

3) <i>LOS CONCEPTOS DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA, EN EL PENSAMIENTO DE LASCANO</i>	61
A) <i>Preámbulo</i>	61
B) <i>Propósito y alcance de la obra analizada</i>	63
C) <i>Examen de los capítulos sobre jurisdicción</i>	65

LOS CONCEPTOS DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA, EN EL PENSAMIENTO DE LASCANO.*

A) *Preámbulo*. B) *Propósito y alcance de la obra analizada*. C) *Examen de los capítulos sobre jurisdicción*. D) *Examen de los capítulos sobre competencia*.
E) *Colofón*.

1) A) *Preámbulo*.—Dos obras destacan, a mucha distancia de las demás salidas de su pluma, en la producción de ilustre jurista a quien la “Revista de Derecho Procesal” rinde hoy homenaje, en el quinto aniversario de su muerte.¹ La primera, en el orden del tiempo, el *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial* (La Plata, 1935), que bajo su dirección² se compuso mientras estuvo al frente del “Instituto de Altos Estudios Jurídicos” en la Facultad de la mencionada ciudad; la segunda, el volumen *Jurisdicción y competencia* (Bue-

* Publicado en la “Revista de Derecho Procesal” argentina, primera parte: “Estudios en memoria de David Lascano”, 1954 (pero terminada de imprimir en 1956), pp. 299-344.

¹ Concuera nuestra opinión con la de ALSINA en la necrología de *David Lascano*, aparecida en la “Revista de Derecho Procesal” (1950, I, pp. 163-4). Además de los dos trabajos que en el texto se citan, recordemos estos otros de LASCANO: *Nulidades de procedimiento (Contribución a su estudio)* (Buenos Aires, 1920; reproducidos en México, en “Revista General de Derecho y Jurisprudencia”, tomo III, 1932, pp. 201-48); *Teoría de la jurisdicción* (“Rev. Gral. Der. y Jurisp.”, tomo I, 1930, pp. 213-34); *Hacia un nuevo tipo de proceso* (“Rev. Der. Proc.”, 1943, I, pp. 80-92); *Estructura científica del proyecto de código de procedimiento civil para el Uruguay, del doctor Eduardo J. Couture* (“Rev. Der. Proc.”, 1946, I, pp. 69-81); *Jurisdicción y proceso* (en “Estudios en honor de Alsina”, 1946, pp. 369-84); *Las ideas de Chiovenda y la nueva legislación procesal* (“Rev. Der. Proc.”, 1947, I, pp. 344-62); *El principio dispositivo en el proceso moderno* (“Rev. Der. Proc.”, 1951, II, pp. 1-14); Adición: *La jurisdicción y el imperium* (“Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de La Plata”, 1941); *La reforma de la legislación procesal civil: Ideas preliminares* (“Rev. Der. Proc.”, 1949, II, pp. 173-94); *Tres maestros del Derecho: Evocación de las figuras de los jurisconsultos Salvador de la Colina, Tomás Jofré y Máximo Castro* (“Rev. Der. Proc.”, 1950, II, pp. 142-60); *El abogado y el empleo público* (“Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires”, tomo XXVI, núms. 3-4, pp. 391-2, reproducido en “Revista de Derecho y Legislación”, Caracas, enero-febrero de 1957, pp. 29-31).

² Con él colaboraron “en cierta medida (que, dicho sea de paso, no semeja haber sido de mucho relieve), los doctores Amalia ALCOBA MARTÍNEZ, FRANCISCO ORIONE, Julio M. LAFFITTE, Enrique RIVAROLA, Armando SPINELLI, Ernesto ACDEEL SALAS y Carlos P. ESPINOSA” (*Proyecto*, p. XVII).

nos Aires, 1941). Mas he aquí que habiendo reseñado a partir de 1936, libros, folletos y artículos de temas procesales en número que se acerca al millar,³ los dos citados trabajos de Lascano quedaron al margen de nuestro comentario y no, naturalmente, por desconocimiento de los mismos, puesto que ambos nos fueron remitidos a raíz de su publicación por el autor, y mucho menos por olvido o desidia. Del *Proyecto*, en unión de algún otro de por aquella época,⁴ tuvimos el propósito de habernos ocupado en un artículo sobre *La reforma procesal civil en la Argentina*, que aparece anunciado en la segunda edición de nuestro *Programa de Derecho Procesal* (Valencia, 1935) y que el estallido de la guerra civil española hizo que quedase en el telar, con dos o tres ensayos más.⁵ En cuanto a *Jurisdicción y competencia*, y lo mismo habríamos de afirmar respecto del *Tratado* de Alsina (al menos, de su primera edición, porque de la segunda, esperamos hacerlo desde México con el detenimiento reclamado por tan importante texto doctrinal y docente), diríamos, en términos periodísticos, que el querido amigo Sentís Melendo nos pisó la oportunidad, al hacerla objeto de un penetrante análisis, junto a libros del propio Alsina, de Couture⁶ y de Podetti, en el artículo titulado *La ciencia procesal argentina: manifestaciones actuales*, inserto, precisamente, en el número 1o. de la "Revista de Derecho Procesal":⁷ por la índole de la obra, no era cosa, en la Argentina, de comentarla

³ Principalmente en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", 1938-39, con cincuenta notas de revista de revistas; "Jurisprudencia Argentina", 1942-46, con seis reseñas bibliográficas y diecinueve notas de revista de revistas; "Revista de Derecho Procesal", 1943-45 (bajo la rúbrica "Miscelánea de libros procesales"), con cincuenta y siete reseñas; "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia" (México), 1946-50, con ochenta reseñas; "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1951 hasta la fecha (septiembre de 1955), con ochenta y cuatro reseñas; "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1948 hasta ahora, con cuarenta y cuatro reseñas y doscientas ochenta y tres notas de revista de revistas.

⁴ Como el de J. Honorio SILGUEIRA, *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial para la provincia de Corrientes* (Buenos Aires, 1924).

⁵ A saber: *El Derecho Procesal: su enseñanza y su estudio; Apuntes sobre la ejecución procesal civil en el derecho español* (reconstrucción de un cursillo explicado en la Universidad de Santiago de Compostela en abril de 1935) y *Contribución al estudio de las manifestaciones consuetudinarias en el Derecho procesal* (véase *Programa*, cit., p. 96).

⁶ Discutible la inclusión de COUTURE en un bosquejo de la ciencia procesal argentina, aun habiéndose impreso sus *Fundamentos del Derecho Procesal Civil* en Buenos Aires (1a. ed., 1942). Tanto el mencionado libro de COUTURE, como la *Teoría y técnica del proceso civil*, de PODETTI (Buenos Aires, 1942), fueron reseñados por nosotros en "Jurisprudencia Argentina", números de 1º-XI y 24-XII-1942, respectivamente. (Se reproducen ambos comentarios en nuestros *Ensayos de Derecho Procesal* —Buenos Aires, 1944—, pp. 651-79).

⁷ 1943, II, pp. 22-56. Véase también la reseña, firmada con las siglas "L.R." (La Redacción), pero evidentemente de SENTÍS, sobre *Jurisdicción y competencia*, en rev., año y parte cit., pp. 61-2. Consúltense asimismo, del propio SENTÍS: *La escuela procesal italiana: su influencia sobre los estudios procesales argentinos* (en "Scritti giuridici in onore

en columnas distintas de las de dicha publicación, y tampoco habría encajado una segunda reseña bibliográfica, que hubiera podido interpretarse como prurito de enmendar una plana, en la que nada teníamos que añadir ni que modificar. Pero hoy, a los doce años largos de la valoración crítica llevada a cabo por Sentís y a los cinco del fallecimiento de Lascano, esa sospecha y ese escrúpulo carecen de justificación, y su cese nos permite aplicar al presente homenaje el mismo criterio que adoptamos en los otros dos póstumos organizados por la "Revista" —los relativos a Chiovenda y a Goldschmidt en el décimo aniversario de sus muertes—, a saber: el de extraer de la obra del homenajeado el tema de nuestra aportación al efecto.⁸ Por otra parte, no es una reseña bibliográfica intempestiva la tarea que nos disponemos a realizar, sino una glosa del pensamiento de Lascano en orden a los conceptos capitales de jurisdicción y de competencia, aun cuando el segundo se encuentre en un plano netamente inferior al primero.⁹

2) *B) Propósito y alcance de la obra analizada.*—Declara Lascano en la "Advertencia" (p. 7) que no se propuso ofrecer un *Tratado* "orgánico y completo sobre jurisdicción y competencia" y sí sólo reunir en un volumen algunas lecciones de cátedra acerca de tan fundamentales cuestiones. Ha de cargarse en la cuenta de la ejemplar modestia del autor tal manifestación, puesto que si bien, como luego veremos, algunos aspectos de la jurisdicción quedaron sin examinar o fueron objeto de planteamientos demasiado sucintos, ello obedece a su falta de relieve desde el punto de vista del derecho argentino e incluso a dificultades informativas originadas por los tiempos en que el libro se redactó, coincidentes con los primeros años de la segunda guerra mundial, cuando disminuyó la producción científica de Europa y el intercambio entre ella y América tropezó con obstáculos frecuentemente insuperables. Pese a ellos, el volumen de Lascano no sólo puede considerarse como un verdadero *Tratado*, sino también cual una exposición valiosísima dentro de la literatura procesal de lengua castellana y como la mejor hasta la fecha para el estudio de los conceptos que le dan título, dentro de la Argentina.

3) *Jurisdicción y competencia* son materias que podrían haberse desenvuelto por separado, como acontece en numerosos libros y programas de derecho procesal.¹⁰ Sus divergencias esenciales no le pasaron, como es natural, inadvertidas

di F. Carnelutti", vol. II, Padova, 1950, pp. 187-204) y *Una década de Derecho procesal argentino* (en "Scritti giuridici in onore della Cedam", vol. II, Padova, 1953, pp. 317-33).

⁸ Tituladas, respectivamente, *La influencia de Wach y de Klein sobre Chiovenda* (1947, I, pp. 389-410) y *Los actos procesales en la doctrina de Goldschmidt* (1951, I, pp. 49-76): véanse *infra*, *Estudios Números 27 y 14*, respectivamente.

⁹ Salvo, acaso, para los procedimentalistas franceses, que distribuyen la materia procesal en tres sectores: organización judicial, competencia y procedimiento.

¹⁰ Baste recordar, entre los más conocidos, las traducciones de CHIOVENDA (*Principios: jurisdicción*, 13-18; *competencia*, §§ 26-32); KISCH §§ (*Elementos: juris.*, §§ 5-8;

a Lascano, según después comprobaremos (cfr. *infra*, núms. 15-17 y 41); y si reunió ambos conceptos, no fue ciertamente con el deseo de negar la existencia de aquéllas y ni siquiera con el intento de rebajar la importancia de las mismas. La causa de la asociación hemos de buscarla en otra dirección: en la de la complejidad que ambas figuras alcanzan en un país con federalismo procesal en la doble dirección jurisdiccional y normativa. Si ese fenómeno, tanto en el orden puramente político como en el estrictamente procesal resulta o no artificial en la Argentina —y otro tanto habríamos de afirmar en cuanto a México—, es cuestión que no hemos de abordar aquí:¹¹ nos basta con la comprobación de que el doble orden jurisdiccional (federal y local),¹² por un lado, y la pluralidad de códigos procesales (civiles y penales), por otro, determinan toda una serie de problemas que en Estados, unitarios o federales inclusive,¹³ donde la jurisdicción y el enjuiciamiento se hallen unificados, o no surgen siquiera o se presentan con caracteres mucho menos graves.

4) Por encima de la división en capítulos, en número de XIX, la obra se compone en rigor de dos partes: la primera (capítulos I-XI) se ocupa de la jurisdicción (pp. 9-214), y la segunda (capítulos XII-XIX), de la competencia

compet., §§ 12-19); GOLDSCHMIDT (*Der. Proc. Civ.*: jurisd., §§ 17-20); compet., §§ 25-30); CARNELUTTI (*Sistema*: jurisd., núms. 39 y ss.; compet., núms. 230 y ss.); CALAMANDREI (*Instituciones*: jurisd., §§ 8-27; compet., §§ 88-95); SCHÖNKE (*Der. Proc. Civ.*: jurisd., §§ 11-15; compet., §§ 36-42). En cambio, en la Argentina, ALSINA se ocupa de ambos conceptos en capítulos consecutivos (cfr. *Tratado*, vol. I, caps. XI y XII), y PODETTI incluye en el que titula *Tratado de la competencia* (Buenos Aires, 1954) el estudio de la jurisdicción, si bien bajo dicho denominador se incluyen igualmente otras materias, como los principios rectores del enjuiciamiento, las fuentes del derecho procesal, la organización judicial y los auxiliares.

¹¹ Sobre este problema véase la literatura siguiente: MERCADER, *Poderes de la Nación y de las Provincias para instituir normas de procedimiento* (Buenos Aires, 1939); Eduardo A. GARCÍA, *La unificación del procedimiento judicial en todo el país* (Buenos Aires, 1940); *Primer Congreso Nacional de Ciencias Procesales* (Córdoba, 1942, *passim*); celebrado en 1939); ALCALÁ-ZAMORA y TORRES, *Variedad de legislaciones civiles y procesales dentro de un Estado* (en "Rev. Der. Proc.", 1948, I, pp. 187-215); ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (en rev. cit., 1945, I, núms. 16-22); IDEM, *Unificación de la legislación procesal en México* (en "Anales de Jurisprudencia", octubre-diciembre de 1948, pp. 487-98); ANZALONE, *La unificación de los procedimientos judiciales en la República Argentina* (en "Rev. Der. Proc.", 1946, I, pp. 136-85); LEVENE H., *Hacia la unificación del Derecho procesal argentino* (en "Scritti in onore di Carnelutti", vol. II, pp. 205-18); ROSAS LICHTSHEIN, *La unificación del procedimiento civil en la República* (en "Boletín del Instituto de Derecho Procesal", 1951, núm. 3, pp. 97-106).

¹² Y aun triple: Capital de la Nación en la Argentina o Distrito Federal en México, puesto que el Distrito de Columbia en Estados Unidos se halla a este propósito en situación distinta: cfr. LASCANO, *ob. com.*, pp. 341-2, e *infra*, núm. 48.

¹³ Como en Alemania (antes de su desmembración actual), Austria (bajo la Constitución kelseniana de 1920), Brasil (a partir de 1939) o Venezuela.

(pp. 215-394). Esta exposición consecutiva y no simultánea o entremezclada de los dos conceptos hace que el volumen, más que un *producto*, dé la sensación de una *suma* de dos ensayos, que podrían haberse editado con independencia uno de otro, sin cambios substanciales en su estructura y contenido, salvo alguna que otra episódica remisión,¹⁴ reemplazable con gran facilidad. De esas dos partes, la primera presenta mayor interés *general* que la segunda, no tanto por el nivel más elevado en que, comparada con la competencia, se encuentra la jurisdicción, sino por el mayor despego o menor apego que respecto del derecho positivo argentino y de su *abrumadora* jurisprudencia¹⁵ se observa en ella y que, como contrapartida, quizás la hagan más útil o práctica para el jurista nacional. Esa diferencia justifica, a nuestro entender, que en un trabajo escrito fuera de la Argentina y por quien no es argentino, aunque afectivamente se sienta muy ligado a dicha nación, se preste mayor atención al primer extremo que al segundo. Y al hacerlo, seguiremos al autor a lo largo del plan expositivo que adoptó, porque abstracción hecha de algunas reservas que podrían formularse y que por vía de nota consignamos,¹⁶ de ese modo se facilita el cotejo del comentario y el texto comentado.

5) C) *Examen de los capítulos sobre jurisdicción.*—*Teoría de la jurisdicción*, lleva por rúbrica el capítulo inicial, que es a la vez el más extenso y acaso el fundamental del volumen. Lascano comienza en él por poner en entredicho la suposición de Lafargue de que la revolución comunista, al suprimir la propiedad privada, haría desaparecer por innecesarias las ideas de justicia o, más exactamente —aclaramos—, el mecanismo jurisdiccional para llevarla a cabo.

¹⁴ Cual la de la p. 215 al capítulo I, en cuyas pp. 43-4 anticipa el autor su concepto de competencia (véase *infra*, núm. 15), o la de la p. 229 al capítulo IV (unidad de jurisdicción), sin contar con la íntima relación entre los capítulos VI y XVII en orden a la materia contencioso-administrativa (véase *infra*, núm. 47).

¹⁵ Que sigue siéndolo pese a la reforma constitucional de 1949 y a su propósito de instaurar un órgano nacional de casación. Acerca de él, con anterioridad a 1949, COLLOMBO, *La corte nacional de casación* (2 vols., Buenos Aires, 1943; reseña nuestra en "Rev. Der. Proc.", 1943, II, pp. 195-9), y con posterioridad, SARTORIO, *La casación argentina* (Buenos Aires, 1951; reseña nuestra en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1951, núms. 3-4, pp. 360-1). Véase *infra*, *Addenda*, nota 180.

¹⁶ La obra debió iniciarse por el actual capítulo II, sobre *origen y evolución del concepto*, previo cambio de lugar con el ahora capítulo I. Otra permuta que se imponía era la del capítulo III, referente a la *jurisdicción voluntaria*, que por no ser ni lo uno ni lo otro (véase *infra*, núms. 21-22), habría encajado mejor, a la manera de apéndice, al final de la primera parte, en tanto que el capítulo XI, relativo a los fines de la jurisdicción, habría ocupado su sitio con ventajas (véase *infra*, núm. 39). Los capítulos I, en lo concerniente a *elementos de la jurisdicción*, y X, que trata de los *poderes contenidos en la misma*, pudieron haberse refundido o, en todo caso, haber sido objeto de exposición consecutiva; y otro tanto cabría haber hecho con el VI y el XVII (véanse *supra*, nota 14, e *infra*, núm. 47).

Por de pronto, esa supresión nunca será posible en materia penal, al menos mientras los hombres no se transformen en santos;¹⁷ y el hecho de que la jurisdicción punitiva, que no justicia, de los países comunistas sea de las más implacables que la historia haya conocido y padecido, representa un rotundo mentís para la seudoprofecía de Lafargue. Pero ni siquiera en el campo de los litigios civiles, tan influidos, sin duda, por el régimen de la propiedad, esa desaparición se ha producido en la Unión Soviética; y la existencia en ella y en las distintas Repúblicas que la integran o que están sometidas a su influjo, de tribunales y códigos procesales civiles, demuestra lo contrario, aunque en parte respondan aquéllos y éstos a principios y preocupaciones distintos de los que inspiran los de las naciones capitalistas o burguesas.¹⁸

6) Descartada esa perspectiva, “la necesidad, pues, ha hecho que un tercero intervenga en los conflictos de los particulares para resolverlos pacíficamente; y esa actividad desempeñada por otra persona que los propios interesados, es lo que, en esencia, constituye la jurisdicción” (*ob. com.*, p. 11). Por supuesto, las líneas transcritas contienen tan sólo un esbozo de fijación conceptual, que Lascano perfilará después (v. *infra*, núm. 8); pero aun consideradas así, resultan imprecisas en un doble sentido: a) en el de no haberse representado como contenido de la jurisdicción sino los conflictos entre particulares, con olvido de los procesos en que una de las partes o inclusive ambas sean sujetos de derecho

¹⁷ O bien mientras no triunfen fórmulas de tratamiento de la criminalidad que hoy por hoy debemos considerar utópicas, como la del reemplazo de los jueces por los llamados *médicos sociales*, preconizada por DORADO MONTERO (cfr. diversos estudios suyos de los recopilados bajo el epígrafe *El Derecho protector de los criminales* —2a. ed., Madrid, 1915—, vol. I, pp. 372, 406 y 608, y vol II, p. 136). En fecha más reciente, Per Olof EKELÖF, en su artículo *Il processo svedese* (en “*Rivista di Diritto Processuale*”, 1955, I, p. 25), se representa también la posibilidad de que el proceso penal sea sustituido algún día por “curas sociales y hospitalarias”.

¹⁸ Un contraste interesante, entre las dos corrientes, podría efectuarse a base de los volúmenes consagrados a las dos máximas potencias mundiales en la colección *Les systèmes de Droit contemporains*, editada por el “Institut de Droit Comparé de l’Université de Paris”. Nos referimos, por un lado, al volumen de André y Suzanne TUNC, *Le droit des Etats Unis d’Amérique: Sources et techniques* (París, 1955) y por otro, a los dos tomos, de René DAVIN, el primero y de John N. HAZARD, el segundo, sobre *Le droit soviétique* (París, 1954; I, “Les données fondamentales du droit soviétique”; II, “Le droit et l’évolution de la société dans l’U.R.S.S.”). Véase también Harold J. BERNAN, *Justice in Russia: An interpretation of Soviet Law* (Cambridge, Mass., 1950).

¹⁹ Pensemos, por ejemplo, en un proceso penal entre un acusador estatal y, como acusado, un funcionario público por delito cometido en el ejercicio de su cargo, o bien en el denominado juicio político, o en un “recurso” de inconstitucionalidad entre el ministerio fiscal y el defensor de la constitucionalidad designado por las Cortes (conforme a los arts. 27, 30 y 34 de la hoy abolida ley española sobre el Tribunal de Garantías, de 1933), o incluso, en cierto sentido, en el “recurso” objetivo en materia administrativa, en la casación en beneficio de la ley y en los mismos pleitos civiles de tipo inquisitorio,

público;¹⁹ y b) en el de no haber puntualizado que el tercero juzgador, u órgano jurisdiccional, ha de hallarse *supra partes*.²⁰

7) Discrepamos también del autor en cuanto a su afirmación, demasiado absoluta, de que “la idea de conflicto es inseparable de la de función jurisdiccional” (*ob. com.*, p. 13): si en la frase copiada Lascano hubiese intercalado un *normalmente* entre “es” e “inseparable”, nada habríamos tenido que objetarle; pero tal como está enunciada, no concede margen para situaciones que, aunque excepcionales, no dejan de presentarse de cuando en cuando y que han sido tenidas en cuenta, por ejemplo, por Calamandrei.²¹ Bien es verdad que Lascano intenta superar la dificultad o prevenir la objeción, mediante la contraposición que establece entre *conflicto* y *controversia*; mas aparte de que dichos términos no se enfrentan de una manera tan tajante, que evite dudas e interferencias,²² ese contraste le sirve para sentar una conclusión inaceptable, a nuestro entender, respecto del arbitraje, en el que, según él, habría, sí, “actos de resolución de controversia”, pero desprovistos de carácter jurisdiccional, cuestión ésta cuyo examen reservamos para más adelante (v. *infra*, núms. 32-36).

8) La parte central del capítulo (pp. 15-31) está consagrada a la exposición y crítica de las principales doctrinas formuladas para establecer el deslinde entre la función jurisdiccional y la administrativa (véase, además, *infra*, núm. 30). Tras pasar revista a tales teorías, agrupadas por Lascano en seis sectores, procede, bajo la doble y combinada influencia de Chiofenda y de Carnelutti,²³ a definir la jurisdicción como “una función que ejerce el Estado, cuando entre dos partes media un conflicto de intereses, para resolver dicho conflicto como tercero imparcial, con el fin de procurar la actuación de la ley” (*ob. com.*, pp. 29-30). Ese concepto no se corresponde, desde luego, con las enseñanzas de la historia, ya

en los cuales, junto o frente al interés particular de los litigantes; existe otro, de índole social o familiar, que reclama asimismo tutela y hasta con carácter preferente (pensemos en el muy significativo artículo 680 del código procesal civil mexicano del Distrito Federal: denegación del divorcio de no quedar debidamente asegurados los derechos de los hijos).

²⁰ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa* (México, 1947; 2ª ed., 1970), núms. 2 y 44, y *El antagonismo juzgador-partes* (de próxima publicación): véase *infra*, *Estudio Número 6*.

²¹ Cfr. sus *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, 2ª ed., vol. I (Padova, 1943), pp. 67-69, o bien pp. 102-5 de la traducción castellana (Buenos Aires, 1943).

²² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, núm. 20 (en “Rev. Der. Proc.”, 1952, I, pp. 234-5): véase *infra*, *Estudio Número 8*.

²³ Con o sin propósito deliberado por parte del segundo, trátase de dos procesalistas fuertemente alejados entre sí, y sus respectivos idearios no pueden ser mezclados a la ligera, tal como ha hecho DE LA PLAZA en su *Derecho Procesal Civil Español*, desde la primera edición (2 tomos; Madrid, 1942-3).

que la jurisdicción tuvo titulares distintos del Estado o de su personificación en el monarca,²⁴ como el propio Lascano reconoce (cfr. *ob. com.*, p. 35), y aún referido al presente y no al pasado, resulta discutible en los países donde los tribunales eclesiásticos, del credo que fueren, se hallen *oficialmente* admitidos,²⁵ o bien en aquellos cuya administración de justicia amalgame elementos religiosos con los estrictamente jurídicos. Así, pues, la definición de Lascano expresa más lo que la jurisdicción *debería ser*, conforme a la ideología de su autor, con quien en este punto coincidimos, que no lo que haya sido o continúe siendo en cualquier territorio o momento.

9) Esa misma preocupación por el *deber ser* se manifiesta cuando contempla las concepciones de la jurisdicción elaboradas por algunos autores alemanes durante los años del nazismo, en su afán de proyectar el tristemente célebre *Führerprinzip* al campo judicial e incluso de sustituir el proceso civil por la jurisdicción voluntaria.²⁶ Su crítica de tales desatinos le conduce primeramente a sostener que en los países totalitarios, al no consultar sus ordenamientos jurídicos el interés de los particulares, sino tan sólo el del Estado —recordemos el *Tudo per la Nação*, de la ridícula parodia portuguesa—, éste no interviene en los juicios “como tercero, sino como interesado directo” (*ob. com.*, p. 30), para llegar en un segundo paso a la conclusión de que bajo tales regímenes, “la jurisdicción no existe como función independiente, sino que constituye una faz de la función administrativa” (p. 31). De las dos partes en que el pasaje reproducido se descompone, la primera es rigurosamente exacta: por muchos cubileteos que los totalitarios intenten,²⁷ a nadie convencerán de que existe una justicia

²⁴ Cfr. MARONGIU, *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice* (en “Jus”, 1954, pp. 385-410-; reseña nuestra en “Boletín Inst. Der. Comp. Méx.”, 1954, núm. 23).

²⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE H., *Derecho Procesal Penal*, vol. I (Buenos Aires, 1945), pp. 185-6 y 207-8.

²⁶ Cfr. LASCANO, *ob. com.*, p. 30, nota 27, y ALCALÁ-ZAMORA, *Algunas concepciones menores*, núm. 25 (rev. cit., pp. 242-4). El propio LASCANO se hace eco de la que CORSINI. (*La giurisdizione* —Milano, 1936—) presentó como teoría fascista acerca del asunto (cfr. *ob. com.*, p. 31, nota 28).

²⁷ Sin inmutarse lo más mínimo y, por supuesto, sin que nadie se atreviese a levantar su voz en contra, en el Congreso de Derecho Procesal celebrado en Madrid en 1950 hubo un señor Reol que habló de “la independencia con que funciona la justicia española y el respeto absoluto que para ésta tiene el actual régimen español” (véase el volumen *Actas del I Congreso Nacional de Derecho Procesal* —Madrid, 1950—, p. 249). Lástima que se olvidase tan sólo: a) de las destituciones efectuadas por el franquismo en la judicatura (cfr. la orden de 3-XI-1936, sobre depuración mediante expediente, y los decretos de 2-IX y 31-X del propio año, sobre destituciones sin tal exigencia en la justicia municipal), de las que no se salvó ni el Tribunal Supremo, en el que no dejó títere con cabeza (cfr. la ley de 27-VIII-1938, cuyos arts. 10 y 11, con las muy relativas salvedades del 12, ponen en manos del Gobierno el nombramiento de sus magistrados, comenzando por el del Presidente) y tres de cuyos miembros fueron pasados por las armas; b) de las depuraciones de todos los colegios de abogados, sin que de ellas se librasen ni aun las

independiente allí donde la libertad está proscrita y la judicatura mediatizada en cuanto a nombramientos y ascensos y atemorizada por toda suerte de persecuciones.²⁸ La segunda mitad, en cambio, puede originar disentimientos, inclusive por parte de acérrimos antitotalitaristas: Lascano marcha, desde luego, en buena compañía, puesto que su tesis fue sustentada con anterioridad por destacados juristas de diversos países;²⁹ pero llevada a sus últimas consecuencias,

máximas figuras del Foro español (cfr., además, las órdenes de 27-VII-1939, sobre nombramiento gubernativo de la Junta del Colegio de Abogados de Madrid, y de 21-XII-1944, a cuyo tenor el Ministerio de Justicia puede vetar las listas de elegibles para los diferentes colegios —norma 4—); c) de las disposiciones que supeditan la provisión de empleos públicos a la adhesión al régimen y que reservan un cierto porcentaje de plazas a los adictos de determinadas categorías (cfr. ley de 25-VIII-1939 sobre relación de mutilados, ex combatientes y ex cautivos —por descontado, franquistas— para ocupar vacantes al efecto, y orden de 10-VI-1940, que exige en las oposiciones al profesorado universitario haber sido depurado o ser persona afecta al movimiento); d) del juramento de “incondicional adhesión al caudillo de España”, que han de prestar “todos los jueces, magistrados y funcionarios del ministerio fiscal” (cfr. art. 1º del decreto de 16-II-1938); e) del desbordamiento de la jurisdicción militar (véase nuestro trabajo citado en la nota 28) y del establecimiento de varias excepcionales, como la de responsabilidades políticas (ley de 9-II-1939) y la de represión de la masonería y del comunismo (ley de 1º-III-1940, cuyo art. 4 incluye como comunistas... a los “anarquistas o similares”...), incompatibles con esa imaginada independencia (cfr. *infra*, nota 109); f) de la suspensión y cercenamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa (cfr. ley de 27-VIII-1938) a fin de impedir la anulación de arbitrarias medidas del Gobierno, hasta el punto de que cuando mediante ley de 18-III-1944 se restablece aquélla, se sustraen a la misma las resoluciones concernientes a depuraciones, responsabilidades políticas y personal de la Administración Central (cfr. arts. 2º y 3º), precisamente las más necesitadas de revisión en dicha vía, ya que muchísimas separaciones de funcionarios —cfr. el decreto-ley de 5-XII-1936—, entre ellas las de más de un centenar de catedráticos universitarios, fueron dictadas sin formación siquiera de expediente. En cuanto al calificativo de “totalitario” que al franquismo asigna el Diccionario Larousse (y, además, todo el mundo) y que tanto subleva al Sr. Reol, el propio régimen se lo dio: véase el decreto sobre indulto de 22-IV-1938.

²⁸ Además de las indicaciones que respecto de la España actual se consignan en la nota anterior y de aquellas otras que se encuentran en nuestro artículo *Justice pénale de guerre civile* (en “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé”, octubre-diciembre de 1938, y luego en “Encayos”, pp. 253-93), véanse los artículos de Pierre De CASABIANCA, *Tribunaux d'exception des Etats totalitaires* (en “Revue Internationale de Droit Pénal”, 136, núm. 3, pp. 235 y ss.) y de Roger BERAUD, *Le droit pénal et les dictatures* (en “Rev. Science Crim.”, cit., 1938, páginas 672 y siguientes). Ténganse asimismo en cuenta, por lo que concierne a la U.R.S.S., algunos pasajes muy significativos, a despecho de la ideología y propósito de su autor, del libro *La teoría de la prueba en el derecho soviético*, de VISHINSKI (traducción castellana, Montevideo, 1950; cfr. pp. 210-2, 239, 242-4 y 270-9; reseña nuestra en “Rev. Fac. Der. Méx.”, 1951, núms. 1-2, pp. 352-5), y acerca de la justicia fascista, últimamente CALAMANDREI, en el capítulo XII (pp. 211-45) de la 3ª ed. del *Elogio dei giudici scritto da un avvocato* (Firenze, 1954).

²⁹ Véase una relación de los mismos en Graciano REGGA, *Inamovilidad de los jueces* (Buenos Aires, 1933), pp. 9-10.

significaría que donde la justicia aparezca vinculada o supeditada al Ejecutivo —trátase de monarquías absolutas o de Estados en que no rija, *de iure* o *de facto*, la separación de poderes o, si se prefiere, de funciones— no se conoció o no existe verdadera jurisdicción, con la resultante entonces de que sólo contadas épocas y naciones habrían disfrutado de su ejercicio. Entendemos, por tanto, que el autor pisa terreno más firme cuando se fija en la definición de conflictos como cometido de la jurisdicción, que no cuando carga el acento sobre la nota de independencia: aquélla constituye un elemento *esencial*, mientras que ésta, con toda su importancia, no pasa de ser una circunstancia *convenientísima* para su mejor rendimiento,³⁰ sin perjuicio de que en un mañana más o menos próximo, la evolución política eleve por doquiera dicha característica desde ventajosa a indispensable. Mas para su realización efectiva, los preceptos constitucionales y orgánicos que la consagren no serán por sí solos suficientes, por muy enérgica y certera que sea su redacción, si no operan en ambiente propicio³¹ y si los jueces, a causa de factores económicos o temperamentales, no se encuentran en condiciones o no se cuidan de defenderla con el máximo celo.³²

10) Dejando al margen, de momento, las páginas dedicadas a la jurisdicción voluntaria (de la 31 a la 34), por ser asunto al que Lascano reserva íntegro el capítulo III, en cuyo comentario las incluiremos (cfr. *infra*, núms. 21-22), fijémonos ahora en el alcance que asigna a la jurisdicción propiamente dicha. Para nuestro autor, ella no se reduce al poder de *decisión*, aun siendo su elemento esencial y el que caracteriza la función, sino que comprende también el *imperium* para la ejecución, así como los que llama *poderes implícitos* —qui-

³⁰ “La independencia —dijimos hace años (en *Derecho Proc. Pen.*, I, pp. 193-4)— es tan consubstancial a la actividad jurisdiccional, como la disciplina pueda serlo a las instituciones armadas, el secreto a escribanos (notarios) y ministros eclesiásticos o la libertad de cátedra en la Universidad”. Coincidíamos, pues, entonces con LASCANO; pero luego, la imagen de lo que la jurisdicción fue y de lo que aún sigue siendo en muchos países nos indujo a rectificar, para no confundir realidad e ideal, sin perjuicio de desear que éste se transforme en aquélla cuanto antes y en todas partes.

³¹ Éste, entre otros (tradicción, inamovilidad, remuneración adecuada, etc.), es uno de los factores decisivos en el éxito de la judicatura inglesa, pese a que en rigor no existe en Gran Bretaña verdadera separación de poderes: véase últimamente, SILVEIRA, *La justicia inglesa de hoy*, núms. 1-2 (traducción nuestra en “*Rev. Fac. Der. Méx.*”, 1955, núms. 17-18), pp. 197-203.

³² Ejemplos de jueces que han sabido mostrarse independientes aun actuando en épocas o en situaciones contrarias por completo a su libertad funcional, sería fácil traer a colación. Bástenos recordar en los dominios literarios el famoso drama de LOPE DE VEGA *La estrella de Sevilla*, y en el terreno histórico el episodio que SATTI evoca y analiza en su artículo *Il mistero del proceso* (en “*Rivista di Diritto Processuale*”, 1949, I, pp. 273-88), a propósito de la causa contra el comandante Bachmann ante el tribunal revolucionario francés en 1792, o bien la famosa anécdota del molinero y el rey Federico el Grande de Prusia, reveladora de la confianza del primero en los jueces de Berlín.

zás sería más exacto denominarles *atribuciones accesorias*—, por ser necesarios para su desempeño, cual acontece con los de coerción, dirección, documentación, etcétera (cfr. p. 36).³³ En este punto, que compartimos, Lascano se encuentra mucho más cerca de Calamandrei que de Carnelutti, cuando éste reduce la función jurisdiccional a la desvuelta en la fase de conocimiento (si bien englobándola con la ejecutiva bajo el genérico denominador de función procesal),³⁴ y por lo mismo, se aleja también de posiciones como la de Hafter hace años o la reciente de Bruns, que niegan el carácter jurisdiccional de los actos de ejecución.³⁵

II) Impulsado por su espíritu igualitario, Lascano estima que “considerada la jurisdicción en toda su integridad conceptual, es amplia e ilimitada como la fuente de que emana”, ya que “no hay cuestión jurídica que revista los caracteres de contienda entre partes, que escape” a ella, hasta el extremo de que incluso en las monarquías el rey se hallaría sometido a la misma y de que el Estado sería justiciable ante sus propios tribunales (cfr. pp. 36-38). Como aspiración, suscribimos íntegras las frases de Lascano, que, además, reflejan la expansión incesante de la jurisdicción y del proceso para arrinconar la autodefensa y eliminar inmunidades (de hecho, impunidad);³⁶ pero tomadas como expresión de realidad histórica o presente, el panorama que muestran no es, por desgracia, exacto: en las monarquías absolutas, el soberano quedaba sustraído como tal a la jurisdicción, y otro tanto sucede en los regímenes totalitarios con el jefe que se encuentre en su cabeza;³⁷ y en las constitucionales, la norma conforme a la cual la persona del rey es sagrada e inviolable, con la secuela de la responsabilidad ministerial,³⁸ conduce a una conclusión muy distinta de la formulada por

³³ Aun cuando, en mayor o menor medida según los países y la práctica respectiva, no siempre sea el juzgador en estricto sentido quien los lleve a cabo y sí los auxiliares e incluso subalternos de la administración de justicia.

³⁴ Cfr. CALAMANDREI, *Istituzioni*, vol. I, núms. 19-21, CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 38-39.

³⁵ El primero, al formar con la de índole penal un tercer territorio jurídico, distinto del derecho penal sustantivo y del procesal penal, en virtud de consideraciones (cfr. su *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes*, § 1, Berlín, 1926) analógicamente referibles al campo civil; el segundo, por estimar que los actos de ejecución (civil) poseen naturaleza administrativa (cfr. su artículo *Legame e libertà del giudice nel diritto processuale civile*, en “Jus”, 1954, p. 203).

³⁶ Cfr. *Proceso, autocomposición*, núms. 126 y 140.

³⁷ Así, según el artículo 47 de los Estatutos de Falange (lo mismo el texto de 4-VIII-1937 que el de 31-VII-1939), el Jefe sólo “responde ante Dios y ante la Historia”. Bueno será subrayar que el decreto aprobatorio de aquéllos lleva la firma de quien de ese modo y de un plumazo se declaraba a sí mismo inviolable e inmune...

³⁸ Acerca de este extremo en relación con las sucesivas constituciones monárquicas de España, véase nuestro trabajo *Límites subjetivos fijados por la Constitución a la actividad jurisdicente*, núm. 2 (en *Ensayos*, pp. 592-3).

Lascano. Además, ni siquiera en genuinas Repúblicas democráticas se ha alcanzado plenamente la mencionada meta, y subsisten en ellas todavía sectores más o menos considerables de conflictos excluidos de la jurisdicción,³⁹ amén de los de índole internacional, donde pese a tentativas, proyectos y parciales realizaciones, queda aún muchísimo camino por recorrer antes de lograrse, si se consigue algún día, que las contiendas entre naciones se resuelvan, sin excepción, mediante decisiones de tribunales⁴⁰ y no por obra de conferencias de dudosa eficacia, de inadmisibles intervenciones o de guerras catastróficas para la humanidad.

12) La sumisión de los extranjeros a la jurisdicción nacional es aspecto que Lascano examina en términos certeros, pero demasiado sucintos. Efectivamente, al extranjero no hay que tratarlo, desde el punto de vista jurisdiccional, ni como enemigo ni como ser privilegiado (cfr. p. 38). Pero junto a esa consideración, que debe determinar la total supresión de fueros y tribunales establecidos con tal fin,⁴¹ existen otras cuestiones que el autor ha omitido o soslayado: por ejemplo, la relativa a empresas o negociantes poderosos que en países débiles campeen por sus respetos y, llegado el caso, quieran eludir la acción de los tribunales nacionales. Bastará evocar el reciente episodio, que hasta los amnésicos recuerdan, de cierta famosa compañía, que obtuvo el apoyo apenas disimulado del omnipotente Gobierno de su país para derrocar el régimen, que no le era grato, de la pequeña nación a que explotaba. Y si bien el escandaloso atentado se produjo después de escrito el libro de Lascano e incluso con posterioridad a su fallecimiento, casos similares, aun cuando pocos tan brutales, se habían dado mucho antes de ambas fechas.

³⁹ Laborales y administrativos, en mayor o menor medida según los países (pensemos en la constitucionalización de la huelga en México, Italia, Francia, etc.); o constitucionales en un crecido número de naciones, que no se han decidido aún a permitir que la actividad legislativa quede sujeta a revisión jurisdiccional.

⁴⁰ Una información acerca de las diferentes tentativas y ensayos acometidos al efecto, puede verse en nuestro artículo *Il processo dei criminali di guerra* (en "Jus", 1950), *passim*, y especialmente en las notas suplementarias con que aparecerá en castellano en nuestra próxima recopilación de ensayos: véase *infra*, *Estudio Número 28*.

⁴¹ Ya tengan carácter favorable o adverso. En el primer sentido, por ejemplo, como los que gozaron los súbditos ingleses en diversos Estados (cfr. KLINGHOFFER, *British jurisdictional privileges in Spain, Portugal and Brazil: A historical reminiscence*, en "Osterreichische Zeitschrift für öffentliches Recht", 1953, pp. 507-24); como el fuero de extranjería en la Argentina, aunque su instauración obedeciese a factores políticos y demográficos (para su crítica, cfr. PODETTI, *Teoría y técnica del proceso civil* —Buenos Aires, 1942—, pp. 85-6), o como el régimen de capitulaciones que padecieron varios países de Asia y de África. En el segundo, como el real decreto español de 17-XI-1852 al encomendar la jurisdicción de extranjería (con las salvedades por él mismo marcadas) a los tribunales militares (cfr. CARAVANTES, *Tratado*, tomo I, pp. 165-6).

13) Discutible nos parece la tesis de Chioyenda,⁴² seguida por Lascano (cfr. pp. 38-39), a cuyo tenor la sentencia extranjera que reciba el *exequatur se nacionaliza*.⁴³ No creemos en semejante transformación, porque tal sentencia no pierde en ningún momento su nacionalidad de origen, y lo más que cabría sostener, a la manera de la propugnada en ocasiones para los ciudadanos de ciertos Estados, es que gozaría de doble nacionalidad;⁴⁴ pero mucho más sencillo resulta sostener que todo se reduce entonces a una declaración de ejecutabilidad efetuada en el *interior*, con fines de cooperación jurídica, respecto de una decisión pronunciada en el *exterior* y que no por ello se desnacionaliza.⁴⁵

14) La clasificación de la jurisdicción que se esboza en las páginas 39 a 43, dista de ser completa.⁴⁶ Además de la civil, se mencionan la mercantil —carente de razón de ser y que tiende a desaparecer—,⁴⁷ la laboral, la administrativa y la penal, concebida ésta como “esencialmente afflictiva y represiva” (p. 41),⁴⁸

⁴² En *Principii*, p. 303, tanto de la edición de 1913 citada por LASCANO, como de la de 1928.

⁴³ Sobre la materia, SENTÍS MELENDO, *La sentencia extranjera: Naturaleza procesal del exequatur (Notas para su estudio)*, (en “Revista de Derecho Procesal”, 1944, II, pp. 221-78, con cita de abundante bibliografía en las pp. 221-9); idem, *Ejecución de sentencia extranjera (Necesidad de previo exequatur)* (en rev. cit., 1945, II, pp. 348-55); SÜS, *El reconocimiento de sentencias extranjeras* (en “Revista de Derecho Procesal” española, 1952, pp. 3-17).

⁴⁴ Cfr., por ejemplo, el art. 24 de la Constitución española de 1931 y ahora el 22 del código civil (texto de 15-VII-1954).

⁴⁵ El *exequatur*, respecto de las sentencias, como el *placet*, en cuanto a los diplomáticos, no son sino actos de aceptación *interna* en orden a decisiones o nombramientos *externos*.

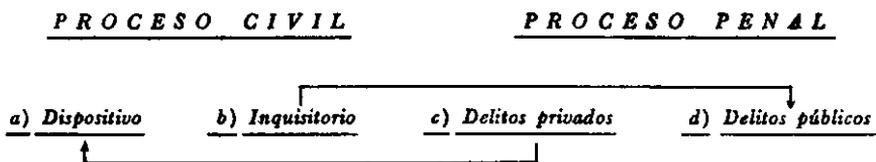
⁴⁶ Tras llevarla a cabo, LASCANO declara que su fraccionamiento “sólo existe y se manifiesta en la vida práctica, en relación a los órganos que la ejercen”, pero que como la función es la misma, la *unidad de jurisdicción* se halla consagrada “como uno de los cánones del derecho procesal” (pp. 42-3).

⁴⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano, y conveniencia de su reabsorción por el civil* (en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, 1952, núm. 7), pp. 29-43.

⁴⁸ A esos rasgos agrega aún LASCANO estos dos: a) “que se mueve de oficio”, y b) que en ella prevalecen “los poderes de juez” (p. 42). Tales notas, sobre todo en países con proceso penal acusatorio, distan mucho de ser rigurosamente exactas, como en términos más amplios no son tampoco fieles las contraposiciones que, a base de enfrentar tipos extremos, se establecen entre el enjuiciamiento civil y penal. En realidad, entre el proceso civil dispositivo y el penal por delitos públicos existen por lo menos dos que representan el tránsito y el enlace entre ambos. Nos referimos, por un lado, al civil inquisitorio, tan sagazmente analizado por CALAMANDREI (*Linee fondamentali del processo civile inquisitorio*, en “Studi di diritto processuale in onore di Chioyenda” —Padova, 1927—, pp. 131-71) y, por otro, en países como España, Cuba, Argentina, Perú, Paraguay, etc., al penal concerniente a delitos privados. Del primero podríamos afirmar que constituye un proceso civil impregnado de características penales, mientras

con olvido de sus interesantísimas manifestaciones tutelares y preventivas en cuanto al enjuiciamiento de menores y al de sujetos peligrosos.⁴⁹ Guárdase silencio respecto de las jurisdicciones de tipo político, a saber: la constitucional y la electoral, más la de conflictos, acerca de las cuales, sin embargo, se consignan luego algunas indicaciones en los capítulos IV y V (véase *infra*, núms. 26-29), y otro tanto sucede con las diversas modalidades de la internacional y con la eclesiástica, aunque aquí la actitud del autor se explique por reputar al Estado como único titular de la función jurisdicente (cfr. *supra*, núm. 8).

15) Acaso por la índole introductiva de este primer capítulo, su apartado final es uno de los pocos en que a lo largo de la obra se relacionan las ideas de jurisdicción y de competencia. Se parte en él de que “en las sociedades modernas de complicada organización, no es conveniente ni siquiera concebible un solo juez”,⁵⁰ y ello “determina el concepto de competencia que, técnicamente, que acontece lo contrario con el segundo. La situación y el nexo de los cuatro podríamos configurarlos así:



Del segundo de los citados tipos se ocupa, en Argentina, JUÁREZ ECHEGARAY, en el artículo *Proceso civil inquisitorio* (en “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” de Córdoba, enero-junio de 1950, pp. 73-95), fuertemente influido por las ideas de CALAMANDREI sobre el tema.

Aun cuando coincidiendo en la cifra de tipos e incluso en el alcance de tres de ellos, nuestra clasificación responde a enfoque distinto de la recientemente establecida por ALLORIO, al dividir los procesos de accertamiento en cuatro clases, dos de contenido *subjetivo* —a) sobre *derechos* (posiciones disponibles) y b) sobre *estados* (posiciones indisponibles)— y otras dos de contenido *objetivo* —a) proceso *penal* y b) *proceso de interdicción*— (cfr. su artículo *Per una teoria dell'oggetto dell'accertamento giudiziale*, en “Jus”, 1955, pp. 188-90). A esos cuatro tipos, tanto en la clasificación de ALLORIO como en la nuestra, podría agregarse el llamado *proceso voluntario* por quienes atribuyan estricta naturaleza procesal a los expedientes de la discutida jurisdicción.

⁴⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* (parcialmente publicado en “Rivista Italiana di Diritto Penale”, 1937, núm. 5, e inserto íntegro en *Ensayos*, pp. 175-234), donde exponemos no sólo el correspondiente procedimiento español, sino también, a título de apéndice, resúmenes de los vigentes en Venezuela y Uruguay y de los proyectos chilenos de 1941 y argentino de 1943. Véanse también RUIZ-FUNES, *La peligrosidad y sus experiencias legales* (La Habana, 1948), y CALVO, *El juicio de peligrosidad* (en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, 1952, núm. 13, pp. 44-54).

⁵⁰ Incluso en Estados minúsculos de la categoría de Andorra, Lichtenstein, Mónaco o San Marino, la pluralidad de *juzadores* (a ellos y no a los *jueces* en su acepción estricta se refiere, sin duda, LASCANO en el pasaje entrecorillado; para la distinción entre

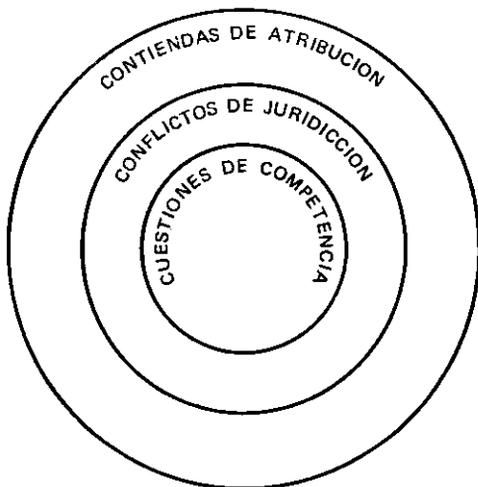
difiere del de jurisdicción” (p. 43). ¿En qué consiste para Lascano la distinción? Pues, sencillamente, en que mientras “la competencia es la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional”,⁵¹ “la jurisdicción es, por el contrario, la función misma, o sea la actividad que despliega el Estado para satisfacer los intereses tutelados por el derecho, cuando la norma jurídica no ha sido o podido ser cumplida” (p. 43). Niega, en cambio, que “la jurisdicción represente un concepto amplio de carácter abstracto y la competencia el mismo concepto llevado a casos concretos” (p. 43), en contra de la opinión de Luis Martín de Herrera en la Argentina,⁵² quien, a nuestro entender, no andaba tan descaminado como Lascano cree; y la mayor amplitud y abstractividad de la jurisdicción en contraste con la competencia, la consideramos indudable, aunque no sea el único rasgo diferenciativo ni acaso el esencial. La prueba de ello la tenemos en que todo juzgador ha de poseer jurisdicción, aun cuando luego frente a determinados sectores de litigios le falte competencia, mientras que no podría ser competente si de antemano careciese de jurisdicción. Las pugnas positivas o negativas entre distintas esferas estatales brindan también un nuevo argumento a favor de la tesis que Lascano rechaza: dentro del conjunto de círculos concéntricos mediante los que representaremos sus diversas hipótesis, el más amplio se hallaría constituido por las *contendias de atribución* entre los diferentes poderes o funciones; le seguiría el integrado por los *conflictos de jurisdicción* entre las varias ramas de ésta (por ejemplo: entre la civil y la laboral, o entre la penal común y la penal militar, o, en países como Argentina, Estados Unidos y México, entre la federal y cualquiera de las locales o de las segundas entre sí),⁵³ y el más reducido, aunque quizás el cuantitativamente más numeroso, los dos vocablos, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, en “Rev. Der. Proc.”, 1945, I, p. 54) podría venir reclamada por motivos de competencia material o por exigencias de la vía impugnativa. Baste recordar que, por ejemplo, la ley de organización judicial de la Ciudad del Vaticano de 1946 prevé en su artículo 1º los siguientes órganos jurisdiccionales: un juez único, un tribunal de primera instancia, una corte de apelación y una corte de casación.

⁵¹ Por supuesto, LASCANO se ocupa aquí de la capacidad procesal *objetiva*, concerniente al *oficio*, y no de la *subjetiva*, que atañe al funcionario o, con terminología de CARNELUTTI, al *oficial* (cfr. *Sistema*, núms. 201-202).

⁵² En su artículo *Concepto de jurisdicción y competencia* (en “Revista Jurídica y de Ciencias Sociales” —Buenos Aires, 1921—, p. 688), citado por LASCANO, p. 43, nota 38.

⁵³ Al exponer la vigente ley española sobre la materia, de 17-VII-1948, que se vale de una terminología imprecisa e inconstante, PRIETO-CASTRO habla, por su parte, de *conflictos jurisdiccionales* (los surgidos entre jurisdicción y administración), *conflictos competenciales* (los brotados entre órganos de la jurisdicción) y *cuestiones de competencia* (las originadas dentro de un mismo orden jurisdiccional) —cfr. su *Derecho Procesal Civil*, tomo I (Madrid, 1952), pp. 159-69, especialmente nota 295—; pero estimamos más correcta la nomenclatura de que nos servimos en el texto, puesto que ni las pugnas entre jurisdicción y administración se pueden calificar de “jurisdiccionales” (iguales razones habría para llamarlas “administrativas”), ni el deslinde entre “conflictos competenciales” (aun admitido el neologismo) y “cuestiones de competencia” resulta su-

estaría formado por las *cuestiones de competencia* en estricto sentido, entre juzgadores de un mismo orden jurisdiccional; todo ello de acuerdo con la siguiente figura:



16) Estima Lascano que a la confusión de ambos conceptos ha contribuido el empleo indistinto en la legislación argentina —y en otras varias—⁵⁴ de las palabras “jurisdicción” y “competencia” (p. 44). Pese a ello, no considera justificada la crítica contraria a la expresión “incompetencia de jurisdicción” empleada por el derecho positivo de su patria y, añadiríamos, de otros países.⁵⁵ Con-

ficientemente acusado como para no aparecer *capilar*, según diría CARNELUTTI (cfr. *Sistema*, núm. 117). Tampoco reputamos acertadas las designaciones de que se vale VILLAR Y ROMERO, cuando habla de *conflictos de jurisdicción* (los surgidos entre la Administración y los jueces o tribunales), *conflictos de atribución* (los que se suscitan entre los diversos ramos de la Administración), *competencias* (las que se plantean entre jueces y tribunales) y *meros conflictos* (los que tienen lugar entre autoridades administrativas dependientes de un mismo Ministerio) —cfr. su artículo *Conflictos jurisdiccionales negativos entre la Administración y los Tribunales ordinarios* (en “Revista de Derecho Procesal” española, 1946, pp. 415-36), p. 418—: aparte de que el término “conflicto” entra en juego respecto de tres de las cuatro modalidades y de que los sectores 2º y 4º pertenecen al mismo género, aunque ocupen dentro de él diferentes peldaños, la primera de las clases que menciona está incurso en el defecto que acabamos de señalarle a PRIETO. En todo caso, de querer hallar un denominador común para las tres categorías que en la figura del texto se reflejan, habría que pensar en *pugnas de incumbencia* o en algún epígrafe similar.

⁵⁴ Por citar sólo dos, las de España (arts. 54, 56 y 1692, núm. 6º, l. enjto. civ.) y México (arts. 147-9 cód. proc. civ. D. F. o art. 1099 cód. com.). En los preceptos mencionados de una y de otra, “jurisdicción” se usa como sinónimo innecesario e inexacto de *competencia*.

⁵⁵ Cual, de nuevo, España (arts. 533, núm. 1º, 1464, núm. 11, y 1693, núm. 6º, l. enjto. civ.) y México (“declinatoria de jurisdicción”: art. 262 cód. proc. civ. D. F.).

formas plenamente con la primera de las apreciaciones de Lascano, disintimos de él en cuanto a la segunda,⁵⁶ porque, o se trata de *incompetencia*, y entonces sale sobrando lo de “jurisdicción”, o bien de *falta o ausencia de jurisdicción*, y en tal caso así debió llamársele, de no habilitar con ese fin el vocablo *injurisdicción*.⁵⁷ De ese modo, en vez de mezclar conceptos situados en diferentes planos y que poseen significado distinto, marcharían por separado y cada uno contaría con su respectivo reverso, a saber:

- | | | |
|----|---|----------------------------------|
| 1) | { | ANVERSO: <i>jurisdicción</i> . |
| | | REVERSO: <i>injurisdicción</i> . |
| 2) | { | ANVERSO: <i>competencia</i> . |
| | | REVERSO: <i>incompetencia</i> . |

17) Insistiendo en su creencia de que la frase “incompetencia de jurisdicción” no es incorrecta, Lascano agrega que “puede un juez ser competente para entender en un asunto y no ejercer jurisdicción, como ocurre con los juicios llamados de jurisdicción voluntaria” (p. 44). No ha logrado convencernos el argumento, aun coincidiendo con Lascano (véase, además, *infra*, núm. 21) en que la denominada jurisdicción voluntaria, sólo tiene de jurisdiccional el nombre. La discrepancia se basa⁵⁸ en que en el campo de la jurisdicción voluntaria existe,

⁵⁶ Completando las indicaciones del texto, destacaremos asimismo la impropiedad de la frase *prórroga de jurisdicción* (véanse los arts. 54 de la ley española y 149 del cód. mexicano del D. F.), cuando se aplica a la de competencia. En este punto, y a diferencia de su antecesor el de 1865, que en su artículo 69 hablaba de que “la jurisdicción (léase, la competencia) no puede ser prorrogada por las partes, salvo los casos establecidos por la ley”, el vigente código procesal civil italiano de 1940 diferencia, con acierto, la “inderogabilidad convencional de la *jurisdicción*” (art. 2), desde el lado *externo*, y la “inderogabilidad convencional de la *competencia*” (art. 6, con las excepciones de los arts. 28-29), en el orden *interno*, cual dos situaciones, por decirlo así paralelas, pero a la vez esencialmente diversas y no susceptibles de encontrarse, justamente por razón de su paralelismo (cfr. nuestro dictamen *Efecto en que debe admitirse la apelación frente a una sentencia interlocutoria*, apartado B).

⁵⁷ Cfr. nuestra reseña del libro de FORNATTI, *Excepciones previas en el proceso penal* (Buenos Aires, 1952), en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, 1954, núm. 14, p. 222, así como el dictamen citado en la nota anterior (apartado A del mismo). Véanse también los artículos 37 y 38 del código italiano vigente, que contraponen, con acierto, la “falta de jurisdicción” y la “incompetencia”.

⁵⁸ Aparte del empleo de la voz “juicio” aplicada a los procedimientos de jurisdicción voluntaria, que no reputamos correcta: cfr. nuestros trabajos *Proceso, procedimiento, enjuiciamiento* (en “Estudios de Derecho Procesal” —Madrid, 1934—, pp. 473-5) y *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria* (en “Studi in onore di Redenti”, vol. I —Milano, 1951—; anticipada su publicación en “Jus” de México, octubre de 1948, y en “Rev. Der. Proc.”, 1949, 1), núms. 9, 31 y 41 —véase *infra*, *Estudio Número 4*—; en contra, CARNELUTTI, al hablar de “proceso” voluntario (cfr. *Sistema*,

por encima del de competencia, otro concepto, el de *atribución*, que hace respecto de ella el papel del de jurisdicción en el ámbito del proceso contencioso.⁵⁹ Por tanto, entran también en juego en ella dos nociones y no una sola, con tanto más motivo de aceptarse, como hace precisamente Lascano (cfr. pp. 59 y 69), la doctrina administrativista para explicar la naturaleza de la seudojurisdicción voluntaria. Y decimos “con tanto más motivo”, porque el derecho administrativo y el procesal tienen una serie de conceptos fundamentales comunes (aunque operen en uno y otro con rasgos diversos), como sucede con el de competencia, además de los de procedimiento, recursos, vía, acción (hasta cierto punto), ejecución, inclusive cosa juzgada, etcétera.⁶⁰ Dicho de otro modo: frente a una competencia en los dominios de la jurisdicción, existe otra competencia en la esfera de la administración y, de rechazo, las correspondientes *incompetencias* en cada uno de los mencionados territorios. Se nos objetará entonces que al discurrir así echamos por tierra la crítica que hace un instante dirigimos a la locución “incompetencia de jurisdicción”. Sin embargo, la contradicción se reduce de flagrante a aparente: *rechazamos* que pueda hablarse de *incompetencia de jurisdicción* en el seno de ésta, a título de deslinde *interno*, pero *aceptamos* esa nomenclatura como delimitación *externa* frente a la incompetencia de orden administrativo. Combinando ahora esta conclusión con la que establecimos al final del número anterior, tendríamos:

A) DESLINDE EXTERNO

I) Jurisdicción:

- a) Competencia.
- b) Incompetencia.

II) Administración:

- a) Competencia.
- b) Incompetencia.

B) DESLINDE INTERNO

(El recogido en el cuadro del número 16)

18) Desde el punto de vista de nuestro estudio, el capítulo II, sobre *Origen y evolución del concepto* (pp. 45-56), presenta menor interés. Guiado principalmente por De Martino y por Betti,⁶¹ Lascano realiza en él labor más informativa

núm. 81), como es natural, siempre que se acepte la sinonimia de los términos *proceso* y *juicio* (tomado éste, a su vez, en la acepción dominante dentro de los códigos procesales hispanoamericanos y no en la equivalente de sentencia, cual en Francia o Portugal, de acuerdo con su ascendencia romanista).

⁵⁹ Cfr. *Premisas jurisdicción voluntaria*, núms. 15, 40 y 41.

⁶⁰ Cfr. *ob. cit.*, notas 47, 186 y 193.

⁶¹ Por el primero, en *La giurisdizione nel diritto romano* (Padova, 1937); por el segundo, en *Diritto romano* y en *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano* (en “Studi in onore de Chioevenda”, pp. 65-129).

que constructiva y la circunscribe, además, al derecho romano y, en forma muy sucinta (pp. 55-56), al canónico. Referencias al germánico, al ítalo-canónico y al español habrían completado eficazmente la exposición en este punto. Tal como se compuso, sólo dos pasajes serán comentados por nosotros. El primero concierne a las relaciones entre *iurisdictio* e *imperium*; el segundo, a la índole de la jurisdicción eclesiástica.

19) Entiende Lascano, dicho se está que con referencia al derecho romano, que “el *imperium* es un concepto más amplio que el de *iurisdictio*, puesto que era una emanación de aquél” (p. 51). Hoy en día, desde el ángulo puramente procesal, acaso tendríamos que decir lo contrario, al menos frente a la actuación de ciertos tribunales, poseedores de jurisdicción pero desprovistos de imperio,⁶² aunque para nuestro autor una de esas hipótesis no lo sería, al negar la índole jurisdiccional del arbitraje y afirmar, por el contrario, la naturaleza contractualista del proceso ante jueces privados (véase *infra*, núms. 32-36).

20) A propósito de la *jurisdicción eclesiástica*, Lascano, consecuente con el relieve que asigna a la independencia como nota esencial del poder judicial [(véase *supra*, núm. 9), estima que dada la vinculación de las funciones legislativa, administrativa y judicial en el Papa, el régimen de la Iglesia (por supuesto, de la católica, a que exclusivamente alude) ha sido en todos los tiempos “despótico” y que si bien ha creado órganos con la función de juzgar, ellos “no son ni han sido nunca soberanos”, ya que actúan por delegación y están actualmente expuestos —en los países donde aún subsisten— a que “el pontífice se avoque el conocimiento de la causa” (p. 55, nota 16).⁶³ Si en las frases transcritas sustituimos “despótico” por *absoluto* (puesto que en veinte siglos de pontificado ha habido en todo momento *absolutismo*, pero no siempre *despotismo*), podrían ser suscritas por unanimidad, desde ateos a confesionales, como exacto reflejo de la realidad en la materia. Surgirían, en cambio, discrepancias irreductibles acerca de si los tribunales eclesiásticos, en las escasas naciones que atribuyen efectos civiles a sus decisiones en determinados asuntos, integran una verdadera jurisdicción con substantividad y autonomía completas o viven tan sólo al socaire del reconocimiento que tal o cual Estado les otorgue y que, claro está, podría suprimir en cualquier instante.⁶⁴

⁶² Principalmente los árbitros. Véanse otros casos en nuestras *Adiciones al Goldschmidt*, p. 627, si bien teniendo en cuenta la fecha de la obra (Barcelona, 1936) y las modificaciones posteriores (véase *infra*, nota 115).

⁶³ Véase además *infra*, en la nota 124 la situación singular que a propósito del Tribunal de la Rota española mencionamos.

⁶⁴ De las dos tesis expuestas en el texto, la primera ha sido, por ejemplo, sustentada en México por ULLOA ORTIZ, en *Jurisdicción eclesiástica y jurisdicción civil* (en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, 1953, núm. 11, pp. 55-80); la segunda, en cambio, es la que compartimos (cfr. nuestro *Derecho Procesal Penal*, vol. I, pp. 185-6 y 207).

21) El capítulo III (pp. 57-70) trata de la *jurisdicción voluntaria* y desenvuelve ideas esbozadas en el I (pp. 31-34). El pensamiento de Lascano acerca del tema podríamos condensarlo en tres proposiciones: a) no es jurisdicción ni menos todavía voluntaria, ya que se ejercita de modo *necesario*, y sólo “por mero respeto a la tradicional terminología” consérvase tan inadecuado nombre (cfr. p. 33); b) constituye una función estadual, de naturaleza administrativa, sin que su atribución en ciertos países a funcionarios judiciales y no a órganos administrativos, destruya dicho carácter, puesto que no cabe identificar la actividad *jurisdiccional* con la *judicial*, aun cuando como regla coincidan (cfr. pp. 17, 32, 33, 58 y 69);⁶⁵ y c) tras pasar revista a diversos criterios sugeridos para diferenciar la jurisdicción contenciosa respecto de la voluntaria (cfr. pp. 60-65) y aceptar a tal fin la fórmula de Wach, compartida por Chiovenda, conforme a la cual la segunda tendría por objeto la constitución de estados jurídicos nuevos o bien cooperar al desarrollo de relaciones existentes (cfr. pp. 63-64), entiende que mientras en aquélla habría litis y cosa juzgada, ambas faltarían en ésta, en la que, además, actuaría una sola parte, en tanto que figurarían dos en la otra (cfr. pp. 65-66).

22) De esas tres proposiciones, concordamos plenamente con la primera, pese a algunas recientes y autorizadas opiniones, que persisten en asignar naturaleza jurisdiccional a la supuesta jurisdicción voluntaria.⁶⁶ Aun representando hoy la

No deja de ser muy significativo, para caracterizar la índole de la jurisdicción eclesiástica, el hecho de que al restablecerla el vigente régimen español no se haya decidido, pese a su notorio confesionalismo, a derogar los recursos de fuerza en conocer de los artículos 125-152 de la ley del enjuiciamiento civil: cfr. PRIETO-CASTRO, *ob. y vol. cit.* en la nota 53, pp. 171-3; y acerca del tema, antaño, el Conde DE LA CAÑADA, *Observaciones prácticas sobre los recursos de fuerza: Modo y forma de introducirlos, continuarlos y determinarlos en los tribunales reales* (2a. ed., Madrid, 1794), y en la actualidad, MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Los recursos de fuerza en España: Un intento para suprimirlos en el siglo XIX* (en “Anuario de Historia del Derecho Español”, tomo XXIV, 1954, pp. 281-380), muy completo en el aspecto informativo, pero franca o, si se prefiere, franquistamente tendencioso en cuanto a orientación política.

⁶⁵ Además de la que los juzgadores despliegan en la susodicha esfera de la pseudo-jurisdicción voluntaria, será en ellos actividad *judicial* pero no *jurisdiccional*, sino *administrativa*, la que lleven a cabo en materia disciplinaria y de inspección, régimen interno de trabajo, comunicaciones extraprocesales, formación de estadísticas, etc. En cuanto al supuesto carácter no *jurisdiccional* de la ejecución, véanse las posiciones ya registradas de CARNELUTTI, HAFTER y BRUNS, en contraste aquí con la de CALAMANDREI (*supra*, núm. 10 y notas 34-35).

⁶⁶ En relación a Italia, véanse los autores mencionados por FAZZALARI en la p. 38, nota 43, de su libro *La giurisdizione volontaria: Profilo sistematico* (Padova, 1953); cfr. asimismo MARQUES, *Ensaio sobre a jurisdição voluntária* (S. Paulo, 1952), pp. 62-3, aun no militando el autor entre los partidarios de la tesis jurisdiccionalista. En México, ésta es defendida por DE PINA en *Notas sobre la jurisdicción voluntaria* (en “Derecho Procesal (Temas)”, 2ª. ed., México, 1951, pp. 205-223). Un reciente esfuerzo diferen-

tendencia dominante, no nos convence la segunda, y nos inclinamos a creer que la jurisdicción voluntaria se halla en el tránsito de la administración a la jurisdicción.⁶⁷ En cuanto a la tercera, discrepamos esencialmente respecto de uno de sus extremos, o sea el concerniente a la finalidad constitutiva de la jurisdicción voluntaria; nos apartamos a propósito de otros dos, a saber: los relativos a la cosa juzgada y a las partes, y coincidimos, por último, en que no media litis; todo ello de acuerdo con nuestro folleto sobre la cuestión.⁶⁸

23) Cinco capítulos, del IV al VIII inclusive, se ocupan “del órgano de la jurisdicción”, o, mejor dicho, tal es su común denominador; pero luego, cuando del epígrafe se pasa al contenido, bien pronto se comprueba que la citada rúbrica sólo le cuadra a los dos últimos, en tanto que los tres primeros se refieren principalmente a la jurisdicción en sí y a su deslinde frente a los otros poderes del Estado. Por esa causa, habremos de examinarlos por separado y no formando un bloque.

24) En el capítulo IV ((pp. 71-93) da Lascano casi por sentado que primero surgió el arbitraje, después la intervención de jueces en el papel de “meros mediadores” y en un tercer momento la verdadera jurisdicción. Semejante panorama (cfr. pp. 71-72) ha de reputarse puramente conjetural, como todo cuanto concierne a la prehistoria jurídica; y desde el punto de vista del progreso que tales soluciones representan, el arbitraje entraña mayor avance que la simple mediación, ya que mientras el mediador (sea funcionario o particular) se encuentra *infra partes* y se mueve en el terreno de la autocomposición, que él facilita, pero que, de lograrse, emana de los litigantes, el árbitro se halla, en cambio, *supra partes* y opera en el ámbito jurisdiccional,⁶⁹ aunque esta postrera conclusión la rechace Lascano (véase *infra*, núms. 32-36). Más acordes con el autor estamos cuando, siguiendo a Summer Maine,⁷⁰ establece, dentro de las sociedades primitivas, una correlación entre el rey y la administración de justicia (cfr. pp. 72-74 y 78); si bien a veces la suprema autoridad de ellas se depositó en jueces y no en reyes.⁷¹ Numerosas son las manifestaciones de ese ligamen, desde el efecto

ciativo entre jurisdicción voluntaria y contenciosa, aunque con el defecto, para su proyección fuera de Alemania, de un excesivo apego a su derecho positivo, lo constituye el trabajo de LENT, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en “*Zeitschrift für Zivilprozess*”, 1953, pp. 267-84). Véase, además, *infra*, Estudio Número 5.

⁶⁷ Cfr. *Premisas jurisdicción voluntaria*, núms. 39 y 40.

⁶⁸ Cfr. *ob cit.*, núms. 37, 38 y 40.

⁶⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, núm. 44.

⁷⁰ En su obra *El antiguo derecho* (edición española), p. 142, citada por LASCANO en p. 72.

⁷¹ Por lo menos en cuanto al nombre: recordemos los jueces bíblicos o, en plena Edad Media, los jueces castellanos LAFÍN CALVO y NUÑO RASURA.

devolutivo propiamente tal de los recursos,⁷² hasta las imágenes históricas o literarias de reyes justicieros,⁷³ a través de la apelación al rey,⁷⁴ y como eco de ellas, la circunstancia de que todavía en las monarquías constitucionales de nuestros días la justicia se siga administrando en nombre del soberano, aunque no por él. (En realidad, la frase “el rey reina pero no gobierna”, habría que extenderla a los otros poderes y añadir: ni legisla ni juzga; de no entenderse que el verbo “gobernar” abarca en sentido lato las dos otras actividades).

25) Que la judicatura inglesa goce de plena independencia y que desde hace siglos venga siendo “el baluarte de las libertades populares” resulta tan cierto,⁷⁵ como, por el contrario, discutible que Montesquieu fuese “el teorizador de lo que ya existía en el hecho” (p. 75), es decir, en Inglaterra. Nada, en efecto, más en pugna con la famosa teoría del aristócrata francés que la singular figura del Lord Canciller, a un tiempo engastado en los tres poderes, sin contar con que tampoco se concilia muy bien con ella el régimen de nombramiento de los jueces por el Ejecutivo.⁷⁶

26) Al afrontar el problema de si “el orden judicial” (léase, la jurisdicción) “constituye realmente un poder o si es una dependencia del ejecutivo” (p. 76), para pronunciarse por la primera alternativa,⁷⁷ Lascano, como ya indicábamos

⁷² O sea desde el punto de vista jurisdiccional (en contraste con el *conservativo* o *retentivo*) y a diferencia de los efectos relacionados con la ejecución (a saber: el *ejecutivo* y el *suspensivo*): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Procesal Penal*, vol. III, pp. 287-9.

⁷³ Cfr. *supra*, artículo y reseña citados en la nota 24.

⁷⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca* (en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, 1950, núms. 47-48), núms. 100-103 (pp. 353-6) —ahora, *infra*, *Estudio Número 23*—. Véase también LASCANO, *ob. com.*, p. 74, nota 5.

⁷⁵ Aun cuando antes del famoso *habeas corpus* (1679), a que probablemente alude LASCANO, los procesos forales aragoneses brindaron a la libertad una protección más extensa y completa: cfr. Rodolfo REYES, *Ante el momento constituyente español: Experiencias y ejemplos americanos* (Madrid, s. a.), pp. 43-5, y *La defensa constitucional* Madrid, (1934), p. 84.

⁷⁶ Acerca de este extremo, cfr. entre otros, en castellano, BECEÑA, *Magistratura y Justicia* (Madrid, 1928), pp. 109-12; COUTURE, *La justicia inglesa* (Montevideo, 1943), pp. 7-9; SILVEIRA, *La justicia inglesa de hoy*, cit. (*supra*, nota 31), núm. 2, pp. 200-3.

⁷⁷ Aun cuando tales caracterizaciones no hayan tenido siempre la obligada trascendencia práctica. Así, la rotación de los epígrafes “Administración de Justicia” y “Poder Judicial” en las sucesivas Constituciones españolas, no ha significado cambio esencial alguno en el desempeño de la jurisdicción: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La justicia, según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias* (conferencia dada en el “Instituto de Droit Comparé” de París en 1937; publicada en “Ensayos”, pp. 547-589), núms. 3-4 (pp. 550-2). Tampoco en México la rúbrica “Poder Judicial” de su Constitución política se ha traducido en efectiva independencia funcional, y comenzando por algunos

(véase *supra*, núm. 14), consigna algunas incidentales referencias a las jurisdicciones constitucional (cfr. pp. 78, 86 y 88-92), electoral (p. 86) y de conflictos (pp. 82-83), pero notoriamente insuficientes. Así, acerca de la primera prescinde del sistema austriaco elaborado por Kelsen, *técnicamente* muy superior al norteamericano, *aunque políticamente* pueda tropezar con mayores escollos,⁷⁸ y sostiene, influido por autores franceses (Beauregard, Jèze, Lambert, Mestre), que para que la judicatura (sobrentiéndose que la ordinaria) decida sobre la inconstitucionalidad de las leyes, “no es necesario... que la Constitución del Estado contenga una disposición expresa” (p. 91), tesis que no compartimos, por las divergencias que originaría,⁷⁹ pero con la que en México concuerda el profesor Martínez Báez;⁸⁰ a propósito de la segunda, no se mencionan experiencias de auténtica jurisdicción electoral sumamente interesantes;⁸¹ y en cuanto

preceptos de la propia Ley fundamental (cfr. sus arts. 21, 96-100, 102, 111 y 123, fr. XX), la judicatura se halla fuertemente mediatizada por el Ejecutivo, solo o asociado a veces a un Legislativo fraguado a su imagen y semejanza y que, por tanto, ratifica cuanto aquél le propone. Y nada digamos de lo que “Poder Judicial” representa en las Constituciones (11) de ciertos países sojuzgados por dictadores de la peor especie...

⁷⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Significado y funciones del tribunal de garantías constitucionales* (Madrid, 1933; reproducido en “Ensayos”, pp. 503-536), núm. 9, y *Derecho Procesal Penal*, vol. I, pp. 195-8. A propósito de la justicia constitucional en la obra de LASCANO, resulta extraña su afirmación (cfr. p. 92) de que los principios a ella concernientes carecían en Europa de “textos expresos” que los consagrasen, cuando habrían bastado los de Austria y España, que no fueron por lo demás los únicos, para demostrar lo contrario. Acerca del tema con anterioridad a la fecha en que LASCANO escribía, véanse las indicaciones consignadas en nuestro citado folleto y muy especialmente el volumen de Jerusalem, *Die Staatsgerichtsbarkeit* (Tübingen, 1930); con posterioridad y abundante bibliografía, CAPPELLETTI, *La giurisdizione costituzionale delle libertà* (Milano, 1955); cfr. también FIX ZAMUDIO, *La garantía jurisdiccional de la Constitución* (México, 1955), así como GARCERÁN DE VALL y SOUSA, *El proceso de inconstitucionalidad* (La Habana, 1947).

⁷⁹ Ya que entonces, a causa de la independencia funcional, los diversos jueces de un país podrían apreciar con distinto criterio la constitucionalidad o no de una ley, y en tal caso, el principio de igualdad ante ésta quedaría conculcado, con los gravísimos riesgos subsiguientes. El peligro sería análogo, pero de mayor alcance, al que en materia de casación (recurso, en gran parte, paralelo al de inconstitucionalidad) entrañaría la adopción de la tesis sustentada por DUALDE cuando propugnó la diversidad interpretativa en el Tribunal Supremo español (cfr. su libro *Una revolución en la lógica del derecho* —Barcelona, 1933—, pp. 269-305 y 308-9; y para su crítica, lo que decimos en “Rev. Der. Proc.”, 1943, II, pp. 196-7).

⁸⁰ Véase su artículo *El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la inconstitucionalidad de leyes*, en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, 1942, núm. 15, pp. 243-53.

⁸¹ Como, entre otras, las representadas por los tribunales electorales de Checoslovaquia o de Cuba. Al hablar del primero, nos referimos, por supuesto, al anterior a la segunda guerra mundial, cuando dicho Estado integraba una de las más ejemplares democracias del planeta (cfr. PESKA, *Le tribunal électoral de la République Tchèque*, en “Revue de Droit Public”, 1923, núm. 2, pp. 318 y ss.). Acerca del régimen cubano, cfr. ANDREU y DEL JUNCO, *La jurisdicción electoral en nuestro derecho positivo* (en “Anuario de la

a la tercera, sucede otro tanto,⁸² así como persiste el total silencio respecto de la jurisdicción internacional,⁸³ que señalamos en anteriores páginas (véase *supra*, núm. 14). Para cerrar las observaciones al capítulo IV, llamaremos la atención acerca de que la prohibición estatal de la autodefensa dista mucho de ser tan absoluta como Lascano nos la pinta (“nadie puede hacerse justicia por sí mismo”: p. 85), y subsisten aún, y perdurarán probablemente mientras la humanidad no desaparezca, diversas expresiones de la misma.⁸⁴

27) El capítulo V (pp. 95-118) se ocupa de “*La jurisdicción y las cámaras legislativas*”. Se arranca en él de que la función jurisdiccional “se encuentra dispersa en parte” y de que “debido a circunstancias históricas, sin justificación actual en la mayoría de los casos, tanto la autoridad legislativa como la administrativa, ejercen aún actos jurisdiccionales” (p. 95). Dos son aquí los aspectos que principalmente contempla Lascano: el de la violación de los fueros parlamentarios y la correlativa potestad para castigarlos, y el del llamado juicio político a cargo de los cuerpos legisladores. Acerca del primero, tras el examen de una serie de casos argentinos y extranjeros, el autor se pronuncia categóricamente en contra de que las Cámaras sancionen los desacatos contra ellas o sus integrantes: una cosa es que estén capacitadas “para apartar el impedimento que obstaculice el cumplimiento de sus fines constitucionales” (p. 97), y otra muy distinta que se arroguen su castigo, ya que, al hacerlo, “se estaría en presencia de un acto unilateral y de fuerza, que importa, más bien, la negación de la justicia” (p. 103), como que, en rigor, sería una expresión inadmisibles a la vez de autodefensa y de prepotencia.⁸⁵ Sin embargo, aun cuando suscribimos por completo la tesis de Lascano en este punto, discrepamos de él en algunos

Asociación Nacional de Funcionarios del Poder Judicial”, La Habana, 1946, pp. 11-38), trabajo posterior al libro de LASCANO, pero son anteriores a él los datos que consigna. Con alcance más restringido, recordemos también la jurisdicción atribuida en España al Tribunal de Garantías para examinar los poderes de los compromisarios llamados a participar en el nombramiento o en la destitución del Presidente de la República (cfr. arts. 68 y 82 de la Constitución de 1931 y 69-75 de la ley del citado Tribunal, de 1933, ambas hoy abolidas).

⁸² Comenzando por el célebre Tribunal de Conflictos francés, previsto en 1849 por la Constitución de la Segunda República e instaurado mediante la ley de 24 de mayo de 1872, y siguiendo por los de algunos Estados hispanoamericanos, como Colombia o Guatemala (cfr. Helen L. CLAGETT, *The administration of justice in Latin America*—New York, 1952—, pp. 63 y 68). Mencionemos también los sistemas de México, encomendado a la Suprema Corte (cfr. arts. 105-6 de la Constitución y 11 de la ley orgánica del Poder Judicial de la Federación), y de España, acomodado hoy a la ley de 17-VII-1948, que contempla distintas situaciones y dispone para ellas diversas soluciones (véase PRIETO-CASTRO, *ob. y lug. cit.* en la nota 53).

⁸³ Véanse *supra*, núm. 11 y nota 40.

⁸⁴ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, núms. 17-25 y 42.

⁸⁵ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *ob. cit.*, núm. 25.

de los argumentos que para preconizarla utiliza. Así, cuando sostiene que los otros poderes del Estado no “podrían juzgar y castigar por sí y ante sí el desacato a su autoridad” (p. 97), porque instituciones como el *contempt of court* anglosajón,⁸⁶ el *giudizio immediato* italiano⁸⁷ o como las propias correcciones disciplinarias de los códigos procesales hispánicos,⁸⁸ responden en mayor o menor escala a ese propósito, si bien respecto del segundo cabría formular más de un reparo.⁸⁹ Tampoco creemos que pueda afirmarse de manera rotunda la incompatibilidad incluso “psicológica” entre “el oficio de juzgar y el de legislar” (cfr. p. 102): sin que aceptemos, como regla, la figura del juez-legislador ni menos todavía las fórmulas extremas de la Convención, en un sentido, y del derecho libre, en otro, no es posible desconocer en la actividad histórica o actual del Judicial la existencia de manifestaciones y facetas de índole legislativa o en el tránsito hacia la misma: los autos acordados,⁹⁰ las circulares, la propia ju-

⁸⁶ Acerca del mismo, en la literatura de lengua española, cfr. Roberto GOLDSCHMIDT, *Las astreintes, las sanciones por contempt of court y otros medios para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de hacer y de no hacer* (en “Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales” de Córdoba, julio-diciembre de 1951, pp. 309-44; luego en folleto, en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración” —con título modificado— y en los “Scritti giuridici in onore della Cedam” —Padova, 1953—, vol. I, pp. 61-88); GELSI BIDART, *Medios indirectos de ejecución de las sentencias: “contempt of court” y “astreintes”* (en “La Rev. Der., Jurisp. y Admón”, abril-junio de 1952, pp. 86-93); MOLINA PASQUEL, *Contempt of court, correcciones disciplinarias y medios de apremio* (México, 1954); Santos P. AMADEO, *Los poderes de los tribunales de Puerto Rico para castigar por desacato* (en “Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico”, noviembre-diciembre de 1954, pp. 67-154 —prosigue el trabajo—).

⁸⁷ Para el castigo de los delitos cometidos durante la audiencia: (art. 435 cód. proc. pen. de 1930): cfr. BELLAVISTA, *Il procedimento direttissimo* (publicado en “Archivio Penale”, marzo-abril de 1952, en los “Studi sul processo penale” del autor —Milano, 1952—, pp. 127-66, y en los “Scritti giuridici in onore di Vincenzo Manzini” —Padova, 1954, pp. 73-104, núm. 9 (pp. 96-100 del último de los vols. cits.).

⁸⁸ Véanse los artículos 451-6 de la ley de enjuiciamiento civil española; y respecto de ellos y demás preceptos concordantes, lo que decimos en el comentario *Acerca del juicio monitorio penal*, nota 1 (pp. 245-6 de “Ensayos”), ya que ese es, a nuestro entender, su carácter. Aunque menos explícitos, junto a ellos cabe citar también el art. 55 cód. proc. civ. argentino para la Capital y el 63 del mexicano para el Distrito Federal.

⁸⁹ Y como fundamentales estos tres: 1º, que el juzgador directa o indirectamente agraviado por el delito, sería el llamado a juzgarlo, conculcándose así el principio de que nadie debe ser juez y parte en una misma causa; 2º, que se quiera o no, el juzgador desempeñaría a la vez dos funciones, la de juez y la de testigo, con olvido de la incompatibilidad entre ellas existente, y 3º, que una justicia *inmediata* corre el riesgo de pecar por exceso, así como, en dirección opuesta, una justicia *tardía* propenderá a la lenidad, con desviación en ambos casos respecto del fiel de la balanza. En contra de tales argumentos, con razones que no han logrado convencernos, MANZINI, *Trattato di Diritto Processuale Penale*, vol. IV (Torino, 1932), p. 259, nota 2 (o sea vol. IV, p. 311, nota 15 de la traducción española —Buenos Aires, 1953—).

⁹⁰ Tanto los complementarios en España de la *Nueva Recopilación* —objeto de edi-

risdicción de equidad,⁹¹ el *judge made law*,⁹² la sentencia laboral colectiva,⁹³ etcétera.⁹⁴

28) Arremete asimismo Lascano, y con sobrada razón, contra el *juicio político* a cargo del Parlamento, organizado con frecuencia⁹⁵ según el viejo antecedente inglés: acusación a cargo de la Cámara baja y juzgamiento encomendada a la Cámara alta (cfr. p. 110). En su variante que podríamos llamar norteamericana, ese sistema presenta, además, un grave inconveniente: el riesgo de que

ciones autónomas (1723, 1745, 1772, 1775 y 1777)— como los emanados de la Audiencia de México durante el Virreinato, o bien en nuestros días las *Acordadas* del derecho argentino (cfr. ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 170-2; ALCALÁ-ZAMORA y LEVENE, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, pp. 159-62; PODETTI, *Tratado de la competencia*, pp. 113-5).

⁹¹ Cfr., entre otros, CALAMANDREI, *Il significato costituzionale delle giurisdizioni di equità* (en "Archivio Giuridico", 1921 y luego en "Studi sul processo civile", vol. II —Padova, 1930—, pp. 1-55; traducción española —Buenos Aires, 1945—, pp. 51-104); IDEM, *Diritto ed equità nel arbitrato* (en "Studi", vol. III, 1934, pp. 67-74); XIRAU, *La funzione giurisdizionale e la equità* (en "Studi in onore di Chioevenda", pp. 835-47). Sobre los distintos sentidos del concepto, CASTÁN, *La equidad y sus tipos históricos* (en "Revista General de Legislación y Jurisprudencia", junio de 1950, pp. 697-751); IDEM, *La equidad en las letras españolas* (Madrid, 1949); IDEM, *La idea de equidad y su relación con otros conceptos morales y jurídicos afines* (en "Rev. Gral. Legis. y Jurisp.", septiembre de 1950, pp. 361-402).

⁹² Acerca de su alcance véase, por ejemplo, el capítulo IV ("The judge as a legislator") del libro de CARDOZO, *The nature of the judicial process* (1a. ed., 1921), pp. 98-141 de la 13a. ed. (New Haven, 1946).

⁹³ Respecto de ella, cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 79 y 89; D'AGOSTINO, *Il processo collettivo del lavoro* (Padova, 1938); COUTURE, *Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo* (sobretiro del volumen "Tribunales del Trabajo: Derecho Procesal del Trabajo" —Santa Fe, Argentina, 1943—), pp. 121-5 y la bibliografía en ellas citada; FERGOLES, *Diritto processuale del lavoro* (Roma, 1929), pp. 115-45; DE LITALA, *Derecho procesal del trabajo* (traducción española), vol. I (Buenos Aires, 1949), pp. 195-215.

⁹⁴ Dejando al margen la sentencia de mero accertamiento (porque el simple esbozo de las cuestiones atinentes a su naturaleza jurídica —estrictamente jurisdiccional o bien cuasilegislativa— nos llevaría muy lejos), podemos todavía añadir la potestad atribuida a los tribunales superiores o comisiones de funcionarios judiciales para dictar las normas de procedimiento, tan característica del derecho anglosajón. Sin ir tan lejos, el artículo 97 de la Constitución española de 1931 confería al Presidente del Tribunal Supremo la facultad de "preparar y proponer al Ministro y a la Comisión parlamentaria de Justicia, leyes de reforma judicial y de los códigos de procedimiento" (cfr. nuestros *Ensayos*, pp. 567-9). Recordemos también que el artículo 7º transitorio del Anteproyecto mexicano de 1948 (suprimido luego en el Proyecto de 1950) confería al pleno del Tribunal Superior del Distrito la facultad de acordar "las disposiciones pertinentes a hacer efectivas las prevenciones" del nuevo código. Agreguemos, finalmente, las *circulares* (de tribunales superiores o del ministerio público) sobre aplicación e interpretación de textos legales.

⁹⁵ Así, en México: cfr. art. 108-14 (especialmente el 111) de la Constitución y 23-68 de la ley de 1939 sobre responsabilidad de los funcionarios; y antes en España, con-

el proceso judicial posterior a la destitución, desafuero o desinvestidura del presunto culpable concluya con una sentencia absolutoria y de ella resulte, no sólo contradicción en cuanto a los pronunciamientos emitidos (el político y el jurisdiccional), sino también desautorización, moral al menos, del Parlamento por el Juez, si es que no consecuencias más graves.⁹⁶ Lascano cree que la responsabilidad de los funcionarios públicos debe exigirse ante la jurisdicción ordinaria (cfr. p. 115), puesto que reclama “la misma serenidad de ambiente, pureza de intenciones, imparcialidad de juicio y sentimiento de la justicia que cuando se trata de juzgar a los particulares” (p. 113). No cabe duda de que su parecer al respecto concuerda plenamente con la trayectoria democrática e igualitaria de todo el volumen; pero en la hipótesis de que los enjuiciables sean altas magistraturas y funcionarios, quizás ofrezca mayores garantías, desde cualquier ángulo, un tribunal especial, del tipo de los que ejercen o desempeñaron la justicia constitucional en algunos países.⁹⁷

29) Por último, este capítulo V debió haber sido la ocasión para que Lascano tratase de dos privilegios, no circunscritos a la esfera parlamentaria,⁹⁸ pero que en ella presentan singular relieve, y ambos relacionados con la jurisdicción, cuyo funcionamiento excluyen o restringen. Nos referimos a la *inviolabilidad* e

forme a las Constituciones de 1837, 1845, 1856, 1869 y 1876, en relación con la ley de 11 de mayo de 1849 sobre jurisdicción y orden de proceder el Senado como tribunal. Por su parte, la Constitución republicana de 1931, carente de Senado, encomendó el enjuiciamiento de los funcionarios de mayor categoría al Tribunal de Garantías, y el de los demás, al Tribunal Supremo en unión de un “Jurado especial” (regulado en forma lamentable por la ley de 13-VI-1936) o a otros órganos jurisdicentes (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 527-31 y 580-4). En cuanto a los parlamentarios, una vez concedida por la Cámara la autorización para procesarlos (lo que casi nunca sucedía), se les juzgaba a tenor de la ley de 9-II-1912 (cfr. *Ensayos* cit., pp. 593-7).

⁹⁶ Ese temor fue precisamente el que arrastó a las Cortes españolas de 1936 a *destituir* al Presidente de la República conforme al artículo 81 de la Constitución, en vez de *acusarle* ante el Tribunal de Garantías (art. 85), ya que de haber éste rechazado la desatinada acusación, el Parlamento habría quedado automáticamente disuelto. Mas para conjurar ese riesgo (así como también el de la tercera vía, representada por el artículo 82), los partidos del Frente Popular, que detentaban la mayoría, hubieron de incurrir en la flagrante contradicción de sostener que la disolución del Congreso derechista de 1933, por ellos reclamada con insistencia y que les acababa de dar el triunfo electoral, era improcedente. Las consecuencias de semejante golpe de Estado no se hicieron esperar, y barrenada la Constitución por quienes deberían haber sido sus más celosos defensores, a los tres meses estallaba la guerra civil y se hundía el régimen.

⁹⁷ Acerca de los cuales guarda silencio LASCANO en esta obra, según indicamos ya en la nota 78.

⁹⁸ Baste pensar en la inviolabilidad del monarca, inclusive en las monarquías constitucionales, o en la inmunidad (mal llamada extraterritorialidad, referible a cosas —edificios, buques, aeronaves—, pero no a personas) de los representantes diplomáticos o bien, a veces, en inmunidades administrativas (cfr., por ejemplo, ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, pp. 597-8).

inmunidad de diputados y senadores, que a tantos abusos se prestan,⁹⁹ aunque al mismo tiempo sean indispensables, sobre todo la primera, para el libre desempeño de las tareas legislativas. Buscar el punto de equilibrio entre la exigencia jurisdiccional de que en régimen democrático todo delito sea enjuiciado y la parlamentaria de que no se coarte la actividad de sus componentes, no constituye ningún problema insoluble; pero por desgracia, las Cámaras, más celosas de sus prerrogativas que de facilitar la acción de la justicia, lejos de dar ejemplo de respeto a la ley, pese a ser creación suya, suelen con frecuencia escarnecerla mediante la interpretación de que hacen objeto a los dos referidos privilegios.¹⁰⁰ Confiemos, mientras tanto, en que la plena independencia de los tribunales, por un lado, y una depurada educación política de los parlamentarios, por otro, conduzcan algún día a la desaparición de tales corruptelas, que sin dichos factores continuarán persistiendo, por muy previsora y minuciosa que en su letra sea la reglamentación que al efecto se intente.

30) En el capítulo VI (pp. 119-140) se examinan las relaciones entre *jurisdicción y administración*, o mejor dicho, como el deslinde entre una y otra actividad se efectuó en el capítulo I (véase *supra*, núm. 8), el tema que se considera en concreto es el de la jurisdicción denominada contencioso-administrativa por influencia francesa, pese a la impropiedad de la rúbrica.¹⁰¹ Por de pronto, como la *justicia administrativa* no supone necesariamente que se ejerza por la propia Administración, según Lascano da a entender (cfr. p. 119), puesto que cabe organizarla desvinculada en absoluto de la misma,¹⁰² el asunto debió haberse abordado en un capítulo, que falta, sobre jurisdicciones especiales, aunque encontremos luego dos, de alcance más restringido, concernientes a la militar y al arbitraje (véanse, *infra*, núms. 31 y 32-36). En cambio, este capítulo se prestaba más que ningún otro del volumen para haberse referido a diversas manifestaciones justiciarias íntimamente relacionadas con la Administración, bien que asimismo imaginables desligadas de ella, a saber: la *potestad disciplinaria* (dilucidando, de paso, si posee o no naturaleza jurisdiccional, se ejerza o no en el

⁹⁹ Desde discursos difamatorios en la Cámara o incitaciones al delito en actos de propaganda, hasta la farsa de declararse autores de artículos periodísticos e incluso de caricaturas ofensivas que jamás salieron de sus manos y mediante la que se impide y se escarnece la acción de la justicia contra los verdaderos culpables.

¹⁰⁰ Véase, verbigracia, BASON, *Le problème de l'immunité parlementaire: Étude sur l'article 17 de la Constitution turque* (en "Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul", 1953, núm. 3, pp. 213-44), reseñado por nosotros en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", 1954, núm. 19, p. 287.

¹⁰¹ Que debería ceder el paso a la de *proceso administrativo*: cfr. lo que decimos a tal fin en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1952, núm. 8, p. 222; en el mismo sentido, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho Procesal Administrativo*, tomo I (Madrid, 1955), pp. 104-8.

¹⁰² Véase en GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, pp. 177-259, una exposición comparativa de los distintos sistemas a que puede responder su ejercicio.

área del servicio judicial e inclusive durante el desarrollo de un proceso),¹⁰³ los llamados *tribunales de honor* (con la posibilidad de transformarlos en una verdadera jurisdicción ética, que los libere de sus actuales y gravísimos inconvenientes, allí donde estén dominados por estrechos y retrógrados criterios corporativos y de casta),¹⁰⁴ los *tribunales fiscales o económicos* (para examinar respecto de ellos, entre otros extremos, el de sus nexos con los administrativos en estricto sentido y la conveniencia o no de refundirlos en un solo sector)¹⁰⁵ y los organismos encargados de aplicar las *sanciones penales administrativas*.¹⁰⁶ Omitidas las mencionadas zonas, Lascano se ha preocupado exclusivamente de la justicia contencioso-administrativa, cuyo origen sitúa en Inglaterra; y si bien hace la sal-

¹⁰³ En el ámbito de la administración de justicia habría, pues, que diferenciar una potestad disciplinaria *judicial*, u *orgánica*, y una *procesal*, o *funcional*. El deslinde se infiere claramente si, por ejemplo, en España enfrentamos los artículos 731-762 de la ley de organización judicial de 1870, con los 437-58 de la ley de enjuiciamiento civil, o en México los artículos 338-54 de la ley org. jud. con los 61-3 cód. proc. civ. del Distrito (si bien en los arts. 338-44 de aquélla se mezclan infracciones de uno y otro sector). (La diferenciación establecida es una de las varias proyecciones a que da lugar el deslinde genérico entre *Derecho procesal orgánico* y *Derecho procesal funcional* por nosotros adoptado en *Programa de Estudios Superiores de Derecho Procesal —México, 1950—*, p. 260, y desenvuelto en las explicaciones de la expresada cátedra del Doctorado).

¹⁰⁴ Aun cuando referido a un régimen político ya desaparecido, véase acerca de los tribunales de honor el libro de GIESEBRECHT, *Das Verfahren vor Ehrengerichteten* (Berlín, 1938) y la bibliografía citada en sus pp. 5-10. En cuanto a la posibilidad de reemplazarlos por una jurisdicción ética, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba* (sobretiro de "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", febrero de 1945, p. 9, col. 1a.).

¹⁰⁵ Inclusive los de Cuentas (a título de "órgano fiscalizador de la gestión económica", como diría el art. 120 de la Constitución española de 1931). Acerca de su índole y de la de los llamados económico-administrativos, cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, pp. 108-10. En situación no del todo igual a estos últimos, pero tampoco integrante de una genuina jurisdicción contencioso-administrativa (comenzando por la limitación de los litigios de que le corresponde conocer), se halla el Tribunal Fiscal de la Federación en México, regido por el Código Fiscal de 30-XII-1928 (reformado) y con el que se conecta la Procuraduría Fiscal de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, creada por ley de 30-XII-1949, y que presenta afinidades con las Abogacías del Estado de países como España e Italia.

¹⁰⁶ El tema de derecho penal administrativo tuvo su más destacado cultivador en James GOLDSCHMIDT, en los trabajos que se registran bajo los números 33-41 de la nota bibliográfica que le consagramos (inserta tanto en la edición póstuma de su libro *Problemas Generales del Derecho* —Buenos Aires, 1944—, como en nuestros *Ensayos*, pp. 691-706). Con posterioridad, entre los trabajos aparecidos en Argentina: Ernesto R. GAVIER, *Derecho Penal Administrativo (Contribuciones para su estudio)* —Córdoba, 1949—; Roberto GOLDSCHMIDT, *Problemas político-legislativos en materia económica* (sobretiro de "Revista Jurídica de Córdoba", año 3, núm. 11 —Buenos Aires, 1951—); SCHÖNKE, *La doctrina del derecho penal administrativo de J. Goldschmidt y su reconocimiento en la legislación alemana* (en "Rev. Der. Proc.", 1951, II, pp. 295-301).

vedad de que no con “el carácter que hoy tiene, sino en cuanto allí, antes que en ninguna otra parte, existió la posibilidad de reclamar de los actos de los gobernantes” (pp. 119-120), semejante creencia no es rigurosamente exacta, ya que ese derecho se conoció por lo menos en Aragón antes y en forma más perfecta.¹⁰⁷ Dicho se está que el capítulo se halla fuertemente influido por diversos tratadistas de Francia (Coulmoul, De la Grasserie, Berthélemy, Hauriou, Duguit) y que en él se ha tenido muy presente la actuación de su famoso Consejo de Estado; pero no obstante ambos factores, el panorama que brinda del régimen francés muestra algunas fallas y acaso como más saliente la de no haber perfilado bien el contraste entre el recurso subjetivo y el objetivo (cfr. pp. 125-127, y véase luego núm. 47). Agreguemos algunas afirmaciones harto discutibles, que mediante nota comentamos.¹⁰⁸

31) El capítulo VII (pp. 141-148), el más corto de la obra, está reservado a un problema —el de “*la jurisdicción y los tribunales militares*”— que Lascano ha podido despachar en poco espacio, porque afortunadamente en su país la justicia castrense no ha alcanzado los monstruosos desbordamientos que en mi patria, singularmente a partir de 1936,¹⁰⁹ fecha desde la cual ha ensangrentado

¹⁰⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Significado del T. G.*, núm. 28 (en “Ensayos”, pp. 524-5), y referencias que en él se hacen.

¹⁰⁸ Nos concretaremos a dos de ellas. Según la primera, “en Inglaterra no existe una jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo, ni mucho menos tribunales administrativos dependientes de la administración” (p. 134): sin embargo, la lectura del muy interesante volumen de ROBSON, *Justice and Administrative Law: A Study of the British Constitution* (London, 1951), especialmente la de su fundamental capítulo III (pp. 89-316), que lleva el significativo epígrafe de “Administrative Tribunals”, conduce a una conclusión muy distinta, hecha la aclaración de que varios de esos juzgadores son posteriores al libro que venimos comentando. Conforme a la segunda (cfr. p. 135), en España la jurisdicción contencioso-administrativa, de tipo francés, sería independiente del orden judicial, con olvido de que a partir de la ley de 5-IV-1904, el Consejo de Estado dejó de encabezarla y sus atribuciones en la materia se transfirieron al Tribunal Supremo.

¹⁰⁹ Aun cuando la tendencia expansiva venía de mucho antes, hasta el punto de que ya en 1885, el Sr. LÓPEZ COLMENARES afirmaba que la jurisdicción de Guerra “se había convertido en regla general y en excepción suya la ordinaria, de que en realidad emana aquella” (en su obra *Jurisdicciones especiales*, tomo II, p. 280, cit. por DE PINA, *Manual de Derecho Procesal Penal* —Madrid, 1934—, p. 297). Durante los años 1936-1939 las extralimitaciones de la jurisdicción militar llegaron a extremos inauditos (cfr. nuestro citado artículo *Justice pénale de guerre civile*), y su persistencia después de la contienda ha hecho que inclusive en la España franquista se alcen voces por un retorno a la unificación de fueros: así lo ha hecho en repetidas ocasiones, con valor cívico digno del mayor elogio, el Sr. VILLAR Y ROMERO, primero como ponente del tema *Problemas de las jurisdicciones especiales y separación de la función civil y penal*, en el Congreso de Derecho Procesal de 1950 (cfr. pp. 253-7 de sus *Actas*), y después en la comunicación que bajo el título *Unificación de los fueros: El problema de las jurisdicciones especiales* presentó al *III Congreso Nacional de Abogacía* (Valencia, 1954; volumen correspondiente

a España con condenas inícuas y en cifras jamás igualadas. La posición del autor refleja de nuevo (cfr. *supra*, núms. 8-9) más lo que la jurisdicción militar *debería ser* (función o actividad netamente administrativa “para mantener la disciplina entre los subordinados del ejército y la armada”: p. 144), que no lo que realmente *es* en diversos países, si bien a título de excepción admite la posibilidad de que los tribunales castrenses “ejercen jurisdicción en circunstancias especiales” (p. 141). El problema estribaría entonces en señalar la divisoria: para Lascano, “mientras dichos tribunales (que en tal hipótesis —aclaramos— no lo serían en rigor) se limiten a reprimir infracciones a la disciplina, no salen de la órbita meramente administrativa” (p. 145). Pero, ¿hasta dónde se extiende el área de lo disciplinario? Aquí no compartimos el criterio de Lascano, quien para no contradecir su punto de partida (a saber: el de la naturaleza administrativa de la potestad punitiva militar),¹¹⁰ llega a una conclusión peligrosísima, que subvierte los términos de la cuestión y que en el orden lógico significa la inclusión de *lo más* (el delito) dentro de *lo menos* (la transgresión disciplinaria). En efecto, según él, “cuando las infracciones de que conocen los tribunales militares revisten también el carácter de un delito de derecho común”, ello implica que “se atribuye al hecho ilícito el carácter de infracción disciplinaria aunque haya responsabilidad penal también” y, en consecuencia (consecuencia gravísima), “cuando el hecho importa una doble infracción, esto es, a la ley común y a la disciplina, se hace predominar la responsabilidad disciplinaria” (p. 146), es decir, se obliga al gigante a que se doblegue ante el pigmeo, o bien se asigna a la noción de *disciplina* un alcance desmesurado. Claro está que no muy convencido de la fuerza y de la conveniencia del razonamiento esgrimido, añade en seguida: “De no ser así, habría que admitir que en esos casos particulares y sólo en ellos, los tribunales militares ejercen jurisdicción” (p. cit.). Coincidimos, en cambio, plenamente con él y con su compatriota el general Riso Domínguez, cuyo amplio espíritu ciudadano contrasta con el estrecho y clasista de tantos militares españoles, cuando el primero recuerda que la doctrina y la legislación modernas¹¹¹ consagran el principio de que “la justicia

al “Tema 6o.”, fascículo 2o., pp. 269-93) y que se reproduce en “Revista de Derecho Privado”, noviembre de 1954, pp. 992-1003.

¹¹⁰ Esta tesis, ya sustentada por FAUTRIER (*Jurisdicción militar* —Buenos Aires, 1936—, cit. por CLARIÁ) y por RISSO DOMÍNGUEZ (cfr. su libro *La justicia militar: Conceptos fundamentales* —Buenos Aires, 1939—, p. 37), cuenta asimismo en la Argentina con la adhesión de GONDRA, *Jurisdicción Federal. La Justicia Federal en los Estados Unidos y Proyecto de Ley sobre Organización de los Tribunales* —Buenos Aires, 1944—, p. 257) y con la de CLARIÁ OLMEDO (*Competencia penal en la República Argentina. Doctrina, Legislación, Jurisprudencia* —Buenos Aires, 1945—, pp. 22-3). Las dos últimas obras fueron reseñadas por nosotros en “Rev. Der. Proc.”, 1945, II, pp. 74-6 y 192-5, respectivamente, con expresión de nuestra discrepancia acerca de dicho enfoque en una y otra.

¹¹¹ Entre ellas, no podría incluirse, aun siendo por su fecha posterior al libro de

militar procede por razón de la *materia* y no *ratione personae*" (p. 146), y cuando el segundo sostiene que la jurisdicción castrense no debe abarcar "el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares en actos del servicio militar o en lugares sujetos exclusivamente a la autoridad militar" (p. 147).¹¹² ¡Qué lección ésta, por provenir de un general, para quien en un reciente Congreso español de Derecho Procesal defendió la extensión de la jurisdicción militar incluso a los "matagallinas"! (*sic*).¹¹³ La brevedad del capítulo que venimos glosando determinó, sin duda, que Lascano dejase en el tintero algunos de los extremos capitales concernientes a la organización y funcionamiento de los tribunales militares; por ejemplo, el de su composición más adecuada, el tan debatido de los nexos entre la jurisdicción y el mando, el de su distinto régimen en tiempos de paz y en los de guerra, el de la compatibilidad psicológica entre la obediencia en el servicio de armas y la independencia judicial, el del fuero de atracción, etcétera.¹¹⁴

32) *La jurisdicción y los árbitros* constituye la materia del capítulo VIII (pp. 149-161). Dentro de las dos grandes corrientes doctrinales relativas a la naturaleza del arbitraje, la contractualista y la jurisdiccionalista, Lascano milita en la primera, con la misma convicción con que nosotros adherimos a la segunda, sin que ninguno de los dos admitamos tesis intermedias o eclécticas.¹¹⁵ La refutación de la teoría contractualista la esbozamos hace años, con razones que en nota recogemos,¹¹⁶ y pensamos completarla en breve mediante un comentario

LASCANO, el actual código de justicia militar español, de 17-VII-1945, que prosigue la orientación clasista y privilegiada de su antecesor el de 27-IX-1890, sólo interrumpida durante la República, primero por el decreto de 11-V-1931 y luego por el artículo 95 de la Constitución del propio año.

¹¹² Cfr. su citado libro *La justicia militar*, p. 255, invocado por LASCANO, p. 147, nota 4.

¹¹³ Véase, en efecto, la pintoresca intervención del Sr. Vizcaino, en las pp. 260-1 de las mencionadas *Actas* del Congreso de 1950.

¹¹⁴ Acerca de éstas y otras cuestiones relativas al enjuiciamiento militar, véase lo que decimos en *Ensayos*, pp. 282-3 y 556-7.

¹¹⁵ Entre ellas, acaso haya que situar a la representada por la nueva ley española sobre arbitraje, de 22-XII-1953, cuando sin duda por influencia de GUASP, redactor de la misma, su artículo 2o. define el arbitraje como "institución por la que una o más personas dan solución a un conflicto planteado por otras que se comprometen previamente a aceptar su decisión". (Para la crítica de dicho texto, por un lado, y para la de la doctrina institucionalista referida al proceso, por otro, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios y bibliografía sobre arbitraje de derecho privado* —en "Rev. Fac. Der. Méx.", 1954, núm. 15, pp. 105-24—, y *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso* —en "Rev. Der. Proc.", 1952, I, pp 252-68—; ahora *infra*, *Estudio Número 8*.) Un resumen acerca de las distintas corrientes doctrinales concernientes al arbitraje en diversos países, puede verse en RIEZLER, *Internationales Zivilprozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht* (Berlín-Tübingen, 1949), pp. 627-32.

¹¹⁶ "Para negarle carácter jurisdiccional al arbitraje, habría que reputarlo institución

acerca de la jurisprudencia mexicana sobre el tema.¹¹⁷ Aquí nos fijaremos sólo en las consideraciones aducidas por Lascano en defensa de su punto de vista.

33) Tras reconocer (p. 150, nota 1) que en Francia predomina la tendencia jurisdiccionalista¹¹⁸ —aunque como contrapartida pudo haber añadido que en Alemania sucede lo contrario—,¹¹⁹ así como que “las semejanzas emergentes de la ley entre el arbitraje y el juicio propiamente dicho son evidentes”,¹²⁰ pasa el señalamiento de las que reputa “diferencias fundamentales” (cfr. pp. 150-1). La primera consistiría en que “la ley no se cuida de la persona de los árbitros”, bastando con que sean “mayores de edad y se encuentren en el pleno ejercicio de los derechos civiles”, mientras que a los jueces estatales les exige “título, experiencia, responsabilidad y, sobre todo, ciudadanía”, en atención a que para el Estado la función a éstos encomendada “es propia de la soberanía” y no susceptible, por tanto, de ejercicio “por un extranjero” (pp. 151-2). El argumento, asentado estrictamente en preceptos de derecho positivo argentino (véanse p. 151, e *infra*, nota 133), hace caso omiso de situaciones (históricas o actuales) opuestas a las que describe: jueces públicos legos, o sea sin título;¹²¹ por el contra-

de derecho privado; pero ¿cómo se explica entonces que su encuadramiento se determine, bajo pena de nulidad, por normas de derecho público, cual las de los códigos procesales; que los árbitros puedan requerir el auxilio de los jueces estatales; que éstos queden obligados a ejecutar sus laudos; que la excepción de compromiso equivalga, según los casos, a la de incompetencia o a la de litispendencia y que la cosa juzgada se refiera por igual a sentencias y a laudos; que un proceso iniciado ante jueces públicos se pueda desplazar ante jueces privados y que, por el contrario, la impugnación de los laudos se lleve ante los tribunales del Estado? Demasiadas preguntas, que con dificultad responderán los defensores de la interpretación privatista o contractualista del arbitraje...” (*Derecho Procesal Penal*, vol. I, p. 209, donde por vía de nota se consignan los artículos del cód. proc. civ. para la Capital argentina, confirmatorios de las interrogaciones formuladas, a saber los 767, 770, 772, 789, 801, 808 y 488, núm. 11).

¹¹⁷ Véase últimamente acerca de ella, que se manifiesta en cuerda contractualista, bajo el influjo de CHIOVENDA, el artículo de LICEAGA Y AGUIAR, *El juicio de amparo y el laudo arbitral* (en “El Foro”, México, enero-marzo de 1955, pp. 155-9).

¹¹⁸ Que sigue manifestándose con posterioridad al libro de LASCANO. Así, en ROBERT, *Traité de l'arbitrage civil et commercial en droit interne*, 3a. ed. (París, 1955), p. 10. En cambio, la Corte de casación sigue aferrada a la tesis contractualista: cfr. CARABIBER, p. 214 de los *Atti* que se citan en la nota 124.

¹¹⁹ Cfr. RIEZLER, *ob. cit.*, p. 629.

¹²⁰ Hasta el punto de que “juicio arbitral” (o “de árbitros”) se le denomina en varios códigos, como el español (libro II, título V, sección 1a.; sustituido en la actualidad por la ley de 22-XII-1953), el argentino para la Capital (título XXVII) o el mexicano del Distrito (título VIII).

¹²¹ Como los jurados, los representantes patronales y obreros en los tribunales de trabajo, los vocales militares de la justicia castrense, las personas que ejercen funciones jurisdiccionales de policía rural o las que desempeñan los peldaños inferiores de la judicatura (juzgados municipales o de paz), etc., con variantes según los países y las épocas, que no es posible detallar aquí. Recordemos tan sólo que en las *Partidas*, tan exi-

rio, árbitros no sólo con título reclamado por el legislador,¹²² sino con experiencia (suponemos que Lascano se referirá a la jurídica), cuando actúen como tales, según acontece con frecuencia, abogados de sólido prestigio y muchos años de vida forense o incluso jueces jubilados o excedentes; tampoco es exacto que los árbitros sean irresponsables,¹²³ y en cuanto a la ciudadanía, puede requerirse en los árbitros y no darse, en cambio, en otras categorías de jueces.¹²⁴ Carece asimismo de fuerza decisiva la circunstancia de que determinados litigios queden sustraídos al arbitraje, y ella no permite inferir que “la actividad y capacidad de los árbitros es limitada, en tanto que la de los jueces es amplia, absoluta e ilimitada en principio” (p. 152): las reglas sobre distribución de competencia originan que ningún juzgador, público o privado, detente tan exorbitante poder, el cual pertenece, en rigor, a la jurisdicción tomada en bloque o, si se prefiere (desplazamiento desde la función a los funcionarios), a la judicatura en su conjunto, pero no a cada uno de sus peldaños, todos ellos sometidos, en mayor o menor escala, a restricciones de diversa índole (materia, cuantía, función, grado, etc.). Los árbitros no pueden conocer, verbigracia, de pleitos sobre estado civil,

gentes en orden a los abogados (cfr. *Part. III*, título VI), no se les exigía a los jueces necesariamente que supiesen leer y escribir (cfr. *Part. II*, tít. IX, ley 18, y *Part. III*, tít. IV, ley 3).

¹²² Cfr., verbigracia, el art. 790 l. enjto. civ. española (ahora, el 20 de su reemplazante la ley de arbitraje de 1953) o bien el 9 transitorio del código mexicano del Distrito.

¹²³ Así, los artículos 796-7 de la l. enjto. civ. española (y ahora el art. 25 de la ley de 1953) establecían ya la responsabilidad civil de los árbitros por los daños y perjuicios derivados de no cumplir su encargo. Por otra parte, si el o los árbitros cometen algún delito al desempeñar su cometido (prevaricación o cohecho, por ejemplo), nadie dudará de que incurrir en responsabilidad penal, lo mismo que los restantes jueces. (Singualmente por lo que concierne al cohecho, el artículo 393 del código penal español de 1932 —388, tanto del de 1944 como del vigente de 1963—, menciona expresamente a los “árbitros” y “arbitradores” como posibles autores del delito.)

¹²⁴ Verbigracia, el artículo 1031, núm. III, del código procesal civil brasileño, de 1939, prohíbe ser árbitros a los extranjeros; aun cuando esa exclusión a rajatabla carezca de fundamento, máxime en un país con fuertes contingentes migratorios y, por tanto, con facilidad para que surjan litigios entre residentes foráneos de una misma nacionalidad, que prefieran someter sus divergencias a la decisión arbitral de compatriotas con los que se hallen vinculados. (Acerca de este extremo, cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Bases procesales para la uniformación internacional del arbitraje de derecho privado* —en “Atti del convegno internazionale per la riforma dell’arbitrato”, Milano, 1955, pp. 285-91—, núm. 3, f). En dirección contraria, y aparte los casos de jueces extranjeros que cabría recordar (desde, en cierto modo, los *recuperatores* del derecho romano —cfr. SCIALOJA, *Procedura civile romana. Esercizio e difesa dei diritti* (Roma, MCMXXXVI), p. 86— a los tribunales mixtos de los países que padecieron el régimen de capitulaciones, pasando por las jurisdicciones especiales de los judíos y por algunas mercantiles durante la Edad Media —véase, además, *supra*, nota 41—), señalemos las atribuciones jurisdicentes conferidas al Nuncio Apostólico, habitualmente un italiano, como Presidente del Tribunal de la Rota española (cfr. el *Motu Proprio* de 7-IV-1947 que lo restablece, y acerca del mismo, la bibliografía citada por PRIETO-CASTRO, *Der. Proc. Civ.*, I, p. 170, nota 312).

por motivos análogos (de orden competencial unos y otros) a los que impiden a los jueces municipales o de paz intervenir en asuntos superiores a una cierta cuantía, o bien en los susodichos litigios,¹²⁵ o a los tribunales ordinarios entender de procesos reservados a juzgadores especiales, y viceversa. Por lo demás, contra lo que Lascano supone (cfr. p. 152), la actuación de los árbitros no siempre se enclaustra en el campo del derecho privado.¹²⁶

34) Divergencia, a primera vista, de más monta que las anteriores sería aquella a tenor de la cual los árbitros no tienen “autoridad, poder o fuerza coercitiva para hacer posible la realización de su fin” (p. 152). Efectivamente, los árbitros carecen de imperio, aunque no —al menos en todas partes— de algunas otras atribuciones secundarias de que, según Lascano, se hallarían asimismo desprovistos.¹²⁷ Pero de ahí no puede deducirse que no ejerzan jurisdicción, sino que el concepto se descompone entonces de acuerdo con sus elementos constitutivos, y mientras a los árbitros corresponden la *notio* y el *iudicium*, al juez público del arbitraje incumben la *coercitio* y la *executio*,¹²⁸ como expresión de *imperium*.

¹²⁵ Cfr. arts. 768 cód. proc. civ. para la Capital argentina, 13 de la ley de justicia de paz para la misma, de 23-XI-1891, y 11 de la vigente de 22-X-1934; 483 y 487 l. enjto. civ. española; 159 y 615 cód. mexicano del Distrito.

¹²⁶ Existen, en efecto, en contraste con ellos, los arbitrajes de derecho público, comenzando por los de orden internacional —recordemos el Tribunal Permanente de Arbitraje instituido en La Haya en 1907, amén de los numerosos convenios bilaterales sobre la materia y los antecedentes a partir del tratado anglo-norteamericano de 8-II-1853 y de la conferencia de La Haya de 1899; véase últimamente sobre el tema, CARLSTON, *Codification of International Arbitral Procedure* (en “The American Journal of International Law”, abril de 1953, pp. 203-50)— y siguiendo, en fechas recientes, por los denominados de Estado en los países comunistas (cfr., por ejemplo, BOURA, *La nouvelle organisation de l'arbitrage d'Etat*, en “Bulletin de Droit Tchecoslovaque”, diciembre de 1953, pp. 256-68; reseña nuestra, en “Bol. Inst. Der. Comp. Méx.”, 1955, núm. 22, pp. 273-5). Agreguemos todavía, en un sentido, que conforme al artículo 6o. de la ley española de Contabilidad del Estado, cabe someter a juicio de árbitros los derechos de la Hacienda Pública, previa autorización legal —en el derecho argentino, aun teniendo otro alcance, véase el art. 3o. de la ley núm. 3367, de 8-VII-1896—, y, en dirección opuesta, que no se permite hoy en día arbitraje en las causas penales, pero sí respecto de la responsabilidad civil a ellas aneja (cfr. art. 1821 —ahora, el 14 de la ley arbitral de 1953— del código civil español, en relación con el 1813 del propio texto).

¹²⁷ A juzgar por lo que se afirma en la p. 153, los árbitros no podrían “aplicar correcciones disciplinarias, ni requerir el auxilio de la fuerza pública en caso necesario, ni compeler a los testigos a prestar declaración, ni pedir a los jueces la cooperación indispensable para la realización de las diligencias de prueba”. Pero ese panorama dista mucho de poseer valor absoluto o universal, y la simple lectura de artículos como el 630 y el 631 del código mexicano del Distrito revela lo contrario, sin contar con el derecho de los árbitros para recabar la indispensable cooperación coercitiva del juez público del arbitraje (cfr. 633-4 cód. cit.); en sentido análogo, los artículos 793, núm. 5o. y 812 l. enjto. civ. española y, en la actualidad, el 27, norma 4, de la ley arbitral de 1953.

¹²⁸ Prescindimos de la *vocatio*, por su especial y restringido alcance en materia civil a

Lo que, sencillamente, sucede es que en las hipótesis de arbitraje o, más concretamente, en aquellas en que *coercitio* y *executio* entren en juego, el juzgador reviste carácter complejo: los jueces privados asumen la potestad del conocimiento y decisión, o sea la más propiamente jurisdiccional,¹²⁸ y el juez público del arbitraje cuida de la ejecución, que acaso no posea naturaleza jurisdicente.¹³⁰ Ese desdoblamiento nada tiene de anómalo,¹³¹ y de reputarse que la falta de atribuciones ejecutivas priva de índole jurisdiccional al juzgador, el resultado sería que allí donde el titular de la ejecución sea el juez de primera instancia o un oficio autónomo,¹³² los tribunales superiores (de apelación o casación) no serían órganos de jurisdicción. . .

35) Argumento de mero derecho nacional y, por tanto, sin validez de fronteras afuera, es aquel a cuyo tenor “la ley exime a los árbitros de la obligación de observar las formalidades que deben llenar los jueces, sobre todo al dictar sentencia” (p. 153): fácil es señalar códigos en que los jueces privados no están relevados de la observancia de tales prescripciones formales.¹³³ Sin duda por

partir del *ordo iudiciorum publicorum*. Sobre la cuestión, cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *La transformación de la demanda en el proceso civil* (Santiago de Compostela, 1949), pp. 109-11 y 124-5; *El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (Contra la doctrina de la litis contestatio)* (Barcelona, 1950), pp. 27-101; *Proceso, procedimiento y mito jurídico* (en “Estudios en memoria de J. Goldschmidt”, vol. I —Buenos Aires, 1951), núms. 3-8, pp. 215-27; *Una perspectiva histórica del proceso: la “litis contestatio” y sus consecuencias*, en “Atti del Congresso Internazionale di Diritto Procesuale Civile: 30 settembre-3 ottobre 1950” (Padova, 1953), pp. 239-74.

¹²⁸ De acuerdo con la ya señalada posición de CARNELUTTI: cfr. *supra*, nota 34.

¹²⁹ Véase *supra*, nota 35.

¹³¹ Véase *supra*, nota 62. Actualmente, habría de nuevo que agregar en España las sentencias eclesiásticas que requieran proceder al embargo y venta de bienes (cfr. art. 125 l. enjto. civ., el *Motu Proprio* citado en la nota 124 y las en este punto infundadas —acaso también cohibidas por el asfixiante clericalismo que allí impera— apreciaciones de PRIETO-CASTRO en las pp. 171-3 de su referido *Der. Proc. Civ.*, vol. I).

¹³² a) *Juez de primera instancia*: cfr., por ejemplo, arts. 919 l. enjto. española y 501 cód. mexicano del Distrito, aunque, en rigor, éste implanta un sistema mixto, en el que procede diferenciar el juez de la ejecución, o sea el titular de la misma, y el (seudo) juez ejecutor, que no pasa de ser un auxiliar (cfr. arts. 72-4 y 154-5 de la l. de organización judicial de 1932; prácticamente suprimido por el decreto publicado el 10.-I-1935 y eliminado en el anteproyecto de 1948 y en el proyecto de 1950); b) *Oficio autónomo*: cfr., verbigracia, Francia (arts. 556, 673, 780 cód. proc. civ.), Alemania (§§ 725 y 753-5 Z.P.O.), Austria (§§ 16 y 24 ss. de la *Exekutionsordnung* de 1896), Italia (arts. 475, 513, 555, 606, 612 cód. proc. civ.), Polonia (art. 508 cód. proc. civ. de 1932), etcétera.

¹³³ El propio argentino para la Capital prescribe que “si el compromiso no contuviere estipulaciones especiales sobre el procedimiento, se observará el del juicio ordinario” (art. 784). Análoga disposición hallamos en el mexicano del Distrito (art. 619), en el Proyecto PODETTI de *Código Procesal Civil* (Buenos Aires, 1949) (art. 269, con remisión al procedimiento sumario, en vez de al ordinario) y en el nuevo código de Mendoza, también

ello, Lascano le atribuye mayor importancia al hecho de que los árbitros ejerzan o no un oficio público (véanse pp. 15 y 153-60). Como es natural, dada su trayectoria, se pronuncia por una negativa categórica y rechaza la tesis de Fedozzi, para quien el arbitraje significaría “un caso de asunción privada de una función pública”.¹³⁴ Ahora bien: al enfrentarse con el tratadista italiano, Lascano más que atacar a fondo la concepción expuesta, se limita a criticar el parangón que aquél establece entre el árbitro y la persona que detiene a otra sorprendida en delito flagrante. Evidentemente, Fedozzi no anduvo muy feliz en la comparación: el particular que procede al arresto de un individuo realiza, sí, una función pública autorizada por la ley, pero de índole muy distinta de la que desempeñan los árbitros, ya que mientras el primero no pasa de ser una especie de policía ocasional, los segundos se comportan cual verdaderos jueces. Pero de ahí no puede deducirse, como pretende Lascano (cfr. pp. 154-5), que los árbitros se encuentren en el mismo plano que “el particular que corta la raíz del árbol del vecino” o que “el constructor que retiene en su poder la casa de otro hasta que se le pague lo debido por la construcción misma”: en estas dos hipótesis, y en algunas otras semejantes, estamos en el ámbito de la autotutela lícita,¹³⁵ y nadie sostendrá que al dictar un laudo *supra partes*, los árbitros desarrollen actividad autodefensiva, ni a su servicio ni al de los litigantes.¹³⁶ Reconoce Lascano que los árbitros resuelven controversias, pero estima que tal criterio no es suficiente para mostrar como jurisdicente su función (cfr. pp. 13 y 157-8), porque “son muchas las resoluciones de controversias efectuadas por instituciones

obra de PODETTI (art. 299, en el mismo sentido que el citado 269). En el derecho español, véanse los hoy derogados artículos 804, 811, 816 y 823 de la l. enjto civ. (en la vigente ley arbitral de 1953, los artículos 26-31 se ocupan del procedimiento oportuno). En México, el Anteproyecto de 1948 (art. 846) y el Proyecto de 1950 (art. 784) adoptan una misma fórmula: remisión a los plazos y formas establecidos “para los tribunales, en relación con las cuestiones que hayan de resolverse en el juicio de que se trate” (ordinario o sumarios, por consiguiente).

¹³⁴ En el libro *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale* (Palermo, 1908), citado por LASCANO en p. 154, nota 3. La doctrina del ejercicio privado de funciones públicas, la encontramos asimismo, entre otros, en CARNELUTTI (*Sistema*, núm. 356) a propósito de la acción; y en relación concreta con los árbitros, se infiere de los artículos de los códigos penales españoles mencionados en la nota 123. (En contra, hasta cierto punto, el artículo 3o. de la ley de organización judicial mexicana para el Distrito, al proclamar que “los árbitros voluntarios —acerca de los “forzosos”, arts. 9-11 y 14 transitorios del cód. proc. civ.— no ejercerán autoridad pública”, con repercusiones en orden al amparo: cfr. art. 635 cód. cit. y art. 5, frac. II, l. de amparo).

¹³⁵ Cfr. *Proceso, autocomposición*, núms. 11 y 36.

¹³⁶ A lo sumo, en caso de composición paritaria del tribunal arbitral existirán fuertes probabilidades de que los árbitros designados por cada una de las partes se conduzcan como *jueces defensores* y no como *jueces imparciales*. Mas aun en tal supuesto, obrarán en provecho *ajeno* y no en beneficio *propio*. Téngase en cuenta que la línea divisoria entre autodefensa y autocomposición se encuentra en el carácter *egoísta* de aquélla, frente a la índole *altruista* de ésta: cfr. *Proceso, autocomposición*, núm. 2.

científicas o culturales que no tienen carácter jurisdiccional” (p. 158). Sin embargo, y con independencia de que *controversia* es término que se suele utilizar como sinónimo de *litigio*,¹³⁷ lo que los árbitros deciden no son controversias similares a las dilucidadas por academias o universidades, sino auténticos litigios, tan absolutamente idénticos a los resueltos por juzgadores públicos, que expresamente se consiente el tránsito de una a otra vía *jurisdiccional*; y sería, por consiguiente, inaceptable entender que, sin experimentar cambio intrínseco alguno, la controversia suscitada ante árbitros *ascendería* a litigio al pasar a conocimiento de los tribunales oficiales y que, viceversa, el litigio iniciado ante éstos *descendería* a mera controversia al desplazarse ante jueces privados. Todo ello sin contar con la imperatividad, la impugnabilidad y la ejecutividad (con o sin homologación según los países) que acompañen al laudo arbitral, precisamente por no ser ni más ni menos que una sentencia.

36) Tres últimos argumentos esgrime todavía Lascano en contra de la concepción jurisdiccionalista del arbitraje (cfr. pp. 160-1). Conforme al primero, la institución de los árbitros sólo sería actualmente concebible como “tribunal de equidad”, de donde resultaría que no ejercen jurisdicción ni necesitan “poderes jurisdiccionales para llenar su misión”. A ello oponemos: a) que la circunstancia de que un juzgador decida según equidad y no según derecho, no priva a su función de carácter jurisdicente;¹³⁸ b) que la jurisdicción de equidad puede encomendarse asimismo a jueces públicos;¹³⁹ y c) que una de las peculiaridades del arbitraje de ascendencia hispánica consiste precisamente en el contraste entre el ministerio de los árbitros en estricto sentido, obligados a fallar conforme a derecho, y el de los amigables componedores, llamados a pronunciar a tenor de la equidad.¹⁴⁰ La segunda de las críticas de esta serie estriba en que el legislador argentino no ha “reglamentado debidamente su funcionamiento”, por lo cual “el arbitraje ha fracasado en la práctica”: ella justificará, desde luego, que se

¹³⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas jurisdicción voluntaria*, núm. 31 y nota 121, y *Prólogo a las “Lecciones sobre el Proceso Penal”*, de CARNELUTTI (Buenos Aires, 1950), vol. I, núms. 6-8.

¹³⁸ Véanse obras citadas en la nota 91.

¹³⁹ Cfr. arts. 513 cód. proc. civ. portugués de 1939 (v. asimismo el 1572), inspirado probablemente en el 617 del Proyecto Solmi de 1937; 114 del brasileño, también de 1939; 113-4, 339, 409, 822 y 829 del italiano de 1940; v. además el 256, núm. 5, del Proyecto Couture de 1945. Sin embargo, al menos en Italia, la sustitución del juicio de derecho por el dispositivo o de equidad en la esfera de los juzgadores estatales es letra muerta o poco menos: cfr. CALAMANDREI, *Processo e democrazia* (Padova, 1954), p. 32.

¹⁴⁰ Cfr. *Partida* III, título IV, ley 23; *Nueva Recopilación*, lib. IV, tit. XXI, ley 4; *Novísima*, lib. XI, tit. XVII, ley 4; ley de enjuiciamiento civil de 1855, arts. 766, 788 y 802, por un lado, y 825 y 829, por otro; ley procesal de 1881, arts. 790, 804 y 816, en cuanto al arbitraje, y 827 y 833, respecto de la amigable composición; ley arbitral de 1953, arts. 4 y 29. (En cambio, el Proyecto de Ley de enjuiciamiento civil de 1918 suprimió el arbitraje *iuris* y dejó sólo la amigable composición —arts. 16-30—).

propugne una mejor ordenación de la materia e incluso que se preconice la abolición del proceso arbitral, de considerársele irremisiblemente condenado al fracaso —aun cuando se advierta un poderoso resurgimiento de la institución en diversos países—,¹⁴¹ pero no sirve para condenar la tesis jurisdiccionalista, puesto que no atiende a la naturaleza y a la finalidad de la figura y sí tan sólo a su planteamiento y desarrollo en una determinada nación. Por último, en contra de Jofré,¹⁴² Lascano sostiene que la situación de los árbitros no es equiparable a la de los jurados, porque si bien unos y otros coinciden en “ser jueces accidentales o transitorios”, los segundos serían verdaderos jueces estatales y los primeros no; pero esta conclusión de Lascano proviene de involucrar en orden a los árbitros, su *institución en abstracto*, que proviene del Estado a través de las normas procesales pertinentes —por lo mismo, de derecho público—, y su *nombramiento en concreto*, encomendado, y no siempre, a las partes.¹⁴³

37) El capítulo IX (pp. 163-186) está consagrado a la *Unidad de la jurisdicción*, extremo de suma importancia, que el fascismo tuvo el descaro de querer mostrar como consubstancial con él.¹⁴⁴ Lascano contempla bajo dicha rúbrica dos problemas distintos: uno, el de la especialización de los jueces en atención a la materia, que se limita a esbozar (cfr. pp. 163-4), y otro, el de la prejudicialidad (aunque sin valerse de tal nombre), en la doble dirección de las cuestiones prejudiciales (por él designadas, siguiendo a Scaduto, como “relaciones interjurisdiccionales”: p. 166) y de la influencia de la sentencia civil sobre el juicio penal, y viceversa. Capítulo sobrio y bien construido, en cuyo análisis no nos

¹⁴¹ Por ejemplo: Estados Unidos, Alemania, Uruguay, etc. (acerca de éste, COUTURE, *Il giudizio arbitrale nel diritto uruguayano* —en “Jus”, diciembre de 1954, pp. 539-47—), así como también en el cuadro de las relaciones internacionales de derecho privado (a propósito del arbitraje conectado con ellas, cfr. el volumen citado en la nota 124). Sobre las fluctuaciones del arbitraje, véase la ponencia de MINOLI, pp. 39-45 de los *Atti* citados en la nota 124.

¹⁴² En su *Manual de procedimiento civil y penal*, 2a. ed. (Buenos Aires, 1923), tomo IV, p. 196, citado por LASCANO, p. 161, nota 11.

¹⁴³ Cabe, en efecto, que la designación la haga subsidiariamente un juzgador estatal cfr., por ejemplo, § 1031 de la ZPO alemana, arts. 220-3 cód. mex. del Distrito y 10 l. arbitral española de 1953), o bien la del árbitro llamado “tercero” (aunque pueda también ser quinto, séptimo, etc.: cfr. art. 791 l. enjto. civ.), los nombrados en número igual por las partes (cfr. art. 626 cód. mex. cit.). Existen, además, legislaciones que permiten a los jueces públicos actuar como árbitros (régimen del denominado *procedimiento arbitral judicial* en Alemania: cfr. GOLDSCHMIDT, *Derecho Proc. Civ.*, pp. 509-10, o bien art 810 cód. proc. argentino para la Capital, antes de su derogación por el artículo 3o. de la ley núm. 3367, de 8-VII-1896) e incluso en juicio convencional (cfr. arts. 1052 y 1053, fr. IX, cód. com. mexicano, y acerca de dicha institución, véase lo que decimos en *Examen del enjuiciamiento mercantil mexicano*, núms. 42-45 y 51-52).

¹⁴⁴ Cfr. nuestras *Indicaciones acerca del nuevo código de procedimiento civil italiano*, núm. 12 (en el tomo I de la traducción del *Sistema* de CARNELUTTI, pp. 411-2).

detendremos, sin embargo, porque su frecuente apego al derecho positivo argentino la resta, en modo alguno mérito, pero sí interés desde nuestro punto de vista.

38) Pese a su epígrafe (“*Poderes contenidos en la jurisdicción*”), el capítulo X (pp. 187-198) se refiere mucho más a la sentencia y a la cosa juzgada (por lo menos hasta la página 194) que a la jurisdicción en estricto sentido. Que la sentencia sea el acto jurisdiccional por antonomasia y, a la vez, el más relevante del proceso, no justifica la mezcla de conceptos señalada, con tanto más motivo cuanto que, por limitaciones de espacio, Lascano no pudo en este capítulo ahondar en la exposición de aquélla ni en la de la cosa juzgada. A esa comprensión del tema acaso obedezcan algunas afirmaciones discutibles. Así, la de que “los considerandos de las sentencias no son susceptibles de apelación” (p. 189) o sea, en términos más genéricos, de impugnación): sí y no, diríamos: de manera directa, no; pero si pensamos en que el fallo deriva de los fundamentos (de hecho y de derecho), el ataque contra él se basará con frecuencia en la crítica que de éstos se haga, principalmente en los casos de incongruencia; así también la de que la sentencia de remate en el juicio ejecutivo “no tiene fuerza de cosa juzgada” (p. 192): a Lascano se le quedó en el tintero el calificativo *material*, porque *formal* sí la posee.¹⁴⁵ Estamos, en cambio, conformes con el autor: a) en que la indiscutibilidad de la sentencia firme no descansa en el juicio lógico del juez, que es falible, sino en la cualidad de funcionario público de quien la emite (cfr. p. 189); b) en que ejecutabilidad es noción distinta de la de imperatividad (p. 192); c) en que la jurisdicción comprende los poderes de decisión y de ejecución, aun cuando luego en concreto no todos los actos ejecutivos sean jurisdiccionales (p. 194);¹⁴⁶ y d) en que carece de fundamento la tesis de que no

¹⁴⁵ El artículo 500 cód. proc. civ. argentino para la Capital, que es al que LASCANO se refiere, concuerda con el 1479 del español, y ambos derivan del 972 de la ley de enjuiciamiento civil de 1855. Alcance más restringido que ellos tiene el 461 del mexicano para el Distrito, ya que sólo autoriza el juicio ordinario frente a la sentencia declaratoria de la improcedencia del juicio ejecutivo y, por tanto, la promoción del ulterior proceso se reserva exclusivamente al que fue actor en el primero. La diferencia se explica, porque, en contraste con los códigos español (arts. 1464-6) y argentino (art. 488), que limitan las excepciones aducibles en juicio ejecutivo, el mexicano permite al deudor oponer cuantas tuviere (cfr. art. 453; en contra, arts. 1397-1403 cód. com. del propio país en cuanto al ejecutivo mercantil): sobre esta cuestión véase lo que afirmamos en “Rev. Esc. Nac. Jurisp.”, 1950, núms. 47-48, p. 430, nota 2. En todo caso, tanto el artículo 461 mexicano como el 500 argentino y el 1479 español son claros ejemplos de la escindibilidad entre cosa juzgada *formal* (que poseen) y cosa juzgada *material* (que les falta). Otras hipótesis del mismo deslinde pueden verse en nuestras *Adiciones al Goldschmidt*, p. 397, y *al Carnelutti*, tomo I, pp. 365-6).

¹⁴⁶ Según LASCANO, tendrían “carácter jurisdiccional el mandamiento de ejecución y embargo, la sentencia de trance y remate, la orden de secuestro, etc.”; y no lo poseerían, en cambio, “los realizados por los alguaciles y agentes de policía, que no son agentes de la jurisdicción, sino auxiliares de la misma” (p. 194). A nuestro entender, la sentencia

hay jurisdicción sin imperio (p. 196); pero bueno será destacar que al expresarse así, Lascano contradice uno de los argumentos clave por él aducidos en contra de la naturaleza jurisdiccional del arbitraje (véase *supra*, núm. 34).

39) Con el estudio de los *finés de la jurisdicción* (capítulo XI; pp. 199-214) concluye la primera parte de la obra. Quizá por tratarse de los *finés* (aunque no en el sentido de *finalización*, sino en el de *finalidad*), el autor aborda la materia al *final*, cuando en rigor debería haberse examinado al comienzo (véase *supra*, nota 16). Prescindiendo de esa objeción, Lascano expone las diferentes concepciones al efecto formuladas (a saber: tutela del derecho objetivo, idem del subjetivo, más la tesis de Ugo Rocco: satisfacción del interés del Estado en cuanto a la realización de los intereses privados tutelados por el derecho objetivo),¹⁴⁷ y adopta una posición mixta o ecléctica: “el derecho es la materia objeto de la actividad jurisdiccional”, que a la vez garantiza “la actuación de la norma jurídica” y vela por “la satisfacción del derecho subjetivo”, de tal modo que “podrá ser uno el fin inmediato y mediato el otro, el uno principal y el otro secundario, pero los dos son perseguidos por la jurisdicción” (p. 202). Si esa doble finalidad se diese siempre, el punto de vista de Lascano constituiría la *síntesis* frente a la *tesis* objetivista y a la *antítesis* subjetivista; pero al no producirse de manera absoluta,¹⁴⁸ quedará alternativamente librada a las críticas que contra aquéllas se formulan. El propio autor reconoce que “una tal concepción supone la preexistencia del derecho a la del juez, no obstante que históricamente el juez debe haber precedido al derecho” (p. 203): fallaría, pues, su explicación al ser

de remate (lo de “trance” sale sobrando) pertenece, desde luego, a la categoría de actos jurisdiccionales; pero no cabe adscribirla a la fase de ejecución, sino a la de conocimiento, precisamente porque, pese al nombre, el juicio ejecutivo constituye en sí un proceso sumario de cognición, según tesis que se va imponiendo en la doctrina española; así, ALCALÁ-ZAMORA, *Orientaciones para una reforma del enjuiciamiento civil cubano* (en “Revista del Colegio de Abogados de La Habana”, enero-julio de 1942, núm. 36; luego en “Ensayos”, p. 119); PRIETO-CASTRO, *Derecho Proc. Civ.*, 2ª ed., (Zaragoza, 1946), pp. 182-3.

¹⁴⁷ En *Derecho Procesal Civil*, traducción castellana (México, 1939), p. 63, citado por LASCANO, p. 201, nota 4.

¹⁴⁸ Puesto que si el juzgador decide conforme a equidad (cfr. *supra*, notas 91 y 138), no toma en cuenta el derecho objetivo preestablecido, a menos de imaginar que el “saber y entender” con que lo reemplaza (para emplear la fórmula consagrada en el art. 833 l. enjto. civ. española y en el 802 del código argentino para la Capital) cabe dentro de aquél. A su vez, cuando el demandante accione sin que le corresponda el derecho subjetivo que alegue, habrá de denegársele la tutela pedida, y lo más que podrá hablarse entonces es de que la protección jurídica se otorga al demandado; pero el triunfo de éste no deriva de ningún derecho subjetivo *material*, sino de un derecho subjetivo *procesal* a la desestimación de las pretensiones infundadas que contra él se dirijan: el uno habría de existir con anterioridad a la demanda, mientras que el otro surge como secuela de ella.

referida a los tiempos pretéritos, en que esa precedencia no se dio, y también —agregamos— en la época presente, allí donde en mayor o menor escala el juez no esté llamado a aplicar preceptos preestablecidos.¹⁴⁹ Pasamos así al segundo de los problemas que Lascano contempla en el capítulo, o sea el de si el juzgador crea o no derecho. Frente a una corriente que, aunque importada, cuenta en la Argentina con el resuelto apoyo de Cossio y su epígonos.¹⁵⁰ Lascano sostiene de manera rotunda que no existe semejante creación, por mucha libertad de interpretación que el juez tenga o muy errónea que sea su decisión (cfr. p. 204). A su juicio, “existe una incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de dictar la ley”, y, además, hay “conveniencia práctica en mantener separadas estas dos funciones fundamentales del Estado” (p. 206). Más aún: ni siquiera en el supuesto de laguna legal el juzgador crearía derecho, sino que se limitaría, acaso “insensiblemente”, a “aplicar una regla ya existente en la sociedad, admitida por los miembros de la misma, incorporada al cuerpo del derecho vigente” (cfr. pp. 206 y 207),¹⁵¹ sin que los ejemplos con frecuencia aducidos del Consejo de Estado francés, del Pretor romano, del derecho inglés o de la Suprema Corte norteamericana, supongan derogación de su tajante tesis, con la que concordamos en principio (ya que aun sin desembocar en los desvaríos del derecho libre, la figura del juez-legislador entraña peligros gravísimos para la libertad),¹⁵² si bien nosotros admitimos algunas excepciones (véase *supra*, nota

¹⁴⁹ Cfr. *Proceso, autocomposición*, núms. 118-122.

¹⁵⁰ Del primero, véanse, entre otros trabajos, los siguientes: *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad* (Buenos Aires, s. f., 1944), pp. 25-8, 43-9, 66-90, 226-66, *passim*; *El derecho en el derecho judicial* (Buenos Aires, s. f., 1945), pp. 51-4, 84-99 y 104-5.

¹⁵¹ En rigor, quienes proclaman la plenitud del ordenamiento jurídico y a la par afirman que el juzgador crea derecho, se contradicen de modo manifiesto. Si aquél es pleno, el juzgador se limitará a hallar en él la norma (principios generales, espíritu del pueblo, tradición jurídica, aspiraciones sociales, etc.), a manera de un *Rechts— o Urteilsfinder* (dándole a estos vocablos un significado literal, que no sería absolutamente idéntico, aunque sí próximo, al que tuvieron en el derecho germánico), y a aplicarla al caso concreto, tal como lo entiende LASCANO (p. 207).

¹⁵² En realidad, conforme a la certera fórmula que en el derecho español arranca del artículo 245 de la Constitución de 1812, la misión de los tribunales debe circunscribirse a juzgar y a hacer que se ejecute lo juzgado. Por tanto, no es propio del Judicial desenvolver actividad administrativa, salvo en la medida indispensable para la marcha del proceso, como tampoco le competen menesteres legislativos. En el primer sentido, todo lo concerniente a nombramientos, ascensos, licencias, jubilaciones, traslados, etc., debe encomendarse a un Ministerio de Justicia o a Comisiones especiales, de acuerdo con leyes y reglamentos que aseguren la máxima objetividad en las resoluciones al efecto (por ejemplo, régimen de oposiciones o concursos para el ingreso y la promoción), sin atribuir tales cometidos al Tribunal Supremo del país, que al llevarlos a cabo, penetraría de lleno en la esfera administrativa y conculcaría así el principio de la división de poderes. En la otra dirección, el ejercicio por el Judicial de potestad legislativa en materia procesal, además de responder a una consideración practicista del proceso, que sólo en los

149). Ciérrase, por último, el capítulo con la indicación de los nexos entre jurisdicción y proceso: aun cuando sin mencionar a Chioventa, y valiéndose de distintas palabras, con él coincide Lascano cuando afirma que “la jurisdicción es la función y el proceso es el medio por el cual se desarrolla la función” (p. 213), o sea, en el fondo, la misma idea enunciada por el maestro italiano al decir que siendo jurisdicción y proceso términos correlativos, el segundo es el campo donde se desenvuelve la primera.¹⁵³ Por desgracia, Lascano no se detuvo ahí, y hace suya la que reputamos temeraria aserción de Ugo Rocco, luego reiterada por Satta, de que “el proceso no tiene un fin por sí mismo”.¹⁵⁴

40) D) *Examen de los capítulos sobre competencia.*—Con el capítulo XII, “De la competencia en general” (pp. 215-242), se inicia la segunda parte del volumen, que por la causa expuesta en el número 4 comentaremos en menor espacio que la primera. Sin embargo, dentro de la anunciada brevedad, será este capítulo de la serie al que mayor atención dediquemos.

41) Comienza Lascano por rechazar que la competencia sea “una porción o parte de la jurisdicción” (p. 215); pero pocas líneas después entiende que se relaciona con “el sujeto que ejerce la jurisdicción”, y de acuerdo con Mortara, Chioventa y Carmelutti la presenta “como la porción de poder jurisdiccional poseída por un magistrado” (p. 216). La contradicción no puede ser más flagrante entre los dos pasajes: en el primero niega y en el segundo afirma la cualidad de *porción jurisdiccional* de la competencia y, además, vincula ésta, exponente de capacidad procesal objetiva, con el funcionario y no con el oficio.¹⁵⁵ Nada tene-

países anglosajones y en los más atrasados en el cultivo de la disciplina perdura, supone asimismo sacarle de su peculiar función. Más aún: ni siquiera las acordadas (cfr. *supra*, nota 90) estarían hoy justificadas, y sólo en ciertos casos tendrían explicación meras circulares interpretativas, y aun ellas encajan mejor en el ámbito del ministerio público, que no en el de la judicatura, en el que podrían resultar contrarias a la independencia funcional, como en otro aspecto sucede con la jurisprudencia vinculativa de la Suprema Corte en México (cfr. arts. 193-5 l. de amparo). Lo antedicho no se opone a que discrepemos de LASCANO, cuando llevando su tesis a las últimas consecuencias, niega incluso que el Pretor romano o el Consejo de Estado francés hayan sido órganos de creación del derecho (cfr. pp. 208-210).

¹⁵³ Cfr. sus *Principii*, 4a. ed., pp. 302-3.

¹⁵⁴ *Ob. com.*, p. 214, en relación con el citado *Derecho Proc. Civ.* de Rocco, p. 14. En cuanto a SATTÀ, que LASCANO no pudo mencionar por razón de la fecha, véase lo que afirma en *Il mistero del processo*, pp. 280-1; en contra, nosotros, en *Algunas concepciones menores*, núm. 23, pp. 241-2; cfr. también CALAMANDREI, *Processo e giustizia* (en “Atti Congresso Internaz. Dir. Proc.”), p. 16; CARNAGINI, *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo* (en “Studi in onore di Redenti”, vol. II; trad. castellana de Aurelio ROMO, en “Rev. Fac. Der. Méx.”, núm. 12), núm. 1 y nota 22.

¹⁵⁵ Aun cuando quepa contraponer una competencia en sentido *objetivo* (o sea la serie de asuntos a que se extienden las atribuciones de un órgano jurisdiccional) y otra en