - soberanos no están en modo alguno sujetos al mando de otro" y perpetua, por

(13) Jellinek, G.- Op. Cit. pp. 255 y ss.

(14) Chevallier, J.J.- Los grandes Textos Políticos desde Maquiavelo a --- nuestros días.- Ed. Aguilar.- 3a. Ed.- 1962.- p. 40.

que esa potestad "está ligada a la conciencia directriz de la sociedad, bajo cualquier forma que esta encarne". Herman Heller (15) enseña que en el pensamiento de Bodino sobre la naturaleza de la soberanía, los atributos que le asigna son considerados por él como elementos del derecho a legislar, toda vez que el autor angevino afirmó que "es evidente que los demás atributos de la soberanía derivan de este poder soberano de promulgar o derogar la ley; de tal modo que puede decirse, con toda certeza, que el gobierno supremo de la República está comprendido en una sola característica, a saber: dar leyes a todos y cada uno de los ciudadanos, y nunca recibirlos de estos"; no obstante, si bien este poder para dictar leyes conduce a la soberanía absoluta, no debe deducirse de ello que Bodino postulara la soberanía ilimitada y arbitraria, punto este sobre el que Chevallier explica que Bodino entiende por república soberana "aquella en que los súbditos obedecen las leyes del monarca y el monarca las leyes de la naturaleza".

De esta concepción parte la discusión teórica sobre el concepto de soberanía, que se justifica porque es el poder de la asociación sin el cual ésta no podría lograr sus fines; en efecto, Jellinek (16) enseña que toda unidad de fines en los hombres, necesita la dirección de una voluntad y "esa voluntad que ha de cuidar de los fines comunes de la asociación, que ha de ordenar y ha de dirigir la ejecución de sus ordenaciones, es precisamente el poder de la asociación."

El poder del Estado es dominante, porque al Estado le es dable dar órdenes a los miembros de la asociación política y además, cuenta con los medios para hacer cumplir sus órdenes; es un imperium, distinto al poder no dominante, que es simplemente disciplinario; por ello, "la dominación es la cualidad que diferencia el poder del Estado de todos los demás poderes".

Por su parte, Heller (17) expone que el Estado, en cuanto unidad real, significa que es ante todo una conexión de real efectividad; el poder estatal no es una unidad meramente imaginada, sino unidad que actúa de modo causal.

(15) Heller, H.- La Soberanía.- Traducción y Estudio preliminar del R. Mario de la Cueva.- Univ. Nal. Autónoma de México.- 1965.

(16) Jellinek, G.- Op. Cit.- pág. 348 y ss.

(17) Heller, Herman.- Teoría Gral. del Edo.- pp. 256 y ss.

Según la esencia de todo poder social, el poder del Estado, como unidad de acción, no puede ser referido ni a los actos de los que tienen el poder ni a los de los sometidos al mismo.

El poder del Estado, sostiene Heller, no debe ser entendido como un ente fantástico que exista independientemente de quienes lo producen y fuera de ellos y, sin embargo, ese poder debe diferenciarse de todas las actividades particulares que lo crean, porque "el gobernante tiene poder en el Estado pero nunca posee el poder del Estado", pues "lo que crea el Estado y el poder del Estado es la conexión sistemática de actividades socialmente efectivas, la concentración y articulación, por la organización, de actos que intervienen en la conexión social de causas y efectos y no la comunidad de voluntad y valores como tal y mucho menos cualesquiera comunidades naturales o culturales."

Si bien el poder es consubstancial al Estado, puesto que sin él no podría alcanzar los fines de su existencia, ese poder no es una fuerza ciega, arbitraria o incontrolable; el fundamento de ese poder no radica en la fuerza bruta, sino en la autoridad que da el derecho.

La vinculación entre el poder del Estado y el Derecho adquirió perfil definitivo con la aparición del Estado liberal burgués de derecho, cuyo concepto se reduce a un problema de seguridades jurídico-formales (18). El rasgo decisivo que caracteriza al Estado liberal burgués es la frontera donde el poder y el individuo se tocan, concepción política que descansa en una singular valoración del individuo humano que es peculiar a la cultura moderna y que solo en el Estado de Derecho liberal burgués alcanza una plasmación político-institucional.

El Estado de Derecho se orienta fundamentalmente al aseguramiento de la libertad, concebida por el subjetivismo racionalista, y cuyo proceso se inicia en el Renacimiento y la Reforma y culmina en la Revolución Francesa.

(18) Sampay, Arturo Enrique.- La Crisis del Edo. de Derecho Liberal Burgués.- Ed. Lozada.- 1942. pp. 62 y ss.

Otra nota fundamental del Estado de Derecho es la consagración del Derecho a la igualdad ante la ley, que representó una reacción contra los privilegios y los impedimentos, característicos del Estado absoluto.

Por otra parte, en el Estado moderno "la técnica jurídica — como técnica estatal de poder nos lleva, desde el Estado como unidad existencial de poder, al Estado como unidad de ordenación y en cuanto tal, se le atribuye la soberanía", que consiste en la "capacidad, tanto jurídica como real, de decidir de manera definitiva y eficaz en todo conflicto que altere la unidad de cooperación social-territorial de imponer su decisión a todos" (19).

La soberanía, como poder de ordenación territorial de carácter supremo y exclusivo, supone un sujeto capaz de voluntad y de obrar, que se impone regularmente a todos los poderes, organizados o no, que existen en el territorio, y si se toma en cuenta que el Estado es la organización normalmente más poderosa dentro del territorio, "se llama soberano el poder que crea el derecho", y de conformidad con la teoría kelsiana este punto se lleva al extremo de identificar al Estado con el Derecho, pues para el Profesor de Viena es inadmisibles establecer distinción entre Derecho y Estado, como lo hace la doctrina tradicional; consecuentemente, la soberanía es al mismo tiempo atributo del Derecho y del Estado (20).

El poder soberano se proyecta en dos direcciones: externamente, la soberanía es el derecho del Estado para mantener y sostener su independencia y según Jellinek, la soberanía externa es solo un reflejo de la interna, que es el poder del Estado para autodeterminarse y autolimitarse; en este ámbito la soberanía se manifiesta como una fuerza social jurídicamente organizada capaz de imponerse a cualquier otra, resultando por ello, única; lógicamente, la soberanía nacional implica la voluntad del Estado que no admite ningún otro poder sobre sí mismo.

"Constituyendo el Estado una unidad, de ello deriva como -

(19) Heller, H. Teoría General del Estado.- p. 262 y ss.

(20) Rojina Villegas, Rafael.- Introducción y Teoría Fundamental del Derecho y del Edo.- Ed. Botas.- 3a. Parte. p. 682 y ss.

consecuencia necesaria, el principio de la indivisibilidad de su poder, dice García Maynez (21). La Soberanía atributo esencial de los Estados soberanos, no es susceptible de aumento ni de disminución. NO HAY SOBERANIA LIMITADA, COMPARTIDA O DIVIDIDA".

"Este principio, continúa diciendo el autor citado, parece oponerse a la doctrina de la división de poderes. A la afirmación de Hobbes de que la divisibilidad del poder público conduce a la disolución del Estado, se opone la teoría de Montesquieu según la cual, en el Estado debe haber -- tres poderes, independientes e iguales entre sí, que se equilibren recíprocamente".

"La fórmula más clara para la solución de la antítesis la ha acuñado Jellinek, al señalar que cada órgano estatal representa, en los límites de su competencia, el poder del Estado, criterio que nuestro Código Político Fundamental expresa en su Art. 41 al establecer que "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos..." y en el Art. 49, donde se expresa que "el Supremo Poder de la Federación se divide, para su ejercicio, en Legislativo, Ejecutivo y Judicial...."

3.- Las funciones del Estado.- El concepto de función se refiere a la forma y a los medios de la actividad del Estado. Las funciones constituyen la forma de ejercicio de las atribuciones (22).

El estudio de las funciones del Estado parte de la teoría de la división de Poderes, punto de vista según el cual los órganos del Estado se reúnen en tres grupos diversos e independientes entre sí, pero que guarden la unidad indispensable que les da el carácter de Poderes.

Entre la doctrina y la legislación hay discrepancia, pues -- mientras la primera estableció una separación absoluta entre los poderes del Estado, la segunda encuentra muy difícil la separación absoluta de ellos, co-

(21) García Maynez, Eduardo.- Introducción al Estudio del Derecho.- Ed. - Porrúa.- 5a. Ed.- pp. 106 y ss.

(22) Fraga, Gabino.- Derecho Administrativo.- Ed. Porrúa. 4a. Ed.- 1948. p. 25 y ss.

mo resultado inevitable de exigencias prácticas; esta dificultad para diferenciar netamente los poderes del Estado ha llevado a clasificar sus funciones desde dos puntos de vista: el formal u orgánico por un lado y por el otro, el material, que atiende a la naturaleza intrínseca de la función, a su contenido mismo.

Si bien, conforme a una tradición muy antigua, las funciones estatales se reducen a tres grandes clases de actividad: la legislación, la administración y la justicia, hay que averiguar, dice Carré de Malberg (23), cual es el fundamento de esa clasificación, tema sobre el que existen puntos divergentes, entre los cuales están las doctrinas que hacen descansar la diferencia de los actos por su fin, las que consideran que esa distinción radica en que mientras unos actos son operaciones intelectuales, otros son operaciones actuantes y, por último, la teoría que encuentra la distinción en "los datos positivos concernientes a su tenor externo y a sus efectos de derecho, tal como ellos se encuentran fijados por la Constitución".

Atendiendo a su contenido, para caracterizar la función legislativa se toma en cuenta el acto en el cual se concreta y exterioriza, acto que no es otro que la ley, que lleva implícita, según la generalidad de los autores, la idea de regla; consecuentemente, desde el punto de vista material es ley toda prescripción, de cualquier forma que sea, cuyo contenido lleva en sí el alcance de una regla legislativa.

Como la fuerza material de la ley deriva de su contenido, no se requiere, necesariamente, que sea dictada por el órgano legislativo.

Según Laband (24) dado que la ley material se caracteriza por su naturaleza de regla de derecho, toda ley material produce efectos generales inherentes a la regla de derecho; además, este autor "y la escuela alemana" creen que deben admitirse dos categorías legislativas distintas; por una parte, la regla legislativa, que lleva en sí la fuerza material de ley y que se concibe independientemente de la forma, ley u ordenanza administrativa, en la que fué dictada y, por otra parte, el acto legislativo, que en --

(23) Carré de Malberg, R.- Teoría Gral. del Estado.- F.C.E. 1948.- pp. 152 y ss.

(24) Citado por Carré de Malberg, R.- Op. Cit. pag. 268.

cierto sentido solo es una forma de decisión y de actividad estatales, pero - una forma que entraña la fuerza legislativa formal.

Lo que constituye la regla es la generalidad de la disposición y por regla general debe entenderse, dice Carré, una decisión emitida, no ya in concreto, en relación a un caso particular o actual, sino in abstracto.

La generalidad, como signo distinto de la ley se encuentra ya en Aristóteles, para quien "la ley siempre dispone por vía general y no prevé los casos accidentales", criterio que refrendaron los juristas romanos; para Papiniano, por ejemplo, Lex est commune praeceptum.

Modernamente, a Rousseau corresponde el mérito de haber renovado la teoría al sostener que la ley es la expresión de la voluntad general, voluntad que es general no solo en cuanto expresa la voluntad del pueblo entero, único titular de la soberanía, sino también porque tiene un objeto general; es más, para Rousseau solamente el pueblo puede expresar su voluntad general sobre objetos generales, es decir, sobre asuntos que interesan a la comunidad entera.

Tenemos entendido que la generalidad de la ley, es punto aceptado por los autores contemporáneos: Duguit, refiriéndose a las causas históricas y a la importancia social de la ley, señala que "al principio, el poder de los gobernantes solo se ejercía por medio de mandamientos individuales, pero llegó un momento en que se sintió la necesidad de sustraer a los ciudadanos de la incertidumbre y de la arbitrariedad de las decisiones individuales, así como a limitar la potestad de los gobernantes mediante reglas superiores que condicionarán su intervención en cada caso particular. De aquí nació la ley, o sea la regla concebida en términos generales y abstractos. La regla legislativa es origen, en el Estado, de un orden jurídico superior, que rige a la vez a los gobernantes y a los gobernados." (25)

Desde el punto de vista material, "la ley se caracteriza por-

(25) Duguit, León.- Citado por Carré de Malberg.- Op. Cit. pág. 279.

ser un acto que crea, modifica o extingue una situación jurídica general" - (26) y como, a consecuencia de la ley, se produce una situación jurídica general, en ella se encuentran los caracteres de la misma: generalidad, abstracción e impersonalidad.

La distinción entre los aspectos formal y material es criterio que se utiliza también para caracterizar la función administrativa y el acto en que ésta se concreta; para la generalidad de los autores y en oposición a la ley, el acto administrativo debe caracterizarse por su naturaleza intrínseca, por su contenido.

Para distinguir la administración de la legislación y la justicia, también se ha recurrido a la finalidad; varios autores coinciden en establecer que la administración se distingue porque tiende a realizar los fines de conservación y de cultura del Estado.

Se afirma también que la administración se distingue de la justicia, porque consiste en decisiones o actos in concreto que tienen por fin dar satisfacción a los intereses del Estado, que la administración es la actividad del Estado cuyo fin es crear y hacer vivir la institución del Estado, o bien que administrar consiste en proveer por actos inmediatos e incesantes al funcionamiento de los servicios públicos".

Desde otro punto de vista, se sostiene que la administración se opone a la legislación por ser la acción del Estado, en tanto que la ley — expresa su pensamiento, estimándose que con la legislación, el Estado emite juicios abstractos, mientras que cuando administra, se manifiesta actuando.

Según Carré de Malberg, en la literatura francesa está muy extendida la tendencia que ve en la administración una función de ejecución de las leyes; para Berthelemy, dice, "la función de juzgar y la función de administrar concurren al mismo fin, que es la ejecución de las leyes. Todos aquellos diversos servicios, a excepción del servicio judicial, que concurren a la ejecución de las leyes, son servicios administrativos" y Ducrocq establece que "la administración es la rama del poder ejecutivo que consiste en poner en ejecución la ley, porque no pueden concebirse sino dos poderes: el —

(26) Fraga, Gabino.- Op. Cit. p. 44

que crea la ley y el que la ejecuta". (27)

En relación con esta última corriente, se expresa que la autoridad administrativa actúa y estatuye en virtud y dentro de los límites de los poderes que le son conferidos por las leyes, pero se rechaza que la administración se reduzca a una ejecución pasiva de las leyes y tal es el pensamiento de Duguit; además, la función administrativa en muchos aspectos entraña, no solo una pura ejecución material, sino una potestad igual o incluso superior a la del legislador; históricamente, explica Duguit, el acto administrativo fué la manifestación primitiva de la voluntad estatal y en la época actual, la administración se ejerce permanentemente, sin interrupción, y por ello la razón de que el Estado no puede, ni por un instante, dejar de hacer frente a los acontecimientos que exigen el desarrollo continuo de su actividad administrativa.

La caracterización de la administración como ejecución de la ley, es rechazada por numerosos autores contemporáneos, negándose también a admitir que la función administrativa pueda caracterizarse con el nombre de poder ejecutivo y Hauriou considera como "herejía constitucional" la doctrina que pretende que el poder llamado ejecutivo se limita a ejecutar la ley; sin embargo, dice Carré, existen sólidas razones para definir la administración como una función de orden ejecutivo, sólo que es ejecutiva en un sentido muy diferente al que se acaba de indicar, pues no se trata de ejecución física.

También hay autores que oponen la administración a la legislación, pero no ya en cuanto que la primera sea ejecución de la segunda, sino estimando que, mientras que la ley es general, el acto administrativo se refiere siempre a un caso particular, a un caso individual; Duguit afirma que el acto administrativo es siempre un caso individual y concreto; Jeze sostiene que el acto administrativo tiene por carácter distintivo "referirse a un caso particular".

En contra de estos puntos de vista, se ha objetado que el carácter particular del acto administrativo se refiere a un signo exterior, que no penetra en la naturaleza íntima del acto; tal es la crítica que hace Jellinek.

(27) Carré de Malberg.- Op. Cit. pp. 428 y 429.

Otros autores hacen descansar la distinción entre legislación y administración no en el carácter general de los actos legislativos y particular o concreto de los actos administrativos, sino en su ratione materiae el acto legislativo y el acto administrativo pueden tener indistintamente un alcance general o individual, pero no tienen la misma materia. Lo que se reserva a la autoridad legislativa con el nombre de leyes, se refiere únicamente a las prescripciones que consisten en crear nuevo derecho, debiéndose entender por ello "toda disposición que tiene por objeto modificar el anterior estatuto jurídico de los ciudadanos", pero se replica este punto de vista sosteniendo que de tal concepto de la ley se deduce, recíprocamente, el de la administración, pues si las disposiciones referentes al derecho individual constituyen la materia especial de la ley, debe admitirse, en sentido contrario, que toda prescripción general o decisión particular que no implica para los particulares ninguna modificación a su régimen jurídico, tal como se encuentra establecido en las leyes vigentes, pertenece a la administración y constituye un acto administrativo.

El homeopático resumen procedente sobre los distintos puntos de vista a través de los cuales se contempla la función administrativa, con todo y ser superficial dá idea de los criterios tan abundantes y contradictorios que hay al respecto; no obstante, estimamos pertinente hacer hincapié en dos notas que consideramos de especial significación para caracterizar esta actividad o función: la idea de servicio público y la condición de parte directamente interesada que en dicha actividad corresponde al Estado.

Sobre la noción de servicio público, tan especialmente considerada por el Derecho público francés, se han vertido abundantes críticas, y si bien la idea de servicio público no puede ser suficiente para caracterizar y mucho menos para agotar el concepto de función administrativa, lo consideramos más significativo que el de atribución, que prefiere Gabino Fraga, concepto este sobre el cual pueden hacerse, entre otras, las siguientes dos objeciones.

Una se refiere a la generalidad del concepto, pues si atribución es el poder o la facultad atribuido a los órganos públicos para realizar una actividad determinada, tal característica no es exclusiva de los órganos administrativos puesto que, sin excepción, todos los órganos públicos actúan a virtud de atribuciones expresas y limitadas, por consecuencia, la criticada

ambigüedad y generalidad del concepto "servicio público" no se subsana con el concepto vago y general también de atribución.

La segunda objeción alude al carácter material o no jurídico de muchísimos actos que realiza la Administración, los cuales sólo de manera mediata o indirecta pueden considerarse relacionados con una atribución pública.

El concepto de atribución induce a pensar en la actividad estatal entendida como facultad, en tanto que la noción de servicio público conlleva la idea de deber u obligación, que nos parece más consecuente con la actividad administrativa.

Lo anterior indica nuestra falta de convencimiento para aceptar el concepto de atribución, como característica fundamental de las fundaciones administrativas, prefiriendo el de servicio público que, con todo y no estar exento de crítica, nos parece más acertado en virtud de que supone la idea de actividad orientada a satisfacer intereses o necesidades colectivas, de manera regular, continúa, uniforme, rápida y exacta, notas estas que se desprenden de las características atribuidas a las actividades realizadas por la Administración.

No obstante, estimamos también que el solo concepto de servicio público no es suficiente para establecer una clara separación entre la función administrativa y la jurisdiccional, toda vez que ésta, también, es actividad estatal orientada a la realización de un servicio público, como es la administración de justicia, y ante esa insuficiencia se hace necesario recurrir a otro elemento para establecer la distinción; en efecto, consideramos que Chiovenda (28) toca un punto medular al decir que "la autoridad administrativa juzga y manda para el desenvolvimiento de un interés en conflicto no como lo hace el órgano jurisdiccional, para la composición del conflicto; en la actividad administrativa se trata de un juicio y de un mandato de parte y no como acontece con la actividad jurisdiccional de un juicio y un mandato imparciales: MIENTRAS LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA ES UNO DE LOS SUJETOS EN CONFLICTO, LA AUTORIDAD JUDICIAL ESTA SOBRE LOS SUJETOS EN CONFLICTO, observación que precisa la posición en que está el

(28) Chiovenda, J.- Sistema.- Pág. 72.

órgano administrativo y que no se confunde con el órgano jurisdiccional."

De conformidad con lo expuesto, la función administrativa posiblemente pueda caracterizarse como aquella función del Estado que, realizada bajo un orden jurídico, tiende a satisfacer de manera regular, continua, uniforme, rápida y exacta, necesidades colectivas en las que participa con interés directo y propio.

En el Espíritu de las Leyes, Montesquieu expresó que "Existen en cada Estado tres clases de poderes: la potestad legislativa, la potestad ejecutiva de las cosas que dependen del derecho de gentes y la potestad ejecutiva de aquellas que dependen del derecho civil... (correspondiendo a esta última) el nombre de la potestad de juzgar..."

De conformidad con esta concepción, la justicia aparece como el tercer gran poder del Estado; no obstante, los debates en torno a esta clasificación tripartita han sido siempre muy enconados y resulta difícil, aún hoy, establecer un concepto de función jurisdiccional exento de críticas.

En la Asamblea Constituyente de 1789, varios parlamentarios franceses sostuvieron la tesis de que las funciones estatales se reducen, esencialmente, a dos poderes: Cazales, Mirabeau, Duport, Mounier, Sain-Girons, dice Carré de Malberg (29), se opusieron a la teoría de los tres poderes.

"En toda sociedad política, solamente existen dos poderes, - aquel que hace la ley y el que la ejecuta", sostuvo Cazales; "Pronto tendremos oportunidad de examinar esta teoría de los tres poderes, exclamó Mirabeau... y entonces los valerosos campeones de los tres poderes tratarán de hacernos comprender lo que entiende por esa gran fase de los tres poderes, por ejemplo, cómo conciben al poder judicial distinto del poder ejecutivo"; Duport expuso que "Antes de ejecutar las leyes, se trata de saber si se aplican o no a un hecho ya realizado. Esta función no puede con toda seguridad ser desempeñada por ninguno de los otros dos poderes; forma parte de lo que se llama impropiamente el poder judicial. Y digo impropiamente, porque en realidad, en el poder judicial, no hay más poder que el poder ejecutivo..."

(29) Carré de Malberg, R.- Op. Cit. pág. 628 y ss.

según Saint-Giróns "Todo gobierno tiene dos funciones esenciales: dictar le
yes y hacerlas ejecutar".

A la fecha, los autores no están acordes en qué sentido la potestad jurisdiccional debe considerarse distinta de las otras dos, y aún cuando la jurisdicción se presente como una función ejecutiva, próxima, por tanto, a la administración, el derecho público moderno considera a la jurisdicción como una función especial, claramente separada de las otras dos, con sus reglas propias y sus órganos particulares; además, la función jurisdiccional ¿se reduce a la ejecución de las leyes?, ¿Tiene elementos suficientes para caracterizarla como distinta a las otras dos grandes funciones del Estado?... como estas cuestiones nos conducen a problemas extraordinariamente arduos, serán consideradas en el siguiente capítulo.

II.- LA FUNCION JURISDICCIONAL

1.- Generalidades.- Podemos concebir al Estado despojado de multitud de actividades administrativas y aún de la legislación, pero no de su función de juez. Por ello la jurisdicción es una de las actividades o funciones más importantes del Estado⁽³⁰⁾.

Mommsen⁽³¹⁾, al referirse a la administración de justicia indica que "El primero y más alto deber del Estado es no permitir que dentro de sus horizontes de acción, ejerza una persona prepotencia y opresión sobre otras, y no consentir que una reclamación dirigida contra cualquiera de sus miembros se haga valer de otra manera sino en la forma establecida al efecto por el Estado y dentro de los límites trazados de antemano por el mismo para cada género de asuntos".

Compaginando estos criterios donde se destaca la participación del Estado en el desarrollo de la función jurisdiccional, Podetti⁽³²⁾ destaca el aspecto personal al afirmar que "La justicia es una aspiración del espíritu humano, pero constituye una necesidad primordial de los hombres. Por eso es preconizada y defendida por los espíritus más altos de todos los tiempos y practicada, aunque sea rudimentariamente, por todos los pueblos primitivos".

Y Calamandrei⁽³³⁾ haciendo hincapié en la trascendencia-

(30) Morineau, Oscar.- El Estudio del Derecho.- Ed. Porrúa.- 1953.- pág. 401.

(31) Mommsen, Teodoro.- Compendio de Derecho Público Romano. Ed. Impulso.- 1942.- p. 325

(32) Podetti, J. Ramiro.- Teoría y Técnica del Proceso Civil y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil. EDIAR.- Argentina.- 1963.- p. 23

(33) Calamandrei, Piero.- Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código.- EJEA.- Buenos Aires.- V.l.- p. 114.

histórica del concepto de jurisdicción enseña que de él "no se puede dar -- una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pue- blos. No solo las formas externas a través de las cuales se desarrolla la -- administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juzgar, -- tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a su cierto momento histórico".

De conformidad con las anteriores ideas conviene, por tan- to, considerar muy brevemente la evolución del concepto de jurisdicción.

Etimológicamente, jurisdicción, ius dicere, tiene una sig- nificación de las más amplias, equivalente a "decir el derecho", proponer una regla de derecho aplicable a un caso concreto.

Eduardo Pallares⁽³⁴⁾ indica que "En el derecho romano, la- palabra jurisdicción significaba al mismo tiempo, la suma de las facultades que ahora se atribuyen al poder legislativo y las que tienen los tribunales, - y transcribiendo a Bonjeau agrega: "La etimología de la palabra jurisdicción permite dar a esta expresión un sentido muy amplio, que comprende el poder legislativo lo mismo que el poder judicial: en efecto, decir el derecho, es reglamentar las relaciones sociales de los ciudadanos, sea creando la regla, sea aplicándola. La jurisdicción, es, pues, en el sentido más amplio, el poder de los magistrados relativamente a las contiendas (jurisdicción con- tenciosa) o relaciones jurídicas (jurisdicción voluntaria), entre particula- res, sea que este poder se manifieste por medio de edictos generales, sea - que se limite a aplicar a los derechos que le son sometidos, las reglas ante- riormente establecidas".

Si bien el significado etimológico de la jurisdicción no en- traña dudas serias, "la etimología de la palabra no despeja todas las dudas" dicen Alcalá-Zamora y Levene⁽³⁵⁾, de quienes tomamos las siguientes ideas

"Por otra parte, aún aceptando que derive de las palabras

(34) Pallares, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil.- Ed. - Porrúa.

(35) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto y Levene Ricardo.- Der. Proc. - Penal.- Edit. KRAFT Ltda.- Buenos Aires.- T.I.p.26.

ius y dicere, que expresaría la idea de indicar o mostrar el derecho, esta noción no sería privativa del Derecho procesal, ya que, como afirma Carne llutti, es innegable que "ius dicunt" no solo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer el litigio, sino también y, ante todo, el legislador cuando elabora una ley e incluso los contratantes cuando hacen del contrato... ley entre ellos".

Ante la insuficiencia de su significado etimológico, intentaremos un esbozo de la evolución histórica del concepto.

"El proceso romano, escribe Prieto Castro⁽³⁶⁾ tiene un origen privado, porque se basa en un convenio concluido entre las partes para someter la resolución del asunto a un juez privado (arbiter ex compromisso). No existían Tribunales impersonales instituidos por el Estado,.... pero éste interviene para obviar el inconveniente que podía ofrecer la posible no aceptación del encargo de juzgar por el árbitro y la revocación caprichosa del compromiso por las partes. Para lo primero... crea una especie de tribunal arbitral.. y con el fin de sujetar a las partes a lo pactado, se acude a una especie de contrato, la institución de la litis contestatio".

Siguiendo las sabias enseñanzas de Sohm⁽³⁷⁾ bosquejaremos el desarrollo de la función jurisdiccional en el Derecho Romano.

Ejercitar un derecho equivale a realizar y poner por obra - las facultades que encierra; se impone la protección de los derechos cuando para ejercerlos se precisa la cooperación de otra persona. El ejercicio de un derecho es siempre lícito, más el tomarse la justicia por la mano, y por medios de fuerza es, en general, contrario al Derecho. No es lo mismo -- ejecutar los derechos que ejercitarlos; el ejercicio de un derecho es acto propio y privativo del interesado, más la ejecución --que constriñe al adversario-- ES MISION EXCLUSIVA DEL ESTADO, cuya asistencia ha de impetrarse, cuando sea menester, por medio de una acción".

(36) Prieto Castro, Leonardo.- Der. Proc. Civil.- Librería General.- Zaragoza.- 1946.- p. 26

(37) Sohm, Rodolfo.- Instituciones de Derecho Privado Romano.- Historia y Sistema.- Trad. de W. Roces.- Gráfica Panamericana.- México.- 1951.- pp. 359 y ss.

En los tiempos primitivos impera la justicia privada, más - si las partes desean someter la contienda a términos de Derecho, es menester que libremente y mediante un contrato encomienden la decisión a un juez - arbitral elegido por ellas. TAL ES EL PUNTO DE QUE ARRANCA EL ESTADO PARA ORGANIZAR SU REGIMEN DE PROTECCION JUDICIAL.

La autoridad pública limitábase a asistir a las partes litigantes, obligándolas a acatar el laudo del juez arbitral confirmado por la propia autoridad; de ahí que el proceso se desdoble en dos etapas o tiempos; - el primero - in jure - tiene por finalidad instituir el tribunal de arbitraje, en tanto que el segundo - in iudicio - se destina a substanciar el proceso ante el juez nombrado. El esquema fundamental del proceso en la época - clásica lo constituye su división en dos tipos esencialmente distintos: el - procedimiento in jure y el procedimiento in iudicio.

El procedimiento in jure termina con la litis contestatio, - que según Sohm es un contrato "arbitral" refrendado por la autoridad pública; SE DESARROLLA ANTE EL MAGISTRADO O AUTORIDAD ENCARGADA DE LA JURISDICCION, que administra y representa, dentro de este sector, LOS PODERES SOBERANOS DEL ESTADO; creada la pretura, este cargo lo ejercen: en Roma, el pretor y en las provincias, los gobernadores.

Dado el carácter del proceso civil romano, es natural que - la tramitación in jure no condujese jamás directamente a la sentencia; el litigio, debidamente formalizado en la litis contestatio, debían pasar a - manos del ARBITRO JURADO o JUDEX, QUE ERA UN SIMPLE PARTICULAR, pero que juzgaba NO con arreglo a su libre arbitrio, sino de acuerdo con el derecho vigente. La misión del JUDEX es decidir el proceso, dictando un fallo o sentencia. En cambio, las resoluciones del MAGISTRADO, son siempre emanación de su soberano IMPERIUM.

La marcha del procedimiento in iudicio no sufre alteración esencial desde la época de la Ley de las XII Tablas hasta el período clásico, pero el procedimiento in jure experimenta una honda transformación a - fines de la República, que elimina el primitivo régimen de las legis actiones, substituyendolo por el sistema formulario.

La litis contestatio, con la cual concluye el procedimiento in iure, es un acto solemne celebrado por los litigantes; las fórmulas verbales que los litigantes cumplen ajustándose a la letra de la ley, constituyen, como ya se indicó, la base del judicium. La litis contestatio determina, ipso jure, la pérdida de la acción. LA LITIS CONTESTATIO TAN SOLO PUEDE REALIZARSE UNA VEZ Y, TAN PRONTO COMO SE REALIZA, LA ACCION CADUCA. Además, si las partes cometen un error en la fórmula, ya no pueden subsanarlo, lo que entraña graves peligros en el proceso.

La rigidez de las fórmulas verbales se mostró insuficiente; su inmutabilidad contrastaba con el cambio de la vida jurídica y para resolver esa grave discrepancia había necesidad muchas veces de INTERPRETAR CON AMPLIA LIBERTAD LA LETRA DE LA LEY, es entonces cuando adquiere relevancia el Derecho de gentes, que trae un cortejo de relaciones jurídicas nuevas, como los negocios de buena fe y las relaciones basadas en contratos no formales, relaciones que no estando sancionadas por ninguna ley civil, carecen, lógicamente, del sello legal que franquea las puertas de las legis acciones. ESTE DERECHO NUEVO, dice el erudito Profesor de la Universidad de Leipzig, TENIA QUE ROMPER, POR FUERZA, CON LOS ANGUSTOS MOLDES DEL PROCESO TRADICIONAL, ESTE QUEDABA A LA ZAGA DEL DERECHO VIVIDO, EL CUAL, REACCIONANDO CONTRA LA TRADICION, PLANTEA LA NECESIDAD DE REFORMAR FUNDAMENTALMENTE EL PROCEDIMIENTO CIVIL.

La reforma no se implanta legislativamente, pero el pretor poseía ya la idea reformadora.

La legis actio era la forma procesal privativa del ius civile a que solo podían acogerse los ciudadanos romanos cuando litigasen entre sí; sin embargo, la práctica introdujo una forma especial de proceso, en que los peregrinos gozaban de la capacidad de comparecer, tipos de procesos de los cuales conocía el pretor peregrino y que en su desarrollo se ajustaban al ius honorarium, pero precisamente por su carácter "honorario" quedan subordinados al imperio del magistrado a diferencia de los procesos civiles, regidos por el Derecho tradicional.

A pesar de sus plenos poderes, el pretor peregrino no falla

estos procesos honorarios, sino que INSTITUYE un tribunal arbitral compuesto de varios jurados: los recuperatores. Este procedimiento obedece a que, imponiéndose la necesidad de hacer justicia a los extranjeros, se estimó -- acertado obligarles a sentenciar por sí mismos sus contiendas.

El pretor peregrino no solo refrenda el nombramiento de -- los recuperatores designados por las partes, confiriéndoles el poder necesario para dictar sentencia con fuerza pública, sino que además, como en esos litigios no regían las fórmulas de la Ley, el pretor fija por escrito los términos de la cuestión, ordenando el tribunal, por virtud de su imperium, que -- en vista de las circunstancias condenase o absolviese; tales instrucciones -- redactadas por escrito, reciben el nombre de "fórmulas".

Las fórmulas NO IMPLICAN UN ACTO UNILATERAL Y -- AUTORITARIO DEL MAGISTRADO, pues la fórmula ha de ser aceptada por las partes en conflicto, pero tan pronto como la fórmula se acepta, formalízase, el amparo de la autoridad, el contrato por el cual las partes someten la decisión del proceso al fallo del tribunal instituido.

Durante el período formulario, el procedimiento jurisdiccional sigue presentando una sensible participación de los particulares, aún -- cuando, con el pretor participa el poder público; no obstante, la decisión -- del litigio continúa en manos de particulares autorizados para sentenciar.

El derecho romano de gentes es un retoño del ius civile, -- de cuyo tronco brota, impulsado por las imperiosas exigencias del comercio universal; es más, el ius gentium empieza a cristalizar en los moldes del -- ius honorarium, puesto que solo se rige en virtud del imperium del magistrado y para extranjeros. Mas su irrupción en el campo de derecho tradicional fué inevitable, precisamente porque EL JUS GENTIUM ROMANO NO ERA OTRA COSA QUE EL DERECHO CIVIL REJUVENECIDO, es decir, el -- Derecho civil del futuro. El ius gentium termina por penetrar en el ámbito del derecho civil y todo concluye en el procedimiento extraordinario.

Antes de hacer referencia al procedimiento extraordinario -- comentaré brevemente un punto que los autores repiten sin mayor exámen, -- según el cual, la litis contestatio es un contrato arbitral.

Como ya se apuntó, Prieto Castro afirma que el proceso civil romano " se basa en un convenio concluido entre las partes para someter la resolución del asunto a un "arbitex ex compromisso" y por su parte, -- Sohm estima que la litis contestatio con la cual termina el procedimiento - "in jure", es un "contrato arbitral".

Desde un punto de vista académico los romanos aparecen - como juristas natos y su Derecho, como expresión de la justicia; consecuen- temente, partiendo de tales supuestos el pueblo romano está formado por -- hombres sabios y justos, excepcionales en una palabra, pero nos parece que la experiencia histórica riñe con ese cuadro idílico, pues resulta difícil ex- plicarse que un pueblo con las características apuntadas se haya IMPUESTO a sus vecinos, logrando consolidar su bastísimo Imperio.

Más consecuente nos parece que el desarrollo del Derecho romano fué resultado y no causa de la prosperidad romana, y que, al igual- que todo Derecho, el Romano fué fundamentalmente un instrumento en ma-- nos de quienes tuvieron el poder, para consolidarlo, toda vez que el Dere- cho, más que condensar fórmulas ideales de justicia, es simplemente expre- sión de las fuerzas sociales actantes, y el Derecho romano es paradigma de un Derecho que surge, no por el esfuerzo mental de hombres doctos que elu- cubran en la quietud de un gabinete, sino como instrumento práctico que -- nace ante las exigencias que impone la realidad.

Si se reflexiona en la extrema rigidez de las formas que - acompañaron el ejercicio de las "acciones de la ley", no parece lógico que todo haya partido de un "convenio concluido entre las partes"; lejos de que el Derecho estuviese en manos de "cives" romano, estaba revestido de carac- terísticas esotéricas que solo conocían los entendidos.

En cuanto a las causas que dieron lugar al período formula- rio, aún cuando se insinúa que fué la generosidad y el sentido de justicia lo que indujo a establecer ese sistema y Sohm categóricamente afirma que el - procedimiento in jure terminaba con un contrato arbitral, pensamos que el - motivo real del sistema formulario fué la necesidad de proteger a los roma- nos frente a los peregrinos, al no ser aplicable a los extranjeros el jus civile.

La anterior afirmación se funda en una observación sobre la conducta que normalmente asumen en juicio las partes litigantes y que hace presumir, fundadamente, que no variaba esencialmente con la que asumían los romanos; pensamos que cuando el cives ocurría ante el Magistrado, no lo hacía con la idea de que resplandeciera la justicia, sino para obtener -- una resolución favorable y con esta actitud psicológica invocaba la fórmula, o, junto con la contrapaete, la redactaba con auxilio del magistrado.

Sobre este punto, Arangio Ruiz⁽³⁸⁾ da la siguiente explicación: "De otra parte, los contratos que tenían lugar sobre los mercados extranjeros, no estaban previstos en la mayoría de las acciones ni por la ley ni por las costumbres de Roma, de tal suerte que tampoco ninguna acción de la ley podía ser adaptada a ellas. Por todo esto el pretor peregrino debió recurrir a un nuevo procedimiento: autorizar a las partes a exponer sus relaciones y el objeto de sus diferencias valiéndose de las palabras más corrientes, y las ayudaba a redactar un pequeño texto escrito en el que eran resumidos los antecedentes centrales del proceso. El juez encargado de la decisión -- del mismo encontraba en tal texto todo lo que era preciso para tener la visión exacta de su tarea".

De conformidad con esta explicación, las partes procedían despojadas de toda parcialidad, empeñadas únicamente, en unión del Magistrado, en hacer imperar la justicia, pero si tan buena disposición había -- en las partes ¿ como se aplica que el juicio siguiera?... si el juicio seguía, pensamos, ello es indicativo de que las partes asumían una actitud de firmeza en sus afirmaciones contradictorias o, cuando menos, no coincidentes; de -- ahí que tengamos muchas dudas sobre el origen y el desarrollo del proceso -- civil romano, como expresión de un contrato arbitral. Hecha esta observación, apuntaremos las notas más salientes del período extraordinario.

Llámase procedimiento extra ordinem el que no deja lugar al judicium, ni por tanto, a una litis contestatio, sino que integralmente se desarrolla in jure ante el Magistrado y concluye con una decisión imperativa del mismo: decretum, interdictum, basada en su apreciación sobre los -- hechos, adoptando así las formas propias de la jurisdicción administrativa.

(38) Arangio Ruiz, V.- Las acciones en el Derecho Privado Romano.- Ed. Revista de Derecho Privado.- Madrid.- 1954.- p. 52

Esta etapa fue el desarrollo lógico del período formulario, - pues por medio de la fórmula escrita, el pretor puso bajo su dirección e iniciativa el contrato arbitral de las partes y todo el procedimiento, dando por resultado que la vida jurídica y procesal hubo de rendirse a la soberanía del Edicto, y a juicio de Sohm, toda la historia futura del Derecho romano se cifra aquí, pues con el procedimiento formulario, la separación tradicional entre ius y iudicium perdió irremisiblemente su antigua rigidez y el iudex dejó de ser un particular independiente, quedando sujeto solamente al Derecho estatuido.

El nuevo sistema procesal o procedimiento por cognición, - coloca al Magistrado como único regulador y de las actividades procesales, que se realizan como expresión exclusiva del imperium.

Coincidiendo con este criterio, Carnelutti⁽³⁹⁾ sostiene que "Históricamente, la jurisdicción fué precisamente la manifestación del imperium (es decir, del poder de mando atribuido al Magistrado superior romano) que consistía en fijar reglas jurídicas".

Desde otro punto de vista, pero considerando también el carácter históricamente cambiante de la jurisdicción, Calamandrei⁽⁴⁰⁾ explica que la actividad jurídica del Estado comprende la legislación y la jurisdicción, existiendo entre ambas una relación muy estrecha; que el concepto de jurisdicción es variable y se encuentra determinado por la forma creadora del derecho, agregando que la manifestación externa de la voluntad del Estado destinada a regular la conducta de los coasociados, puede ser de dos maneras; o la formulación del derecho se hace para cada caso singular, cuando el conflicto ha surgido, o bien se preve el conflicto formulando el derecho por clases y tipos de conducta hipotéticamente concebidos.

Como la jurisdicción es un complemento y un instrumento -

(39) Carnelutti, Francisco. - Sistema de Derecho Procesal Civil. - UTEHA. - Argentina. - 1944. - Vol. I. - pp. 156 y 157.

(40) Calamandrei, Piero. - Instituciones de Derecho Procesal Civil según el Nuevo Código. - EJEA. - Buenos Aires. - V.I. - p. 114 y ss.

de la legalidad, según sea el sistema de creación del derecho es también, - lógicamente, el sistema jurisdiccional. En el sistema de creación del derecho por casos, cuando surge el conflicto el juez debe intervenir, pero como no existe un derecho previamente formulado, el juez debe, en primer lugar, crear el derecho recurriendo a su sentimiento de equidad natural y, en segundo término, resolver el conflicto; este sistema es el de la "jurisdicción de equidad".

En cambio, el sistema de "fórmula legal" consiste en la creación del derecho por clases; en él ya existe una división del trabajo, pues una persona crea el derecho y otra juzga de acuerdo con el derecho ya existente, razón por la cual a este sistema se llama jurisdicción de derecho o bien, sistema de la legalidad, que está fuertemente arraigado en las principales legislaciones de la Europa continental, de la cual nosotros somos seguidores.

Según Podetti⁽⁴¹⁾ "al derecho político corresponde el estudio de la jurisdicción como poder, y en consecuencia, su organización; y al derecho procesal corresponde el estudio de la jurisdicción como función, y en consecuencia, sus deberes, derechos y facultades", señalando que "el entrecruzamiento de problemas jurisdiccionales políticos y problemas jurisdiccionales propiamente procesales es tan frecuente y necesario, que aparece como imposible el establecimiento de un límite entre unos y otros".

Este autor también explica que "En el Estado de derecho, - los fines de la jurisdicción y por ende su concepto, son necesariamente distintos que en los pueblos primitivos. El interés, como fundamento de la función, varía. Su fin se amplía al mantenimiento del orden jurídico, mediante la actuación de la ley; y al estudio de la función que realiza, se une el del aspecto político, que, como poder del Estado, asume. De ahí las dificultades de llegar a una definición uniforme de la jurisdicción", afirmación que vemos confirmada al considerar abundantes definiciones elaboradas en torno a este concepto.

(41) Podetti, J. Ramiro.- Teoría y Técnica del Proceso Civil.- y Trilogía Estructural de la Ciencia del Proceso Civil.- EDIAR.- Argentina.- 1963.- p. 344.

Algunos autores hacen hincapié en el órgano encargado de realizar la función, pero la concepción formalista es, posiblemente, la menos defendible, porque es evidente que el Poder Judicial no solo ejecuta actividades jurisdiccionales y, en cambio, los otros Poderes puedan realizar esa función; entre nosotros, por ejemplo, basta pensar en los tribunales laborales o fiscales y en la constitución de la Cámara de Diputados en Gran Jurado, para descartar este punto de vista.

Otros autores consideran que la jurisdicción es la aplicación del derecho al caso concreto, pero tal punto de vista es demasiado vago, porque las decisiones administrativas, implican también aplicación al Derecho a un caso concreto y no son actos jurisdiccionales.

Se sostiene también que la jurisdicción es o implica una comprobación de una situación concreta y que tal comprobación tiene fuerza de verdad legal, pero esto tampoco resuelve el problema, porque, de acuerdo con el Art. 16 de nuestra Constitución, todo acto de autoridad debe fundarse y motivarse legalmente y no solamente el acto jurisdiccional.

Para otros, la jurisdicción se caracteriza por ser un acto de conocimiento en oposición, especialmente a la administración que es, acto de voluntad; esta separación, además de ser demasiado sutil tampoco es exacta, porque esos dos elementos existen también en los otros actos públicos.

Hay quienes pretenden encontrar lo característico de la jurisdicción en que no está sujeta, como la administración, a una jerarquía, sino que implica siempre una actividad independiente, pero esta independencia no puede ser lo característico de la función administrativa; en primer lugar, porque existen instituciones cuya actuación también está sujeta a un orden jerárquico y sin embargo, no por ello son jurisdiccionales y, en segundo término, porque aceptar este punto de vista equivaldría a negar la existencia de la actividad jurisdiccional antes de la división de poderes.

Se dice también que la característica de la jurisdicción es resolver cuestiones jurídicamente controvertidas o dudosas, pero ocurre que estas notas también son posibles en la actividad administrativa y, por consecuencia, no pueden estimarse exclusivas de la actividad jurisdiccional.

Otros autores consideran que en la jurisdicción se da un acto -

de substitución; Chiovenda (42) el más destacado sostenedor de esta corriente opinión, textualmente dice:

" Nos parece que la característica de la función jurisdiccional es la sustitución de una actividad pública a una actividad ajena. Esta sustitución tiene lugar de dos maneras correspondientes a los dos estadios del proceso, conocimiento y ejecución: a) En el conocimiento, la jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual, no solo de las partes, sino de TODOS LOS CIUDADANOS, al afirmar existente o no existente una voluntad concreta de la ley concerniente a las partes. En la sentencia, el juez se sustituye para siempre a todos al afirmar existentes una obligación de pagar, de dar, de hacer o de no hacer, al afirmar existente el derecho a la separación personal o a la resolución de un contrato, o querido por la ley un castigo. Esta función no puede significarse mejor que con la palabra juzgar; pero también esta palabra puede entenderse en otros sentidos, como cuando se dice "cada uno es juez en pleito propio". En la jurisdicción háblase de juez en este segundo sentido: "de juez en pleito ajeno". b) En cuanto a la actuación definitiva de la voluntad declarada, si se trata de una voluntad que no puede cumplirse más que por órganos públicos, esta jurisdicción en sí misma, no es jurisdicción; así no es jurisdicción la ejecución de la sentencia penal. Pero cuando se trata de una voluntad de ley que debe cumplirse por la parte litigante, la jurisdicción consiste en la sustitución de la actividad material de los órganos del Estado a la actividad debida, sea que la actividad pública tenga solo por fin constreñir al obligado a obrar, o que tienda directamente al resultado de la actividad debida. En todo caso, hay, pues, una actividad pública desarrollada en lugar de otros"

"Esto falta en la Administración. Administrar es una actividad autónoma impuesta directa e inmediatamente por la ley a los órganos públicos; así como el propietario obra por cuenta propia en los límites de su derecho de propiedad, así la administración pública en los límites de su poder obra por cuenta propia, no en lugar de otros. Cuando satisface, reconoce, reintegra o repara los daños ajenos, no hace nada distinto de lo que hace el deudor res--

(42) Chiovenda, José.- Principios de Derecho Procesal Civil. Ed. Reus.- Madrid.- T. I.- p.356 y ss.

pecto del acreedor o del poseedor restituyendo la cosa al propietario".

"En otros términos, concluye Chiovenda, la administración es una actividad primaria u originaria; la jurisdicción es una actividad secundaria".

Comentando esta teoría, Medina Lima (43) manifiesta que le recuerda el tribunal ateniense de los Heliastas, voz genuina del pueblo que resolvía las controversias con trámites breves y decisiones sabias; no obstante, el propio autor expresa que la sustitución, si bien se manifiesta en infinidad de casos, no existe en todos, señalando como ejemplo aquel en que el juez revoca su propia determinación.

Recurriendo a la finalidad, algunos autores sostienen que la jurisdicción tiene por fin la tutela del derecho subjetivo, en tanto que otros estiman que ese fin consiste en tutela del derecho objetivo. Aún cuando ninguno de estos dos criterios está exento de críticas, la idea de la finalidad nos parece muy útil, aún cuando no exclusiva, para caracterizar la actividad jurisdiccional.

En efecto, mientras el fin de la legislación es dictar normas reguladoras de la conducta y la administrativa persigue dar satisfacción a las necesidades colectivas, mediante la ejecución de actos regulares, continuos, uniformes, rápidos y exactos, a la jurisdicción se le puede atribuir como característica la tutela del derecho objetivo y, a la vez, la de los derechos subjetivos; en primer lugar, porque ambos derechos se implican recíprocamente y en segundo término, porque la actividad jurisdiccional tiende precisamente a lograr la coincidencia del derecho subjetivo con el objetivo, y es en esta coincidencia donde, tal vez, puede encontrarse el carácter teleológico típicamente jurisdiccional, pues esta finalidad no se encuentra, creemos, ni en la actividad legislativa ni en la administrativa.

La abundancia de puntos de vista sobre la jurisdicción es tal, que antes de intentar una formulación conceptual de la misma estimamos conveniente examinar el producto en que esa actividad se concreta, es de-

(43) MEDINA LIMA IGNACIO - Teoría de la Jurisdicción. - Revista de la Escuela Nal. de Jurisprudencia. México - Tomo II. - Núms. 7 y 8 Jul - Dic. 1940.

cir, hacer un examen del acto jurisdiccional siguiendo para ello, fundamentalmente, el sistemático estudio realizado por Lampué (44).

2.º La función jurisdiccional desde el punto de vista formal.º

Desde el punto de vista puramente orgánico, sera acto jurisdiccional todo - aquel que emana de una jurisdicción, o sea, de una autoridad que tenga el carácter de tribunal.

De conformidad con nuestra legislación, formalmente son actos jurisdiccionales todos los que emanan de los tribunales federales (Contit. de la República.- Art. 94 y Art. 1/º. de la Ley Orgánica del Poder Judicial- de la Federación; todos aquellos que realizan los tribunales del Distrito y - Territorios Federales (Constitución.- Art. 73, Frac. VI, base 4/a. y Arts.- 1/º. y 2/º. de la Ley Org. de los Tribunales del Fuero Común del Distrito- y Territorios Federales) y, por último todos los que ejecutan los órganos jurisdiccionales a que, en cada caso, se refiere la respectiva Constitución local y la correspondiente Ley reglamentaria).

Definir el acto jurisdiccional por el órgano que lo ejecuta --- resulta notoriamente insuficiente; siguiendo tal proceder más que definir el acto jurisdiccional se indicaría el acto judicial; además, y esto es lo más - grave, para aceptar ese intento de definición sería necesario que la actividad de juzgar se reservara, exclusivamente, a las autoridades judiciales, -- circunstancia obviamente inexacta, porque existen tribunales que no forman parte del Poder Judicial y por consecuencia, no habiendo correspondencia - entre el órgano y la función, resulta ilusorio todo intento de definición del acto jurisdiccional, considerando exclusivamente el órgano del que emana.

Con el propósito de salvar las dificultades estrictamente for-- males, se ha sostenido que en la definición del acto jurisdiccional más que-- referirse al Poder Judicial hay que hacer mención a la "función judicial", - entendida como aquella que "castiga los delitos y juzga las contiendas entre los particulares", excluyendo de tal función las controversias creadas por - las autoridades administrativas y las relaciones de derecho público entre la

(44) Lampué, Pedro.- La Noción del Acto Jurisdiccional Trad. de Jesús - Toral Moreno.- Ed. Jus.- México.- 1947.

administración y los particulares.

Entre nosotros, tal punto de vista llevaría a considerar como - jurisdiccionales, las actividades de los tribunales de trabajo, tomando en -- cuenta la similitud existente entre las autoridades administrativas encargadas de juzgar y los tribunales judiciales; no obstante, Lampué hace dos objecio- nes a esta tesis:

En primer lugar, dice, la justicia administrativa no es solamen- te dispensada por los organismos a quienes se ha dado una organización seme- jante a los tribunales tradicionales del orden judicial, sino que se ejerce -- igualmente por otros colegios, que presentan el aspecto de comisiones o de - consejos consultivos y no de tribunales; entre nosotros, tal cosa ocurre, por- ejemplo, con la Comisión Nacional de Seguros, que tiene facultad para -- "resolver las reclamaciones presentadas contra instituciones de seguros, dic- tando el laudo correspondiente.." (Reglamento de la Com. Nal. de Seguros. Art. 18, Frac. IV).

En segundo término, existen asambleas que en nada se parecen a los tribunales y a las cuales, sin embargo, se les confiere la misión de juz- gar; entre nosotros este caso recuerda la constitución de cada Cámara en Co- legio Electoral (Constitución, Art. 60), como el Gran Jurado en que se -- constituye la Cámara de Diputados. - Constit. (Art. 109).

Aún cuando la ley expresamente otorga a cuerpos legislativos- la función de juzgar, Carré de Malberg manifiesta que tales actos, en estric- to rigor, no son actos jurisdiccionales, pues de acuerdo con la composición- de las Cámaras, en los indicados casos siguen actuando órganos políticos: - aún cuando esta apreciación es correcta no es aplicable al punto que se exa- mina, porque aquí no se trata de averiguar si un acto cambia de naturaleza al realizarse por un órgano distinto: aquí solamente se examina el aspecto -- formal y formalmente, por indicación expresa de la ley y precisamente en -- nuestro caso de la Ley Fundamental, un órgano no jurisdiccional realiza, en el caso indicado, funciones jurisdiccionales, actividades de juzgador, aún - cuando en esa tarea no pueda desprenderse de su espíritu parlamentario.

Inversamente, así como hay actos jurisdiccionales que se eje- cutan por autoridades no jurisdiccionales, así también, los órganos jurisdic- cionales no realizan únicamente actos jurisdiccionales; en efecto, diversas

decisiones relacionadas con el personal judicial y a las cuales se alude en las leyes orgánicas del Poder Judicial, tanto Federal como del Distrito y Territorios Federales, no tienen el carácter de actos jurisdiccionales, a pesar de que son realizadas por la autoridad judicial.

Según Kelsen y Merkl, el único rasgo característico de la jurisdicción consiste en que el órgano encargado de juzgar no está jerárquicamente subordinado a otro órgano que pudiera prescribirle el contenido de sus decisiones; la jurisdicción se caracteriza por su independencia funcional, aspecto que tiene directa relación con la imparcialidad de las sentencias. Es verdad que la actividad jurisdiccional es independiente de su desarrollo, el cual debe ser lógico y ajustado exclusivamente al derecho; no obstante, se objetiva, la independencia en la actividad y la imparcialidad en la decisión no son notas exclusivas de la jurisdicción, pues hay órganos administrativos en cuya actividad presentan iguales características, sin que por ello realicen actividades jurisdiccionales; los jurados de examen constituyen un ejemplo típico de este fenómeno.

Consideraremos ahora el intento de definir el acto jurisdiccional por las características de su procedimiento.

"La jurisdicción se distingue esencialmente de la administración por sus formas, destinadas a garantizar a los justiciables el alto valor de la sentencia del juez" (45) de acuerdo con esto, el juzgador debe dar al debate un carácter contradictorio y garantizar a las partes el examen de todos los medios susceptibles de ser invocados tanto en pro como en contra de la pretensión, para averiguar la verdad, que debe dar contenido y sentido a la sentencia; para alcanzar esa alta meta, el legislador ha reglamentado minuciosamente el procedimiento jurisdiccional, pero aún cuando esta es la regla, hay dos excepciones que anulan la argumentación; por una parte, puede darse el caso que la ley reconozca a un órgano los poderes de un tribunal y, sin embargo, no lo sujete a un procedimiento minuciosamente regulado; además, puede haber órganos no jurisdiccionales que, no obstante, de-

(45) Carré de Malberg. R. - Contribution a la Theorie generale de l'Etat. - 1920. - p.782. - Citado por Lampué. - Op. Cit. p. 75.

ban actuar conforme un procedimiento minuciosamente establecido, y esta afirmación resulta decisiva, pues pone de manifiesto que el procedimiento no revela el carácter del acto; la existencia de un procedimiento determinado es rasgo normal pero no absolutamente necesario y mucho menos exclusivo de la actividad jurisdiccional.

Quizá el criterio formalista de mayor trascendencia es el que hace consistir la característica de la jurisdicción en la especial fuerza jurídica atribuida al acto jurisdiccional; en efecto, Jeze considera que el acto jurisdiccional está provisto de autoridad de cosa juzgada, al menos cuando la sentencia resulta inatacable.

Con mucha exactitud, indica Lampué, Jeze añade que la fuerza de verdad legal se le imprime al acto por voluntad del legislador y que, por ende, depende de la ley que una decisión sea o no jurisdiccional. Por fuerza de verdad legal de los actos jurisdiccionales debe entenderse solamente "la autoridad formal de la cosa juzgada", o sea, el carácter definitivo e inmutable que tienen las decisiones del juez, hecha excepción de los recursos legalmente procedentes, situación que no debe confundirse con la autoridad material de cosa juzgada que no es sino la fuerza obligatoria de los actos jurídicos y que, obviamente, no es característica exclusiva de los actos jurisdiccionales.

Resulta muy importante señalar, como lo hace Toral Moreno (46) que no solamente la sentencia tiene la fuerza formal de cosa juzgada, sino también, los actos judiciales a los que se refiere el Art. 426 del Cód. de Proced. Civiles para el Distrito y Territorios Federales, que incluye, además de las sentencias no recurribles, resoluciones que no son sentencias; es más, de acuerdo con el Art. 133 el citado Código, que alude a la preclusión, puede sentarse la siguiente regla: todas las resoluciones que no fueron oportunamente recurridas, quedan firmes, adquieren la fuerza formal de cosa juzgada, salvo los casos a que se refiere el párrafo segundo del Art. 94 del Ordenamiento en consulta, según el cual, las resoluciones judiciales firmes dictadas en negocios de alimentos, ejercicio de la patria potestad, interdicción, jurisdicción voluntaria y las demás que prevengan las leyes, ---

(46) Toral Moreno, Jesús. - Nota (r) al libro de Lampué. Op. Cit. p. 91.

PUEDEN ALTERARSE Y MODIFICARSE CUANDO CAMBIEN LAS CIRCUNSTANCIAS QUE AFECTAN EL EJERCICIO DE LA ACCION QUE SE DEDUJO EN EL JUICIO CORRESPONDIENTE".

En resumen, desde el punto de vista formal la tesis más aceptable es la que sostiene el carácter de cosa juzgada, del acto jurisdiccional.

3.- La función jurisdiccional desde el punto de vista material. Desde este punto de vista, también son diversas las teorías existentes, pero las más características se refieren al objeto del acto jurisdiccional, las que aluden a su estructura y las que hacen hincapié en su fin. Brevemente nos referiremos a ellas.

Ordinariamente, el acto jurisdiccional define, acepta o reconoce un derecho subjetivo, de donde se infiere que la sentencia supone un debate sobre la existencia de un derecho y de acuerdo con este orden de ideas se ha sostenido que la jurisdicción presupone un litigio, porque con esa actividad la autoridad pública pronuncia sobre un derecho discutido.

Posteriormente, otra teoría con las mismas tendencias enlazó la noción del acto jurisdiccional al hecho de comprobar oficialmente la existencia o inexistencia de un derecho; tal es el punto de vista de Duguít quien al preguntarse si juzgar es resolver un conflicto, se contesta: "Nó necesariamente; juzgar es comprobar, sea la existencia de una regla de derecho, sea la existencia de una situación de hecho.." (47)

Con las distintas teorías que aluden al objeto, fué creándose, dice Lampué, una idea compleja, pues al reconocimiento o declaración de un derecho subjetivo se unió la existencia de un litigio y a estos elementos hay autores que agregan la idea de discusión, terminando por formarse una concepción compleja, como es también la tesis según la cual comprende un elemento formal, consistente en la participación de un juez público, y un elemento material, la existencia de una disputa suceptible de ser zanjada-

(47) Medina Lima, Ignacio.- Teoría de la Jurisdicción.- Rev. de la Esc. Nal. de Jurisprudencia.- México.- T. II.- núms. 7 y 8.- Jul.- Dic. 1940.- p.318.

por una resolución de derecho, resolución que supone una discusión; contrariamente a estas tendencias, también se ha seguido el camino tendiente a simplificar la noción de jurisdicción señalando como único objeto de la misma, la comprobación de un estado jurídico o la respuesta a un problema de derecho.

Ahora bien, si se toma en cuenta que todos los agentes públicos deben examinar y reconocer la legalidad de su proceder y de ese modo resolver cuestiones jurídicas, los intentos de definir la jurisdicción por su objeto no resultan convincentes, de aquí que los autores se ven obligados a introducir nociones ajenas al objeto, como son el litigio, la de discusión, o algún otro.

Lampué explica que Duguit, avanzando en su concepción inicial, logró dar una definición material de la jurisdicción al considerar la estructura interna del acto y poniendo de relieve su carácter doble y compuesto; es más, posteriormente a esta concepción añadió la idea de fin.

Ese carácter doble del acto jurisdiccional consiste en que comprende una comprobación de que ha ocurrido o no una violación a la ley o a una situación jurídica y, además, una decisión tomada como resultado lógico de esa comprobación, de donde se desprende, además, que el acto jurisdiccional supone una pretensión de que el derecho se ha violado, pero esa pretensión no entraña necesariamente un litigio, pues bien puede tratarse de una pretensión unilateral.

La relación lógica entre la comprobación y la decisión les da unidad, es decir, el acto jurisdiccional supone lógicamente estos dos elementos; la sola comprobación o la sola decisión no produce ningún efecto jurisdiccional.

Esta concepción tiene la ventaja de que permite oponer los actos jurisdiccionales a los no jurisdiccionales, es decir, a todos aquellos que en su estructura no presentan el mismo carácter compuesto: pretensión de derecho, comprobación y decisión.

Las teorías que aluden al fin de la jurisdicción para caracterizarla, parte de la distinción entre función jurisdiccional y administrativa;

ésta, afirman, tiende a realizar las metas correspondientes a los intereses del Estado; en cambio, la función jurisdiccional tiende únicamente a asegurar la protección del orden jurídico en vigor; mientras la función administrativa cumple la ley como medio de realizar fines estatales, la función jurisdiccional es teleológicamente legalista; su fin es cumplir la ley.

En términos generales, de acuerdo con esta orientación el fin de la función administrativa es distinto del fin que se persigue al juzgar; la meta del juez es hacer que ejecuten la ley aquellos que la han violado; lograr el respeto a la ley es su última y única meta.

Los argumentos en contra de esta concepción del acto jurisdiccional, son abundantes; se ha dicho que la institución de los tribunales responde al mismo fin que la de los otros servicios públicos; que los agentes públicos, jueces o no jueces, aplican la Ley y la diferencia, si la hay, es que los jueces están más encadenados a la ley que los otros agentes; que es muy dudoso que el fin pueda revelar la naturaleza de un acto, porque el fin es un elemento del acto pero no es el fundamental, porquesiendo el resultado del acto, no afecta la consistencia de éste.

Por otra parte, siguiendo a Laband, Carré de Malberg (48) ha sostenido que los actos no pueden definirse por su finalidad, sino solamente por su estructura, sus elementos constitutivos, su contenido y ante todo, por sus efectos de derecho, amén de que, un mismo fin puede perseguirse por procedimientos técnicos diferentes y realizando actos que no ofrezcan la misma consistencia interna.

De conformidad con los puntos de vista expuestos, consideramos que la actividad jurisdiccional presenta, como notas distintas más salientes, las siguientes características:

- a) Es una actividad exclusivamente estatal.
- b) En ella, el Estado actúa como tercero imparcial
- c) Supone una situación jurídicamente dudosa o contravertida .

(48) Carré de Malberg.- Op.Cit. pág. 253

- d) Se concreta en actos que tienen fuerza de cosa juzgada y,
- e) Su finalidad consiste en hacer coincidir el derecho subjetivo con el objetivo.

Con base en lo anterior, aventuramos el siguiente concepto: -
HAY JURISDICCION EN TODA ACTIVIDAD IMPARCIAL DEL ESTADO, QUE -
IMPLICA EL CONOCIMIENTO DE UNA SITUACION JURIDICA DUDOSA O -
CONTRAVERTIDA, QUE SE CONCRETA EN ACTOS JURIDICAMENTE FIR -
MES TENDIENTES A LOGRAR QUE LOS DERECHOS SUBJETIVOS DE LAS -
PARTES, COINCIDAN CON LAS NORMAS DE DERECHO APLICABLES AL -
CASO.

III.- LOS FINES DE LA JURISDICCION.

1.- La jurisdicción y la acción.- La jurisdicción es concepto fundamental de la ciencia procesal, pero no el único, pues a él se -
ligan muy estrechamente los conceptos de acción y de proceso.

"Con la agudeza que le es propia, Calamandrei ha denomina
do estos conceptos "trinomio jurídico" (49) y Podetti (50) indica que "esta-
trilogía de conceptos angulares deben fundamentarse en una consideración-
unitaria y subordinada".

"Unitaria, porque ninguno de los tres puede tener existen-
cia independiente (dentro del derecho y de la ciencia procesales), pues se
compenetran y confunden en forma tal, que es imposible establecer en la -
teoría y en la práctica, un límite entre ellos".

"Subordinada, porque sin la dilucidación previa de la idea
de jurisdicción, no puede conseguirse una acepción lógica de acción. Y-
sin sentar debidamente estos dos conceptos previos, es ilusoria toda tentati-
va de entender lo que es el proceso".

De conformidad con esta clarísima exposición, todo intento
de estudio sobre los fines de la jurisdicción, por modesto que sea, exige,--
estimamos, una referencia aún cuando sea muy breve a estos conceptos fun-
damentales de la ciencia procesal. Tomando en cuenta que en capítulo --
precedente aludimos a la jurisdicción, intentaremos referirnos a la acción y
al proceso.

(49) Carlos, Eduardo B.- Introducción al Estudio del Derecho Procesal Ci-
vil.- E.J.E.A.- Buenos Aires.- 1959.- p. 118.

(50) Podetti, J. Ramiro.- Op. Cit. p. 338 y ss.

Desde el punto de vista del Estado, la noción de jurisdicción es administración de justicia, pero contemplado el fenómeno jurisdiccional desde el ángulo del ciudadano, es petición de justicia, dice Calamandrei (51).

Considerando el desarrollo del derecho de acción, el propio autor expresa que en la base de los conceptos de jurisdicción y de acción se encuentra, en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa, porque "derecho subjetivo significa interés individual protegido por la fuerza del Estado, no derecho de emplear la fuerza privada en defensa del interés individual", y la prohibición de la autodefensa es resultado de "una larga y trabajosa evolución".

"A la gradual limitación de la autodefensa, corresponde, en sentido inverso, una gradual extensión y un progresivo reforzamiento de la ingerencia jurisdiccional del Estado, en la defensa de los derechos privados"; para alcanzar una solución pacífica de los conflictos fue necesario "sustraerlo a las partes y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que, por estar desinteresado, pueda ser imparcial".

Inicialmente, "el Estado se limitó a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje", que primero fué facultativo y después obligatorio, para llegar a la "institución de los jueces públicos".

Desde siempre, la acción ha consistido en la actividad dirigida a la protección del derecho; en un régimen primitivo, el que quiere hacer valer su derecho se ve obligado a ejercitar su fuerza física, es decir, a realizar una "acción material"; en cambio, en un régimen donde la protección de los derechos requiere la participación del Estado, la palabra acción pasa a significar "el recurso con el que el ciudadano invoca, en su propio favor, la fuerza pública del Estado".

El derecho es, antes que empleo de la fuerza, reconocimiento de la libertad, dice Calamandrei, y la prohibición de la autodefensa --

(51) Calamandrei, Piero.- Op. Cit. Vol. I.- p. 221 y ss.

permite distinguir claramente la obligación de la sujeción. La relación jurídica entre los particulares, agrega, no es nunca un poder de sujeción de un hombre sobre otro hombre: es solamente, en un primer momento, una expectativa del titular del derecho que, para la satisfacción de su propio interés, cuenta con la voluntaria colaboración del obligado. Para pasar del momento de la obligación al de la sujeción, es necesario que el titular del derecho se dirija al Estado, a fin de que sea puesta en práctica, respecto del obligado, aquella relación de derecho público en la cual el Estado es soberano y el ciudadano es un subiectus; a fin de que, en otras palabras, la obligación se convierta en sujeción.

En esta forma "comienza a perfilarse el concepto de acción", pues "esta facultad de invocar en beneficio propio frente al Estado la prometida garantía de la observancia del derecho, es en un cierto sentido, la acción".

El jurisconsulto romano Celso definió la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe, noción que fué reproducida en las Institutas y que la escuela clásica completó definiendo como "el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe o que es nuestro", para comprender también los derechos reales (52).

"Este es, dice Dos Reis (53), el origen del concepto de acción como un derecho; más tarde, los interpretes del Derecho romano, como Vinnius y Heineccius, criticarán la definición de las Institutas, afirmando que la acción es más bien el medio o la vía por la cual llegamos a obtener lo que nos es debido, no el derecho de obtenerlo"; posteriormente, "Ya no se discutía si la acción era un derecho o un medio, sino si debía identificarse con el derecho material que pretendía hacerse efectivo, o si debía considerarse como un derecho autónomo e independiente. Fué en Alemania donde la cuestión se debatió largamente, teniendo después en Italia una repercusión considerable. Puede decirse, en rigor, que esta controver-

(52) Pallares Eduardo.- Diccionario de Der. Proc. Civ.

(53) Dos Reis, José Alberto.- Teoría de la Acción.- Trad. de Guillermo García Maynez.- Cía. Gral Edit.- México 1944.- p. 43.

sia representa el punto de partida de las doctrinas modernas sobre el proceso".

Con Windscheid, toma posición en el debate la doctrina alemana de la acción (54); la "actio", de origen romano, se entendía como pretensión frente al adversario; y la "klage", como querrela contra el Estado y Windscheid substituye al vocablo acción por el de pretensión ("Anspruch"), que se considera como "la dirección personal" del derecho, cuando es violado.

Cuando Windscheid expuso sus ideas "se conocía la enseñanza de Savigny, según el cual la acción es el derecho a la tutela jurídica, derivada de la violación de otro derecho. Tal afirmación, en sí exacta, dice Fazzalari (55) vanía acompañada de desenvolvimientos no siempre aceptables; por un lado, con la equivocada idea de que la acción dependía de la lesión del derecho, se establecía una distinción entre acción y acción seguida de la lesión; de otro lado, la acción venía configurada como parte, como aspecto del derecho substancial.

Windscheid fundamentó como posición substancial la facultad de imponer la propia voluntad en vía judicial, dando al término pretensión, por vez primera, un significado bien preciso y, colocándolo frente a la acción considerada como posición procesal, es decir, como la promoción del juicio.

Muther, apoyado en la tradición de la klage, se opuso a la dirección personal de la acción y la presentó como un derecho "contra el Estado", y aún cuando este tema fué ampliamente debatido por diversos autores, en general, afirma Podetti, "en la doctrina del siglo pasado se observan estas dos direcciones de la acción: la personal y la estadual; el derecho contra el obligado y el derecho contra el Estado".

(54) Podetti, J. Ramiro.- Op. Cit. p. 365 y ss.

(55) Fazzalari, Elio.- Note in tema de Diritto e Processo.- Giufre.- - 1957.- p. 10.

"En el sentido técnico, la acción es una cosa substancialmente diversa del derecho subjetivo material, que puede definirse como el derecho de provocar la actividad jurisdiccional del Estado para la apreciación y realización de los intereses protegidos por el derecho objetivo" (56); la diferencia entre los autores obedece al distinto punto de vista en el cual se colocan; mientras unos consideran la acción como derecho a la jurisdicción, otros, en cambio, hacen hincapié en la protección de los derechos, pero sea como fuere, resulta necesario indicar cuales son los puntos más salientes, elaborados en torno a la determinación de la naturaleza y contenido del derecho de acción.

Wasch es considerado como el principal exponente de la teoría del "derecho concreto a la tutela jurídica", según la cual, la acción no puede considerarse como un derecho abstracto que pertenezca a cualquier titular de derechos por el simple hecho de tener personalidad jurídica; esta posibilidad de acción es una simple facultad abstracta, pero no es el derecho de acción; el derecho de acción supone requisitos tanto substanciales como procesales que le dan derecho al titular a una sentencia favorable, consecuentemente, la acción es en primer lugar, un derecho concreto y en segundo término, un derecho a la tutela jurídica del Estado y por esto mismo, un derecho subjetivo PÚBLICO; como el ejercicio de ese derecho es una sentencia favorable, se trata de un derecho a sentencia favorable.

Bülow, siguiendo muy de cerca la teoría anterior, elaboró la teoría que considera la acción como el derecho del ciudadano frente al Estado para obtener una sentencia justa.

Estas teorías fueron vigorosamente combatidas en Alemania y en Italia por Kohler, Chiovenda, Alfredo y Ugo Rocco, todos ellos observan que la teoría no consigue eludir este dilema: el derecho concreto a la tutela jurídica se confunde, o con el derecho abstracto de accionar, o con el derecho subjetivo material que se pretende hacer valer en el proceso (57).

(56) Dos Reis, J.A.- Op. Cit. p. 71.

(57) Dos Reis, J.A.- Op. Cit. p. 76.

Chiovenda elaboró la teoría de la acción como derecho potestativo, que su autor explica diciendo: "nos queda por demostrar que la acción, como derecho que tiene por contenido un puro poder jurídico, y -- no un deber ajeno, no es una figura aislada en el sistema de los derechos. -- Nos parece indudable que la misma debe llevarse a una categoría que en -- estos últimos años ha sido estudiada bajo la denominación de "derechos de poder jurídico", y que llamaríamos derechos facultativos, si este nombre, -- por sí mismo equívoco (dado el sentido que tal adjetivo tiene en nuestro uso común), no indujese también a confusión con una categoría de la doctrina italiana y de la francesa a la que se conecta sólo en parte; por lo que, con mayor precisión, podremos llamarlos "derechos potestativos", ya que los -- mismos se agotan en una facultad o mejor en una potestad. (58)

Y en sus Principios, Chiovenda expone que "Entre estos de-
derechos potestativos encuéntrase la acción. "LA ACCION ES EL PODER-
JURIDICO DE DAR VIDA A LA CONDICION PARA LA ACTUACION DE -
LA VOLUNTAD DE LA LEY". "La acción es un poder que corresponde fren-
te al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actua-
ción de la ley". "La acción es un bien de la vida y un derecho autónomo,
generalmente nace del hecho de que quien debía conformarse con una nor-
ma garantizadora de un bien de la vida, ha transgredido la norma". "Ac-
ción y obligación son, pues, dos derechos subjetivos distintos, que unidos --
llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley que llamadas derecho-
objetivo. LA ACCION NO ES UNA COSA SOLA CON LA OBLIGACION,
no es el medio para actuar la obligación, no es la obligación en su tenden-
cia en la actuación, ni un efecto de la obligación, ni un elemento ni una-
función del derecho subjetivo; SINO UN DERECHO DISTINTO Y AUTO --
NOMO que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación".
(59).

(58) Chiovenda.- L'azione nel sistema dei diritti (en Sagg.) pp. 106 y 107.- Citado por Podetti, J.R.- Op. Cit. pp. 368 y 369.

(59) Chiovenda, J.- Principios de Der. Proc. Civil.- T.I.- p. 70 y -- ss.

No obstante la fecundidad del pensamiento de Chiovenda, su concepción de la acción como un derecho potestativo ha sido criticada, porque viene a contrariar lo que hoy se admite como un postulado de todo derecho subjetivo: su bilateralidad, y no existiendo derecho sin obligación recíproca, no resulta admisible la existencia de los llamados derechos potestativos.

Nos dá la impresión que el autor de la teoría que examinamos no pudo sustraerse a la influencia de los estudios romanistas, en los cuales, tenemos entendido, se consideraba que a través de la acción (considerado como derecho substancial) se tenía la facultad de imponer, por vía judicial, la voluntad propia, pero al mismo tiempo quedamos sorprendidos de que una autoridad jurídica tan grande como lo es Chiovenda, haya sostenido un punto de vista que riñe abiertamente con el postulado jurídico de la bilateralidad de toda norma jurídica, y el hecho de que los órganos jurisdiccionales se pongan en movimiento hasta que el derecho de acción se ejercita, nada novedoso entraña si se toma en cuenta que todo derecho supone, por ello mismo, el derecho de ejercitarlo o nó a discreción de su titular y de esta guiza, no solo el derecho de acción sino todo derecho, resultaría potestativo.

La teoría de la acción como "derecho abstracto de obrar tiene, como primer exponente, a Degenkolb, según el cual, el derecho de acción es un derecho público de las partes hacia el Estado, de ser oídas en vía legal, derecho que emana y se desenvuelve mediante el proceso" (60) - criterio del cual parten puntos de vista discrepantes en torno al sujeto pasivo de la acción, pues se discute si la acción se dirige contra el Estado, contra el adversario o bien, ante el Estado y contra el adversario.

Al respecto, Ugo Rocco (61) afirma que el Estado es sujeto pasivo de la acción en cuanto está obligado a prestar la jurisdicción. Chiovenda, como ya se indicó, estima que "la acción es un poder que correspon

(60) Podetti.- Op. Cit. pag. 370.

(61) Rocco, Ugo.- Teoría Gral. del Proceso Civil.- Porrúa.- 1959.- p. 181 y ss.

de frente al adversario" y según Alsina, "si concebimos la acción como un derecho público subjetivo contra el Estado para obtener la tutela de un derecho privado, la solución aparecerá más clara, porque el Estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal: la que tienen sus órganos jurisdiccionales de amparar en la sentencia a quien lo merezca; en tanto que el de mandado será el sujeto pasivo de la relación substancial cuyo reconocimiento la acción persigue" (62).

No obstante, parece oportuno transcribir aquí una aguda observación de Calamandrei (63), según el cual "cualquiera que sea la teoría que se prefiera, la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los Estados civilizados".

Antes de aventurar una opinión sobre el concepto de acción, permítaseme recurrir nuevamente a Calamandrei quien, después de hacer un repaso sobre las distintas teorías, sobre la acción se pregunta: ¿Cuál de estas teorías es la preferible? y contesta diciendo: "El problema no puede ser formulado en estos términos absolutos: el mismo solamente puede tener sentido siempre que se plantee históricamente respecto de un determinado ordenamiento positivo en una cierta fase de su desarrollo. No se trata, pues, de investigar la verdadera teoría, como si no hubiera más que una que pudiera considerarse absolutamente exacta". (64).

De acuerdo con estas ideas, estimamos que en nuestro Derecho sigue privando un criterio sobre la acción en la que existen resabios de viejas concepciones; es suficiente recordar la Frac. I del Art. 1/o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, para darse cuenta que estamos lejos de la concepción abstracta de la acción, la cual se ejercita ante el Estado con vistas a obtener, no una sentencia, sino precisamente una sentencia favorable, en relación siempre con un derecho determinado.

(62) Alsina.- Tratado I, 186.- Citado por Podetti.- Op. Cit. pp. 374 y 375.

(63) Calamandrei.- Instituciones.- p. 235.

(64) Calamandrei.- Op. Cit. p. 252.

La acción es, a juicio nuestro, no un derecho abstracto, si no el derecho autónomo, correlativo de la actividad jurisdiccional del Estado, que tiene por objeto aplicar la ley a un caso concreto, para lograr el respeto de los derechos subjetivos que las partes deducen en juicio.

2.- La jurisdicción y el proceso.- "El trinomio de las nociones fundamentales que constituyen las premisas de nuestro estudio, se completan con la de proceso (65).

Ugo Rocco (66) indica que "se llama proceso el momento dinámico de cualquier fenómeno" y "en nuestro caso, proceso es el desarrollo de una de las tres funciones fundamentales del Estado: la función jurisdiccional o judicial".

"La palabra proceso ~~procesus~~ deriva de procedere, que -- significa avanzar, camino a recorrer, trayectoria a seguir, en un sentido o -- hacia un destino o fin determinado." (67)

"La noción de proceso se halla encuadrada por la de acción, que viene a ser un punto de partida, y por la de jurisdicción, que representa su meta o, mejor dicho, su culminación", dice Alcalá Zamora y Castillo -- (68), de quien tomamos las ideas que apuntamos a continuación.

Personalmente, y el mérito indiscutible y excepcional de -- Bülow consiste en haberle buscado, mediante su doctrina de la relación jurídica, una explicación de Derecho Público a la naturaleza del proceso.

Los términos proceso y procedimiento (y aún algunos otros, -- como litigio, pleito, causa y juicio) se emplean con frecuencia como sinónimos e intercambiables; sin embargo, conviene evitar la confusión entre ---

(65) Calamandrei.- Instituciones.- p. 317

(66) Rocco, Ugo.- Teoría Gral. del Proceso Civil.- Ed. Porrúa, 1959.- -- pp. 81 y ss.

(67) Carlos, Eduardo B.- Introducción al Estudio del Derecho Procesal.- E. J.E.A.- Buenos Aires.- 1959.- p. 128.

(68) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto.- Proceso, Autocomposición y Auto-defensa.- Imprenta Universitaria.- México, 1947 pp. 99 y ss.

ellos, porque si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso. El proceso se caracteriza -- POR SU FINALIDAD JURISDICCIONAL COMPOSITIVA DEL LITIGIO, mientras que el procedimiento se reduce a ser una COORDINACION DE ACTOS EN MARCHA, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo. -- MIENTRAS LA NOCION DE PROCESO ES ESENCIALMENTE TELEOLOGICA, la de procedimiento es de índole formal.

Proceso y procedimiento coinciden en su carácter dinámico, reflejado en su común etimología, de procedere, avanzar; pero EL PROCESO, además de un procedimiento como forma de exteriorizarse, COMPRENDE LOS NEXOS QUE ENTRE SUS SUJETOS (las partes y el juez) SE ESTABLECEN DURANTE LA SUBSTANCIACION DEL LITIGIO.

El proceso, dice Carlos, "ha de entenderse como un conjunto o complejo de actos, realizados por las partes (actor demandado-querrelante-acusado) y el juez o tribunal, concatenados entre sí, en cuanto uno sucede al que lo precede y es causa del que le sigue y que van, desde el acto inicial que naturalmente lo incoa, hasta el que lo decide". (69)

La jurisdicción y la acción se materializan en el proceso; -- además, los fenómenos que constituyen el proceso deben ordenarse según sus causas y según sus fines últimos, pues por una parte cada actuación se vincula con la precedente, que la justifica y origina y por la otra, cada situación es tan solo una parte del conjunto armónico de actos que constituyen el proceso que, en su conjunto, persigue un fin general.

Señala Guasp (70) que las posturas conceptuales básicas entorno a la noción del proceso pueden clasificarse en dos grupos esenciales: -- uno, de orientación predominantemente material y otro, de orientación predominantemente formal: la orientación material considera el proceso como la resolución de un conflicto social. Las doctrinas que se inspiran en la orientación formal del proceso pueden también ser englobadas en una rúbrica co--

(69) Carlos, Eduardo B.- Introducción.- Pag. 128

(70) Guasp, Jaime.- Der. Procesal Civil.- p. 11 y ss.

mún: la actuación del derecho.

La superación de las dos posiciones anteriores, agrega Guasp, solo puede lograrse estableciendo una base sociológica y una base normativa del concepto del proceso. La base sociológica reside en el hecho de la pura existencia del hombre como ser que vive con otros, esto es, que convive. La convivencia humana determina, en efecto, por la misma naturaleza del hombre, que un miembro de la comunidad se queje o reclame ante sus semejantes y sobre esta base social se monta la base normativa de LA INSTITUCION PROCESAL, pues el Derecho, al convertir en este como en todos los casos los problemas sociales en figuras jurídicas, transforma la queja en sentido social en pretensión y trata de satisfacer al reclamante mediante la INSTITUCION que se conoce con el nombre de proceso, que Guasp define como "UN INSTRUMENTO DE SATISFACCION DE PRETENSIONES".

Avanzando en el examen del proceso debemos referirnos a su naturaleza jurídica, punto sobre el cual también existen opiniones diferentes.

"El estudio de la naturaleza jurídica del juicio civil consiste, ante todo, en determinar si este fenómeno forma parte de algunas de las figuras conocidas del derecho, o si, por el contrario, constituye por sí solo una categoría especial". Couture (71) hace hincapié en que este tema no es solamente una investigación teórica, pues la conclusión a que se llegue tiene consecuencias prácticas de especial importancia.

Cinco respuestas se han dado sobre la naturaleza jurídica del proceso, que lo entienden, respectivamente, como contrato, cuasi contrato, relación jurídica, situación jurídica, y, finalmente, como institución.

Con su erudición característica, Alcalá Zamora (72) señala que "antes de Bülow, tenemos las teorías privatistas, y a partir de él, las teorías publicistas", y examinando estas teorías, en resumen, expresa:

(71) Couture, Eduardo J.- Fundamentos del Der. Proc. Civil.- Aniceto López, Editor.- Buenos Aires.- 1942.- pp. 60 y ss.

(72) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto.- Proceso, Autocomposición y Auto-defensa.- Imprenta Universitaria.- México.- 1947.- p. 115.

Según la teoría del contrato, el juicio implica un auténtico contrato entre las partes, conforme al cual, ambos litigantes se comprometen a aceptar la decisión judicial de su contienda; el denominado contrato judicial sería la causa de la fuerza o autoridad que la cosa juzgada ejerce sobre las partes. Esta teoría y la cuasi-contractualista se hallan en íntima relación con el significado que dentro del Derecho romano clásico tuvo la litiscontestatio, la cual perdió su razón de ser a partir del procedimiento extra-ordinem. Citando a Couture, Alcalá Zamora concluye indicando que "solo subvirtiendo la naturaleza de las cosas, es posible ver en el proceso el fruto de un acuerdo de voluntades".

Si el proceso no es un contrato y dado que la litiscontestatio no es ni un delito ni un cuasi delito, por exclusión, solo quedaba una fuente para desentrañar la índole del proceso; el cuasi contrato. Los que así argumentaban pasaron por alto la primera y más importante de las fuentes de obligaciones: la ley. Pero la teoría cuasi contractualista, expresa Alcalá Zamora, adolece de los mismos y aún mayores defectos que su predecesora, en cuanto gira, como ella, en torno a una errónea o ficticia noción de la litiscontestatio, que además no brinda solución para el fenómeno de los procesos sin contradictorio o con este pospuesto.

En cuanto a la teoría de la relación jurídica, que es genuinamente alemana: "alemanes son el filósofo Hegel, que la vislumbra, Berthmann-Hollweg, que la sustenta y Oscar Bülow que en 1868 publica en Giesse su célebre Teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales, donde por primera vez se desenvuelve. Alemanes son asimismo quienes la difunden; quienes aportan a ella rectificaciones o variantes; quienes la adaptan a las distintas ramas del proceso, y, en fin, quienes más duramente la combaten y quienes proponen su reemplazo". (73)

Esta teoría, agrega el citado autor, "se fija en la ley como fuente de las obligaciones y entiende que el conjunto de derechos y deberes que componen el proceso integra una relación jurídica, establecida entre los tres sujetos que (en presencia o en potencia) reclama la noción de juicio. Los distintos actos procesales de este se hallan ligados por la unidad del fin perseguido"; además, "por su naturaleza implica una relación jurídica autónoma,

(73) Alcalá-Zamora y Castillo.- Op. Cit. pp. 119 y ss.

compleja y perteneciente al Derecho Público, porque el proceso supone el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado".

"El contenido de la relación jurídica procesal está integrado por los derechos y las obligaciones que entre los sujetos de ella tienen lugar y se trata de una relación en movimiento sin que esa unidad destruya la unidad procesal. Tal es la doctrina puesta en circulación por Bülow, dice Alcalá-Zamora".

Pero tal teoría ha sido entendida de diversas maneras; unos estiman que el proceso ES una relación jurídica; otros consideran simplemente que la ESTABLECE; otros más, aprecian UNA sola relación jurídica que se desenvuelve progresivamente; en cambio, para otros el proceso implica UNA SERIE de relaciones jurídicas.

En cuanto a los sujetos de esa relación también hay puntos de vista discrepantes: los sujetos son únicamente LAS PARTES; otros incluyen AL JUEZ. Además, unos opinan que las relaciones entre las partes son de derecho privado y otros, que se trata de relaciones de derecho público; en unos casos, se estima que esas relaciones son inmediatas, pero en otros se considera que se verifican por medio del juez. Para unos las partes adquieren derechos y obligaciones, en tanto que otros solo admiten ligámenes entre las partes, pero todos estos puntos de vista son simples variantes de la doctrina inicial.

Goldschmidt, continúa diciendo Alcalá-Zamora, contempla el proceso como situación jurídica, idea que toma Kohler, quien entiende por tal una etapa del nacimiento del derecho subjetivo, dándole un distinto y mayor alcance hasta convertir la idea de situación jurídica en una noción específicamente procesal, que representa EL CONJUNTO DE EXPECTATIVAS, POSIBILIDADES, CARGAS Y LIBERACION DE CARGAS de cada una de las partes y que significa EL ESTADO DE UNA PERSONA DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA SENTENCIA JUDICIAL, QUE SE ESPERA CON ARREGLO A LAS NORMAS JURÍDICAS.

Las expectativas se refieren a la obtención de una ventaja procesal y, en definitiva, a una sentencia favorable; su contrafigura son las perspectivas de una sentencia desfavorable. A su vez, la parte que puede proporcionarse mediante un acto una ventaja procesal, tiene una posibilidad-

u ocasión procesal, mientras que si tiene que realizar un acto para prevenir un perjuicio procesal, le incumbe una carga procesal.

Para la teoría de la institución, en el proceso existen verdaderamente deberes y derechos jurídicos, dice Guasp (74), quien expresa: -- "Se rechaza la doctrina de la relación jurídica procesal no por su inexactitud, sino por su insuficiencia. La multiplicidad de relaciones jurídicas debe reducirse a una unidad superior, que no se obtiene con la mera fórmula de la relación jurídica compleja. Tal unidad la proporciona satisfactoriamente la figura de la institución".

"Institución es un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. Hay, pues, dos elementos fundamentales en toda institución: la idea objetiva o común y las voluntades particulares que se adhieren a la misma; el primero de esos elementos se halla esencialmente por encima del segundo; aquel, incluso, suele corresponder muchas veces al derecho público, éste al derecho privado o, por lo menos, son de ámbito público y privado, respectivamente, los orígenes de uno y otro".

"Así entendido, el proceso es, por su naturaleza, una verdadera Institución. La idea común y objetiva que en él se observa es la de la satisfacción de una pretensión. Las voluntades particulares que en el proceso actúan se adhieren todas a esta idea común; lo mismo el juez en su fallo, que el actor en su pretensión, que el demandado en su oposición, tratan de satisfacer la reclamación que engendra el proceso, aunque cada uno de los sujetos procesales entienda de una manera particularmente distinta el contenido concreto que en cada caso debe integrar la satisfacción que se persigue".

Sin perder de vista que la teoría de la relación procesal es la más generalmente aceptada y de que no faltan quienes estiman compatibles las doctrinas publicistas, pensamos que es excesiva la alarma de Pina y Castillo Larrañaga (75) sobre la tesis de la institución, y más nos convence -

(74) Guasp, J.- Op. Cit. pp. 22 y 23.

(75) Pina, Rafael de y Castillo Larrañaga, José.- Ed, Porrúa, 7a. Ed.- pp. 190 y ss.

Eduardo Pallares (76) cuando dice: "Soy de la opinión que el proceso efectivamente es una institución y que su finalidad radica en la de administrar cumplida justicia a los litigantes que acuden a los tribunales en demanda de ella. Pienso que considerada en su esencia, la doctrina de Guasp se reduce a ello".

Consecuentemente, suponemos que realmente no hay inconvenientes serios para aceptar que el proceso es una institución en la que, por su complejidad, resultan aplicables los puntos de vista que la entienden como una relación jurídica que dá lugar a diversas situaciones jurídicas; en suma, pensamos que las tres teorías publicistas no se excluyen en la explicación de la naturaleza jurídica del proceso.

3.- La jurisdicción y sus fines. - Con las ideas expuestas sobre la función jurisdiccional, la acción y el proceso, contamos ya con puntos de apoyo y referencias para aludir, también de manera por demás breve, a los fines de la jurisdicción.

Debido seguramente a la limitada literatura procesal consultada, no hemos encontrado fuentes abundantes donde abreviar enseñanzas sobre este asunto, que no parece haber preocupado grandemente a los procesalistas.

Ante los estrechos vínculos que existen entre la jurisdicción y el proceso en que esa actividad se concreta, los autores hacen referencia a los fines del proceso señalando en esos trabajos puntos aislados y verdaderamente accidentales sobre los fines de la jurisdicción, a los que posiblemente aluden, de manera implícita, al referirse a los fines del proceso. No obstante, como en el proceso se concretan también el derecho procesal de las partes litigiosas (acción-excepción), las referencias teleológicas del proceso colocan en la incertidumbre los fines de la jurisdicción, o dicho en otra forma, en los fines del proceso quedan incluidos también, tanto los de la jurisdicción como los de la acción.

Así pues, poco ilustrativo resulta la insistencia sobre si el -

(76) Pallares, Eduardo.- Der. Proc. Civil.- Ed. Porrúa.- 1961, pp. 84 y -
ss.

fin general del proceso consiste en hacer efectivos los derechos subjetivos, - hacer cumplir la ley, lograr la composición justa del litigio, emitir la sentencia, o algún otro, sea de carácter abstracto o concreto, jurídico o extra jurídico. Además, también debe tomarse en cuenta la opinión que niega - finalidad al proceso, pues la observación de Ugo Rocco (77) que considera - absurdo atribuir fines a sujetos no volentes, aún cuando resulta discutible, es digna de tomarse en cuenta, porque hace hincapié en un punto que por sabi - do generalmente se calla: la complejidad característica del proceso, y el he - cho de que Rocco señale no el fin del proceso, sino los fines de las partes - del proceso, es idea aprovechable para nuestros propósitos.

Por otra parte, los fines de la jurisdicción es tema que esti - mamos importante, cuyo esclarecimiento vendría a dar perfiles más nítidos so - bre la acción, al distinguir, por exclusión, los fines de ésta, lo cual, a su - vez, haría posible determinar con mayor pulcritud conceptual los fines del - proceso en cuanto a tal, es decir, en cuanto expresión de la actividad juris - diccional que a su vez supone el ejercicio de la acción.

Entre la literatura relacionada con los fines de la jurisdic - ción, no podemos menos que recurrir al excelente trabajo de Briseño Sierra - (78) quien, al referirse al acto jurisdiccional en cuanto a su fin, distingue de la jurisdicción las cuatro perspectivas siguientes: función, situación, rela - ción y acto, lo que revela ya lo penetrante del análisis, que aporta, cree - mos, un enfoque novedoso sobre este asunto.

En la literatura procesal se alude a los fines generales del - proceso, pero el estudio que examinamos permite una aproximación al estu - dio de los fines particulares inmediatos, es decir, a los fines de la jurisdic - ción en desarrollo y no a los resultados finales de la actividad.

Además, las ideas de este autor resultan útiles para poner - de manifiesto que el punto de vista sostenido por Ugo Rocco, relacionado con los fines de las partes en el proceso, es aceptable en el enfoque, pero en la - argumentación, pues bien mirado, el procesalista italiano está en lo justo al - considerar que en el proceso se dan fines de las partes, pero sus argumentos -

(77) Rocco, Ugo.- Teoría Gral. del Proceso Civil.- pp. 83 y ss.

(78) Briseño Sierra, Humberto.- Consideraciones acerca de la Jurisdicción, - Revista de la Facultad de Derecho de México.- T. II.- núm. 5.- Enero - Marzo 1952.

en apoyo a tal afirmación no parecen del todo convincentes, pues al considerar que el juez y las partes son los que persiguen fines, se mezclan y confunden los fines procesales del juez, con los no procesales de las partes, pues éstas, orientadas a la obtención de un fallo favorable, persiguen fines vinculados con el derecho material que cada parte desea hacer valer en el proceso; en suma, el punto de vista de Rocco nos parece criticable por su vaguedad.

En cambio, el análisis de Briseño permite el examen de los fines generales, pero internos e inmediatos de la jurisdicción, que sí son de carácter netamente procesal, porque todos ellos se orientan al resultado lógico, fundado y justo del proceso.

La función jurisdiccional se concreta a los actos de las partes que entran en relación al desarrollarse del proceso, en el cual ocupan una situación bien definida; de conformidad con esta idea, siguiendo a Briseño procuraremos precisar los fines generales, internos e inmediatos de la jurisdicción.

La función jurisdiccional se concreta en actos y es unánime el criterio que considera la sentencia como el acto jurisdiccional típico, pero en contra de quienes sostienen que la sentencia es el único acto jurisdiccional, nos parece irrefutable el criterio contrario, que Ignacio Medina expresa diciendo: "puede afirmarse que el acto jurisdiccional no es único, como vulgarmente pudiera entenderse, si bien la sentencia constituye el acto jurisdiccional por excelencia.- La pretensión se agota en la sentencia y eventualmente en su ejecución. Pero hay una serie de actos preparatorios de la decisión final, indispensables a ella y precisamente realizados por el órgano estatal, que son igualmente jurisdiccionales; por ejemplo, el auto que da entrada a la demanda, sin el cual la sentencia resultaría inconcebible" (79).

Este criterio coincide con el análisis que Briseño hace de los actos jurisdiccionales y que clasifica en problemáticos, asertóricos y apodícticos.

(79) Medina Lima, Ignacio.- Op. Cit. p. 332.

Son apodícticos, aquellos "en que el grado de veracidad al canza lo definitivo; se habla entonces de fuerza de cosa juzgada y de que el acto es irrevocable y definitivo". La sentencia definitiva y los demás actos a que alude el Art. 426 del Cd. Proc. Civ. del Dto. y TT. FF., corresponden a este tipo de actos.

Son asertóricos aquellos "en que la veracidad deriva de una verificación a posteriori", es decir, "son actos sujetos a prueba en contrario, pero que en el momento de su expedición se presentan como ciertos". Dentro de este tipo quedan comprendidos los actos que, por "prueba" en contrario, pueden resultar nulos; tal sería el caso del auto admisorio de una demanda, contra la cual se opone y prospera, una excepción de incompetencia (Cod. Proc. Civ. Dto. y TT. FF. Arts. 154 y 155), como también quedaría comprendido en este tipo de actos la notificación no hecha en la forma legalmente establecida; en principio, este acto jurisdiccional es válido, pero si se demuestra que no se hizo ajustado a la ley, deviene nulo. (Cód. Proc. Civ. del Dto. y TT. FF.- Art. 76).

Finalmente, los actos jurisdiccionales problemáticos son aquellos en que "su grado de certeza depende de una condición", como ocurre con las facultades, indica Briseño, que el Art. 163 del Código Fiscal de la Federación otorga a los Magistrados Semaneros, que pueden dar por resultado la emisión de decisiones jurisdiccionales de certidumbre problemática, puesto que contra ellas podrá reclamarse ante la Sala, según el Art. 164 del propio Código". (80)

Independientemente del grado de validez de los actos jurisdiccionales, cabe formularse la siguiente pregunta: ¿Que finalidad jurisdiccional se persigue con ellos? y la respuesta, no por ser evidente deja de ser significativa: ante la imposibilidad de realizar coetáneamente todos los actos procesales, se impone en desarrollo progresivo de los mismos. Al referirse al desarrollo histórico de la ciencia procesal, Alcalá-Zamora (81) señala que "la tendencia judicialista surgida en Italia, y a la que en España pertenece al Maestro Jacobo de las Leyes, da un paso decisivo, la hace objeto a nuestra disciplina de exposiciones propias, que culminan por entonces en el

(80) Briseño Sierra, H.- Op. Cit. p. 28

(81) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto.- Op. Cit. p. 102.

Speculum iudiciale de Guillermo Duranti e incluso al conseguir una cierta-sistematización de reglas del Derecho Romano y canónico, MEDIANTE EL -FRACCIONAMIENTO DEL PROCESO, HASTA SU CULMINACION".

En tanto que el juzgador actúa como órgano estatal, no es parte en el conflicto y las partes litigiosas se encuentran sujetas a la autoridad del juez, quien "no juzga en lugar de las artes sino sobre ellas", señala Carnelutti; no obstante, las partes deben encontrarse en una situación de igualdad procesal, en el sentido de que ambas tengan las mismas posibilidades para hacer valer sus derechos, de tal manera que sean precisa y únicamente los derechos los que determinan la resolución judicial. Consecuentemente, el fin de la jurisdicción como situación consiste en EL RECONOCIMIENTO DE LA AUTORIDAD DEL JUEZ SOBRE LAS PARTES Y, RECIPROCAMENTE, EN LA IGUALDAD PROCESAL DE LAS PARTES FRENTE AL JUEZ.

Ordinariamente, cada una de las partes litigiosas tiende a obtener un fallo favorable; no obstante, siendo imposible dictar una resolución totalmente favorable para ambas partes, el juez tiene que hacer una selección para resolver en favor de la o de las partes, en aquello que demostraron tener derecho, es decir, debe proceder imparcialmente. La imparcialidad en la decisión no sería posible si el juez no gozara de libertad para decidir, como tampoco, si las partes carecieran de la libertad necesaria para pedir y para probar su derecho, y de aquí podemos desprender que el fin de la jurisdicción como relación, es: por un lado, GARANTIZAR LA IMPARCIALIDAD DEL JUZGADOR y por el otro, GARANTIZAR LA LIBERTAD PROCESAL DE LAS PARTES.

Como función, la jurisdicción corresponde exclusivamente a un órgano estatal, se inicia desde que el juez conoce la instancia original y concluye hasta el momento en que el poder del juzgador está formalmente autorizado para satisfacer la decisión final, dice Briseño.

Las notas distintivas de esta función ya han sido apuntadas - al indicar que corre a cargo, exclusivamente, de un órgano público; en segundo término normalmente, esa actividad no se desarrolla de una manera oficiosa, sino a petición de parte, punto este que Calamndrei explica, con su acostumbrada claridad, del siguiente modo:

"Elemento característico e inconfundible del derecho subjetivo en sentido propio es, por el contrario, esta preeminencia de la libre -- voluntad del individuo, a disposición del cual se haya establecida la norma jurídica que directamente tutela su interés individual; de suerte que el individuo, al que la ley deja como árbitro de exigir la satisfacción de su propio interés o de dejarlo insatisfecho, es libre de invocar en favor propio la protección jurídica que el Estado está dispuesto a darle, si él la reclama. Aquí el Estado, después de haber establecido la norma jurídica dictada directamente para tutela de un determinado tipo de intereses individuales siente como público el interés en la observancia de esta norma SOLO EN EL MOMENTO Y A CONDICION DE QUE TAL OBSERVANCIA SEA RECLAMADA POR EL INDIVIDUO TITULAR DEL INTERES TUTELADO." (82)

La actividad jurisdiccional concluye, normalmente, con la sentencia y eventualmente, con la ejecución de la misma; de la sentencia - suele afirmarse que es resultado del llamado silogismo juridical, donde la ley es la premisa mayor y el hecho, la menor; no obstante que este punto de vista está muy difundido, contra él se han formulado muy serias objeciones, por considerar que la actividad del juez no se reduce a una simple operación lógica. "En realidad, el trabajo lógico que el juez debe realizar para llegar a la conclusión, es mucho más complicado de lo que pueda hacer suponer este esquema lógico; la parte más delicada de la operación mental del juez no es la de sacar la conclusión de las premisas ya establecidas, sino la de encontrar las premisas y saberlas poner entre sí en tal relación que se aprecie perfecta coincidencia entre la hipótesis abstractamente formulada por la norma y el hecho específico real". (83)

Entiéndase la sentencia como un silogismo o como una operación mental más compleja, como normalmente con ella concluye el proceso, - puede afirmarse que el fin de la jurisdicción como función, es RESOLVER EL PROCESO EN QUE SE CONCRETA.

El rápido examen efectuado nos permite atribuir a la jurisdicción varios fines de índole diversa, y aún cuando de ellos podría hacerse una amplia, compleja y sutil clasificación, aquí solamente los enunciaremos-

(82) Calamndrei, P. Op. Cit. p. 132.

(83) Calamandrei, P. Op. Cit. pp. 161 y 162.

bajo dos rubros generales: fines inmanentes y fines trascendentes al proceso.

Entendemos por fines jurisdiccionales inmanentes al proceso, aquellos que se realizan DURANTE el desarrollo de la función jurisdiccional y por trascendentes, los que RESULTAN del proceso.

Consideramos que entre los fines jurisdiccionales inmanentes al proceso y no por ello incompatibles con los de éste, es posible incluir:

- a) La iniciación no oficiosa del proceso
- b) El desarrollo lógico del proceso
- c) El sometimiento de las partes a la autoridad del juzgador.
- d) La igualdad procesal de las partes
- e) La independencia del juez
- f) La imparcialidad del juez
- g) La independencia procesal de las partes
- h) La sentencia ajustada a derecho

En cambio, como fines jurisdiccionales trascendentes al proceso, pueden considerarse:

- 1.- La supresión de la autodefensa
- 2.- El respeto a la Ley
- 3.- Garantizar el cumplimiento de los derechos subjetivos.
- 4.- Lograr la paz social.

Tomando en cuenta que la jurisdicción se concreta en el proceso, permítaseme concluir citando a Carnelutti (84) quien dice: "La voz proceso, sirve, pues, para indicar un método para la formación o para la aplicación del derecho que tiende a garantizar la bondad del resultado, es decir, - una tal regulación del conflicto de intereses QUE CONSIGNA REALMENTE LA PAZ Y POR TANTO, SEA JUSTA Y CIERTA; la justicia debe ser su cualidad exterior o formal; si el derecho no es cierto, los interesados no saben, - y si no es justo, no sienten lo que es necesario para obedecer", pensamiento-

(84)

que el gran maestro italiano ha logrado acuñar en su insuperable fórmula sobre el fin del proceso y que expresa igualmente el fin general de la función jurisdiccional, fin que es lograr la PAZ CON JUSTICIA y que nos hace recordar también el lema que inspira los trabajos del Instituto Mexicano de Derecho Procesal: JUSTITIA PAZ FUNDAMENTUM.

CONCLUSIONES.

La síntesis de lo expuesto puede resumirse, tal vez, en las siguientes conclusiones:

1a.- El Estado es una realidad social, condicionada históricamente, que adquiere unidad bajo un poder jurídico político supremo.

2a.- La soberanía es el poder de ordenación territorial, -- único, indivisible y supremo, que permite al Estado autodeterminarse y auto-limitarse, y que se exterioriza en las funciones atribuidas a los órganos públicos.

3a.- La función legislativa es, desde el punto de vista material, la actividad del Estado destinada a establecer reglas de conducta, generales, abstractas e impersonales, de observancia obligatoria.

4a.- La función administrativa es la actividad del Estado -- tendiente a resolver de manera continua, uniforme, rápida y exacta, necesidades colectivas, en las que participa con interés directo y propio.

5a.- La función jurisdiccional es la actividad imparcial del Estado, que implica el conocimiento de una situación jurídica dudosa o controvertida y que se concreta en actos jurídicamente firmes, tendientes a lograr que los derechos subjetivos de las partes coincidan con las normas de derecho aplicables al caso.

6a.- Con la función jurisdiccional se logran fines, de carácter exclusivamente procesal, tanto en su desarrollo, como después de concluida.

7a.- Los fines inmanentes de la función jurisdiccional, son los resultados que persiguen el juez y las partes litigiosas EN el proceso, en el cual se concreta dicha función.

8a.- Los fines trascendentes de la jurisdicción son los resultados que se obtienen CON el proceso.

9a.- Los fines inmanentes de la jurisdicción y no por ello incompatibles con los del proceso, comprenden:

a).- En relación con el juez:

- 1.- El sometimiento de las partes a su autoridad.
- 2.- Su libertad para decidir
- 3.- La imparcialidad en su decisión

b).- En relación con las partes litigiosas:

- 1.- Su libertad procesal
- 2.- Su igualdad de trato frente al juez

c).- En relación con el juez y las partes:

- 1.- Que el proceso no se inicie oficiosamente
- 2.- Que la sentencia sea conforme a derecho

10a.- Entre los fines trascendentes de la jurisdicción, pueden incluirse:

- 1.- Evitar la autocomposición y, recíprocamente, no ser sometido a juicio oficiosamente.
- 2.- Garantizar que la ley será cumplida y, por consecuencia, que los derechos subjetivos serán respetados; es decir, restablecer la unidad y eficacia del derecho, haciendo coincidir la ley con los derechos individuales.
- 3.- Lograr la PAZ CON JUSTICIA.