

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.

¿QUE ES LA JURISDICCION?

TESIS

Que para Obtener el Título de
Licenciado en Derecho Presenta

JOSE RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ

MEXICO, D. F.
1942.



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 mis padres:

**SR. JOSE RODRIGUEZ y SRA. CLOTILDE
R. DE RODRIGUEZ, a quienes debo la carrera.
Como testimonio de eterna gratitud.**

A mi abuela:

**SRA. ADELA JURADO VDA. DE RODRI-
GUEZ, ejemplo de bondad y constancia.—Con
profundo amor.**

A MIS HERMANOS.

MIS AMIGOS.

A la Srta. CARMEN REYNOSO.

A MIS MAESTROS.

PALABRAS INICIALES

SEÑORES JURADOS:

Al someter a vuestra consideración este trabajo no podía empezar sino pidiendo excusas por el atrevimiento de desarrollar en él tema tan complejo.

No tiene la pretensión de ser un estudio perfecto, y tal vez ni novedoso, mucho se ha escrito acerca de la jurisdicción.

Sin embargo, este trabajo débese al gran amor que en nosotros despertaron las cuestiones del derecho procesal en general.

Reconocemos de antemano que numerosos errores puede contener y que nuestra concepción de la jurisdicción puede ser una concepción más; pero lleva toda la voluntad de quién por primera vez se inicia en un estudio serio dentro del campo del derecho.

Por eso os ruego, señores sinodales que al juzgar mi esfuerzo lo hagáis teniendo en cuenta que se encuentra respaldado por un sincero deseo de contribuir, aunque sólo en mínima parte, a aclarar los temas oscuros en las investigaciones jurídicas.

CAPITULO I

ORIGEN Y NECESIDAD DE LA JURISDICCION

CAPITULO I

ORIGEN Y NECESIDAD DE LA JURISDICCION

La convivencia social implica un mínimo de seguridad en el comportamiento de los individuos que componen la colectividad.

La existencia de la sociedad descansa en un saber a qué atenerse en la conducta que observarán los demás. El bien común no puede realizarse en una colectividad en la que no haya una regulación cierta y segura, en una sociedad en anarquía (1).

Es al derecho a quién corresponde establecer ese orden haciendo posible la común existencia social.

Pero si bien es cierto que el derecho nos da garantía y seguridad en el comportamiento individual, propio y de los demás, también es cierto que múltiples obstáculos se oponen a la plena realización de los intereses protegidos por el derecho.

Las relaciones de los individuos ocasionan múltiples consecuencias jurídicas que se traducen, en última instancia, en una regulación por parte del Estado, mediante su actividad legislativa, de dichas relaciones individuales y aun de la propia actividad frente a la de los particulares, quedando pues al derecho como garantía de fines o tutela de intereses, encomendado el mantenimiento del orden social.

Así, pues, cuando a una colectividad le interesa asegurar de la manera más firme la realización de determinados fines, los recoge en normas jurídicas.

Pero la sola existencia de mandatos jurídicos reguladores de la conducta de los asociados, no basta para el mantenimiento de la armonía social; surge así la necesidad de medios adecuados de que puedan disponer los agraviados, para que los fines o intereses protegidos por el derecho se vean realizados o satisfechos cuando éstos han sido lesionados.

Es cierto, como asienta Rocco (2), que el derecho es realizado en la normal relación de los hombres en forma espontánea y sin coacción, sentimientos éticos y sociales (a los cuales no es ajeno el derecho) inducen a aquellos

(1).—Recasens Siches. Vida Humana Soc. y Der., pág. 367.

(2).—La sentencia civil, pág. 7.

a quienes la norma se dirige, a arreglar a ella voluntariamente la propia conducta; pero puede ocurrir y ocurre con frecuencia que el hombre al buscar satisfacer su propio interés choque con el interés del prójimo y que entonces la norma jurídica quede inobservada por los propios obligados (3).

Descansando la sociedad, como hemos dicho, en el orden jurídico existente, es a ésta a quien interesa de manera principalísima el mantenimiento del mismo, mantenimiento que se realiza por la actividad del Estado llamada Jurisdicción.

Podría pensarse que si los hombres en las mutuas relaciones jurídicas se conformaran con las normas que las regulan; si siempre los obligados a una prestación se allanaron voluntariamente a su cumplimiento, si siempre hubiera voluntad firme de conducirse conforme a derecho, observando las prescripciones que del mismo emanan, podría prescindirse de la función pública denominada Jurisdicción.

Pero aun en ese supuesto, estando los individuos en la mejor disposición de conformar su vida en tal forma que al desplegar su actividad en el campo social no impidiera la actividad de los demás hombres, aun así, surgiría la necesidad de la actividad jurisdiccional, pues no siempre el incumplimiento de la Ley es voluntario.

Sucede algunas veces que la norma al tutelar algunas clases de intereses no lo hace en forma precisa y clara, surgiendo la incertidumbre de si determinado interés concreto encaja dentro de la disposición abstracta y general que es la norma. Débese esto a que la norma jurídica ha de reunir como caracteres indispensables, entre otros, la generalidad y la universalidad, y, por tanto, debe regular categorías de intereses de una misma especie.

Dos hipótesis son posibles en consecuencia: o bien la norma es lo suficientemente precisa y clara, de tal manera que los intereses concretos se encuentren comprendidos en la misma, o bien la disposición es oscura y el interés individual no cae, desde luego, con claridad dentro de la categoría de intereses protegidos.

En esta última hipótesis, como fácilmente se comprende, la sola voluntad de los particulares es impotente para la plena realización del Derecho, ya que al desplegar su actividad el obligado en determinado sentido y conformar su vida a lo que él de buena fe cree que prescribe la norma, realice actos diversos y aun opuestos a los que el sujeto de la pretensión exige por creer igualmente que su exigencia es lo que manda la norma.

(3).—Kisch observa en igual sentido que en la inmensa mayoría de los casos los preceptos de la ley son observados voluntariamente y que, sin embargo, puede ocurrir que se suscite controversia acerca de la extensión o existencia de derechos que una persona afirma poseer o que el obligado se rehusa a observar.—Elementos de Derecho Procesal Civil, Pág. 11.

Así, pues, los obstáculos que se oponen a la realización del derecho son, según Rocco, a quien seguimos principalmente en esta exposición, de dos clases: incertidumbre en virtud de que "la formulación misma de la norma general que ha de aplicarse, no esté hecha de modo claro o expreso", o bien que a pesar de que la tutela de determinado interés esté claramente comprendido en la norma, el obligado "se rehuse u omita acatarla, y deje así por mala voluntad incumplido el interés que la norma jurídica protege" (4).

Puede considerarse también como obstáculo que se opone a la realización del orden jurídico, la imposibilidad en que se encuentran los particulares y aun la ley para producir por si solos o extinguir estados de derecho. Como ejemplo de esta situación tenemos la imposibilidad en que se encuentran los individuos para declarar la nulidad o resolución de un acto jurídico (5), así la necesidad de una declaración judicial para tener como nulos los actos jurídicos simulados (Art. 2183 del Código Civil) y la resolución de una obligación (Art. 1949 del mismo ordenamiento).

De todo lo dicho, se infiere claramente la necesidad de hacer desaparecer los obstáculos que se oponen a la realización efectiva del derecho, realización que no puede ser confiada a los propios interesados, en virtud de que en caso de incertidumbre ambas partes conformarían su actividad a lo que ellos creyeran que prescribía el derecho y si en efecto la incertidumbre hace imposible la aplicación de la norma, una exigencia lógica hace que esta aplicación se haga por un tercero, único medio de lograr que la incertidumbre cese. Esta necesidad resalta más aún si la ley sustrae a la voluntad de los interesados la determinación de la tutela concedida por el derecho (6), viéndose con claridad en el campo del derecho penal, en donde la aplicación de la norma se sustrae a la voluntad de las partes.

La necesidad de la intervención de ese tercero surge también cuando el incumplimiento de la norma es voluntario; cuando el obligado a observar determinada conducta se rehusa u omite conformar su vida a lo que el derecho prescribe. Preséntase como una necesidad en virtud de que estando claramente establecida la tutela concedida a determinados intereses, provocaría en el agraviado una reacción que lo llevaría, en algunos casos, a co-

(4).—En forma parecida a Rocco y seguido muy de cerca expone el problema Des Reis. *Proceso Ordinario e Sumario* T. I. p. 104 y por Mauro Miguel y Romero.—*Principios del Moderno Derecho Procesal Civil*, p. 409.

(5).—"El acto jurídico anulable en tanto no ha sido anulado por una decisión judicial, produce sus efectos". "El Juez debe necesariamente intervenir para producir la nulidad del acto anulable" (Borja Soriano.—*Teoría General de las Obligaciones*, p. 134). Algunos autores han afirmado, como Aubry et Rau, que toda nulidad debe pronunciarse por sentencia, teoría que parecen confirmar los arts. 2226 y 2227 del Cód. Civ.

(6).—Rocco. *Opus. Cit.*, p. 10.

mejor excesos provocando conflictos y alteraciones en el orden social y aun la posibilidad de que la sola fuerza resultara impotente y en consecuencia no auxiliara al pretensor del derecho.

La imprescindible necesidad de mantener el orden jurídico y social origina la actividad jurisdiccional; actividad que como se ha indicado, no puede quedar encomendada a los interesados; y por las razones que hemos expuesto debe quedar confiada a un tercero. Este tercero tendrá que ser el Estado, toda vez que, como dice Rocco, "él (el Estado) es precisamente el órgano específico del Derecho".

Fácilmente se comprende que así sea, ya que si el derecho, como hemos indicado en un principio, mantiene el orden social y hace posible la convivencia, y a su vez la existencia del Estado, sólo tiene realidad en tanto en cuanto se asienta en el orden social, sea éste principal interesado en el mantenimiento de la vigencia del derecho.

Si a estas razones agregamos las de carácter técnico, consistentes en la aplicación del derecho, la determinación de si un interés se encuentra comprendido dentro de la hipótesis abstracta y general planteada por la norma, requiere a veces conocimientos especiales y aun profundos del derecho de los que en múltiples casos carecen los propios interesados; nos llevaría a establecer que corresponde al Estado la realización del derecho, pues es éste el único que puede sostener una organización de personas especializadas en esa ciencia. Si, además, según lo dicho, la existencia del Estado se fundamenta en la armonía social, en otras palabras, si se fundamenta en el derecho mismo, corresponde a éste de manera esencial interpretar, y aun aplicar el derecho cuando éste no ha sido observado por incumplimiento involuntario o bien por incertidumbre de la ley ya que, de otro modo la interpretación o aplicación que se hiciera del derecho, podría ocasionar en algunos casos mengua de la soberanía del Estado y aun perjuicios a los intereses del mismo (7).

En consecuencia, órganos especializados encargados de mantener el orden jurídico, sólo como órganos del Estado pueden concebirse en la actualidad.

La imposibilidad en que se encuentran los particulares y aun la ley, de producir nuevos estados de derecho y anular otros anteriores, hace nacer igualmente la Jurisdicción y presentarla como una necesidad.

Por otra parte, el postulado de que nadie puede hacerse justicia por su

(7)—Así, por ejem., los Tribunales eclesiásticos de la Edad Media; los Estados sujetos a capitulaciones, etc.

propia mano, consignado en nuestra carta magna en el artículo 17 (8), presenta como una necesidad esa actividad. Los pocos casos en que la ley lo permite, se encuentran justificados por su propia naturaleza (9).

(8).—“Ninguna persona—declara el art. 17—podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”, los tribunales “estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que marque la ley”.

(9).—Así, por salvarse o salvar a otro de un peligro inminente y grave: legítima defensa y estado de necesidad (Art. 15 frac. III y IV del Código Penal). El Código Civil autoriza al particular en algunos casos a la realización de actos que generalmente se prohíben: si las raíces de los árboles penetran el fundo de otro, éste puede cortar la parte que se extienda dentro de su heredad (Art. 848); es lícito a los labradores destruir a los animales bravíos o cerriles que perjudiquen sus sementeras o plantaciones, lo mismo que las aves domésticas en los campos en que hubiere tierras sembradas de cereales u otros frutos pendientes a los que pudieran perjudicar (Arts. 865 y 866); es lícito apropiarse los animales bravíos (Art. 870); los animales feroces que se escapan del encierro en que los tengan los dueños, podrán ser destruidos o capturados por cualquiera (Art. 873); en ocasiones puede retenerse la cosa para obtener el cumplimiento de alguna prestación (Arts. 810 frac. II, 228^o y 2287).

CAPITULO II

BREVE ESTUDIO HISTORICO

CAPITULO II

BREVE ESTUDIO HISTORICO

La actividad judicial asciende a la formación de la familia y de la sociedad. La más antigua de todas las sociedades es la familia; de ella nace la primera y más simple de las formas sociales; pero la tenacidad de los vínculos domésticos agrupa a muchas familias, constituyéndose la tribu.

Los hijos en la familia primitiva permanecen unidos a ella el tiempo que necesitan para conservarse.

"Esta libertad común es una consecuencia de la naturaleza del hombre. Su primera ley es velar por su propia conservación; sus primeros cuidados son los que se debe a sí mismo". (10).

Poco a poco la imposibilidad de vivir aislados los obliga a respetar un minimum de convivencia: ante todo seguridad en su vida, después seguridad en los derechos primitivos que van creciendo conforme aplica a la vida del mundo la actividad de su trabajo o de su inteligencia.

La reacción natural del ofendido oponiéndose a la violencia, en que la superioridad de la fuerza física es la que impone la norma, es poco a poco substituída por la decisión del más capaz, del más experimentado, y es entonces cuando la ancianidad con el auxilio de su autoridad y su respeto viene a resolver las controversias, "este jefe como el más sabio pronuncia los fallos en los juicios; como más experimentado posee la doctrina; como anciano rinde culto a la divinidad y así viene a ser a un tiempo mismo rey, juez, sabio y pontífice", de ahí su grande autoridad y respeto (11).

Ha nacido una forma primitiva de hacer justicia; en la tribu se reúne la fuerza moral y física del grupo: el jefe es la autoridad suprema, corresponde a él vigilar por la unidad del mismo ejerciendo la potestad suprema judicial para la protección y defensa de los derechos de cada uno contra los demás.

El jefe de la tribu es el antecedente de lo que en los grupos sociales más avanzados recibirá el nombre de patriarca, rey, emperador o monarca.

(10).—Rousseau, El Contrato Social, Cap. II, p. 13.

(11).—César Cantú, Historia Universal, T. I, p. 157.

En sus personas recae el poder de administrar justicia. "El rey es puesto en la tierra en lugar de Dios para cumplir justicia, e dar a cada uno su derecho" (12).

La forma de enjuiciamiento en estos grupos primitivos debió ser muy limitada, las decisiones debieron dárse "en un solo acto y en un solo día" (13); así la reclamación del interesado ante el patriarca; la exposición de los motivos que habían asistido al ofensor para ejecutar el acto y los medios (muchas veces ineficaces y raquíticos) justificativos de la verdad y exactitud de cuanto había expuesto; después de lo cual la decisión que señalaba el derecho de cada uno; realizábase en un solo día y acto. Ejecutábase, en consecuencia, una verdadera y primitiva actividad jurisdiccional.

A medida que el espíritu de propiedad se extendía y se desarrollaban las artes y el comercio, multiplicábase el número de derechos, los que necesariamente necesitaban mayores seguridades y mayores defensas. Naciendo así una mayor oportunidad de prueba, el tiempo para decidir sobre derechos amplióse y podían oírse alegaciones.

La tendencia a exagerar para producir mayor convicción en el juzgador, hizo a éste se le justificaran las pretensiones de las partes, es así como la prueba viene a ejercer una verdadera fuerza en el proceso, facilitando la decisión de los conflictos.

La primera clase de prueba que se ofrece al entendimiento después de la confesión de las partes, es sin duda la de testigos.

La inspección ocular de objetos y lugares debió ejercer notable influencia porque al decir de Caravantes (14) "en el origen de las sociedades se hallan las masas humanas como materializadas; el orden de los sentidos del cuerpo, de las impresiones físicas, tiene más poder que el orden intelectual" ... "Es necesario impresionar profundamente los sentidos para llegar al entendimiento".

En época más avanzada, cuando la inteligencia empieza a ejercer dominio sobre la naturaleza y puede conservarse por medio de la escritura la memoria de los actos, recurrese en las controversias a un campo mayor de investigación.

Actos o formas primitivas de contratos consignábanse ante los ancianos, los sacerdotes y aun ante los mismos juzgadores.

Cuando una disputa surgía en tales condiciones se facilitaba el acierto y justicia en la decisión: la prueba documental había aparecido.

Poco a poco la actividad encaminada a la decisión de derechos fué per-

(12).—Las Leyes de Partida, Ley V, Tit. 1, part. II (pág. 730 del T. I. Edición de 1893, de don Ignacio Sanponto).

(13).—Caravantes. Procedimientos Judiciales.

(14).—Opus, Cit. Pág. 15.

leccionándose hasta alcanzar el grado de perfección a que llegaron los pueblos primitivos de que tenemos noticia. A la historia corresponde, pues, iluminar y dar mayor claridad al camino que hemos seguido.

Analizaremos en los pueblos más antiguos las instituciones judiciales de que la historia nos da noticia:

EGIPTO.—Su legislación se unía de una manera indisoluble a su religión.

A los jueces se les asignaban rentas, dándoles independencia en el cumplimiento de sus deberes. La justicia se administraba gratuitamente. "Las causas se juzgaban por escrito y sin abogado" (15).

"Treinta sacerdotes escogidas de Tebas, Heliópolis y Menfis, formaban un tribunal superior"; de entre ellos elegían un presidente que se ponía al cuello una cadena de oro con la imagen de la Diosa Saté o diosa de la verdad y después de pesar las razones del pleito que debían, como antes se ha dicho exponerse por escrito, para evitar los atractivos de la elocuencia, volvía aquella imagen hacia la parte que juzgaba vencedora" (16).

Se conocían en Egipto, al decir de Caravantes, dos instancias. Para facilitar la actividad Jurisdiccional se dividía el Egipto en tres partes o distritos subdivididos en diez provincias, cada provincia se hallaba presidida por un decano elegido entre los sacerdotes. Estos jueces conocían en primera instancia los asuntos concernientes a la religión, causas criminales y civiles. La segunda instancia o apelación era de competencia de jueces o tribunales superiores que se hallaban establecidos en Tebas, Menfis y Heliópolis (17).

PUEBLO HEBREO.—La forma rápida del crecimiento judío durante su cautiverio, obligó al Rey de Egipto impedir que se multiplicasen. Mandó a las parteras diesen muerte a todos los varones que nacieran. Una mujer de la tribu de Leví coloca a su niño en una cesta y expónelo a la corriente del Nilo. La hija del Faraón lo recoge y lo salva. La princesa le da el nombre de Moisés.

Moisés se fuga; vuelve a Egipto, reúne a los ancianos y es reconocido y aclamado por el pueblo.

Gran administrador de justicia dicta fallos desde por la mañana hasta en la noche; y Dios dijo a Moisés: "Elige entre la multitud de varones más fuertes y temerosos de Dios, verídicos, exentos de avaricia y nómbralos jueces del pueblo" (18).

(15)—Segur, Historia Universal, T. I, p. 8.

(16)—César Cantú, Opus, Cit., pág. 254.—En igual forma es descrito por el Conde de Segur en su Historia Universal citada y por Diódoro de Sicilia, de donde toma Caravantes la descripción que hace en su libro.

(17)—Nicolai de Syn., citado por Caravantes, Egypt. pa. 4-5.

(18)—Exodo, XVIII, 21-28.

Así fué cómo setenta ancianos elegidos entre los más sabios de las doce tribus en que se había dividido el pueblo de Israel durante la esclavitud, "aplicaban a los casos particulares la ley, según el sentido declarado por los sacerdotes" (19).

Este consejo de ancianos formaba con Moisés la autoridad suprema del pueblo de Israel.

Por instancia de su suegro Jethro, Moisés nombra jefes para la decisión de los negocios, quienes por el número que mandaban recibieron el nombre de príncipes del pueblo, centuriones, quinquenarios y decanos (según que tuvieran mando sobre 1,000, 100, 50 y 10 hombres).

El orden judicial de los hebreos se alteró cuando se establecieron en la Palestina.

En cada ciudad había jueces que tenían jurisdicción sobre los lugares comarcanos. Las sentencias podían apelarse y "aun llevar desde luego las causas graves al jefe de la república y en su defecto al Sumo Sacerdote y más adelante al rey, el cual en estas causas graves tomaba parecer del Sumo Sacerdote.

Según Caravantes, este estado de cosas se restableció a la vuelta del destierro, durando hasta el tiempo de los Macabeos, en que se constituyó un Tribunal Supremo, al cual se le dió el nombre de Sanhedrin o Sinedrin, del griego Synedrion, que significa junta de personas sentadas. Componíase de 71 jueces. La primera dignidad príncipe o presidente, era casi siempre el mismo sacerdote. Había dos vicepresidentes o primeros asesores; los otros asesores formaban tres órdenes: el de los príncipes de los sacerdotes, o jefes de las órdenes sacerdotales; el de los ancianos (caudillos de tribus o cabezas de familia) y el de los escribas y sabios. Los príncipes de los sacerdotes eran los únicos asesores de derecho. Conocía este Tribunal de las causas más graves y de todas las apelaciones.

Había, según el Talmud, otro Tribunal, compuesto de veintitrés jueces que conocían de las causas menos graves e importantes, llamado el Sanhedrin menor, establecido en cada ciudad y conocido más comúnmente con el nombre de Sinagoga; en él no se trataba más que de causas religiosas.

Conocíanse varias clases de jueces: un tribunal de tres varones que juzgaba a las puertas de las ciudades compuesto de ancianos de cada tribu; otro de veintitrés denominado Sinagoga, que celebraba sus juicios al igual que el anterior, en las puertas de las poblaciones, y por último el Sanhedrin mayor, compuesto de 71 jueces, que conocía de los casos gravísimos y que estaba ubicado en Jerusalém.

(19).—César Cantú. Opus. Cit., pág. 176.

Los juicios sólo se celebraban por la mañana, quedando prohibido hacerlo por la noche, en sábado o días festivos.

El procedimiento era sumario: se presentaban las partes ante los jueces, los que se encontraban sentados sobre una alfombra. Dos escribanos asistían al juicio, uno escribía las actuaciones y el otro consignaba las sentencias y condenas. Después de oídas las pretensiones del actor y de las contestaciones del demandado, se examinaba a los testigos, después de tomarles juramento, necesitándose dos testigos para hacer prueba. Podría decirse que éstos eran los únicos abogados de las partes. La mujer, el menor y el esclavo no podían ser testigos.

Podían producirse como pruebas las escrituras en que se consignaban actos, tales como ventas, etc. Los jueces después de haber pesado en su ánimo las razones alegadas, daban su sentencia, lo que podía hacerse en el acto y así mismo procederse a su ejecución en las causas civiles.

"En los casos de pena capital, se procedía con la calma que merece una decisión irremediable. Oídos los testigos, se aplazaba la decisión para el siguiente día; los jueces se retiraban a sus casas en donde tomaban poca comida y se abstentían de vino" (20); en general se abstentían de cuanto pudiera indisponer contra la reflexión; reunidos nuevamente se discutía el punto. El juez que votaba condenando, podía modificar su fallo, el que había absuelto no podía ya condenar.

Pronunciada la sentencia, el acusado era conducido al lugar del suplicio, se publicaba su nombre, la culpa, el nombre del acusador y los de los testigos, excitando a todo el que supiese algún hecho que lo disculpara para que se presentase a exponerlo; acompañaban al reo dos jueces por si él mismo tuviera alguna razón que alegar. Hasta cinco veces podía volver ante sus jueces. Daniel para hacer retroceder a la comitiva que conducía a Susana, se fundó en este procedimiento.

Se conocía entre los hebreos el juicio de árbitros, así encontramos ejemplo de ello en el Antiguo Testamento Génesis, Cap. 31 v. 37 libro 21 del Exodo v. 22.

GRECIA.—El pueblo tuvo en Atenas el imperio y la Jurisdicción. Los magistrados se elegían por él. Se conocían dos fueros: el civil y el criminal, constituidos por Solón.

Los tribunales eran varios: El Areópago, el de los Efetos, El Prytaneo, el Paladio, el Delfino, el Phreacio, el Heliático, el Trigonio, el Parabisto y el Metychio; pero los principales tribunales y juicios que se conocían en Atenas eran los de los Areopagitas, el de los Efetos, el de los Prytanes, el Heliático y el de los Arbitros.

(20).—César Cantú, Opus. Cit., p. 177.

El Areópago se formaba por jueces elegidos por suerte, a los que se les daba por nombre archontes, y ese Tribunal junto con el de los Efetas conocían de las causas criminales. En este tribunal se juzgó a Sócrates. .

Los Efetas juzgaban en cuatro foros: En el Delfino, en el Paladio en el Phreacio y en el Prytaneo. En un principio este Tribunal se compuso de cincuenta jueces que llegó a ser aumentado hasta quinientos, los que se elegían anualmente y de todas las tribus. Más tarde se dividió en diez partes, que era el número de las tribus en que constaba el pueblo. La forma como administraban justicia era sucesiva pues cada tribunal de cincuenta jueces actuaba durante treinta y cinco días sucediéndole otro, por igual número de días.

No bastando estos magistrados para la buena marcha de la justicia se instituyó el Tribunal de los Heliáticos, constituido a su vez de numerosos jueces que administraban justicia en la plaza pública "sentenciando a la luz del Sol y en presencia de los Dioses".

Había en este Tribunal un grupo de jueces Thesmatetes encargados de examinar primeramente el hecho objeto de la contienda procurando que las partes los decidieron ex aequo et bono. Si no se obtenía resultado, se examinaba la acción y la ley en que se fundaba así como las excepciones que impedían el ingreso en el juicio, negando o conociendo; en caso afirmativo, lo pasaba al Tribunal Heliático, al Prytaneo o al Aerópago según que fuese civil o criminal.

Principiaba el juicio en el Prytaneo y en el Tribunal Heliático por la reclamación del demandante, si el demandado no concurría voluntariamente, entonces, por medio de la fuerza, se le obligaba a comparecer; sin embargo podía el reo no comparecer depositando una décima parte de lo reclamado. Cuando en estas condiciones no concurría se le condenaba por todo lo que demandaba el actor. Sin embargo cuando por causas justificadas no comparecía, ya fuera por enfermedad, etc., tenía acción para anular el procedimiento.

Cuando el demandado comparecía, exponía sus defensas o excepciones (tales como dolo, miedo, transacción, prescripción, incompetencia o el hecho de haber sido absuelto de aquella acción, etc.), presentaba cada parte sus testigos o los documentos en que fundaran sus derechos. Examinábanse los testigos, los que no podían dejar de concurrir bajo pena de cinco dracmas, escribiéndose sus declaraciones.

Las partes proponían sus pretensiones de palabra, por medio de oradores..

Solón reglamentó este ejercicio disponiendo que el orador fuese libre, prohibiendo este ejercicio al ofensor de la patria, a los perversos, etc. Se imprimía al orador o abogado un carácter casi religioso.

Los discursos elocuentes inclinaban muchas veces a los jueces al olvido de la equidad y la justicia, motivo por el cual se publicó una ley que prohi-

bía a los oradores corromper el ánimo de ellos. Esta ley nació de la célebre defensa que hizo Hiperides de la cortesana Phrynea, describiendo con tal brillo, expresión y calor la superioridad de la belleza física de su cliente sobre todas las demás mujeres, que fascinó a los jueces quienes pronunciaron un fallo absolutorio.

Se dividía en tres partes el conocimiento del proceso, en uno de los cuales se oía al demandante, en otro al demandado y en un último a los jueces marcando cada tiempo con un Clepsidro o reloj de agua.

Oídas las partes, el magistrado que presidía el juicio entregaba a los jueces un objeto que representaba los votos (en un principio conchas marinas, después habas de metal blancas y negras) los cuales eran condenatorios o absolutorios. En una urna se recogían los símbolos de condena o absolución. Las sentencias debían estar de acuerdo con lo que la ley dictaba y sólo cuando ésta fuera insuficiente se atenían a la equidad.

Las sentencias sobre acción personal debían llevarse a efecto en el término de treinta días, si el obligado no cumplía se podía pedir la ejecución.

De las sentencias dictadas por el Prytaneo, el Heliático y el Aerópago, no podía apelarse. El juicio entre árbirtos era conocido en Grecia de acuerdo con una ley dada por Solón, en el que los ciudadanos podían elegir un árbitro para terminar sus controversias. La sentencia del árbitro era irrevocable y no se podía recurrir.

Se conocían además otra clase de árbitros los cuales tenían un carácter público, cada tribu elegía cuarenta y cuatro, conocían de las causas públicas y criminales y en los lugares públicos; sus sentencias no podían ejecutarse hasta que era probada por los Archontes.

ROMA.—En Roma se encuentra una organización judicial completa que ha proporcionado las bases del procedimiento en el mundo. En efecto, había jueces que conocían de asuntos de poca cuantía, magistrados que conocían en primera instancia, jueces superiores de apelación, el monarca que enmendaba los errores y a quien se recurría por medio de súplica; asesores abogados, procuradores, etc. Había diversidad de juicios: arbitrales, ordinario, plenario, el sumario, el petitorio, de posesión, o interdictos, el ejecutivo, el de concurso, el juicio en rebeldía, el de apelación, etc.; en lo relativo a las partes del juicio, se conocía la demanda, la contestación, la reconvencción, la réplica, la contrarréplica, las excepciones dilatorias y perentorias, las diversas clases de prueba, los términos dilatorios y la sentencia.

Se conocieron en Roma tres formas de ejercitarse la Jurisdicción, que correspondieron a los periodos de: el de las acciones de la ley (legis actiones); el del procedimiento formulario y el del procedimiento extraordinario.

Caracterizábase el primero por su formalismo excesivo, ocasionándose la pérdida del derecho por una sola palabra inexacta (21).

Poco a poco fué apareciendo el procedimiento formulario haciendo caer al procedimiento de las acciones de la ley (22). Reinando aún el sistema de las fórmulas como procedimiento ordinario fué surgiendo en ciertos casos particulares un procedimiento excepcional en que el magistrado terminaba por sí mismo el litigio y llegó a tener posteriormente tanta importancia que se convirtió en el sistema dominante.

Antes de la ley de las Doce Tablas el procedimiento ordinario (común al de las acciones de la ley y al de las fórmulas) constaba de dos fases: una ante el magistrado (que fué el Rey, después el Cónsul, posteriormente el Pretor, en quienes radicaba la jurisdicción) que declaraba el derecho (*jus dicere*) y otra ante el Juez que examinaba el proceso (*judicium*), este juez recibía del Magistrado la misión de juzgar. Dicho juez era elegido por las partes del orden señorial o aceptado al menos por ellas.

Debía sin embargo recurrirse al magistrado para ejecutar las sentencias por medio de la fuerza pública.

No había más que un magistrado para cada distrito y la misión de juzgar era un cargo público que ningún ciudadano podía rehusar.

En un principio el Rey mismo ocupaba el Tribunal, e investido del *imperium* ejercía la jurisdicción. A la caída de los Reyes pasó a los cónsules, los que se elegían entre los Patricios.

Cuando en 387 de Roma lograron los plebeyos se nombrara de su seno un Cónsul, se separó la administración de justicia de la dignidad consular y la confiaron los Patricios a un Magistrado elegido de su seno, que se llamó Pretor. Mucho tiempo después lograron los plebeyos se nombrara entre ellos un Pretor; un siglo después se creó el Pretor Peregrino, llamándose entonces Urbano al anterior.

En el foro a la faz del pueblo, el Magistrado sentado en su Tribunal o silla de Magistratura administraba públicamente la justicia. Delante de todos se presentaban las pruebas, declaraban los testigos y los patronos o abogados hablaban. Allí el Magistrado pronunciaba decisiones llamadas decretos, o bien enviaba a las partes ante un Juez para la decisión de los asuntos litigiosos. Podía en caso necesario establecer su tribunal en

(21).—“Las acciones de la ley llevaban en el más alto grado el sello propio de los actos jurídicos de las civilizaciones en la infancia: actos, gestos exteriores, que materializaban, por decirlo así, el pensamiento y que le hacían visible revistiéndole de un traje corporal: símbolos físicos, pantomimas, que eran la representación de los objetos o de los actos violentos; en fin, fórmulas austeras por largo tiempo misteriosas, cuyos menores términos estaban consagrados (ejem., la ley Sacramenti). Ortolán, Historia de la Legislación Romana, p. 205.

(22).—Ortolán, Opus. Cit., p. 209.

cualquiera otra parte y señalar al juez que hubiera revestido de su calidad de tal, cualquier otro lugar; pero siempre públicamente.

"Posteriormente se construyeron pretorios, que eran unos edificios destinados para la administración de justicia; pero conservándose siempre la publicidad. Únicamente se cubría con un velo o cortina al Magistrado cuando deliberaba con sus asesores o consejeros en el semicírculo que les estaba reservado" (23).

Los jueces que apreciaban los hechos litigiosos figuraban en las listas y su elección la hacía el Magistrado que ejercía jurisdicción. Conocían de los asuntos criminales y de los civiles, en éstos las partes designaban libremente al juez.

Bajo las acciones de la Ley se conocían cinco clases de acción (24): Tres para la resolución y fallo del litigio y dos para proceder a la ejecución de la sentencia.

Las tres primeras son: **ACTIO SACRAMENTI**, que se aplicaba a todos los negocios respecto de los cuales no se hallaba determinada forma especial; consistía en el **SACRAMENTUM** o suma de dinero que cada parte debía depositar en manos del Pontífice (25) y que perdía el que era vencido en el litigio, aplicándose al culto público (26); la **JUDICIS POSTULATIO**, por esta acción podían las partes llegar al litigio sin depósito previo. Es poco conocido este procedimiento y sólo se sabe que se refiere a la demanda dirigida al Magistrado en solicitud de un juez que juzgue del litigio; por último la **CONDICTIO** que servía para reclamar las obligaciones. El acreedor en presencia del Magistrado intimaba a su deudor para que compareciese treinta días después a recibir un juez que conociese del litigio.

Las dos últimas: la **MANUS INJECTIO**, aprehensión corporal de la persona del deudor condenado convirtiéndose desde entonces en esclavo y atribuido en propiedad por el pretor, aunque sólo de hecho y no de derecho, pues era llevado por su acreedor a su casa en donde lo tenía en cadenas por sesenta días. Si en este intervalo después de haber sido conducido en tres días de mercado ante el Magistrado en el **COMICIUM**, proclamando el importe de la deuda, sin que nadie la cubriera, era adjudicado en propie-

(23).—Ortolán, Generalización del Derecho Romano, Pág. 117/8.

(24).—O especies de procedimiento.

(25).—Quinientos ases cuando el litigio pasaba de mil y cincuenta, si no llegaba a ella.

(26).—Esta acción recibió después una aplicación ficticia cuando se trató de la vindicación de un derecho o de un derecho real: Cuando se quería transferir a alguno una cosa o derecho que no tenía, se aparentaba o simulaba por parte de este último ante el magistrado, una reclamación, una **VINDICATIO** de este derecho. El que quería cederlo no contradecía, y entonces, no habiendo contestación, ni siendo, por consiguiente, necesario pasar el negocio ante ningún juez, el magistrado reconocía el derecho y adjudicaba. (Así era una forma de emancipación de los esclavos.)

dad al acreedor, quien podía venderle y aún matarle; la PIGNORIS CAPIO que era un medio de ejecución sobre los bienes del deudor. Consistía en el apoderamiento de una cosa que pertenecía al deudor.

Las acciones que hemos examinado, menos la última, tienen lugar en presencia del Magistrado.

ACCIONES DE LA LEY.—La forma de ejercerse la jurisdicción bajo el imperio de las acciones de la Ley era la siguiente: El demandante llamaba a su adversario ante el Magistrado. Cuando aquél se negaba a comparecer podía llevarse por la fuerza. Se exponía el asunto cumpliendo las partes las formalidades particulares (ya al SACRAMENTUM, en casos excepcionales a la simple POSTULATIO, a la CONDICTIO o a la MANUS INJECTIO). Si el negocio, por su naturaleza, podía decidirse por el Magistrado, como cuando la demanda era clara o era reconocida por el demandado terminaba aquel litigio como hemos dicho; de lo contrario citaba a las partes para que se presentaran de nuevo treinta días después para obtener el nombramiento de juez o de árbitro, garantizando las partes su comparecencia.

El día marcado por el Magistrado se presentaban las partes, el demandante reclamaba el nombramiento de un juez; después que las partes obtenían éste, se les citaba para comparecer ante él, el tercero día. El día fijado (que podía prorrogarse por justa causa) acudían las partes ante él. Hacía un resumen del negocio, presentaban sus pruebas, alegaban y finalmente dictaban sentencia.

EN EL SISTEMA DE LAS FORMULAS.—Ejercíase la jurisdicción por los Pretores cuyo número llegó a ser hasta de dieciocho en tiempo de Pomponio, por los ediles, el Pretor de la ciudad y el pretor del pretorio; y en las provincias, divididas por Augusto en populares y provincias del Emperador, por los gobernadores de cada provincia con los diversos nombres de Procónsules, Propretores, Lugartenientes de César, Presidentes y Prefectos. Sobre todos fallaba en último recurso y soberanamente el Emperador, Magistrado Supremo.

La misión de juzgar continuó ejerciéndose por el juez o árbitro (JUDEX o ARBITER) dado para cada causa, los recuperadores y el colegio de los CENTUNVIROS, que se conservó aunque en decadencia hasta el fin de este sistema.

Una gran alteración se realiza bajo la vigencia de este sistema, el derecho de ser instituido Juez cesó de ser un privilegio entre los Patricios, extendiéndose a diversas categorías de plebeyos.

Cinco decurias o listas de ciudadanos llamados a ser jueces se formaban cada año por el Pretor en el foro, en medio del Pueblo, y se fijaban al público: La primera decuria se componía de Senadores; la segunda de Ca-

balleros; la tercer a de Militares; la cuarta y quinta de ciudadanos. De estas listas se escogían jueces para cada causa.

El Magistrado era siempre único en cada jurisdicción y único el juez en cada causa. Pero el uso de hacerse acompañar de asesores, de hábiles jurisconsultos cuyas luces pudiesen ilustrar las dificultades de la causa, llegó a tomar una grande extensión.

En el sistema de las fórmulas los gestos solemnes y las palabras sacramentales desaparecieron. El Magistrado fijaba la fórmula que era el Reglamento del litigio.

Publicaba el Pretor numerosas fórmulas para hacerse cargo de su Magistratura, exponiéndolas en su álbum por orden de materias. El demandante elegía la acción. La elección era de suma importancia, pudiendo perderse el negocio si erraba en ella. Elegida y pedida la fórmula de la acción podía el demandado impugnar su admisión o bien pedir se insertasen en la fórmula las excepciones. El actor podía contradecir los medios invocados por el demandado y éste podía asimismo replicar. Las acciones o excepciones no eran admitidas si no se fundaban en derecho.

Admitida la acción remitía el Pretor a las partes con la fórmula elegida por el actor ante el juez nombrado por ellos de las decurias o bien al que la suerte había designado.

Las partes de que constaban las fórmulas eran: I.—La DEMOSTRATIO; que enunciaba la cosa objeto de litigio y los hechos alegados por el actor (27); II.—La INTENTIO que precisaba y resumía la pretensión del demandante y que fijaba la cuestión tanto de hechos contradictorios como de derecho y que el juez debía apreciar; III.—La CONDEMNATIO, que ordenaba al juez condenar o absolver conforme el resultado de su apreciación fijándole con más o menos latitud la condena; y IV.—La ADJUDICATIO por la que el magistrado confiaba al juez, independientemente de condenar o absolver, el de adjudicar a las partes la propiedad de las cosas objeto del litigio.

Toda condena cualquiera que fuese el litigio, era en este sistema, pecuniaria, principio capital y característico. Naciendo procedimientos ingeniosos para evitar las consecuencias de él.

Ocasionalmente la fórmula podía contener otras partes accesorias llamadas ADJECTIONES conocidas con el nombre de excepciones, réplica, dúplica, tríplica, prescripción etc. Empleábanse las excepciones cuando existiendo la acción según derecho estricto y debiendo concederse al actor, alegaba el adversario alguna circunstancia particular (por ejemplo, de dolo o fraude), de tal naturaleza, que a ser cierta haría injusta la condena.

(27).—Esta parte, según Ortolán (Generalización del Derecho Romano, p. 125), podía no hallarse en la Fórmula, por no ser necesaria o estar suficientemente contenida en la parte segunda.

Para que el juez que no tenía otros poderes que los que le daba el magistrado, pudiese averiguar esta circunstancia y apreciarla justamente, enunciaba el pretor en la fórmula la excepción invocada y restringía la potestad que confería al juez de condenar al demandado si no probaba su excepción.

La réplica no es otra cosa que la excepción del demandante contra la del demandado. Mackeldey (28) dice que "así como el demandado puede oponer una excepción a la acción, así también el demandante puede, por mediar nuevos hechos o circunstancias, hacer nula la excepción de aquél y sostener su demanda", llamando a esto réplica (REPLICATIO).

La dúplica (DUPLICATIO) según el mismo autor es la respuesta del demandante a la réplica, así como a la réplica de la dúplica se le llama tríplica.

La excepción fué en manos del pretor un medio eficaz de corregir el rigor del derecho civil.

La instancia comenzaba en este sistema como en el precedente por la IN JUS VOCATIO. El reo que se negaba a presentarse al magistrado podía ser conducido por la fuerza. Este medio desapareció cuando el pretor estableció una multa y una acción contra el que se negaba a comparecer. El pretor ponía al actor en posesión de los bienes del demandado cuando éste no concurría, obligándolo en esta forma a comparecer.

Presentes las partes ante el magistrado, se practicaban las formalidades relativas a la designación, a la redacción y a la entrega de la acción y de la fórmula.

Entregada la fórmula se citaba a las partes para comparecer ante el juez. Cuando el demandado faltaba se daba una orden de comparecencia, pudiendo darse hasta tres con intervalo de diez días, procediéndose a dictar sentencia después de ello. Ante el juez el negocio se exponía en forma sumaria, el cual a veces señalaba plazos para preparar la resolución o la producción de pruebas. Se conocían como medios de prueba, la de testigos, los títulos, el juramento y la confesión; y después de haber defendido su causa las partes o sus abogados, el juez, que podía asesorarse, pronunciaba en voz alta la sentencia. El procedimiento anterior era el ordinario pero había veces en que el magistrado no enviaba ante el juez, sino que él mismo daba la decisión (EXTRA ORDINEM COGNITIO) (29).

Progresivamente el número de casos se aumentó hasta que llegó a ser sistemático cediendo en consecuencia el procedimiento Formulario al Extraordinario (EXTRAORDINARIA JUDICIA).

(28).—Manual de Derecho Romano, p. 215, trad. de Eduardo Gómez Santa María.

(29).—Restitutio in integrum, la misión de posesión en bienes y de contestaciones sobre fideicomisos.

CONOCIMIENTO EXTRAORDINARIO.—Bajo este sistema el **JUS** y el **JUDI- CIUM** se confunden, la actividad del juez y del magistrado se funden en una sola. No había pues en esta época distinción entre la declaración del derecho y del juicio, ni redacción ni fórmula alguna. El demandante llamaba directamente a su contra parte ante la autoridad competente, el magistrado hacía notificar la demanda al demandado y juzgaba la causa, encargado a un mismo tiempo de la jurisdicción y del poder de juzgar. Debe hacerse notar que sólo los presidentes de las provincias se hallaban autorizados cuando la cantidad de negocios era numerosa, a pasar las causas de menor importancia a jueces pedaneos que eran legistas o jueces inferiores agregados en número determinado a la competencia de cada pretorio. La organización de estos jueces es desconocida y sólo se sabe que Justiniano redujo a la suma de trescientos sueldos.

Hallábase dividido el imperio desde Constantino en cuatro grandes prefecturas, a la cabeza se puso un prefecto del Pretorio (Oriente Iliria, Italia y las Galias); cada prefectura se dividía en diócesis, cada diócesis en provincias gobernadas por su rector o presidente.

El emperador era la autoridad soberana; el prefecto del pretorio era la autoridad judicial superior. El presidente de la provincia conocía en apelación de las sentencias de los magistrados locales.

Había además jurisdicción fiscal, militar y la eclesiástica; tal era la organización judicial.

En este último sistema se realizan grandes progresos, la acción no fué ya una forma determinada y sacramental de proceder como lo fué bajo el sistema de las acciones de la ley; ni fué tampoco el derecho conferido por el magistrado de reclamar ante un juez lo que se nos debe en justicia sino que ahora significa el derecho que resulta de la legislación misma derivante, no de una concesión especial del magistrado sino de la misma ley de dirigirse directamente a los jueces para pedir justicia.

La excepción ya no es una restricción puesta por el magistrado al poder de condenar conferido al juez, sino que es un medio de defensa otorgado al demandado para rechazar la reclamación dirigida contra él. Derecho que hacía valer por derecho propio.

En virtud de la brevedad de este trabajo nos vemos en la imposibilidad de tratar de la apelación entre los romanos y pasaremos a estudiar la forma de ejercerse la jurisdicción entre los germanos.

PUEBLO GERMANO.—Entre los germanos la Jurisdicción se ejercía por las asambleas populares, las cuales juzgaban el hecho y aplicaban el Derecho. Estas juntas se celebraban todos los meses, los días de luna nueva y plenilunio; los asuntos de poca importancia se resolvían por los

principales; para la resolución de asuntos graves como las causas criminales, las civiles de importancia así como para la elección de Rey se sometían a la asamblea de la tribu (la que constituía el tribunal supremo de cada pueblo germano). Las causas civiles tenían en su resolución gran solemnidad. Cuando alguno creía tener derecho a una cosa que a otro disputaba, se ponía en el caso de adquirir mediante la violencia y la fuerza lo que éste poseía y rehusaba darle por la simple demanda, el demandado recurría a las armas para conservar su posesión. Naciendo la forma frecuente con que los germanos recurrían a los duelos o FAIDAS. Estos combates en que muchas veces se perdían los mejores guerreros hizo intervenir a la sociedad para dirimir las controversias indicando a quién correspondía el derecho. Las Juntas conocían, pues, de los pleitos dictando sentencia. La ejecución era análoga en los juicios criminales. Pronunciada la sentencia, la sociedad o el Jefe se encargaba de que el condenado les diera cumplimiento; si se negaba a cumplir se le imponía una multa y aún a veces se le separaba de la sociedad llegando algunas veces a la muerte natural o civil del insumiso. La mujer estaba imposibilitada de suministrar alimentos al marido cuando éste había sido separado del grupo.

Posteriormente debido al crecimiento numeroso de la población y extenderse las tribus conquistadoras por diversos territorios fué necesario establecer una jurisdicción local dejando a las grandes asambleas el conocimiento de los negocios de interés general para toda la nación. En tal virtud se reemplazaron los antiguos Jefes de pequeñas tribus por Magistrados que ejercían las mismas funciones civiles y militares que aquéllos, a quienes se les dió el título de Condes. Cada Conde presidía las reuniones del Condado, congregaba a los hombres libres para llevarlos a la guerra, ya para mantener la paz o la resolución de los juicios y su ejecución (recibían el nombre de PLACITA-MINORA).

Los Condes fueron elegidos en un principio por el Pueblo, después por los Reyes. Los Magistrados inferiores eran nombrados por el Pueblo.

El procedimiento de los PLACITA-MINORA era sencillo y breve. Interventían en el proceso doce escabinos destinados bajo juramento a conocer del hecho. El actor comparecía el día que se celebraba junta o para el que señalaba el Conde y exponía su pretensión; a su vez el demandado proponía sus excepciones; cuando no comparecía se le citaba hasta por tres veces y no concurriendo se le multaba, multa que era repartida entre el Conde y el demandante.

La ADMALLATIO o citación debía hacerse en el domicilio del demandado. La multa podía hacerse efectiva por embargo de los bienes del mismo demandado.

Después de oídas las partes, cuando ambas concurrían, se concedían

términos largos para probar. Podían probar por testigos, por juramento hecho por cierto número de conjuradores y por el combate judicial.

"El acusado se presentaba con cierto número de parientes o amigos los cuales juraban que estaba libre de la imputación que se le hacía, o bien que daban crédito al juramento que habían prestado" (30). De esto, deduce Cervantes (31) que había dos clases de testigos: Los que se presentaban para imposibilitar la demanda o de excusa contra ésta; y los que juraban la falsedad o improcedencia de la misma o bien que el demandado decía verdad. A ambas clases de testigos se les daba el nombre de conjuradores.

Careciendo los bárbaros de instituciones científicas sus medios de prueba eran atrasados y de un carácter marcadamente supersticioso; los Juicios de Dios eran las pruebas vulgares conocidas; creían que Dios intervenía para sostener la inocencia; unas veces permanecían los actores con los brazos levantados mientras se celebraban actos religiosos perdiendo el que los bajara por cansancio. Las pruebas del agua hirviendo y del fierro candente eran más frecuentes: se ponía en el fondo de una caldera de agua hirviendo una bala, y el acusado debía sacarla con la mano desnuda, o bien tomar con la mano un hierro candente o caminar descalzo sobre barras enrojecidas (32), condenándose al que no podía resistir esta prueba, considerándose al que la resistía como inocente porque se encontraba bajo la protección de Dios.

Existía la prueba de la cruz, la del combate judicial, etc., consistiendo la primera en colocar a los contendientes de pie frente a la cruz, declarándose culpable al que caía primero agobiado de cansancio. La segunda consistía en un duelo entre las partes o entre las personas que elegían o se presentaban por ellas para este efecto, creyéndose al vencedor protegido por su inocencia por la Divinidad.

Conocida la controversia, se llegaba a la decisión o sentencia. Los jueces presididos por el Conde examinaban los hechos, las pruebas, etc., pronunciando sentencia con arreglo a la Ley y a nombre del Conde. La ejecución de la misma correspondía igualmente al Conde.

El procedimiento era público, teniendo cada hombre el derecho y aún la obligación de concurrir al juicio; debiendo conocer por tanto la demanda, la defensa y las pruebas. Pruebas que se indicaban en voz alta. Siendo necesario convencer a todo el pueblo de la realidad o falsedad del hecho o la culpabilidad o inocencia del acusado, las pruebas del combate judicial, la de la cruz, el fuego y el agua se practicaban ante él.

(30).—César Cantú). Historia Universal, T. II, p. 143.

(31).—Opus. Cit., pág. 55.

(32).—Así demostró su castidad Emma Reina de Inglaterra y Cunegunda, esposa del Emperador San Enrique.

ESPAÑA.—Bajo la dominación romana ejerciase la jurisdicción por un Vice-prefecto y en cada una de las provincias por un Gobernador consular legado o presidente. En ellos radicaba después del Príncipe el poder supremo, y el procedimiento era el mismo que se seguía en Roma.

La invasión visigoda trajo algunas novedades, las poblaciones fueron gobernadas por Duques y las ciudades por Condes, dejando a los españoles el libre uso de las leyes romanas y el nombramiento de magistrados. Cuando la sentencia debía caer entre un godo y un español asesorábase el Juez godo con un español. Regía el gobierno de castas cada una por su Ley (33).

Radicaba en el Rey la facultad suprema de juzgar, en otras palabras, era en él donde radicaba el Poder Jurisdiccional; los demás Magistrados recibían de su persona la facultad de juzgar. Un concilio celebrado en Toledo decretó que el Rey no podía juzgar por sí solo sino públicamente y acompañado de sus consejeros. El clero empezó a tener ingerencia en la administración de Justicia y así vemos a Recaredo autorizar para terminar en justicia las quejas que se le presentasen.

El Rey nombraba los jueces que debían administrar justicia; podían, sin embargo, las partes nombrar árbitros. Los jueces nombrados por el Rey podían subdelegar su jurisdicción.

Las diferentes clases de jueces que existían en esta época se hallaban mencionados en las leyes del Fuero Juzgo.

Es esta Ley la que viene a fundir en una sola legislación las dos en que estaba dividida España, adoptando disposiciones propias.

Los jueces que ejercían jurisdicción eran: Los Duques, los Condes, el Vicario, el Asertor, los Tiufados, los Milenarios, los Quinquenarios, los Centenarios, el Decano, los Defensores, el numerario y los Asesores.

Diariamente estos jueces suministraban justicia públicamente, excepto dos en que descansaban así como los días feriados, abriendo sus tribunales desde que amanecía hasta por la noche, descansando las horas del mediodía. No podían los jueces diferir el Juicio un solo día ni negarse admitir las reclamaciones bajo penas de pagar las costas y perjuicios que se ocasionaran. No podían igualmente juzgar por otras leyes que las contenidas en el Fuero Juzgo ni conocer de asuntos que habían nacido fuera de su territorio bajo pena de pagar al Rey treinta libras de oro; no podían apremiar si no era por mandato del Rey o por voluntad de las partes o por el juez de la ciudad según la ley. Sin embargo las partes podían acudir

(33).—En oposición a Savigny, Caravantes sostiene esta doble legislación diciendo que el Código del Rey Eurico o Código de Tolosa era el que gobernaba a los germanos y el del Rey Alarico regía a los españoles. (Ley Romana, Teodosiana o brevulario de Aniano.)

al juez de otro distrito, en cuyo caso el juez del suyo enviaba a éste sus letras selladas, rogándole que oyese la demanda e hiciese derecho. Cuando este juez se negaba a conocer del negocio el juez requiriente podía tomarle los bienes suficientes hasta el valor del negocio y entregarlos a la parte actora, dichos bienes eran restituidos al juez cuando conocía del pleito.

Todas las personas podían presentarse a defender sus negocios. Sin embargo había algunas limitaciones: pues los "príncipes é los obispos non pueden traer el pleyto por sí, mas por sus omnes", porque "hy el rey si quisiere traer el pleyto por sí, ¿quién le osará contradzir?", y porque la verdad no desfallezca, "mandamos que non tracten ellos el pleyto por sí, mas por sus mandaderos" (34).

El marido no puede representar a la mujer "si non diere buen recabdo que la mujer oya por firme lo que el fiziera".

Podían las partes nombrar representantes para ser defendidos en juicio según lo autorizaba la ley III del Título III del Fuero Juzgo.

Los litigantes debían ser de la misma categoría y cuando alguno no lo era se debía nombrar procurador de la misma categoría del contrario, así el poderoso que litigaba con pobre debía nombrar representante que le igualara en fortuna.

El procedimiento era breve y sencillo. Se citaba a la parte demandada la que debería comparecer a juicio en día determinado teniendo en cuenta la distancia. Cuando no se presentaba debía pagar diez sueldos de oro, cinco para el actor y cinco para el juez y "si no oviere onde lo pague reciba L azotes antel juez, en tal manera que non sea difamado".

Cuando las partes concurrían al juicio se oía la reclamación del actor oyéndose después al demandado, se admitían las pruebas que podían ser la de testigos, documental y por juramento. Todas las personas podían ser testigos con excepción de los hechiceros, los ladrones, los siervos, etc., aún podían serlo los niños que hubieran cumplido catorce años, así lo dispone la ley 12 tit. IV del libro II del Fuero Juzgo: "El ninno o la ninna que ovieren complidos XIV annos, mandamos que puedan ser testimonias en todo pleyto", sin embargo los parientes no podían ser testigos.

Terminado el juicio, recabadas las pruebas y el derecho, el juez daba su fallo.

Las partes poseían el recurso de apelación contra las sentencias injustas o equivocadas de las que conocía, según Caravantes el Soberano, quien podía delegar esta facultad en otros jueces.

(34).—Libro II, Título III, ley 1, pág. 29 de las leyes del Fuero Juzgo. Edición de la Real Academia Española. 1815.

Tal fué la forma de ejercerse la Jurisdicción durante la dominación visigoda hasta la invasión árabe en el siglo VIII de Cristo.

Durante la dominación árabe se permitió por los Califas que la administración de justicia continuara ejerciéndose en la misma forma que se verificaba hasta antes de ser subyugada la península.

Los españoles lanzados con la bandera de la libertad a las montañas de Asturias y Oviedo, pusieron los cimientos de la monarquía Española con Don Pelayo y llevaron consigo leyes y costumbres nacionales.

En tal virtud, durante este período los reyes continuaron ejerciendo la jurisdicción, radicando en ellos la potestad suprema judicial y continuando vigente la legislación del Fuero Juzgo.

Poco tiempo después las continuas luchas, la falta de fuerza para hacer obedecer esas leyes y al constante debilitamiento de una resistencia continua, hizo que poco a poco cada pueblo o ciudad administrase justicia en forma diferente.

La nobleza, que había prestado sus servicios a la corona, era retribuida por medios ruinosos y perjudiciales a la monarquía: concesión de heredamientos, posesiones y tierras propias de la corona o adquiridas del enemigo a lo que se añadía a veces el señorío de administrar justicia.

La uniformidad de legislación y la de administrar justicia se había destruido; los monarcas trataron de reintegrar en sus antiguos derechos a las poblaciones por medio de ordenanzas y FUEROS hechos en cortes. A estos fueros se concedió el gobierno económico de los pueblos y la administración de justicia.

Las más notables disposiciones sobre administración de justicia aparecen en los fueros municipales de León, Nájera, Toledo, Cuenca y en el Fuero viejo de Castilla.

La falta de documentación, la brevedad de este estudio y el poco tiempo de que disponemos, nos impide hacer siquiera una breve referencia a cada uno de ellos y sólo diremos que la legislación Foral redujo el poderío de la nobleza en beneficio del monarca; pero sus inconvenientes fueron muchos y graves; propendía a la anarquía ya que establecía a cada villa como una república, aumentado a que muchos pueblos carecían de fuero, obligándose a conceder, en éstos, a los jueces, demasiadas facultades para juzgar. De aquí la gran cantidad de sentencias arbitrarias e injustas, a las que llamó Don Alfonso el Sabio FAZANAS DESAGUISADAS.

El Fuero Real unificó en gran parte la heterogenea forma de juzgar, prohibiendo que ninguno pudiera ser alcalde sin nombramiento del Rey. Organizó la abogacía haciendo necesaria la intervención de voceros (abogados) en los juicios, declarando que no podían cobrar más de la vigésima parte del importe de la demanda y de ningún modo parte de ésta.

LEYES DE PARTIDA.—En las Leyes de partida hallamos una completa organización judicial así como de los procedimientos que debían seguirse. La Partida tercera es la "Que habla de la justicia e como se ha de fazer ordenadamente en cada logar por palabra de juyzio, e por obra de fecho, para desembargar los pleytos".

El Título segundo de la tercera Partida habla del "Demandador" indicando qué personas pueden serlo y quiénes no; la cosa que se demanda "ante quién deve el demandador fazer su demanda para responderle el demandado"; la forma de la demanda, etc.; el Título tercero de la partida mencionada habla del demandado, y de las penas en que incurre por negar las cosas que se le demandan y él posee, las defensas que puede invocar, etc.; el Título IV habla de los jueces "e de las cosas que deuen fazer e guardar", quién los debe poner, los impedimentos para ser juez, etc.

"La jurisdicción reside en la persona del Rey, en cuyo nombre se administra la justicia y a quién corresponde exclusivamente la potestad de hacer ejecutar las leyes, por medio de los jueces o tribunales, que son sus delegados" (35).

Se establece en esta Partida la forma de ejercerse esa jurisdicción, etc.

Sin embargo de ser este cuerpo de leyes uno de los más completos, fueron adicionados por Don Alfonso XI en 1348 por el ordenamiento de Alcalá.

No obstante de todas estas sabias legislaciones, siguió existente la diversidad de leyes de diferentes épocas pugnándose por nuevas reformas, naciendo las Audiencias del Consejo Real y la Cámara de Castilla, así como los recursos de fuerza. La Audiencia instituída por Don Enrique II en 1371 se componía de siete Oidores, tres obispos y cuatro letrados, en ella se sentenciaban los juicios sin intervenir escritos, ni permitiéndose recurso contra sus sentencias. En 1387 se creó el Procurador Fiscal, dándose nueva regla para las alzadas y suplicaciones y aumentándose a 8 el número de los Oidores por Don Juan I, quien delegó en la Audiencia su autoridad jurisdiccional.

En el reinado de Fernando y Doña Isabel la monarquía recobró autoridad, multiplicándose los tribunales se ordenó una compilación publicada más tarde con el nombre de ordenanzas Reales en 1485. Este código habla en su título primero de la jurisdicción y competencia de los jueces y en sus demás títulos del modo de ejercitarse la misma.

Esta ley sin embargo, no bastó para satisfacer el orden de justicia ambicionado, publicándose las ordenanzas de Medina y posteriormente las célebres leyes de Toro, por los Reyes Católicos; pero ni estas disposiciones bastaron para remover los obstáculos que se oponían a la pronta y recta administración de justicia, formándose otra colección legal a instancia de las Cor-

(35).—Apéndices a la Tercera Partida, pág. 135, Tomo II. Las Siete Partidas, edición de Don Ignacio Sampono y otros; edición de 1889.

tes de Valladolid y Madrid, publicándose en 1567 con el título de Nueva Recopilación.

Finalmente bajo el reinado de Carlos IV, se corrigieron los defectos de ese cuerpo de leyes, publicándose en 1805 otra con el nombre de Novísima Recopilación de España, que constó de 12 libros, el cuarto de los cuales trata de la Jurisdicción propiamente dicha; el once, de las diversas formas de juicios, etc.

CAPITULO III

TEORIAS MODERNAS ACERCA DE LA JURISDICCION, SU CRITICA.

CAPITULO III

TEORIAS MODERNAS ACERCA DE LO QUE ES LA JURISDICCION. SU CRITICA

1.—La necesidad de resolver los conflictos que surgen entre los particulares para asegurar el orden social, ha hecho creer a algunos autores, como Plosz y Palo (36), que el criterio característico de la Jurisdicción es el de la **resolución de controversias**. Siendo en consecuencia su característica el **debate**.

Podría citarse en apoyo de esta teoría el art. 18 de nuestro Código Civil que dice: "El silencio, obscuridad o insuficiencia de la ley, no autorizan a los jueces o tribunales para dejar de **resolver una controversia**". Principio consignado igualmente en otros Códigos (37).

Lo que interesa, se dice, es que los jueces resuelvan cuantos conflictos se presenten.

Contra esta teoría puede observarse que bien es dado desplegar la actividad jurisdiccional sin controversia ni debate, tal sería el caso del procedimiento seguido en rebeldía, así en el proceso civil cuando el demandado no se opone a las pretensiones del actor y en el proceso penal cuando el reo está confeso: habiendo, sin embargo, casos en que actos no jurisdiccionales se presentan bajo la forma de decisión de una controversia.

2.—Parecida a la anterior teoría es la sostenida por Jellinek, Bernatzik, etc., quienes declaran que la función Jurisdiccional consiste en "declarar una relación incierta y controvertida".

Aunque las críticas hechas a la anterior concepción pueden ser aplicables a ésta, pueden, sin embargo, ser aumentadas diciendo que es incompleta porque omite con anterioridad (a priori) todo el procedimiento ejecutivo, en donde no hay incertidumbre, sino inobservancia de la norma por el obligado.

(36).—Por la imposibilidad material en que nos hemos encontrado para acudir a la fuente original de la doctrina de estos autores, como a la de algunos otros citados en este capítulo, por estar en lenguas (alemán o italiano) que, por desgracia, no nos es dado conocer, invocamos las referencias hechas por otros.

(37).—Código Civil Argentino, Art. 15; Cód. Civ. Español, Arts. 5 y 6; Cód. Civ. Francés, Art. 4; etc.

3.—Una tercera teoría considera a la actividad Jurisdiccional como "una tutela de derechos subjetivos o reintegración de un derecho amenazado o violado" (Gerber, Hellwig, Kirch, Manfredini y Simoncelli).

A esta concepción pueden hacerse las siguientes objeciones:

a).—No puede hablarse de una tutela de derechos subjetivos, ya que si el derecho subjetivo es "un interés jurídicamente protegido mediante el reconocimiento de la voluntad encaminada a realizarlo" habría una repetición de concepto "la tutela es una superfetación lógica y práctica" (38). Además, si lo que se quiere decir es que es una tutela a los intereses garantizados por el derecho o sea el contenido mismo del derecho, no podría diferenciarse la actividad Jurisdiccional de la legislativa que mira también a la tutela de tales intereses.

b).—Es falso que la actividad Jurisdiccional presuponga siempre un derecho amenazado o violado, pues la sola inseguridad ocasiona, como hemos visto, el movimiento de la actividad judicial para establecer en una forma precisa cuál es el interés que encaja dentro de la hipótesis de la norma, así en las acciones destinadas a determinar una acción incierta o de mera declaración.

4.—La teoría sostenida por Laband y Bornak establece que la actividad jurisdiccional no tiene un contenido substancial propio que la diferencie de las demás actividades estatales, sino que sus caracteres son exclusivamente formales; así pues la única manera de distinguir esta actividad es sólo refiriéndose a la calidad del órgano estatal que obra. De tal modo la Jurisdicción es "la actividad del juez, órgano imparcial e independiente sometido sólo al derecho objetivo" (39). Jellinek es quien principalmente ha combatido esta teoría. El órgano no puede calificar la función sino que es ésta la que determina al órgano. Hay actividades no jurisdiccionales encomendadas a órganos jurisdiccionales (como la llamada jurisdicción voluntaria) y a órganos administrativos y legislativos se confían a veces funciones jurisdiccionales (así por ejemplo, la cámara de diputados erigida en gran jurado para declarar si ha o no lugar a proceder contra alguno de sus miembros o funcionarios que gozan de fuero constitucional cuando sea acusado de delitos del orden común, Art. 74, frac. V de la Constitución).

5.—Redenti sostiene que la característica específica y diferencial de la Jurisdicción consiste en ser una actividad destinada a aplicar sanciones; pero piénsese que hay múltiples actividades jurídicas públicas que aplican san-

(38).—Ugo Rocco, Derecho Proc. Civil, p. 7-8. La misma objeción es hecha por Alfredo Rocco. Notándose en la exposición y crítica de las teorías que exponen idénticos conceptos, y aun idénticas palabras, haciendo creíble que aquél haya tenido a la vista el trabajo de éste cuando elaboró su libro.

(39).—Manresa sostiene una teoría parecida: es "la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia". Enjuiciamiento Civil, p. 132.

ciones en contra de las personas bien para la conservación del orden, de la salubridad y sanciones disciplinarias, no siendo, sin embargo, actividades jurisdiccionales. En el derecho penal la ejecución de las penas se considera como de carácter administrativo, función que es encargada a órganos del estado destinados a ese fin. Como se ve, en todos los casos mencionados, la aplicación de sanciones es evidente, quedando no obstante excluidos del campo de la actividad Jurisdiccional. Además no siempre la actividad jurisdiccional se encamina a la aplicación de sanciones, pues la función de mera declaración no puede considerarse de ningún modo como destinada a aplicarlas (por ejemplo, la acción con que se reclama el estado de hijo. Arts. 347 y 327 del Código Civil.)

6.—Según DUGUIT (40)) la actividad Jurisdiccional y la Judicial no se identifican, pues no toda la actividad judicial es actividad jurisdiccional; así, hay actos realizados por el poder judicial que no son actos jurisdiccionales, tales como los llamados de jurisdicción voluntaria.

Por otra parte tratar de identificar la actividad jurisdiccional con la judicial sería caracterizarla desde el punto de vista formal. Sabemos bien que actos jurisdiccionales son realizados a su vez por la autoridad administrativa "siendo por lo tanto la función jurisdiccional y no la judicial la que debemos estudiar".

En virtud de lo dicho, su estudio debe hacerse desde el punto de vista material exclusivamente, haciendo abstracción completa del carácter de los organismos, autoridades, etc., que ejercen esta función. En estas condiciones. ¿qué es "juzgar"? ¿Es acaso "Resolver un litigio"? No. Juzgar, se contesta, es hacer constar, ya la existencia de una regla de derecho, ya la existencia de una situación de derecho. "El estado se vé obligado a intervenir en tal sentido, cuando la regla de derecho ha sido violada o cuando la situación jurídica es negada o desconocida en su existencia o su extensión". Una vez verificado el reconocimiento auténtico de la regla o de la situación de derecho, el Estado ordena la ejecución. Así pues, "toda decisión jurisdiccional es un SILOGISMO; constituye la mayor, la regla de derecho que ha de aplicarse; la menor, el reconocimiento auténtico del acto o del hecho contrario a esta regla o de la situación de derecho creada conforme a la regla misma; y la conclusión la decisión adoptada".

Gastón Jeze, ha objetado que no sólo el juez razona por vía de silogismo ya que "el subprefecto que concede o niega una licencia de caza, el alcalde que en materia de consumo concede o niega un permiso de depósito a domicilio, hacen también "silogismo", y sin embargo no realizan actos de jurisdicción". A esta objeción ha contestado Duguit diciendo que se trata de situaciones distintas ya que el Juez está encargado de hacer constar un hecho

(40).—Manual de Derecho Constitucional, págs. 112 y 113.

o situación y decidir de ellos la consecuencia lógica, lo que no hace el funcionario administrativo.

Nosotros creemos que el argumento invocado es falso, ya que al aplicarse una sanción por una infracción de tránsito o de policía, el funcionario administrativo ha realizado un verdadero silogismo; haciendo constar el hecho o situación y deduciendo después la consecuencia lógica.

7.—Para GASTON JEZE (principies généraux du droit Administratif, pag. 59), el acto Jurisdiccional "es la manifestación de voluntad en el ejercicio de un poder legal, que tiene por objeto hacer constar una situación jurídica o de hechos con fuerza de verdad legal".

Este criterio carece de solidez en virtud de que lejos de dar una visión exacta del concepto, deja subsistir las dudas que sobre el mismo se tienen; en efecto, el autor no nos dice qué debe entenderse por verdad legal.

Aunque se apresura a contestar a esta objeción diciendo que "es al legislador a quien toca discrecionalmente disponer que en un caso determinado la declaración que cierto individuo hace tenga fuerza de verdad legal", el criterio sigue siendo impreciso, no sirviendo para caracterizar el acto jurisdiccional; porque además de que excluye el procedimiento de ejecución, hay numerosos casos en que el legislador no ha establecido qué debe entenderse por verdad legal.

8.—CARNELUTTI hace derivar su concepto de la jurisdicción de la diferencia de las normas jurídicas en general y las normas de derecho procesal. Aquéllas, dice, tienen por objeto dirimir directamente conflictos de intereses, éstas, las normas de derecho procesal, son un medio para la resolución de esos conflictos a través de la función jurisdiccional. De este modo, la función jurisdiccional es "la actividad encaminada a obtener un arreglo o composición de un conflicto de intereses, que sería actuado mediante la justa composición de una litis contenida en una sentencia".

Esta definición o determinación de lo que sea la actividad Jurisdiccional no puede ser aceptada en virtud de si bien es cierto que el fin ideal de la jurisdicción, es el de dictar una sentencia justa en una litis, también es cierto que los jueces por ser hombres y en consecuencia falibles, pueden eventualmente pronunciar sentencias contrarias a la justicia.

Si la legislación, como dice este autor, tiene como cometido dirimir conflictos de intereses, fácilmente se confundiría dicha actividad con la jurisdiccional, ya que ésta tendría el mismo fin, por lo que la concepción antes expuesta no debe considerarse exacta, en virtud de que el carácter de mediatez o inmediatez no sería distintivo esencial de ambas funciones. Si ambas tuvieran el carácter de regular conflictos de intereses, la diferencia entre ambas resultaría imposible.

Por último, en nuestro concepto, al hablar Carnelutti de una composición

de la litis, no hace sino declarar una verdad a medias de lo que es la jurisdicción. En efecto, mediante el ejercicio de la función jurisdiccional, se llega a una composición de la litis, es éste uno de los fines de ella; pero lo esencial de la misma consiste como más adelante lo demostraremos, no en una sola declaración o constitución del derecho, sino en una verdadera actuación del mismo.

Por otra parte la composición de la litis no es sino un fin mediano y en consecuencia secundario, en virtud de que representa el resultado práctico de la realización del derecho; en efecto, si se ha manifestado o señalado, en su caso por una sentencia, cuál es el interés protegido por la norma, la composición de la litis sólo será efectiva cuando aquélla verdaderamente exista (la norma). La solución de la litis sólo es posible en cuanto se aplica al caso una norma jurídica que lo resuelve, de tal manera que la solución aparece como una consecuencia de esa aplicación al caso concreto de la norma jurídica.

9.—Para MORTARA, la jurisdicción tiene por objeto, "la resolución de un conflicto entre voluntades subjetivas o entre normas objetivas" (41).

Como se ha observado respecto a la opinión que hace consistir la actividad jurisdiccional en la resolución de controversias (oposición de voluntades), no en todos los casos, en que esa actividad se realiza, se resuelven conflictos de voluntades, así en el proceso penal cuando el reo está confeso y en el proceso civil cuando el demandado es declarado rebelde y se le sigue el procedimiento sin oposición. En todos estos casos se desarrolla una verdadera función jurisdiccional y sin embargo no existe una voluntad frente a otra. Pueden dirimirse conflictos fuera del proceso (agente que impide robar a un ladrón).

Respecto al concepto general: conflicto de normas objetivas, opinamos que en el orden jurídico vigente no puede darse un verdadero conflicto entre normas objetivas. "El conjunto de materiales (leyes, costumbres, reglamentos, etc.) que integran un orden jurídico vigente, presenta más de un caso de normas contradictorias entre sí; pero el orden jurídico vigente, en tanto que tal, en un determinado momento no puede albergar ninguna contradicción" (42), por lo que el conflicto (o contradicción) es sólo formal o aparente; asimismo lo reconoce el propio Mortara cuando dice que "sólo entre voluntades subjetivas puede haber un conflicto real, siendo entre normas jurídicas inconcebible ya que el derecho es un todo armónico" (43); esto es fácilmente

(41).—El maestro Fraga sostiene una teoría parecida al decir que "ésta—la jurisdicción—supone una situación de conflicto preexistente, un conflicto de derecho". Der. Administrativo p. 55.

(42).—Recasens Siches). Opus. Cit., p. 222.

(43).—Mortara. Comentario al Código y a las leyes de procedimiento civil, p. 12.

comprensible ya que el orden jurídico vigente es un todo que no puede contener contradicción. La validez de las normas sólo tiene realidad cuando éstas pueden coexistir en armonía, un derecho de contradicciones sería anarquía y por tanto, la negación misma del derecho.

En consecuencia ese conflicto formal o aparente no puede depender sino —como observa Rocco—, de la incertidumbre sobre la norma jurídica aplicable al caso concreto, concluyéndose que la actividad jurisdiccional estaría caracterizada por la eliminación de la **incertidumbre** de la norma o sea a la manifestación por parte del Estado de la norma que ampara en el caso concreto el verdadero interés jurídico.

Pero como hemos asentado en el primer capítulo de este trabajo, la incertidumbre hace surgir en algunos casos, la actividad del estado llamada Jurisdicción, y aún presentarla como una necesidad; pero si esto es cierto, también es cierto que este concepto es insuficiente para caracterizarla. Excluye, como ya se habrá observado, la posibilidad de que estando el derecho claramente expresado, deje sin duda el interés jurídico protegido y el obligado se niegue voluntariamente a observarlo, circunstancia en que no hay conflicto (ni real ni aparente de normas) y que sin embargo hace surgir la posibilidad y necesidad de la jurisdicción.

Por último, es de observarse contra la concepción de Mortara que excluye todo el procedimiento civil ejecutivo.

10.—La teoría elaborada por Scialoja para señalar el criterio diferencial de la función Jurisdiccional frente a la función administrativa, lo hace derivar en el predominio que en los actos administrativos se da al momento de la voluntad y en los actos jurisdiccionales al momento del juicio; esta teoría es aceptada en parte por Chiovenda; pero con la salvedad de "que el concepto debe ser mejor determinado".

Scialoja establece que tanto en los actos de administración como en los actos de jurisdicción puede descubrirse un juicio lógico y un acto de voluntad; pero que el criterio diferencial entre una y otra categoría consiste en el predominio que en los actos administrativos se da al momento de la voluntad y en los jurisdiccionales al momento del juicio. En los primeros el juicio lógico carece de valor autónomo y es sólo una preparación del acto en tanto que en los segundos tiénese en cuenta precisamente el juicio, siendo el acto de voluntad un solo efecto.

Sin embargo, estos dos elementos: del juicio y de la voluntad, no son característicos de la actividad jurisdiccional. El simple predominio del primero sobre el segundo es completamente indeterminado y en consecuencia insuficiente para caracterizar la jurisdicción.

Este criterio entraña, en el fondo, la confesión de que no hay diferencia

de calidad, sino sólo de cantidad entre la actividad jurisdiccional y la administrativa, siendo en el fondo la misma cosa.

Por otra parte, su utilidad práctica desaparece en aquellos casos que por su obscuridad faltan o no son fácilmente localizables los criterios formales (predominio del juicio, o de la voluntad), habiendo necesidad de recurrir a otros criterios más esenciales.

CAPITULO IV

CONCEPCION FINAL DE LO QUE ES LA JURISDICCION.
TEORIA DE CHIOVENDA Y ROCCO. -- SU CRITICA. --
CARACTERIZACION Y DEFINICION DE LO QUE ENTEN-
DEMOS POR ACTIVIDAD JUDISDICCIONAL.

CAPITULO IV

CONCEPCION FINAL DE LO QUE ES LA JURISDICCION. — TEORIA DE CHIOVENDA Y DE ROCCO. — SU CRITICA. — CARACTERIZACION Y DEFINICION DE LO QUE ENTENDEMOS POR ACTIVIDAD JURISDICCIONAL

Hemos dejado para este capítulo el estudio de las teorías de Chioventa y de Rocco porque de la crítica que de ellas hagamos surgirá nuestro concepto y definición de lo que es la Jurisdicción.

Para CHIOVENDA (44) la actividad jurisdiccional "consiste en la actuación de la ley mediante la SUSTITUCION de una actividad de órganos públicos a una actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de ley, ya poniéndola posteriormente en práctica".

Esta **sustitución** se realiza de dos maneras: en el conocimiento y en la ejecución (los dos estadios del proceso).

a).—En el primero: sustitución de la actividad "intelectiva" del juez a la actividad intelectual, no sólo de las partes, sino a la de todos los ciudadanos, para declarar existente o no una voluntad concreta de ley "concerniente a las partes". Así pues para Chioventa, esta **sustitución** es "definitiva y para siempre" mediante la cual, el juez, como verdadero juzgador (juez en pleito ajeno) afirma existente una obligación de pagar, de dar, hacer o no hacer, o bien declarar la resolución de un contrato, o de un castigo querido por la ley; y b).—En la ejecución. Cuando la voluntad declarada sólo puede cumplirse por los órganos públicos no hay jurisdicción (ejecución de la sentencia penal). La actividad jurisdiccional sólo aparece cuando se trata de una voluntad de ley que debe cumplirse por la parte litigante. La jurisdicción consiste por lo tanto, en "la substitución material de los órganos del Estado, a la actividad debida".

Debe tenerse en cuenta que en todo caso hay una actividad pública desarrollada en lugar de otros, lo mismo que si el estado constriñe al obligado a obrar que si atiende directamente al resultado de la actividad debida.

(44).—Principios de Derecho Procesal Civ., Trad. de José Casals y Santoló; Tomo I, p. 344 y siguientes.

De esta definición Chiovenda deduce una esencial diferencia de la actividad administrativa al establecer que en esta falta la sustitución de actividades ya que "administrar es una actividad autónoma impuesta directa e inmediatamente por la ley a los órganos públicos"; obrando por cuenta propia en los límites de su poder. Deduce de aquí que la administración es una actividad primaria y la Jurisdicción una actividad secundaria.

Por otra parte aún cuando la decisión administrativa llegue a ser definitiva por carecer de un superior o por no haberse recurrido en tiempo es por naturaleza revocable a menos que haya originado derechos ajenos. En tanto que la decisión jurisdiccional en cuanto ha llegado a ser definitiva no puede ser revocada jamás.

Por último es Jurisdicción también la ejecución forzosa pues en ella se da actuación a la ley mediante una sustitución de actividad.

CRITICA.—Nosotros creemos que la sustitución no puede ser característica esencial de la actividad jurisdiccional, en virtud de que el estado, no se sustituye ni en la declaración de una voluntad de la ley, ni en la actividad que debían desarrollar los obligados por prescribírselos así el derecho.

No puede hablarse de sustitución para declarar una voluntad de ley, cuando ésta de antemano ha sido declarada. Corresponde exclusivamente al legislador la manifestación, la declaración de los intereses que han de quedar protegidos y amparados por la ley; en esta virtud, no puede decirse que declare la voluntad del derecho, puesto que esta voluntad se encuentra declarada con anterioridad en virtud de lo que ha dado en llamarse **plenitud hermética del derecho**. Recasens Siches observa claramente (45) que el juez "entiende que ya antes de que él dicte el fallo, regía la norma sobre la cual se funda éste. Pues si no fuese así el fallo habría de contener un pronunciamiento especial en que se declarase la fuerza retroactiva de la norma que en él se formula. La norma regía ya antes y por ende se hallaban sometidas a ella las situaciones jurídicas a las cuales atañe".

Así lo reconoce Chiovenda cuando afirma que "el juez no encuentra la norma a capricho, sino que la halla en el conocimiento que tiene del derecho consuetudinario o en la propia conciencia jurídica" agregando que "la ley no tiene lagunas y que encierra potencialmente la norma para cada caso, por lo menos bajo la apariencia de norma negativa" (46).

El derecho es anterior a la sentencia porque es precisamente anterior al proceso la voluntad de la ley.

Lo que examina el juez es si en un caso concreto se han realizado los postulados integrantes de la hipótesis de la ley para procurar su actuación.

Por otra parte en el derecho penal la voluntad de la ley no se manifiesta

(45).—Vida Humana Soc. y Der., Pág. 226.

(46).—Opus. Cit., Pág. 89.

existente por el poder jurisdiccional puesto que ésta se impone al órgano como realidad existente en virtud del principio aceptado generalmente: NULLA PENA SINE LEGE, consignado en nuestro artículo 14 constitucional. (En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por alguna Ley exactamente aplicable al delito de que se trata).

Además no puede hablarse de sustitución en donde la voluntad de la Ley ha sido reconocida por las partes.

Cuando una de ellas (actor o demandado) ha reconocido en juicio el derecho de su contraparte, no puede decirse que haya habido sustitución a ninguna actividad intelectual para "declarar existente o no una voluntad concreta de Ley", y sin embargo ha habido actividad jurisdiccional.

Por último, no es posible decir que el estado se sustituya en la actuación del Derecho.

Lo que hace el Estado es constreñir al obligado a pagar, a dar, a hacer o no hacer, o bien aplicar la sanción prevista por la Ley. No es el Estado quien actúa la norma, sino quien procura la actuación del Derecho, pues de otro modo los obligados no tendrían en este caso realidad jurídica para el Estado.

El Derecho tiene como fin mantener la armonía social, hacer posible la convivencia de los hombres, marcando a la actividad individual las facultades y obligaciones dentro de las cuales debe desplegar su conducta. Cuando alguien se niega a observar el Derecho, corresponde al Estado procurar, con o aún en contra de la voluntad del obligado, la actuación del mismo.

No cabe observar como lo hace Rocco, que la presión realizada para obligar al rebelde a observar la norma sobre su persona ha quedado proscribida y lo que se procura es, "la satisfacción efectiva de los intereses protegidos por la norma" pues en numerosos casos el Derecho si ejerce presión sobre la persona para obtener la actuación del Derecho (47).

Pero debe tenerse en cuenta, además que no sólo la presión sobre la persona es dable para obtener la actuación del derecho pues este puede realizarse sobre el patrimonio del obligado traduciéndose muchas veces en el pago de daños y perjuicios que es al fin y al cabo una forma de actuación del Derecho.

(47).—En nuestro Derecho el Art. 2064 del Cód. Civ. dice que la obligación debe ser cumplida personalmente por el obligado cuando así se hubiere pactado o se hubieren elegido los conocimientos especiales o las cualidades personales del mismo obligado; y el Cód. de Proc. Civ. establece, en sus Arts. 449 fracc. I y 517 fracc. I, que cuando la obligación no pueda ser cumplida más que por el obligado, dará a éste un plazo prudente para que la cumpla, y si pasado el plazo el obligado no cumplierse, "se le compelerá empleando los medios de apremio más eficaces".....

Es característica del Derecho su imposición inexorable, así pues el Estado impone la norma, no se substituye en su actuación.

ALFREDO ROCCO desprende de los caracteres del Derecho su definición de la Jurisdicción (48).

La norma dice es a).—Garantía de fines o tutela de intereses; b).—Irrefragablemente obligatoria, de donde los fines de la norma deben ser conseguidos a toda costa, aún sin o contra la voluntad de los que deben realizarla; c).—Regula las relaciones externas, la conducta del hombre frente a los demás hombres; d).—General y universal, en cuanto encaja todas las relaciones de la misma especie y los actos de todas las personas a que tales relaciones hacen referencia; e).—Es por última un sistema de límites.

En dos casos la norma jurídica no cumple su función, cuando es incierta o cuando el obligado se rehusa a observarla y en vista de los caracteres de la norma y principalmente como garantía de fines o tutela de intereses, estos deben conseguirse a toda costa.

"Objeto de la Jurisdicción es —según él— la realización de los intereses que el derecho objetivo tutela cuando, ésta tutela resulta ineficaz o sea cuando las normas generales de conducta mediante las que el Derecho provee a la tutela de aquellos intereses, encuentran por algún motivo obstáculo para su efectiva actuación".

La Jurisdicción es, en su concepción, tutela de intereses como la legislación, sólo que aquella satisface directamente los intereses protegidos por el Derecho y ésta sólo determina los límites de la tutela, definiendo por tanto la Jurisdicción como "la actividad mediante la que el Estado **procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el Derecho**, cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia) no se realice la norma jurídica que los tutela".

Acepta con Chiovenda que es una actividad del Estado que se substituye a los obligados a observar determinada conducta cuando esta no ha sido observada, pues dice que la característica de la Jurisdicción estriba en ser "una actividad del Estado **substituida** a la actividad de aquellos a quienes la norma jurídica prescribe para la tutela de determinados intereses determinada conducta no observada por ellos". Sin embargo la diferencia es esencial, pues mientras Rocco declara que la substitución es sólo a la voluntad del o los obligados, Chiovenda establece que la substitución no es en cuanto a estos sino aún a las partes y a la de todos los ciudadanos.

Pero lo esencial y característico en la Jurisdicción es obtener, aún sin o contra la voluntad del obligado el **cumplimiento** de los intereses tutelados

(48).—Opus. Cit., Pág. 4 y siguientes.

por la norma. La Jurisdicción es en otras palabras, "una tutela INMEDIATA de intereses".

"En la actividad Jurisdiccional, el Estado provee a la satisfacción de intereses. Esta actividad va encaminada a remover obstáculos para la satisfacción de intereses".

Nosotros creemos, por el contrario, que lo característico y esencial en la Jurisdicción no es la satisfacción de intereses, sino la **actuación del Derecho**.

El Derecho, hemos dicho, preexiste a la sentencia porque preexiste al proceso, la voluntad de la Ley. De aquí deriva que el interés garantizado por ella sea considerado por el Juez antes del proceso y procure la actuación de aquella como necesaria realización de éste (el interés).

Por otra parte no siempre se encontraría en la Jurisdicción intereses a realizar como cuando es rechazada la demanda.

La sentencia que acepta o rechaza una demanda actúa siempre la Ley (afirmación positiva o negativa de la misma).

Cuando las partes mueven la actividad jurisdiccional no lo hacen para la satisfacción de su interés sino la hacen afirmando tener un derecho que garantiza sus pretensiones. Claro está que las partes tienen un interés directo en que sus pretensiones se realicen; pero el Estado no resuelve conflictos de intereses en tanto que simples conflictos, el Estado por medio de su actuación investiga únicamente si la norma protege y en ella encaja alguno de los intereses controvertidos para poner en movimiento la norma y procurar su actuación. Si la norma se realiza, los intereses que ésta garantiza se realizarán con ella.

En estas condiciones, estamos en posibilidad de afirmar que la característica de la actividad jurisdiccional es LA ACTUACION DEL DERECHO y por tanto definimos la actividad jurisdiccional diciendo que es: LA FUNCION DEL ESTADO ENCAMINADA A LA REALIZACION DEL DERECHO CUANDO POR ALGUN MOTIVO (inseguridad, inobservancia o imposibilidad de producir o anular estados de Derecho) ESTE NO SE HA REALIZADO.

APENDICE

A P E N D I C E

Quedaría incompleto este trabajo, si no agregáramos a él las siguientes consideraciones:

1a.—La actividad Jurisdiccional se origina y se presenta como una necesidad, no solamente por la incertidumbre o la inobservancia de la norma como creen algunos autores (Rocco, Kisch, etc.) sino que también se origina y surge como una necesidad por la imposibilidad de los particulares y aún de la ley para producir o anular estados de derecho.

2a.—El estudio histórico hecho por nosotros confirma la tesis sostenida en este trabajo; la jurisdicción ha tenido como esencia ser una función del Estado encaminada a la realización del derecho, cuando se presentan las causas enumeradas en el punto anterior.

3a.—Queda, en consecuencia delimitada y definida la actividad jurisdiccional sin que pueda ser confundida con las otras funciones del Estado, a saber: la función Legislativa y la Administrativa; en virtud de que por medio de la actividad legislativa se dictan las normas reguladoras de la actividad de los ciudadanos y de los órganos públicos y en la jurisdicción se procura su actuación. Mediante la legislación, el Estado establece normas abstractas para la tutela de los intereses individuales y colectivos; mediante la jurisdicción el Estado persigue la actuación de esas normas como obligada realización de estos intereses.

Tampoco puede confundirse con la actividad Administrativa en virtud de que la esencia de ella consiste en ser la actividad desplegada por el Estado para la consecución inmediata de sus fines, así pues en la función administrativa hay un fin directo del Estado, la persecución inmediata de los fines del mismo, ésto se entiende, naturalmente, dentro de los límites permitidos por la actividad legislativa; en otras palabras ajustando su actividad a lo prescrito por el derecho y la actividad jurisdiccional, sólo interviene cuando la norma no se ha realizado, así viene a ser una actividad secundaria o indirecta.

En la jurisdicción el Estado procura la actuación del derecho, lo impone procurando remover los obstáculos que se oponían a su actuación; en la actividad administrativa no se trata de hacer cesar la incertidumbre, la inobser-

vancia de la norma o prodecir o anular estados de derecho pues en la administración sólo hay un interés, el del Estado y éste lo persigue en forma directa.

La Jurisdicción, presupone una relación jurídica entre dos o más partes, sobre ésta el juez hace un juicio lógico aplicando la ley y procurando su actuación; siempre pues existe una ley que debe actuarse a favor de uno contra otro, interviene con el fin de dar estabilidad al orden jurídico, la actividad administrativa es una función ininterrumpida, que puede prevenir el rompimiento del orden jurídico por medidas de policía; pero cuando éste se ha roto, cae en el campo jurisdiccional.

4a.—De aquí deriva que la llamada jurisdicción voluntaria queda excluida de la función jurisdiccional propiamente dicha, pues la relación jurídica se forma con la intervención judicial, así pues en la jurisdicción voluntaria el Estado interviene en la formación de las relaciones jurídicas, acreditando, en forma solemne, la conveniencia o legalidad del acto realizado o que se va a realizar. El acto jurídico queda reducido a una mera declaración privada de voluntad, en él, el Estado no colabora; pero es necesaria su intervención para que dicho acto produzca todos sus efectos jurídicos. El juez desempeña una función sustancialmente igual a la que desempeña un notario u otro oficial público cuando ante él se celebra un acto público.

Si pues en ella los órganos jurisdiccionales despliegan su actividad para completar, aprobar o dar eficacia a algunos actos de los particulares, se comprende que sea una función administrativa. Fundamentales razones han hecho que dicha actividad quede reservada a los jueces, en efecto, estos ofrecen mayores garantías de competencia en razón de la naturaleza de los asuntos; por otra parte, frecuentemente esos asuntos son susceptibles de degenerar y convertirse en asunto contencioso y por tanto caer dentro del campo jurisdiccional, así por ejemplo, una declaratoria de herederos puede ser objetado por un heredero excluido y formalizarse un juicio contradictorio.

La importancia práctica de la distinción estriba en que la resolución del juez en la jurisdicción voluntaria, no hace cosa juzgada; siempre es susceptible de reforma, y en la jurisdicción propiamente dicha la resolución cuando no es recurrible o ha sido consentida hace cosa juzgada, es decir, no puede ser modificada y es obligatoria.

INDICE

| | Págs. |
|--------------------------|-------|
| Dedicatorias..... | 3 |
| Palabras Iniciales | 13 |

CAPITULO I

ORIGEN Y NECESIDAD DE LA JURISDICCION

| | |
|---|----|
| La incertidumbre.—La inobservancia.—La imposibilidad de producir o anular estados de derecho..... | 15 |
|---|----|

CAPITULO II

BREVE ESTUDIO HISTORICO

| | |
|---|----|
| Pueblo Hebreo.—Grecia.—Roma: Acciones de la ley.—Sistema de las Fórmulas: Conocimiento Extraordinario; Pueblo Germano.—España: Leyes del Fuero Juzgo; Leyes de Partida..... | 23 |
|---|----|

CAPITULO III

TEORIAS MODERNAS ACERCA DE LA JURISDICCION

| | |
|--|----|
| Jellinek.—Kirch, Manfredini, etc.—Laband, Redenti.—Duguit.—Gastón Jéze.—Carnelutti.—Montana.—Scialoja. Su crítica..... | 45 |
|--|----|

CAPITULO IV

CONCEPCION FINAL DE LO QUE ES LA JURISDICCION

| | |
|--|----|
| Teoría de Chiovenda y Rocco.—Su crítica. Caracterización y definición de lo que entendemos por actividad jurisdiccional..... | 55 |
|--|----|

| | |
|----------------|----|
| APENDICE | 63 |
|----------------|----|