

B) JURISDICCIÓN

2) NOTAS RELATIVAS AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN	29
A) Propósito	29
B) Planteamiento del tema	29
C) El Estado como punto de arranque de la jurisdicción	32
D) Delimitación frente al Legislativo	34
E) Deslinde respecto de la Administración:	36
a) Doctrinas subjetivas u organicistas;	36
b) Teorías objetivas:	38
a') Desenvolvimiento;	38
b') Finalidad	42
F) Hacia la solución: enfoque pluralista	52
G) Addenda	58
Addenda et Corrigenda	60

B) JURISDICCIÓN: NÚMS. 2-5

NOTAS RELATIVAS AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN *

A) Propósito. B) Planteamiento del tema. C) El Estado como punto de arranque de la jurisdicción. D) Delimitación frente al Legislativo. E) Deslinde respecto de la Administración: a) Doctrinas subjetivas u organicistas; b) Teorías objetivas: a') *Desenvolvimiento*; b) *Finalidad*. F) *Hacia la solución: enfoque pluralista*. G) *Addenda*.

1) A) *Propósito*.—Escasez de tiempo y preocupaciones de salud, me han impedido contribuir al homenaje al insigne jurista W. J. Ganshof Van Der Meersch con un aporte de más aliento. Las líneas que siguen no pretenden, pues, brindar, ni siquiera a escala reducida, una exposición acabada del asunto escogido y sí sólo llamar la atención acerca de algunos de los extremos a tener en cuenta y de los escollos a salvar en su estudio.

2) B) *Planteamiento del tema*.— Si partimos de que junto con los de *acción* y de *proceso*, el de *jurisdicción* es uno de los tres conceptos fundamentales para elaborar la dogmática procesal,¹ bien pronto se advierten las dificultades que suscita su análisis, cuando menos en cuatro direcciones. Por de pronto, en torno a la *diversidad de acepciones del vocablo*, ya que se propende a denominar “jurisdicción” la esfera de acción o el conjunto de atribuciones de órganos, entidades y funcionarios de diferentes órdenes, aun cuando no ejerzan potestad jurisdicente en estricto sentido, o sea la relacionada con la definición de litigios o controversias jurídicamente trascendentes y susceptibles de solución asimismo jurídica.² Más todavía: a veces, en virtud de confusión entre la *actividad* y el *territorio* en que la primera se despliega, se llama “jurisdicción” a la demarcación en que aquélla se desenvuelve, corra o no a cargo de engranajes jurisdic-

* Publicado en la *Miscellanea W. J. Ganshof van der Meersch: Studia ab discipulis amicisque in honorem egregii professoris edita* (Bruxelles, 1972), tomo II, pp. 657-93, y reproducido en la “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1972, pp. 477-509. Entre ambas versiones median divergencias en las notas 22, 28, 41, 53, 56 y 95, las cuales transcribo ahora conforme al texto más completo. He suprimido, por innecesario, un resumen en francés (p. 693) con que se cerraba la versión belga.

¹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Procesal Penal* (en colaboración con LEVENE H.), tomo I (Buenos Aires, 1945), págs. 12-3.

² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)* (1a. ed., México, 1947; 2a., 1970), núm. 2.

cionales. En segundo término, se debate la *rama del derecho a que corresponde su examen*: si al llamado en unos países derecho *público interno* (en contraste con el internacional, hecha, sin embargo, la salvedad de que también opera la jurisdicción en este campo)³ y en otros *político* (como en España) o *constitucional* (cual en México), o si al derecho *procesal*. Trátase, en rigor, de una pugna más aparente que real, puesto que son aspectos distintos los que a una y otra esfera toca contemplar: al derecho constitucional pertenece la jurisdicción tan sólo desde un punto de vista *estático*, es decir, como emanación o atributo de la soberanía del Estado, o sea como manifestación de los poderes o funciones que le incumben,⁴ pero en modo alguno cuando se la considera en actitud *dinámica*, ya que entonces, dada la correlatividad entre *jurisdicción* y *proceso*, el segundo es el campo donde se lleva a cabo la primera.⁵ En tercer lugar, produce serios quebraderos de cabeza deslindar la *jurisdicción* respecto de la *legislación* y, sobre todo, de la *administración*, según mostraremos en seguida. Por último, ya dentro del ámbito procesal, y como cuarta de las direcciones anunciadas, la jurisdicción origina dudas de tres clases: a) en cuanto a sus elementos integrantes o constitutivos;⁶ b) respecto a su extensión o, más concretamente, acerca de si las tareas de aseguramiento y de ejecución entrañan o no ejercicio de potestad jurisdicente,⁷ y c) en orden a su frecuente asociación y aun confusión con la más

³ Cfr. MIGUEL Y ALONSO, *La justicia supranacional* (Santiago de Compostela, MCMLXIV), *passim*.

⁴ En la primera edición de sus *Fundamentos de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1942) COUTURE dejó fuera el tema de la jurisdicción, sin duda por no reputarlo concepto procesal; pero como consecuencia de las críticas que con tal motivo se le dirigieron, rectificó en la tercera edición de la obra (Buenos Aires, 1958) y le dedica nada menos que el capítulo I de la parte primera (págs. 27-55). Las críticas a que me refiero son la mía en el extenso comentario que la dediqué en "Jurisprudencia Argentina" de 1º de noviembre de 1942 (luego en mis "Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional" —Buenos Aires, 1944; págs. 651-68—), núm. 5 y la de Virgilio Domínguez desde la "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", núms. 16-17, octubre de 1942 a marzo de 1943, págs. 635-8.

⁵ Cfr. CHIOVENDA, *Principii di Diritto Processuale Civile*, 4a. ed. (Napoli, 1928), págs. 302-3. Aunque sin aludir siquiera al maestro italiano, la idea suya aquí recogida trasciende a BALLVÉ, cuando propone que nuestra disciplina se denomine *derecho jurisdiccional*, por ser la jurisdicción el "ente principal" y el proceso el "ente subordinado": véase su folleto *La esencia del proceso (El proceso y la función administrativa)* (sobretiro de "Revista General de Legislación y Jurisprudencia" —Madrid, 1947—), pág. 48, nota 75. Pero además de motivos de arraigo a favor de *derecho procesal*, una elemental consideración milita en pro suyo, y es la de que tanto las exposiciones doctrinales como los ordenamientos positivos correspondientes se ocupan muchísimo más del proceso que de la jurisdicción.

⁶ Acerca de los mismos (*notio, vocatio, coercitio, iudicium y executio*), véase, por ejemplo, ALSINA, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 1ª ed. tomo I (Buenos Aires, 1941), págs. 550-1; 2ª ed., tomo II (Buenos Aires, 1957, págs. 426-8.

⁷ Diferentes posiciones se manifiestan al respecto. Así, para CARNELUTTI, la *función*

circumscribida idea de *competencia*, que no sería sino la medida de aquélla o, si se prefiere, la porción jurisdiccional detentada por un determinado juzgador,⁸ excepto la rarísima hipótesis de que un ordenamiento cuente con un solo órgano jurisdiccional, en cuyo caso ambas nociones se refunden, al reducirse a unidad dividiendo, divisor y cociente.⁹

3) Prescindiendo aquí, por razones tanto de contenido como de espacio, de los sectores primero, segundo y cuarto de entre los que complican el análisis de

jurisdiccional se identificaría con la fase de conocimiento, y para incluir ésta y la ejecución bajo un común denominador, habla de *función procesal* (cfr. su *Sistema di Diritto Processuale Civile*, vol. I —Padova, 1936; traducción castellana, Buenos Aires, 1944—, núm. 39). En cambio, CALAMANDREI entiende que la *función jurisdiccional* comprende tanto el conocimiento como la ejecución (cfr. sus *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il Nuovo Codice*, 2ª ed. —Padova, 1943—, vol. I, núms. 14-18; traducción castellana: Buenos Aires, 1943; §§ 19-21). A su vez, por lo que toca a la *ejecución penal*, en tanto GUTTENBERG la considera como rama del derecho administrativo (cfr. su libro *Der Strafvollzug*, 1913—, pág. 2), y MARSICH, en cambio, la sitúa en el derecho procesal (cfr. *L'esecuzione penale* —Padova, 1957—, pág. 25), HAFTER cree que integra un territorio distinto del derecho penal sustantivo y del derecho procesal penal, o sea el *Strafvollzugsrecht* (derecho ejecutivo penal) (cfr. su *Lehrbuch des Schweizerischen Strafrechtes* —Berlin, 1926—, § 1), y LEONE incluye la ejecución de las resoluciones penales entre uno de los cuatro fines perseguidos por el derecho procesal penal (cfr. sus *Lineamenti di Diritto Processuale Penale*, vol. I —Napoli, 1949—, pág. 8). Desde el punto de vista orgánico, cabe que la ejecución (civil) se lleve a cabo por un oficio autónomo o por el juez de primera instancia (véase *infra*, nota 86), y en la de índole penal intervienen funcionarios y establecimientos administrativos, sin perjuicio del papel asignado al juez de la ejecución en los países donde actúa (véase *infra*, nota 82). Téngase, por último, en cuenta qué establecimientos administrativos podrían estar llamados a participar en la ejecución civil: recordaré al efecto la Depositaria Judicial adscrita a los tribunales del Distrito y de los Territorios Federales de México, creada por la ley de 30 de diciembre de 1946 y los reglamentos de 28 y 31 de marzo de 1947, pese a que no llegó a funcionar, por supuestos motivos de (muy discutible) inconstitucionalidad.

⁸ Véase, por ejemplo, ALSINA, *Tratado*, cit., 1ª ed., tomo I, pág. 583 (2ª, tomo II, pág. 511). En contra, LASCANO, *Jurisdicción y competencia* (Buenos Aires, 1941), para quien “la competencia no es una porción o parte de la jurisdicción”, sino “la aptitud para ejercerla” (pág. 215).

⁹ Téngase en cuenta que incluso en el minúsculo Estado de la ciudad del Vaticano existen cuatro peldaños jurisdiccionales: un juez único, un tribunal de primera instancia, una corte de apelación y una corte de casación (art. 1º de su “ordinamento giudiziario” de 1º de mayo de 1946). Habría que traer a colación un órgano jurisdicente como la Corte Europea de Derechos Humanos, para que el supuesto imaginado en el texto se concrete, y aun ello de manera muy relativa, ya que junto a la *Corte* en estricto sentido hállase la *Comisión* (y sus Subcomisiones) y, además, aquélla puede actuar en pleno (por lo menos una vez al año) y en *cámaras* de siete miembros: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, núm. 40, enero-abril de 1961, págs. 89-99. Otro tanto puede decirse de la dualidad *Comisión-Corte* de la “Convención Americana de Derechos Humanos” de 22 de noviembre de 1969.

la jurisdicción, concentraré la atención en el tercero, cuya disección exige hoy en día arrancar de una noción más alta y compleja que la suya, a saber: la de *Estado*.

4) C) *El Estado como punto de arranque de la jurisdicción*.—Sin ocultárseme que no siempre ha monopolizado su ejercicio,¹⁰ ni que los fines de la misma pueden satisfacerse a veces mediante *equivalentes jurisdiccionales*,¹¹ en la actualidad debemos partir de la existencia del Estado para explicar la causa de

¹⁰ Aun incluyendo como estatales, en virtud de una especie de vínculo de filiación, las jurisdicciones *municipales* (como las consagradas en los centenares de fueros de la Castilla medieval) y las de las *entidades federativas* (llámense *Estados* —en cuyo caso hasta la duda nominal desaparecería—, como en Estados Unidos, México, Venezuela o Brasil; *Repúblicas*, cual en la Unión Soviética; *Provincias*, a la manera de Canadá o Argentina, o *Cantones*, según ocurre en Suiza, amén de los que surgieron en España bajo la República de 1873), brotarían dudas en torno al arbitraje, a la jurisdicción eclesiástica y a ciertas jurisdicciones (deportivas, de establecimientos mercantiles o industriales, tribunales de camaradas en las naciones comunistas, etcétera) en apariencia desligadas del Estado. (Acercas de los tribunales de camaradas, encargados de castigar actos estimados amorales, transgresiones al régimen de trabajo e inclusive ciertas infracciones penales, véase la literatura que cito en la nota 516, págs. 153-4, de mi libro *Veinticinco años de evolución del derecho procesal: 1940-1965 —México, 1968—*). En cuanto al arbitraje, siendo notoriamente insuficientes las doctrinas *contractualistas* para explicar su existencia y funcionamiento, una y otro encuentran su razón de ser en las teorías *jurisdiccionalesistas*, conforme a las cuales hay que diferenciar la *institución en sí*, de raíz estatal inequívoca, y el *nombramiento* en concreto de los árbitros, que es el que se encomienda, y no siempre, a las partes: cfr. OTTOLENGHI, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1943, I, págs. 154-204, *passim*; ALCALÁ-ZAMORA, *Der. Proc. Pen.* cit., tomo I, págs. 208-9; IDEM, *En torno a la internacionalización del arbitraje de derecho privado: Dificultades a superar*, en "IIIe. Congrès International de l'Arbitrage: Coopération entre Organismes d'Arbitrage" (Milano, 1970), págs. 369-74. Acercas de los tribunales eclesiásticos (católicos) en países como Italia o España, no pasan de ser una jurisdicción *reconocida o consentida* por el Estado para entender en ciertos litigios; pero bastará con que éste la desconozca (como sucedió en España durante la segunda República), para que sus sentencias en tales asuntos dejen de surtir efectos civiles. Una argumentación similar es aplicable a las del tercer sector: sólo en la medida en que el Estado *autorice o tolere* su actuación (como medio de descongestionar sus tribunales de reclamaciones que pueden lograr ante ellas solución satisfactoria) tendrán eficacia sus decisiones.

¹¹ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núms. 49-60, donde incluye como tales el proceso extranjero (*rectius*, la declaración de ejecutabilidad a favor de la sentencia dictada en otro Estado), el proceso eclesiástico (en virtud de la situación originada en Italia por el Concordato con la Santa Sede de 1929), la autocomposición en sus tres formas (desistimiento, allanamiento y transacción), la composición procesal, la conciliación y el arbitraje. Por motivos que no es del caso reproducir aquí, opino que la lista precedente se reduce en realidad a los procesos extranjero y eclesiástico, a la autocomposición y al arbitraje; cfr. mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo I, págs. 205-7, y *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 44.

la jurisdicción. Prohibida, como regla, por aquél la *autodefensa*, por los gravísimos peligros que para la paz y el orden públicos implica, y no cabiendo imponer de manera coactiva a los contendientes el uso de la *autocomposición*, so pena de desnaturalizarla y de rebasar los límites que le son propios,¹² el Estado asume, en consecuencia, la misión de impartir justicia mediante un tercero imparcial, o sea el juzgador.¹³ Esa vinculación con el Estado, intuita ya en algún texto medieval¹⁴ y acentuada cuando por influjo de las ideas igualitarias de la Revolución francesa desaparecen las jurisdicciones señoriales,¹⁵ determina que conforme a la más o menos discutible doctrina de la división de poderes, acogida, sin embargo, en numerosas Constituciones,¹⁶ el concepto de que me ocupo se relacione íntimamente con el funcionamiento del Poder Judicial, a la par que se aleja de los otros dos señalados por Montesquieu.¹⁷ Pero ni la proximidad al uno ni el distanciamiento respecto de los otros dos son tan absolutos que permitan identificar jurisdicción y poder judicial, de tal modo que la primera aparezca *siempre* como la actividad *exclusivamente* desenvuelta por el segundo. Basta una somera observación para comprobar en seguida que esa plena coincidencia falla y falta en un doble sentido: a) en el de la *existencia de actos no jurisdiccionales emanados del Judicial*,¹⁸ y b) por el contrario, en

¹² Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 33 y 46.

¹³ Definido por mí como "el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imperatividad un litigio entre partes": *El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. II (Padova, 1958; págs. 1-78), pág. 11 (ahora, *infra*, *Estudio Número 6*). Véase *infra*, núm. 30.

¹⁴ Aludo al *Fuero Viejo de Castilla* (1356), que personificándola en el rey, hablaba de que a éste correspondían "justicia, moneda, fonsadera e suos yantares" (título I, ley I).

¹⁵ Así, en España, por otra del decreto de 6 de agosto de 1811 sobre abolición de los señoríos jurisdiccionales, de cualquier clase y condición que fuesen, aprobado por las Cortes Constituyentes que al año siguiente iban a sancionar la famosa Constitución de Cádiz de 18 de marzo de 1812.

¹⁶ Entre ellas, en las sucesivas mexicanas de 4 de octubre de 1824 (arts. 6 y 123-56), 5 de febrero de 1857 (arts. 50 y 90-102) y en la vigente de 5 de febrero de 1917 (arts. 49 y 94-107). Pero pese a semejante rúbrica, el Judicial se encuentra en México fuertemente mediatizado por el Ejecutivo, tanto *de iure*, a causa de ciertas normas constitucionales claramente contrarias a su independencia (verbigracia, arts. 96, 99, 102 y 111), como *de facto*, por la tremenda gravitación del Presidente de la República en toda la vida nacional y concretamente en la judicial, por sí mismo o a través del ministerio público, que de él depende (cfr. art. 102 de la Constitución actual).

¹⁷ En su célebre libro *De l'esprit des lois* (Genève, 1748): véase especialmente el capítulo VI de su libro XI.

¹⁸ Por ejemplo: tareas concernientes a estadística judicial (cfr. arts. 247-57 de la ley de enjuiciamiento criminal española de 1882), régimen interno de trabajo en los juzgados y tribunales, facultades de inspección y disciplinarias, comunicaciones extraprocesales con autoridades y corporaciones de otros órdenes, etcétera.

el del *ejercicio de cometidos jurisdiccionales por el Legislativo*¹⁹ y por el *Ejecutivo*.²⁰ En vista de ello, es decir, de que ninguno de los tres Poderes se contrae al desempeño estricto de su tarea característica (legislar, gobernar, juzgar), hay que proceder a una previa labor de puntualización y de criba, que realizará en dos planos, según en el sumario se indica.

5) D) *Delimitación frente al Legislativo*.—Resulta más sencillo de llevar a cabo que respecto de la actividad desplegada por el Ejecutivo, puesto que, en principio, a aquél incumbe el *establecimiento* de las normas jurídicas generales, en tanto que a éste y al Judicial pertenece su *aplicación*. Pero con independencia de que el Legislativo cumple en la actualidad un cometido más de fiscalización política que de directa creación legislativa,²¹ y de que son muchos los países en que se halla en receso o en que se limita a una parodia,²² ni toda su actividad consiste en legislar, ni cuantas disposiciones vota tienen carácter de generalidad, ni el conjunto normativo de un país proviene exclusivamente de él. Que no

¹⁹ Cuando las Cámaras se reservan juzgar sobre la validez o nulidad de la elección de sus miembros; levantar o no la inmunidad de que gozan, para que puedan ser enjuiciados por los tribunales ordinarios; intervenir en la exigencia de altas responsabilidades; salir en defensa de sus fueros y castigar los desacatos contra ellas, etcétera, es evidente que están asumiendo, a la par que usurpando, atribuciones jurisdiccionales. Y nada digamos si, como durante la Revolución francesa, el Parlamento llega a erigirse en Convención.

²⁰ Mediante *seudo* o *semi* juzgadores gubernativos, como en México el Tribunal Fiscal de la Federación, pese a que suele actuar con bastante independencia de criterio, pero que es de índole “administrativa” y cuyos magistrados se nombran por el “Presidente de la República, a propuesta del Secretario de Hacienda y Crédito Público y con ratificación del Senado” (cfr. arts. 1 y 3 de la ley orgánica de aquél, de 24 de diciembre de 1966). Discutible también es el carácter plenamente jurisdiccional de los órganos de la justicia militar, comenzando por la intimidante denominación de *consejos de guerra* que en diversos países reciben, allí donde la *jurisdicción* quede, en último extremo, supeditada al *mando*: la cuestión ha sido abordada, entre otros, por diversos expositores argentinos (FAUTRIER, RISSO DOMÍNGUEZ, LASCANO, GONDRA, CLARÍA OLMEDO), para cuya crítica remito a mi *Miscelánea de libros procesales* (en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1945, II, págs. 75 y 193-4) y a mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo III, págs. 246, así como en orden a soluciones de *lege ferenda*, a mi artículo *Justice pénale de guerre civile* (en “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé”, octubre-diciembre de 1938, págs. 633-71), nota suplementaria rr (incluida al reproducirse el trabajo en mis “Ensayos de Derecho Procesal”, cit. —págs. 253-94—, págs. 282-3).

²¹ La regla hoy en día es que el Legislativo se contente con introducir enmiendas más o menos afortunadas a textos preparados por los organismos asesores del Gobierno: véase *infra*, nota 29.

²² Las *seudocámaras* legislativas de los países totalitarios, desde la Unión Soviética a España y Portugal, pasando por las fenecidas del fascismo y del nazismo, tanto por la forma de su designación, como por el régimen de partido único a que responden y por su absoluta falta de independencia respecto del omnímodo Ejecutivo, no pueden en manera alguna ser reputadas verdaderos Parlamentos.

toda su labor es legislativa, lo revelan las funciones administrativas y aun jurisdiccionales que el Parlamento, sea unicameral o bicameral, se reserva;²³ que no siempre las disposiciones que vota tienen carácter de generalidad, lo demuestran, aunque no sean frecuentes, las leyes privilegiadas, de alcance singular;²⁴ por último, toda una serie de expresiones, desde el derecho consuetudinario²⁵ a la sentencia laboral colectiva,²⁶ pasando por las diversas modalidades de las denominadas, valga la paradoja, *legislación judicial*,²⁷ por un lado, y sobre todo, *legislación gubernativa*,²⁸ por otro, va cercenando cada día más el área propia de la, valga la redundancia, *legislación legislativa*.²⁹

²³ Acerca de las *jurisdiccionales*, véase *supra*, nota 19. En cuanto a las *administrativas*, baste mencionar las relativas a la organización de sus diferentes servicios, a la gestión de su presupuesto, a la elaboración de sus reglamentos internos, etcétera.

²⁴ Como las que conceden ascensos, pensiones, créditos, exenciones, etcétera, a personas, poblaciones o instituciones determinadas. La ley privilegiada viene a ser el reverso de la sentencia colectiva (*infra*, nota 26), desde el doble punto de vista del alcance y de la estructura.

²⁵ Aun en el caso de que mediante una ley general el Parlamento ordene la recopilación de las costumbres de un país, las mismas no son obra suya. A diferencia del derecho español, donde el código civil de 1889 (cfr. su art. 6) coloca como primera fuente subsidiaria, en defecto de ley, la *costumbre del lugar*, en el mexicano, el artículo 19 del código civil distrital y federal de 1928/32 no la menciona y se remite directamente a los *principios generales del derecho*, enumerados por aquél en tercer lugar. Sin embargo, el propio texto mexicano (cfr., por ejemplo, el artículo 2547 en materia de arrendamientos) y el código procesal civil distrital de 1932 (cfr. arts. 284 y 596, frac. II) invocan en ocasiones la costumbre.

²⁶ Véase *infra*, nota 73.

²⁷ Como los *Autos Acordados* del Consejo de Castilla (complemento de la *Nueva Recopilación* de 1567), de los cuales los que resolvían cuestiones procesales ofrecen semejanza indudable con las *Acordadas* del moderno enjuiciamiento argentino (cfr. mi *Der. Proc. Pen.*, cit., tomo I, págs. 159-61). También en México, la Audiencia virreinal de la capital tuvo la potestad de emitir *Autos Acordados*. Recuérdense asimismo, hoy en día, los textos de proveniencia judicial reguladores de la administración de justicia en Inglaterra o en Estados Unidos. Y no se olvide la nota de obligatoriedad impresa a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia y de los Tribunales Colegiados de Circuito, en las condiciones que especifican, por los artículos 192, 193 y 193 *bis* de la vigente ley de amparo mexicana de 1935 (reformada después varias veces).

²⁸ Tanto a la que es privativa del Ejecutivo (elaboración de reglamentos y, a lo sumo, desarrollo de legislación de bases, si bien éstas son a veces tan elásticas, que equivalen a una autorización en blanco), como la que supone extralimitación manifiesta, mediante el uso, y el abuso, de decretos-leyes y de decretos de urgencia (a menudo sin que la misma esté justificada): cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Administración Pública y Libertad* (con prólogo mío: México, 1971), *passim*.

²⁹ En realidad, los grandes textos legislativos (códigos, leyes orgánicas, etcétera) no se gestan en los Parlamentos (véase *supra*, nota 21), donde tan sólo se discuten y aprueban. Más aún: son las interrelaciones políticas las que principalmente interesan a diputados y senadores, la inmensa mayoría de los cuales, pese a la abundancia de juristas que suele haber entre ellos (aunque no pocos de secano), desconoce el *abscé*

6) Mas pese a ello, y sin suscitar aquí la debatida cuestión de si el Judicial es o no instrumento de creación normativa —tanto para evitar un largo paréntesis desviatorio, como por ser extremo abordado por mí en otra ocasión—,³⁰ es evidente que suscita mayores dificultades la diferenciación entre *jurisdicción* y *administración*, que no entre la primera y la *legislación*, según revelan las numerosas tesis inventadas con tal fin, varias de las cuales voy a apostillar, para poner de manifiesto su insuficiencia caracterizadora, así como la necesidad de acudir a un enfoque pluralista, asentado en la consideración de varios elementos o circunstancias, para resolver el problema. Y antes de proseguir, aclararé que al hablar de jurisdicción me referiré únicamente a la que lo es por antonomasia, o sea a la *contenciosa*, por estimar que la llamada *voluntaria* queda fuera de ella, pese a algunos meritisimos esfuerzos en los últimos decenios por *jurisdiccionalizarla* de nuevo.³¹

1) E) *Deslinde respecto de la Administración.*—Numerosos autores se han preocupado de intentarlo, unos desde el campo del derecho constitucional y otros desde el ámbito del procesal. En conjunto, sus pareceres se pueden agrupar en dos bandos: el de las doctrinas subjetivas u organicistas y el de las teorías objetivas.

8) a) *Doctrinas subjetivas u organicistas.*—Pese a militar en sus filas expositores del prestigio de Carré de Malberg,³² resultan de escasísima solidez.

de la técnica legislativa, y de ahí la frecuencia con que lejos de mejorar los proyectos de ley preparados por el Gobierno (léase, por sus organismos asesores), los estropeen de manera lastimosa.

³⁰ Cfr. *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 117-22.

³¹ Aludo a los tres capitales ensayos de MICHELI en la "Rivista di Diritto Processuale" en 1947: a) *Per una revisione della nozione di giurisdizione volontaria* (I, págs. 18-45); b) *Forma e sostanza nella giurisdizione volontaria* (I, págs. 101-24), y c) *Efficacia, validità e revocabilità dei provvedimenti di giurisdizione volontaria* (I, págs. 190-209). A su vez, la renovación del tema en vena administrativista se debe a ALLORIO, en *Saggio polemico sulla giurisdizione volontaria*, en "Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile", 1948, págs. 487-529. Más datos, así como indicaciones acerca de los empeños por trasplantar el concepto de jurisdicción voluntaria al cuadro del proceso penal (por CARNELUTTI) y al de la justicia constitucional (por CALAMANDREI y por CAPPELLETTI), en mi ponencia *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria* (en "Atti del 3º Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile: Venezia 12-15 Aprile 1962" —Milano, 1969—, págs. 533-621; anticipada su publicación en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1962, págs. 521-96), núms. 2-3 —ahora, *infra*, *Estudio Número 4*—; véase también *infra*, nota 130.

³² Cfr. su libro *Contribution à la théorie générale de l'État*, vol. I. (París, 1920), págs. 768 y 782-3. Para la crítica de su posición, véase VIZIOZ, *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public* (en "Revue Générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'Étranger", y luego en sus

A tenor de ellas, no siendo posible marcar la divisoria entre administración y jurisdicción en atención al objeto, fin o naturaleza respectivos, sólo cabría señalarla tomando en cuenta el *agente* que interviene en cada caso y la *forma* a que la actividad se acomoda. Pero semejante criterio desembocaría en que un mismo acto cambiase de índole conforme a fluctuaciones espaciales o temporales de estricto derecho positivo.³³ En cuanto a la *forma*, es decir, al *procedimiento* o serie de ellos llevados a cabo ante el agente y encabezados o dirigidos por él, dicha noción, si bien ha sido especialmente contemplada y elaborada en el cuadro de la disciplina procesal, no es privativa de ella, y no ofrece la menor duda que opera asimismo en el área legislativa y en la administrativa, sobre todo en ésta (*infra*, núm. 12). Más aún: procedimientos idénticos o muy parecidos por razón de la forma, podrían ser profundamente distintos en atención a su naturaleza o a su finalidad.³⁴ La consecuencia, por tanto, es la de que las doctrinas subjetivas, si bien se mencionan a título informativo en la literatura sobre

“Études de Procédure” —Bordeaux, 1956—, págs. 53-164), págs. 70-3. Téngase también en cuenta, *infra*, nota 52.

³³ Por ejemplo: la celebración del matrimonio sería acto administrativo en Francia, donde lo autoriza el alcalde, y jurisdiccional en España, en la que se efectúa ante el juez municipal, que es el encargado del registro civil (cfr. art. 10 de su ley reguladora de 1957 y 48 de su reglamento de 1958, que prosiguen en este punto la trayectoria de los derogados artículos 1º de la ley y también 1º del reglamento de 1870). A su vez, la pseudojurisdicción voluntaria, que conforme a la corriente doctrinal hoy en día mayoritaria (cfr. *supra*, nota 31) sería de índole administrativa, se encuentra todavía en diversos países encomendada, en su totalidad o en gran parte, a funcionarios judiciales y, por consiguiente, habría que reputarla, contra viento y marea, de naturaleza jurisdiccional, en atención al órgano que de ella conoce.

³⁴ Suponiendo que los distintos *procedimientos verbales* de la ley de enjuiciamiento civil española de 1881 (el conciliatorio, el del juicio de mínima cuantía, los de desahucio, los interdictales) se redujesen a uno solo, su finalidad, en los supuestos mencionados, seguiría siendo distinta, especialmente entre el conciliatorio y los restantes. También el *procedimiento incidental* (arts. 741-61 y 887-902) se aplica a menudo a reclamaciones de fondo, que, por tanto, no se pueden catalogar como “incidentes”: cfr. mis *Adiciones al “Derecho Procesal Civil”* de GOLDSCHMIDT (Barcelona, 1936), págs. 534-5, así como mi *Adición conjunta a los números 657-663 del “Sistema”* de CARNELUTTI, cit., tomo IV, págs. 180-2. Por su parte, el procedimiento de la ley contencioso-administrativa de 1956 se remite con frecuencia (cfr. sus arts. 25, 27, 49, 65, 69, 74, 87, 102, 131 y disposición adicional 6ª) y concuerda a cada paso con normas de la ley de enjuiciamiento civil de 1881 (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*, en “Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México”, núm. 31, enero-abril de 1958 —págs. 83-106—, págs. 88-9). Finalmente, y como caso quizás el más curioso, el procedimiento previsto por la ley de propiedad industrial española de 1929 sirvió de pauta para el de dos textos tan alejados entre sí y a la vez respecto del modelo, como la ley de divorcio de 1932 y el proyecto de 1933 sobre vagancia: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes*, en “Ensayos” cit. (págs. 175-234), pág. 196, nota 58.

el tema, no permiten, porque equivaldría a cimentar sobre arena, apoyar en ellas la trascendental separación de conceptos.

9) b) *Teorías objetivas*.—Su gran diversidad lleva a que se dividan en dos grupos: las que se fijan en el *desenvolvimiento* y las que atienden a la *finalidad*.

10) a') *Desenvolvimiento*.—Conforme a un primer criterio, mientras la actividad *administrativa* se inspiraría en el principio de *discrecionalidad*, la jurisdiccional obedecería al de *legalidad*. Sin embargo, con facilidad se comprueba que la discrecionalidad administrativa dista mucho de ser absoluta (en cuyo caso podría degenerar en arbitrariedad desenfrenada) y que la tendencia es a encuadrarla, en la mayor medida posible, mediante dispositivos de mediatización y vigilancia, no siempre de creación legislativa.³⁵ En el otro sentido, tampoco la jurisdicción está acotada por la legalidad a rajatabla, sino que ofrece, no ya resquicios, sino amplias brechas por donde penetra la discrecionalidad.³⁶

11) ¿Será la *independencia* el signo distintivo de la jurisdicción y, como contrapartida, la *subordinación* el rasgo peculiar de la administración? Es evidente, y a ello obedece su consagración en diversas Constituciones,³⁷ que la indepen-

³⁵ Como, en primer término, la *potestad reglamentaria* (*supra*, nota 28), mediante la que la propia Administración canaliza el desempeño de sus actividades peculiares. O bien, cual en Francia, por obra del Consejo del Estado, órgano supremo de la jurisdicción contencioso-administrativa, al forjar en vía jurisprudencial los *recursos por abuso de poder* (cfr. IMBERT, *L'évolution du recours pour excès de pouvoir: 1872-1900* —París, 1952—), introducidos más tarde en otros países en virtud de consagración legislativa: así, en España, por el artículo 101 de la Constitución republicana de 1931, que también previó la implantación de recursos contra la ilegalidad de los actos o disposiciones reglamentarios, sin perjuicio de la prohibición contenida en el número 1º del artículo 7º de la ley de organización judicial de 1870, a tenor de la cual, la judicatura no podrá aplicar reglamentos (generales, provinciales o locales) contrarios a las leyes.

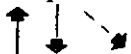
³⁶ Ante todo, a través de los preceptos que consagren el *arbitrio judicial* en cualquier orden del enjuiciamiento. En segundo lugar, en los países donde funcione, el *jurado*, quien mediante unos simples monosílabos, sin fundamentación alguna, resuelve las cuestiones de hecho sometidas a su deliberación. Agréguese la *valoración libre o en conciencia de la prueba* (a no confundir con la de carácter razonado: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*, en "La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración", febrero de 1945, y *A propósito de libre convicción y sana crítica*, en "Revista Jurídica de Córdoba", Argentina, octubre-diciembre de 1948; ambos artículos después en "Estudios de Derecho Probatorio" —Concepción, Chile, 1965—, págs. 29-52 y 79-89); el *proceso dispositivo o de equidad* (*infra*, nota 71); la potestad judicial para *cubrir lagunas jurídicas o para invocar o interpretar máximas de experiencia*; en una zona colindante con la jurisdiccional, la *actuación del ministerio público* cuando se acomode al principio de *oportunidad* (o *discrecionalidad*) y no al de *legalidad* (o *necesidad*), etcétera.

³⁷ Véanse, por ejemplo, los artículos 94, 96-8 y 104 de la Constitución republicana española de 1931, y acerca de ellos (a los que debe sumarse el 4, apartado 2º, de la

dencia —no sólo la programática de la *función*, sino la efectiva de los *funcionarios* a su cargo— representa el *desiderátum* de una impecable administración de justicia,³⁸ hasta el punto de que Lascano llegó a sostener que en los Estados totalitarios la jurisdicción se convierte en una faz de la administración;³⁹ pero si lanzados por esa pendiente la reputásemos consubstancial con ella, la conclusión sería la de que únicamente en contadísimas épocas y países habría habido verdadera actividad jurisdicente, puesto que bajo los regímenes absolutos, dictatoriales o de fuerte predominio del Ejecutivo, semejante característica experimenta frecuentes y prolongados e incluso permanentes eclipses, no ya parciales, sino también totales. Por otra parte, expresiones de independencia judicial no han dejado de darse, hasta alcanzar el heroísmo, en periodos de

ley de organización judicial de 1870) y del problema de la independencia judicial en general, ALCALÁ-ZAMORA, *La justicia, según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias*, en “Ensayos”, cit., (págs. 547-89), págs. 573-9. Históricamente, como indiqué (*supra*, nota 14) la jurisdicción tuvo como titular al monarca, y con esa fuente se relaciona el efecto devolutivo de los recursos, principalmente del de apelación al rey: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca*, en “Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia”, núms. 47-48, julio-diciembre de 1950 (págs. 281-373), págs. 353-6 (ahora, *infra*, *Estudio Número 23*). Pero junto a ese efecto devolutivo *ascendente* (por elevarse desde el *a quo* al *ad quem*) y al similar en los casos de *consulta* del inferior al superior (cfr. BUZARD, *Da apelação ex officio no sistema do processo civil*—São Paulo, 1951—; reseña mía en “Revista de la Facultad de Derecho de México”, núms. 1-2, enero-junio de 1951, págs. 321-2), existe un efecto devolutivo *descendente*, cuando medie reenvío desde el *ad quem* al *a quo*. Habría entonces, en la vía impugnativa, un recorrido de ida y vuelta, representable así:

Ad quem



A quo (cuando el reenvío no sea al mismo inferior, sino a un juzgador de igual grado). No se olvide, por último, que aun hoy día la independencia jurisdiccional dista mucho de ser efectiva en numerosos países, inclusive en no pocos que estampan en sus Constituciones solemnes (e incumplidas) promesas al efecto. En cambio, Inglaterra, donde la curiosa figura del Lord Canciller, engastado en los tres Poderes, representa la más categórica negativa de la división de ellos, acaso cuente con la judicatura más independiente y prestigiosa del orbe, conforme al parecer de juristas no nacidos en ella, como, entre otros, en los últimos decenios, el uruguayo COUTURE (*La justicia inglesa*; Montevideo, 1943), el alemán COHN (*Der englische Gerichtstag*; Köln-Opladen, 1956) o el español PASTOR LÓPEZ (*El proceso penal inglés. Estudio comparativo de sus directrices fundamentales*), en “Revista de Derecho Procesal” española, 1967, I, págs. 67-124, y 11, págs. 43-100).

³⁸ Podríamos contemplarla como la virtud cardinal de la jurisdicción, en igual medida en que, por ejemplo, la libertad de cátedra lo es para el desempeño de tareas docentes y de investigación, el secreto para el ejercicio del sacerdocio y del notariado, la disciplina para la subsistencia de las fuerzas armadas, o la inviolabilidad (*infra*, nota 43) para la actuación parlamentaria.

³⁹ Véase la página 31 de su citado libro *Jurisdicción y competencia*.

pleno sojuzgamiento de la judicatura por el Gobierno.⁴⁰ A la inversa, la independencia concurre a menudo en la actuación de diversos organismos administrativos, principalmente en los que desempeñan cometidos calificadores, como los llamados “tribunales” o “jurados” —acaso para destacar su condición de independientes— de exámenes, oposiciones, exposiciones, competiciones y concursos,⁴¹ y asimismo debe darse en los encargados de desempeñar la seudojurisdicción (*rectius*, potestad) *disciplinaria*, tan próxima, en no pocos aspectos, a la marcha del proceso (jurisdicente) penal.⁴² Añadiré aún que un auténtico Legislativo (no una asamblea que sea mera sucursal o delegación del Ejecutivo) necesita de tanta independencia como el Judicial, y de ahí los preceptos destinados a salvaguardarla.⁴³

12) La corriente que se fija en la existencia de un *procedimiento preestablecido y que satisfaga las garantías mínimas del enjuiciamiento* (del *due process of law*, según la consagrada fórmula anglosajona),⁴⁴ tampoco está a cubierto de

⁴⁰ “Ejemplos de jueces que han sabido mostrarse independientes aun actuando en épocas o 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* (cfr. CREHUET, *La judicatura en “La Estrella de Sevilla” y en “Los intereses creados”* —Madrid, 1916—, y ALCALÁ-ZAMORA, *Estampas procesales de la literatura española* —Buenos Aires, 1961—, págs. 82-92) y en el terreno histórico, el episodio que SATTa evoca y analiza en su artículo *El mistero del proceso* (en “Rivista di Diritto Processuale”, 1949, I, págs. 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 de Prusia, reveladora de la confianza del primero en los jueces de Berlín: ALCALÁ-ZAMORA, *Los conceptos de jurisdicción y de competencia, en el pensamiento de Lascano* (glosa del libro recordado en la nota anterior), en “Revista de Derecho Procesal” argentina (homenaje a dicho procesalista), 1954, I (págs. 299-344), nota 32 (ahora, *infra*, *Estudio Número 3*).

⁴¹ Aunque designados por el Ejecutivo, los tribunales de oposiciones actuaban, por ejemplo, en España antes de la guerra civil con una absoluta independencia. Después, el sistema de partido único e insaciable, las terribles depuraciones en los distintos cuerpos de funcionarios para rodearse el Gobierno de una burocracia incondicional, y el régimen de dictadura totalitaria han provocado un alarmante retroceso.

⁴² Acerca de la potestad disciplinaria y de la conveniencia de asociarla con la ejercida por los llamados tribunales de honor (cfr. GIESEBRECHT, *Das Verfahren vor Ehrengerichten* —Berlín, 1938—; reseña mía en “Revue Internationale de la Théorie du Droit”, 1939, núms. 1-2), véase mi *Proceso autocomposición*, cit., núms. 20, 26, 30, 35, 39, 41 y 107, y con anterioridad, mi artículo *Sistemas apreciación prueba*, cit., núm. 25.

⁴³ De entre los que destacan los relativos a *inviolabilidad e inmunidad* de los parlamentarios, aun cuando la segunda degenera a menudo en impunidad, porque la solidaridad de aquéllos (“hoy por tí, mañana por mí”) lleva a una casi sistemática denegación de los suplicatorios para proceder contra diputados y senadores. También las facultades que en algunos países se confieren a las Cámaras para *castigar los desacatos* de que sean víctimas (*supra*, nota 19), entrarían en el sector de disposiciones tendientes a garantizar la independencia del Legislativo.

⁴⁴ Véanse, en nuestro idioma, entre otros, estos trabajos: LINARES, *El “debido proceso”*

reproches. En efecto, nada más sencillo que encontrar jurisdicciones sin procedimiento preestablecido,⁴⁵ o que funcionan a base de uno esquemático,⁴⁶ o, en fin, que se acomodan a una tramitación carente de las más elementales garantías para los justiciables. ⁴⁷ Además, junto a los procedimientos jurisdiccionales (judiciales o procesales) —eso sí, los más numerosos y mejor perfilados— tenemos los administrativos y los legislativos.⁴⁸

como garantía innominada en la Constitución argentina (Buenos Aires, 1944; reseña mía, en “Revista de Derecho Procesal” argentina, 1945, II, págs. 79-80, y COUTURE, *El “debido proceso” como tutela de los derechos humanos*, comunicación al Segundo Congreso Internacional de Derecho Procesal (Viena, 1953), en “La Ley” (Buenos Aires) de 24 de noviembre de 1953, págs. 1-5, y en “La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración”, agosto-octubre de 1954, págs. 169-82; traducciones: *La garanzia costituzionale del “dovuto processo legale”* (en “Rivista di Diritto Processuale”, 1954, I, págs. 81-101), y *Der verfassungsmässige Schutz des Prozesses: Neue Beiträge zur Bestimmung des Begriffs des “due process of law”* en (“Zeitschrift für Zivilprozess”, 1954, págs. 128-56).

⁴⁵ En cierto sentido, tal fue el caso en México del Gran Jurado para exigir altas responsabilidades, durante el periodo comprendido entre el 5 de febrero de 1917, fecha de la vigente Constitución, que lo instauró en sus artículos 109 y 111, y el 30 de diciembre de 1939, en que se promulgó la “ley de responsabilidades de los funcionarios y empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los Altos Funcionarios de los Estados”, que en su título III (arts. 23-68) reguló el procedimiento correspondiente. Es decir, durante más de veintidós años existió la *jurisdicción*, pero careció del *procedimiento* a que habría tenido que ajustarse.

⁴⁶ O sumamente sobrio, como lo fue en España el de la ley de 11 de mayo de 1849 sobre jurisdicción del Senado, si bien su artículo 53 le permitía acudir como supletorias a las normas del derecho común.

⁴⁷ Como el inquisitorio sumarísimo utilizado en Italia (principalmente durante los siglos XVI a XVIII) para juzgar (aunque más exacto sería decir para exterminar) a los bandoleros: cfr. MANZINI, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción castellana, tomo I (Buenos Aires, 1951), págs. 83-5. Métodos igualmente expeditivos se utilizaron con la misma finalidad en España: véanse, entre otros, estos libros: BERNALDO DE QUIRÓS, *El bandolerismo en España y en México* (México, 1959), y HERNÁNDEZ GIRBAL, *Bandidos célebres españoles. (En la historia y en la leyenda) Primera serie* (Madrid, 1968), *passim* en ambos, así como *Quijote*, II, LX; y con referencia a diversas naciones y no circunscrito, además, al fenómeno del bandolerismo, SUEIRO, *El arte de matar* (Madrid, Barcelona, 1968), *passim* asimismo (reseña mía en “Boletín Mexicano de Derecho Comparado”, 1970, págs. 163-6). Indicación de otros procedimientos jurisdiccionales desprovistos de las garantías apetecibles: a) el de la ley de secuestros de 8 de enero de 1877; b) el sumarísimo castrense (cfr. arts. 918-37 del código de justicia militar, de 17 de julio de 1945); c) los aplicados por ambos bandos durante la guerra civil española (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Justice guerre civile*, cit.); d) el de la ley penal y procesal sobre delitos monetarios de 24 de noviembre de 1938, cuyo artículo 16 confiere al juez “libertad procesal absoluta” (*sic*), con todos los riesgos inherentes a tan descomunal arbitrio judicial; e) el del tribunal especial que se creó para la represión de la masonería y del comunismo, de 1º de marzo de 1940; los cinco en España.

⁴⁸ Señalaré qué administrativistas destacados han consagrado al estudio del *procedimiento*, trabajos meritísimos. Recordaré tan sólo dos: en España, el de BALBÉ sobre

13) Más que dudosa resulta también la tesis de acuerdo con la cual, en la jurisdicción mediaría *prioridad de la decisión sobre la ejecución*, y en la administración acontecería lo contrario. Trátase de un criterio cronológico en cuanto al momento de producirse las dos mencionadas actividades, pero que no proporciona una pauta diferenciativa segura, puesto que en la esfera jurisdiccional no siempre ha lugar a ejecución en cuanto a la pretensión principal o de fondo,⁴⁹ ni es desconocida en ella la anticipación (provisional o condicional) de la ejecución respecto de la decisión (definitiva).⁵⁰ A su vez, en materia administrativa también lo normal es que la decisión preceda a la ejecución, e inclusive cuando *prima facie* parece suceder lo contrario, en rigor lo que ocurre es que la ejecución se encuentra emparejada entre dos decisiones.⁵¹ Esta doctrina revélese, por lo tanto, como una de las más endebles que se hayan puesto en circulación para explicar las divergencias entre ambos territorios jurídicos.

14) b') *Finalidad*.—Para algunos, la jurisdicción aspiraría a la *comprobación de una situación jurídica con fuerza de verdad legal (rectius, judicial)*, es de-

La esencia del proceso, cit., págs. 3-4, 23-6, 37-40, *passim*, y en Italia, el de GALEOTTI, *Osservazioni sul concetto di procedimento giuridico*, en "Jus" (Milano, 1955), págs. 502-65 (reseñas mías en "Revista de la Facultad de Derecho de México", núm. 22, abril-junio de 1956, págs. 218-20 —reproducida en mi *Miscelánea Procesal*, tomo I (México, 1972), pp. 396-9—, y en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", núm. 27, septiembre-diciembre de 1956, pág. 282). Mencionaré a la vez la existencia de leyes específicas sobre *procedimiento administrativo*, como la española de 17 de julio de 1958, con 146 artículos, 8 disposiciones finales y 1 transitoria (reseña mía, en boletín cit., núm. 35, mayo-agosto de 1959, págs. 84-7). No lo es, en cambio, la yugoeslava de 19 de diciembre de 1956, que pese a su nombre, se ocupa en rigor del proceso (contencioso) administrativo: véase mi estudio *Ley yugoeslava sobre procedimiento general administrativo*, en boletín cit., 1963, págs. 127-38. En la esfera parlamentaria se conocen asimismo diferentes procedimientos: a título ilustrativo, véanse en España los acogidos en el viejo reglamento del Congreso de Diputados, de 14 de mayo de 1847, o en el más moderno para el Senado, de 16 de mayo de 1918, o en la actualidad, en el de 26 de diciembre de 1957 para las pseudo Cortes facciosas. Véase el libro de Lord CHAMPION y D. W. S. LIDDERDALE, *Parliamentary Procedure. A Comparative Handbook* (London, 1953)); traducción francesa: *La procédure parlementaire en Europe. Étude comparée* (París, 1955).

⁴⁹ Por de pronto, siempre que se trate de sentencias *desestimatorias* de las pretensiones deducidas, y además, aun siendo estimatorias, cuando el pronunciamiento que contengan no sea de condena, sino declarativo o constitutivo. Conviene recordar que como puso de relieve CHIOVENDA, las sentencias desestimatorias son todas declarativas: cfr. su ponencia *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1933, I (págs. 3-31), pág. 3 (traducción castellana en "Ensayos de Derecho Procesal Civil", vol. I —Buenos Aires, 1949; págs. 131-74—, p. 131).

⁵⁰ Véanse, verbigracia, los artículos 205, 209, 210, 218, 224, 243-4, 252, 446, 449-53, 644 y 698 cod. proc. civ. del Distrito Federal mexicano.

⁵¹ Piénsese en las concesiones y subastas, por un lado, y en las oposiciones y concursos, por otro: primeramente aparecerá en el diario oficial la convocatoria o el anuncio co-

cir, a obtener una decisión con autoridad de *cosa juzgada*. Abstracción hecha de las numerosas doctrinas acerca de ésta⁵² y de que integre un concepto rigurosamente *procesal* o, por el contrario, sea de índole *extra y postprocesal*, tres fundamentales objeciones se oponen a que quepa asentar en ella el contraste entre jurisdicción y administración, a saber: *a*) ante todo, la de que si bien la cosa juzgada es la finalidad perseguida por todo proceso jurisdiccional a través de su fase de declaración o conocimiento,⁵³ no siempre se alcanza;⁵⁴ *b*) en segundo término, la de que hay ejercicio de jurisdicción mucho antes de producirse la cosa juzgada y al margen por completo de ella,⁵⁵ y *c*) en tercer lugar, aun cuando sea argumento más discutible, la de que no han faltado quienes extiendan la noción de cosa juzgada a la esfera administrativa y, por analogía, a la seudojurisdicción voluntaria (*supra*, núm. 6), para reflejar mediante ella las manifestaciones de estabilidad y de firmeza jurídicas que en uno y otro territorio se producen.⁵⁶

respondiente; después tendrán lugar los acreditamientos, ofertas, ejercicios o justificaciones requeridos y, por último, recaerá la resolución haciendo las adjudicaciones o nombramientos que procedan.

⁵² Véase GÓMEZ ORBANEJA, *Las teorías de la cosa juzgada* (Valladolid, 1932). Para la crítica de la tesis de JEZE, uno de los sustentadores menos convincentes de esta tendencia, véase VIZIOZ, *Les notions fondamentales*, cit., págs. 77-81. El propio autor deja también bastante malparadas las concepciones jurisdiccionalistas de otros dos grandes cultivadores del derecho público francés: DUGUIT (cfr. *ob. cit.*, págs. 88-92) y HAURIOU (*ibidem*, págs. 108-26), las tres reveladoras además, lo mismo que antes la de CARRÉ DE MALBERG (*supra*, nota 32), de un gran desconocimiento acerca de la doctrina procesal de su época en Alemania e Italia.

⁵³ En este sentido, coinciden dos procesalistas de significado tan distinto como WACH, *Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts* (Leipzig, 1885; traducción próxima a aparecer en Buenos Aires), págs. 3-12, y GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens* (Berlín, 1925), págs. 151-227 (2a. ed., Aalen, 1962).

⁵⁴ Véase *infra*, nota 121. Además, la cosa juzgada queda sin efecto siempre que frente a una sentencia firme prospere el recurso excepcional de revisión (cfr., por ejemplo, los artículos 1796-1810 de la ley de enjuiciamiento civil y 954-61 de la de enjuiciamiento criminal españolas) o sus equivalentes, como en México el "juicio de nulidad contra la cosa juzgada" (así en los códigos procesales civiles de los Estados de Morelos de 1954 —art. 336—, Sonora de 1949 —art. 357— y Zacatecas de 1965 —art. 357—) o, en materia penal, con el llamado "indulto necesario" —en contraste con el verdadero o "por gracia"—: cfr., verbigracia, los artículos 614-8 cód. proc. pen. del Distrito o 560-8 del federal.

⁵⁵ A partir de la litispendencia está operando la jurisdicción, aunque luego, por diversas causas (*infra*, nota 121), no llegue a dictarse sentencia en el proceso iniciado. Más aún: ya en el proceso preliminar, que puede ir o no seguido del principal, se desarrolla actividad jurisdiccional: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *En torno a la noción de proceso preliminar* (en "Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione", vol. II —Padova, 1953—, págs. 265-316), núms. 3, 9, 21 y 27 (ahora, *infra*, *Estudio Número 9*).

⁵⁶ Acerca de los puntos abordados en esta letra *c*, véanse, por un lado HEINITZ, *I limiti*

15) Mayor fuerza posee el parecer de los que muestran la *resolución de controversias* (entre particulares o entre ellos y entes u organismos públicos) como meta de la jurisdicción.⁵⁷ En este sector puede incluirse la posición de Carnelutti, cuando piensa que la finalidad del proceso consiste en obtener la *composición del litigio* por obra de una fórmula de *paz con justicia*.⁵⁸ Su opinión ha sido objeto de una doble crítica: por un lado, en el sentido de que el juzgador ha de tomar en cuenta no sólo la justicia, sino también la *seguridad* jurídica, pero bueno será recordar que a Carnelutti no le pasó inadvertido tal aspecto, y precisamente a propósito de la cosa juzgada subraya cómo responde a la exigencia de *certeza* (desde el instante en que una sentencia acompañada de dicho atributo podría, no obstante distar mucho de ser justa);⁵⁹ y, por otro, en el de entender que en ocasiones se ejerce jurisdicción sin mediar litigio;⁶⁰

oggettivi della cosa giudicata (Padova, 1937), págs. 4-5, y por otro, ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria*, en "Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento" (Milano, 1951), págs. 52-3 (ahora, *infra*, *Estudio Número 4*). Téngase en cuenta que pese a artículos como el 1818 de la ley de enjuiciamiento civil española, del que es un calco el 897 cód. proc. civ. distrital mexicano, los expedientes de jurisdicción voluntaria no son un continuo tejer y destejer: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Eficacia de las providencias de jurisdicción voluntaria*, en "Atti del 3o. Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", cit., núms. 142-4.

⁵⁷ Tesis sustentada, entre otros, por GROPPALI, en *Doctrina General del Estado*, traducción castellana (México, 1944), pág. 233, y por ALSINA, *Tratado*, cit. 1ª ed., tomo I, págs. 540 y 543, y 2a. ed., tomo II, págs. 414 y 418. Los entes u organismos públicos actúan en el proceso, según los países y los casos, mediante cuerpos o dependencias especializados (ministerio público, abogacías del Estado —*infra*, nota 68—, departamentos jurídicos de ayuntamientos, provincias u organismos descentralizados, etcétera), o bien valiéndose de los servicios de abogados libres, contratados con tal fin.

⁵⁸ Cfr. *Sistema*, cit., núms. 16, 57, 82, 83 y 519, así como ALCALÁ-ZAMORA, *Estampas procesales*, cit., págs. 18-20.

⁵⁹ Cfr. su *Sistema*, cit., núms. 7, 93 y, sobre todo, 104 y 105. Para la crítica de la concepción jurisdiccional de CARNELUTTI, véase Ugo ROCCO, *Teoría general del proceso civil*, traducción castellana (México, 1959), págs. 54-5 (véase también la 17), hecha la advertencia de que no comparto, en líneas generales, los argumentos de éste frente a aquél.

⁶⁰ Acerca de la figura del *proceso sin litigio*, puesta en circulación por CARNELUTTI (en sus *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, vol. II, reimpresión —Padova, 1930—, núm. 89), desenvuelta por su discípulo DI SEREGO (*Il processo senza lite* —Padova, 1930—), acogida por COUTURE para explicar una singular institución de su país (*El divorcio por voluntad de la mujer: Su régimen procesal* —Montevideo, 1931—) y, a la postre, abandonada por su propio creador, así como del concepto en general y de su trasplante al ámbito del proceso penal, véase lo que digo en *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 3 y 80, en el *Prólogo a (la traducción de) sus "Lecciones sobre el Proceso Penal"*, vol. I (Buenos Aires, 1950), núms. 3-9, y en *Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso*, en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1952, núm. IV, págs. 212-77 —págs. 227-37— (ahora, *infra*, *Estudio Número 8*). En rigor, precisamente desde el punto de vista carnelluttiano, el proceso sin litigio es un contrasentido. Cosa muy distinta es que se utilicen procedimientos de jurisdicción contenciosa para sustanciar negocios de jurisdic-

pero, en realidad, en tales hipótesis hubo pretensión litigiosa *hasta* un momento más o menos avanzado del proceso, sin perjuicio de que *después* desista de ella la parte atacante, o de que falte el contradictorio a consecuencia de actitudes autocompositivas de los contendientes, o de que se abandone el proceso.⁶¹ En otras palabras: el proceso requiere como su necesario presupuesto el litigio o controversia, pero no basta con dicha circunstancia,⁶² sino que junto a ella han de concurrir otros factores para que se le pueda etiquetar de jurisdiccional (*supra*, núm. 2, e *infra*, núm. 24).

16) Quienes creen que la finalidad de la jurisdicción radica en conseguir la *restauración del orden jurídico perturbado por obra del conflicto que le dio origen*, olvidan que semejante visión resulta exacta en el caso de sentencia estimatoria de condena, pero no en los supuestos de decisión desestimatoria,⁶³ ni tampoco cuando triunfen pretensiones declarativas, que se limitan a poner término a situaciones de incertidumbre, o constitutivas, determinantes de estados jurídicos nuevos, y ello, se acepte o se rechace el criterio que funda la diferencia entre las de los dos últimos sectores en el efecto *ex tunc* de las primeras y en el *ex nunc* de las segundas.⁶⁴

17) Afin a la anterior doctrina se revela la que imagina la jurisdicción como adscrita a la *tutela del derecho subjetivo*.⁶⁵ A ambas se les puede, por de pronto, formular dos reparos comunes: a) el de que habría de esperar, como en la lotería respecto del sorteo, al momento final de la fase de conocimiento —más exactamente: a la emisión de la sentencia firme o con autoridad de cosa juzgada— para saber a ciencia cierta si se satisfizo o no la meta jurisdiccional, y b) el de que en el supuesto de sentencia desestimatoria no brindan explicación a la actividad desplegada por el órgano (¿no?) jurisdicente en el proceso.⁶⁶

ción voluntaria, como sucede en España con el incidental —*supra*, nota 34— (cfr., verbigracia, los artículos 1821, 1840, 1858, 2032 o 2055 de la ley de enjuiciamiento civil). Acerca del tema, véase CALAMANDREI, *Il concetto di "lite" nel pensiero di Francesco Carnelutti: I. Lite e giurisdizione y II. Lite e processo* (en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1928, I, págs. 3-22 y 89-98, y luego reunidos en "Studi sul processo civile", vol. II —Padova, 1930—, págs. 359-88).

⁶¹ Véase *supra*, nota 54.

⁶² Puesto que cabe hallar litigios en la esfera administrativa (cfr. CHIOVENDA, *Principii*, cit., pág. 293) e inclusive en la legislativa (*supra*, nota 19).

⁶³ Por ser de índole declarativa, según se indicó en la nota 49.

⁶⁴ Así, KISCH, en *Deutsches Zivilprozessrecht*, 3a. ed., vol. 2o. (Berlín/Leipzig, 1922), págs. 55-6, mientras que GOLDSCHMIDT, *Zivilprozessrecht* (Berlín, 1929), § 15 (traducción castellana, *Derecho Procesal Civil* —Barcelona, 1936—, pág. 112), discrepa del contraste adoptado por aquél y mencionado por mí en el texto.

⁶⁵ Véanse, por ejemplo, HELLWIG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, vol. I (Leipzig, 1903), pág. 40, o KISCH, ob. y ed. cit. en la nota anterior, vol. I, págs. 8-10.

⁶⁶ Podemos imaginar dos procesos de contenido litigioso idéntico, desenvueltos conforme

Todavía, frente a la tesis que ahora comento, habría que agregar otros dos argumentos: *c*) que de acuerdo con la teoría de la acción como derecho abstracto de obrar, cabe promover el ejercicio de la jurisdicción sin haber tenido *jamás* el derecho subjetivo que se invoca en el juicio,⁶⁷ y *d*) que la tutela del derecho subjetivo no sirve para explicar la intervención, como promotores de la jurisdicción, de órganos y personas que no son titulares de aquél ni se ostentan siquiera como tales.⁶⁸

18) Mayor relieve y necesitada, además, de una refutación más minuciosa, se presenta la doctrina que cree descubrir la esencia de la jurisdicción en servir para la *realización del derecho objetivo*,⁶⁹ como si también la administración no aspirase a ese logro. En vista de ello, se ha intentado superar la dificultad sosteniendo que mientras para la jurisdicción la *aplicación* constituye un *fin*, para la administración tan sólo un *medio*; pero fácil sería invertir los términos, y, por ende, un deslinde así establecido aparece insuficiente y quebradizo.⁷⁰ La posición que ahora me ocupa, falla todavía en el sentido de que so pena de entender que la equidad forma parte del derecho objetivo, a manera de norma

al más perfecto paralelismo procedimental, incluso cronológico y hasta resueltos por el mismo juzgador (aunque entonces parecería flagrante la contradicción de sus pronunciamientos), pero terminado el uno mediante sentencia estimatoria y el otro en virtud de sentencia desestimatoria, ¿podría sostenerse que hubo jurisdicción en el primero y ausencia total de ella en el segundo? Evidentemente que no.

⁶⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción* (en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina" —Buenos Aires, 1946—, págs. 759-820, y luego en "Anales de Jurisprudencia" —México, abril de 1947—, págs. 263-359), núm. 18 (ahora, *infra*, Estudio Número 7).

⁶⁸ Tal sucede con la actuación del *ministerio público* en los diferentes órdenes procesales en que participa como accionante en virtud de una legitimación funcional, a menos de suponer que representa un (pretendido) derecho subjetivo estatal, tesis ésta que se acomodaría mejor a la defensa de la Administración por las *abogacías del Estado* (en los países que disponen o contaron con ellas: España, Italia, Rumania): cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Ministerio Público y Abogacía del Estado*, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1961 (págs. 37-64), núms. 13-21 y 36. Añadiré los casos del *coadyuvante*, impulsado a actuar a causa, no tanto de un derecho o de una obligación, a los que es ajeno, como de su interés en que triunfe su coadyuvado (y de ahí que lo haya calificado de *subparte*), y del *sustituto*, que obra en nombre propio respecto de un derecho ajeno, es decir, como sujeto del *proceso*, en tanto que el *sustituido* lo es del *litigio*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Antagonismo juzgador-partes*, cit., núms. 41, 49 y 50, así como luego *infra*, en el texto, núm. 25.

⁶⁹ Cfr. WACH, cit., págs. 3-9 y 313-4.

⁷⁰ En efecto, sin dificultad podría sostenerse que en la jurisdicción la aplicación del derecho es un *medio* para realizar ese ideal de paz con justicia de que habla CARNELUTTI (*supra*, nota 58), mientras que en la administración dicha aplicación tiene como *fin*, mediante los servicios públicos adecuados, satisfacer las necesidades y exigencias de los administrados.

implícita y subsidiaria suya,⁷¹ la teoría comentada no suministra explicación para el llamado por Carnelutti *proceso dispositivo*,⁷² como tampoco, en dirección distinta, para la *sentencia laboral colectiva*,⁷³ ni para la conducta del juzgador cuando suple lagunas del derecho objetivo,⁷⁴ hace uso del arbitrio que el legislador le confiere a fin de desviarse, en determinadas circunstancias, de la estricta aplicación de aquél⁷⁵ o dicta sentencias desestimatorias por inadmisibilidad (*absolutio ab instantia*).⁷⁶

19) Tanto por el prestigio de su autor, como por el predicamento que alcanzó y que todavía conserva, aunque en declive, en los países iberoamericanos, dentro de esta tendencia requiere examen aparte la opinión de Chiovenda, para quien la jurisdicción significaría la *sustitución de la actividad ajena por la actividad pública*. Según este criterio, no muy feliz en su enunciado, sería íntegramente jurisdiccional el proceso civil, tanto en su fase de conocimiento como en la ejecución (en la que los órganos del Estado actúan para hacer cumplir la voluntad de la ley al litigante vencido y, por tanto, obligado), y el proceso penal, sólo en la primera de esas fases: en cambio, la ejecución penal no lo sería, porque se trata de la realización de actos que únicamente se pueden cumplir por funcionarios estatales.⁷⁷ La tesis de Chiovenda no es plenamente convincente por lo que atañe al proceso penal: es evidente que el autor ha pensado sólo en algunas penas (las privativas de libertad, que requieren los establecimientos penitenciarios, o la de muerte, puesto que no se autoriza el suicidio del con-

⁷¹ Aunque a veces se la mencione por su nombre o se utilicen denominaciones equivalentes. En el primer sentido, los artículos 114 del código procesal civil brasileño de 1939 (en la misma dirección, el 145 del *Anteproyecto de código de processo civil apresentado ao Exmo. Sr. Ministro da Justiça e Negócios Interiores, pelo Professor Alfredo Buzaid* —Rio de Janeiro, 1964—), 114 cód. proc. civ. italiano de 1940/42 o 509 del portugués de 1961. En el segundo sentido, la Real Cédula de Carlos IV de 30 de enero de 1794 sobre el Consulado de Buenos Aires, en cuyo artículo 5 se encuentra la famosa fórmula de que “en los juicios se ha de proceder siempre a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”, cuyo eco resuena todavía en preceptos del vigente derecho mexicano, como el artículo 21 del título sobre justicia de paz del cód. proc. civ. distrital o el 775 de la reciente ley federal del trabajo de 1969, o las disposiciones que designan como “amigable composición” al arbitraje de equidad (“según su leal saber y entender”): cfr. arts. 296-304 de la ley de enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio de 1830; 819-36 de la de enjuiciamiento civil de 1855 y sus numerosos concordantes en la posterior legislación procesal civil hispanoamericana.

⁷² O de *equidad*: cfr. su *Sistema*, cit., núm. 40.

⁷³ Que se encuentra a mitad de camino entre la sentencia individual y la ley: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 84 y 120.

⁷⁴ Véase mi *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 121.

⁷⁵ Por ejemplo, en los ordenamientos penales que autorizan en ciertos casos el perdón judicial o, sin llegar tan lejos, la condena o remisión condicional.

⁷⁶ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo III, págs. 239-40.

⁷⁷ Cfr. CHIOVENDA, *Principii*, cit., págs. 296-7.

denado a ella, sino que ha de intervenir el verdugo) y en ciertas medidas de seguridad (como la vigilancia de la autoridad), pero sin abarcar el panorama completo de las sanciones penales y con, olvido, además, del arresto personal en materia civil, conocido en diferentes códigos procesales.⁷⁸ Cuando, por ejemplo, la condena es a una pena de multa, el fenómeno se presenta con los mismos caracteres de la ejecución civil, puesto que cabe que el condenado pague voluntariamente;⁷⁹ otro tanto sucede, en los países cuyos códigos las establecen, con ciertas penas restrictivas de libertad: si el condenado se traslada *motu proprio* al lugar del confinamiento —o se encuentra en él— o se sitúa a la distancia marcada para el destierro, tampoco hace falta que intervengan los órganos del Estado para proceder a su acompañamiento forzoso; y lo mismo podría decirse de la obligación de presentarse a la autoridad en días señalados,⁸⁰ puesto que sólo de no hacerlo el sujeto a ella, se utilizará la policía para su busca y captura, y de la prisión preventiva atenuada o domiciliaria, siempre que el sometido a ella la acate espontáneamente.⁸¹ Por otra parte, cuando durante la ejecución penal la autoridad judicial decida mediante formas procesales los incidentes que en ella se susciten (por ejemplo: demencia o evasión de reclusos, aplicación de amnistías o de indultos o de la liberación condicional, etcétera); o cuando en las legislaciones que empleen medidas de seguridad, aquélla vigile su cumplimiento, modifique inclusive sus resoluciones de fondo⁸² y sancione a instancia del sujeto peligroso los abusos o excesos de los funcionarios administrativos encargados de aplicarlas, tales manifestaciones de actividad no pueden dejar de reputarse jurisdiccionales. El hecho de que en la ejecución penal intervengan funcionarios administrativos con una frecuencia desconocida en la ejecución procesal civil,⁸³ y que, por consiguiente, la naturaleza de la primera sea más difícil

⁷⁸ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, cit. tomo I, pág. 190, nota 8.

⁷⁹ Cfr., verbigracia, el artículo 39 del código penal mexicano de 1931, a la vez distrital y federal.

⁸⁰ Véanse, por ejemplo, los artículos 552, frac. IV, 567, 568, frac. VII, cód. proc. pen. mexicano del Distrito de 1931 y 411, 412, frac. VII y 421, frac. I, del federal de 1934.

⁸¹ Debido al espíritu clasista de los militares españoles, la institución de la prisión preventiva atenuada se conoció en mi patria primero en el cuadro de la jurisdicción castrense (cfr. arts. 473 del código de justicia militar de 1890 y 171 de la ley de enjuiciamiento militar de marina de 1894; en la actualidad, arts. 682-4 cód. just. mil. de 1945) que en el de la ordinaria, donde la introdujo la ley de 10 de septiembre de 1931.

⁸² Sin contar, respecto de condenas por delitos, con el recurso excepcional de revisión a favor del injustamente sentenciado, que podría funcionar durante la extinción de la condena, después de ella e incluso tras el fallecimiento del reo, con fines de rehabilitación de su memoria (cfr. art. 961 ley enjto. crim. española). Acerca del juez de la ejecución penal, véanse, por ejemplo, el artículo de MALHERBE, *Le juge d'application des peines*, en "Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé", julio-septiembre de 1959, págs. 635-55.

⁸³ Véase, sin embargo, la referencia que a la nonata depositaria judicial mexicana figura en la nota 7.

de dilucidar que la de la segunda, ha arrastrado a Chiovenda a sentar una afirmación demasiado absoluta.⁸⁴

20) Dentro de la trayectoria chiovendiana, hallamos una modalidad a cuyo tenor, en la ejecución civil la *voluntad sustituida es la del vencedor y no la del vencido*. Dicho de otro modo: la sentencia, título ejecutivo por antonomasia, en lugar de facultar al acreedor para proceder por sí a la ejecución,⁸⁵ únicamente le permite dirigirse con tal fin al órgano estatal ejecutante, ya sea un oficio autónomo o bien el juez que hubiese conocido del litigio en primera instancia.⁸⁶ Pero frente a ese planteamiento⁸⁷ cabe aducir dos excepciones: por un lado, la sentencia condenatoria a la emisión de una declaración de voluntad, en la que a todas luces la voluntad sustituida es la del vencido,⁸⁸ y por otro, el de la ejecución (condicionada) por obra del acreedor, donde si bien no de manera absoluta, se le consiente conducir la ejecución a su destino.⁸⁹

⁸⁴ Con ligeros cambios de redacción y algún adiciónamiento, este número 19 proviene de mi *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo I, págs. 189-91. Acerca de la ejecución penal, véase *supra*, nota 7.

⁸⁵ Ello determinaría, tras la fase procesal de conocimiento, una etapa autodefensiva para llevar a cabo el mandato (*rectius*, la autorización) ejecutivo contenido en la sentencia. Trátase de perspectiva no ignorada en la historia: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Instituciones Fuero Cuenca*, cit., núms. 106-7, en relación con los 13-16 y 46-55.

⁸⁶ Oficio autónomo, como el *huissier* en Francia, el *Gerichtsvollzieher* en Alemania o el *ufficiale giudiziario* en Italia; juez de primera instancia, como en España (cfr. art. 919 ley enjto. civ.) o en México (art. 501 cód. proc. civ. distrital).

⁸⁷ La tesis que contempla la jurisdicción como una tarea sustitutiva, la enuncia, antes que CHIOVENDA, Alfredo ROCCO en su clásico libro *La sentenza civile* (Torino, 1906), donde textualmente afirma que la misma es “una actividad del Estado substituida a la actividad de aquellos a quienes la norma jurídica prescribe para la tutela de determinados intereses, determinada conducta no observada por ellos” (pág. 15 de la traducción hecha en España a comienzos de siglo por Mariano OVEJERO y reproducida en México, 1944, en unión de la de otro trabajo suyo, *La interpretación de las leyes procesales*). Más tarde, el portugués José Alberto DOS REIS (*Processo ordinário e sumário*; 2a. ed., Coimbra, 1928, págs. 102-3) introduce la variante examinada ahora, o sea la de referir la sustitución de voluntad al vencedor y no al vencido. Y por su parte, Ugo ROCCO estima que la sustitución se extiende a ambas partes, al definir la jurisdicción como “la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses legítimamente protegidos, se substituye a los mismos en la actuación de la norma que tales intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observancia de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza colectiva, en vez del titular del derecho, directamente aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada” (*Teoría Graf. Proc. Civ.*, cit., pág. 46).

⁸⁸ Véanse, por ejemplo, en el derecho mexicano los artículos 27, 517, 589 y 598 del código de procedimientos civiles de 1932 para el Distrito y Territorios Federales.

⁸⁹ Véase, verbigracia, el artículo 488 cód. proc. civ. distrital mexicano, en relación con el 2916, párrafo segundo, del código civil correspondiente de 1928/32.

21) Una segunda variante de la concepción de Chiovenda la representa Calamandrei. Tras examinar los cuatro tipos de garantía que proporcioná⁹⁰ y los dos momentos (conocimiento y ejecución) en que la jurisdicción se manifiesta, llega a la conclusión de que la misma consiste en garantizar la *observancia práctica del derecho objetivo*.⁹¹ Pero su parecer es objetable por lo menos en cinco puntos: a) la garantía de índole cautelar se encuentra en plano de evidente inferioridad y supeditación respecto de las otras tres;⁹² b) los dos momentos (*rectius*: fases, etapas o procedimientos) no se dan siempre;⁹³ c) tampoco se consigue en todos los casos la observancia práctica (quizás mejor, efectiva) del derecho objetivo;⁹⁴ d) le son enteramente aplicables las críticas hechas a la doctrina que asocia la jurisdicción con la realización del derecho objetivo (*supra*, núm. 18); e) por último, en el pensamiento del autor adviértense vacilaciones notorias acerca de la naturaleza de las sentencias constitutivas, consideradas en alguna ocasión como no jurisdiccionales, en otra como objetivamente complejas

⁹⁰ A saber: a) contra la transgresión del precepto; b) contra la incertidumbre del derecho; c) con finalidad constitutiva, y d) con finalidad cautelar: cfr. sus *Istituzioni di Diritto Processuale Civile secondo il nuovo codice*, 2a. ed., vol. I, cit., núms. 14-8.

⁹¹ “La jurisdicción aparece, pues, como la necesaria prosecución de la legislación, como el indispensable complemento práctico del sistema de legalidad” (*Instituciones*, cit., núm. 11, pág. 48). “...el carácter jurisdiccional está determinado por la finalidad que el Estado persigue a través del cumplimiento de las mismas (es decir, de las actividades que lleva a cabo), que es la de *garantizar la observancia práctica del derecho objetivo*” (*Instituciones*, cit., núm. 21, pág. 95).

⁹² Muy significativo a este propósito es que dos de los máximos expositores del tema, CALAMANDREI y ALLORIO, no reconozcan la cualidad de *proceso* al cautelar. Véase del primero la *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari* (Padova, 1936; traducción, Buenos Aires, 1945), capítulo I, número 1, y del segundo, *Per una nozione del processo cautelare* (en “*Rivista di Diritto Processuale*”, 1936, I, págs. 18-44), donde pese al engañoso título, niega que las medidas asegurativas integren un tercer género procesal, junto al de conocimiento y al de ejecución, al menos desde el punto de vista formal (cfr. pág. 18-9).

⁹³ En efecto, las acciones declarativas (inclusive las desestimatorias: *supra*, nota 49) —y pudo haber añadido: las constitutivas—, que se agotan en la sentencia y no llevan aneja ejecución, muestran, según LIEBMAN, la autonomía del proceso de conocimiento, en tanto que los títulos ejecutivos extrajudiciales, al dar lugar a ejecución inmediata, revelarían, a su vez, la autonomía del proceso de ejecución (cfr. su folleto *Execução e ação executiva*, sobretiro de “*Revista Forense*”, Río de Janeiro, 1943 —págs. 214-27—, págs. 216-7). De las dos afirmaciones, resulta exacta la primera, pero no la segunda, porque si bien los títulos ejecutivos extrajudiciales reducen la fase de conocimiento, no la eliminan del todo: véase mi reseña del citado trabajo de LIEBMAN, en “*Revista de Derecho Procesal*” argentina, 1944, II, pág. 94-6).

⁹⁴ Baste pensar en la condena penal en rebeldía (en los ordenamientos que admitan el juicio contumacial en la esfera de la justicia punitiva), cuando no se consiga la detención del reo antes de que opere la prescripción de la pena, o bien en la ejecución infructuosa en materia civil.

(es decir, cual mezcla de jurisdiccionales y de no jurisdiccionales) y en una tercera como situadas en los confines de la (seudo) jurisdicción voluntaria.⁹⁵

22) Como censura común y decisiva frente a las doctrinas sintetizadas y criticadas a partir del número 16, y al mismo tiempo derivada de la concepción de la acción como derecho abstracto de obrar, tendríamos la inherente al fenómeno, todo lo patológico y lamentable que se quiera, pero no por ello menos real y frecuente, puesto que la justicia la administran hombres carentes de infalibilidad, de la *sentencia contra ley*.⁹⁶

23) Para cerrar el recorrido, me referiré ahora brevemente a *algunas otras posiciones*. Así, para Duguit, la jurisdicción tiende a amparar los *derechos individuales* y la administración a proteger el *interés colectivo* en la aplicación de las leyes; pero, por una parte, ciertos tipos de proceso desbordan a todas luces la esfera propia del individuo, y por el contrario, la actividad administrativa satisface a menudo, al menos de manera inmediata, estrictos derechos de los particulares.⁹⁷ En México, me haré eco de los pareceres de Toral Moreno y de Villalón Igartúa. Para el primero, la jurisdicción se cuidaría de los problemas de *justicia distributiva y conmutativa*, mientras que la administración atendería a los de *justicia general o legal*,⁹⁸ pero además de basar el deslinde en una división del concepto (la aristotélica) que dista mucho de ser inobjetable, por no resultar siempre de sencilla captación en concreto, olvida su

⁹⁵ La primera posición la sustentó en *Limiti fra giurisdizione e amministrazione nella sentenza civile* (en "Rivista di Diritto Commerciale", 1917, y luego en sus "Studi", cit., vol. I —págs. 231-64—, pág. 241); la segunda, en *Linee fondamentali del processo civile inquisitorio* (en "Studi in onore di Giuseppe Chiovenda nel veinticinquesimo anno del suo insegnamento" —Padova, 1927—, págs. 131-71, y luego en sus "Studi", cit., vol. II —págs. 321-58—, págs. 333-4), y la tercera, en sus *Istituzioni*, cit., vol. I, § 17. Acerca de las dos primeras tesis de CALAMANDREI aquí recordadas, cfr. LORETO, *La sentenza costitutiva* (en "Cultura Jurídica", de Caracas, abril-junio de 1942, págs. 135-57 —reseña mía en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1943, II, págs. 310-1—, y luego en sus "Estudios de Derecho Procesal Civil" —Caracas, 1956—, págs. 163-81, y en sus "Ensayos Jurídicos" —Caracas, 1970—, págs. 77-95), nota 14 (págs. 174-5 en aquéllos y 88-9 en éstos).

⁹⁶ Cfr. MORTARA, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4a. ed., vol. I (Milano, 1923), núms. 15 y 60-2 (págs. 18-20 y 75-7).

⁹⁷ Cfr. su obra *La séparation des pouvoirs et l'Assemblée Natinonale de 1789* (1893), págs. 70 y ss., citado por VILLALÓN IGARTÚA, *El concepto de la jurisdicción* (México, 1950), pág. 41, quien recoge también la objeción de Kelsen, en *Teoría General del Estado* (traducción, Barcelona, 1934), pág. 306, a cuyo tenor, acaso en la jurisdicción preponderase el interés de los súbditos y en la administración el del monarca, pero que esa diferencia expresa tan sólo un hecho histórico y no una discrepancia esencial entre ambas.

⁹⁸ Véase la página 134 del Apéndice redactado por TORAL MORENO a la traducción del libro de LAMPUÉ, *La noción del acto jurisdiccional* (México, 1947).

autor que a menudo las decisiones jurisdiccionales y los acuerdos administrativos son injustos sin paliativos de ningún género, y a los segundos puede faltarles, según se indica al final del número anterior, la nota de generalidad. En cuanto a Villalón, sostiene que en la jurisdicción hay *una doble relación jurídica*: la de carácter *material*, en que la autoridad que efectúa la constatación *no es parte*, y la de significado *adjetivo*, en que *sí sería parte*. Prescindiendo de la perturbación consistente en denominar “parte” al juzgador,⁹⁹ y que se habría evitado fácilmente llamándole *sujeto*, la tesis de Villalón está influida por ciertas ideas carneltutianas, a saber: por la de la contraposición entre el *litigio* (o sea la que designa como “relación jurídica material”) y el *proceso* (es decir, la “*adjetiva*”), y asimismo por la del contraste entre *subordinación* y *coordinación* a los efectos de la distinción funcional objeto de este epígrafe E.¹⁰⁰

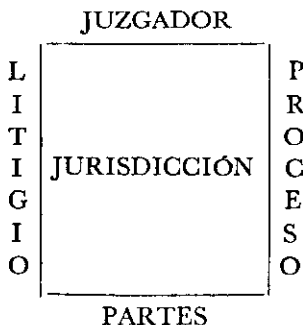
24) F) *Hacia la solución: enfoque pluralista*.—El recorrido efectuado, que aun no siendo exhaustivo resulta suficientemente ilustrativo, demuestra que los intentos para diferenciar administración y jurisdicción a base de un solo trazo o característica, desembocan todos en irremisible fracaso, pese a emanar muchos de ellos de varios de los máximos juristas del siglo XIX y del XX. Impónese, por tanto, abandonar unos senderos (lo mismo el subjetivo que el objetivo) que impiden alcanzar la meta y buscar la solución del problema por la única ruta que conduce a puerto, o sea por la de señalar los diversos factores que encuadran el concepto de jurisdicción, de tal modo que cuando ellos concurren, no quepa duda alguna acerca de su presencia. A ese propósito, hay que partir hoy en día de la existencia del Estado, según en el número 4 se expuso, y de su misión de administrar justicia por medio de los órganos instituidos por él con tal fin.

25) Así las cosas, la jurisdicción aparece como la *suma de cuatro elementos: dos subjetivos* —unas *partes* que piden y un *juzgador* que decide— y otros *dos objetivos* —el *litigio*, que refleja las normalmente enfrentadas pretensiones de los contendientes, y el *proceso*, que sirve para encauzarlas hacia la definición que acerca de ellas recaiga—,¹⁰¹ de tal modo que su representación gráfica cabe expresarla mediante un rectángulo, en la siguiente forma:

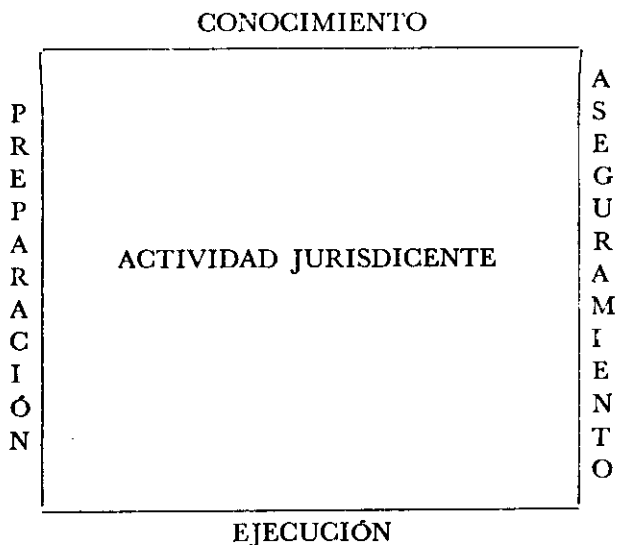
⁹⁹ Véase su citado folleto *El concepto de la jurisdicción*, pág. 55. La tesis de VILLALÓN esta fuertemente influida por el parecer de Óscar MORINEAU en su libro *El Estudio del Derecho* (entonces en preparación e impreso años después: México, 1953), págs. 410-4.

¹⁰⁰ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núms. 14, 16, 77, 78, 118, etcétera.

¹⁰¹ Las *partes* se encuentran inicial y normalmente enfrentadas, salvo los casos de procesos en que estén coludidas desde el comienzo y la perspectiva de que tras más o menos tiempo de pugna procesal lleguen a una solución autocompositiva. A su vez, proceso y litigio se encuentran en relación de *continente a contenido* (cfr. *Proceso, autocomposición*, 2a. ed., *Adición al número 78*), o si se prefiere, de *forma a substancia*.



26) A su vez, la *actividad jurisdicente*, originada, como regla, por la prohibición estatal de la autodefensa (*supra*, núm. 4), se exterioriza en cuatro direcciones distintas: una *esencial*, la de *conocimiento*; una *complementaria* suya, cuando la sentencia sea de condena y no se cumpla voluntariamente por el obligado (en pleitos civiles) o no se le permita llevarla a cabo personalmente (en causas penales) (*supra*, núm. 19), la de *ejecución*; en ocasiones, una *preliminar*, que, como regla, sirve de medio de *preparación* respecto del proceso principal o de fondo,¹⁰² y, por último, también eventualmente, una *accesoria* o de *aseguramiento* (de personas, de bienes o de pruebas).¹⁰³ Y de nuevo el rectángulo servirá para reflejar ese cuádruple cometido:



¹⁰² Como "regla", digo, porque si bien la finalidad *preparatoria* es la consubstancial con la actividad de este tipo, a veces lo es de índole *preventiva* y en otras de naturaleza *cautelar*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso preliminar*, cit., núms. 3-7 y 29.

27) En otro sentido, *tres momentos capitales* destacan en el ejercicio de la jurisdicción: el *inicial* o *constitutivo*, determinado por la *litispendencia*;¹⁰⁴ el *fundamental* o *decisivo*, que se identifica con la *sentencia firme*,¹⁰⁵ y el *terminal* o *satisfaciente*, en los casos en que sea necesario, que se alcanza mediante la *consumación ejecutiva*. Entre el primero y el segundo la trayectoria es *ascendente*, mientras que entre el segundo y el tercero, además de eventual (*supra*, núms. 19 y 26), es *descendente*, por lo que en lugar de una línea continua me valgo de una discontinua de rayas para su debida representación:



28) Algunas puntualizaciones ahora acerca de las precedentes figuras. El *litigio*, entendido con mayor elasticidad que la que le atribuye Carnelutti,¹⁰⁶

¹⁰³ Cfr., verbigracia, los artículos 193, fracs. I, VII y VIII, 238, 243-5 y 939 cód. proc. civ. distrital mexicano, así como ALCALÁ-ZAMORA, *Prueba anticipada y prueba retardada en el proceso español*, en "Estudios Der. Probat.", cit., págs. 183-6.

¹⁰⁴ Huelga decir que la *litispendencia*, que no es un *acto* sino un *momento* procesal, va precedida por determinadas actuaciones: así, en materia civil, por la demanda y su notificación al demandado, aun cuando luego éste no conteste aquella y el proceso se siga después en rebeldía (cfr., verbigracia, arts. 271, 637, 638, 644 y 717, frac. I, cód. proc. civ. distrital mexicano). Literatura reciente sobre litispendencia: véase la que menciono en *Proceso, autocomposición*, 2ª ed., *Adición al número 76*.

¹⁰⁵ A diferencia del derecho español (cfr. arts. 369 y 382 ley enjto. civ. y 141 ley enjto. crim.), donde el deslinde entre las dos categorías es nítido (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *La regulación temporal de los actos procesales en el código de 1932 para el Distrito Federal*, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1967 —págs. 355-97—, notas 125 y 138), en México las sentencias *definitivas* —comenzando por la Constitución (arts. 14 y 107, frac. III) y por la ley de amparo (arts. 22, frac. III, 158, 158 bis, 161, 171, 173)— no se hallan bien diferenciadas respecto de las *firmes*, a las que el código procesal civil del Distrito se refiere en sus artículos 92-4 (véanse, además, los 426-9, 610, 655 y 717). Con reservas por tal causa, consúltense a ese propósito los dos siguientes trabajos: MEDINA, *La sentencia civil impugnada en amparo en el derecho mexicano* (en "Scritti in memoria di Calamandrei", cit., vol. I, págs. 263-78), y BRISEÑO SIERRA, *La apelación en el vigente código procesal civil del Distrito y Territorios Federales* (en "Revista de la Facultad de Derecho de México", 1963 —págs. 313-36—, págs. 321-4).

¹⁰⁶ Mientras para CARNELUTTI el litigio es "el conflicto de intereses cualificados por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro" (*Sistema*, cit., núm. 14), para mí lo sería "el conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica, mediante algunos de los tres expedientes" que sirven de título a mi mencionado libro *Proceso, autocomposición y autodefensa* (cfr. su núm. 2).

implica el *presupuesto*, tanto del proceso como de la jurisdicción,¹⁰⁷ por lo mismo que son conceptos correlativos (*supra*, núm. 2); pero como lo es también de la autodefensa y de la autocomposición,¹⁰⁸ no basta por sí solo para caracterizar la actividad jurisdicente. Hay, por ende, que asociarle con el proceso, que a título de instrumento para conseguir la decisión *imparcial* del litigio, se diferencia de aquéllas, que brindan soluciones *parciales* del mismo (en el sentido de emanar de las partes), egoísta la primera y altruista la segunda.¹⁰⁹ Esa exigencia de imparcialidad, que explica, verbigracia, el deber de abstenerse en el funcionario incurso en falta de ella y el derecho de recusar de los contendientes,¹¹⁰ reclama la intervención de un tercero, distinto de los litigantes y que se halle *supra partes*,¹¹¹ a fin de que pueda emitir un pronunciamiento jurídico imperativo que resuelva la controversia¹¹² y que, en su caso, se lleve a ejecución (*supra*, núms. 19 y 26). Pero ese *proceso jurisdiccional*, si bien se desenvuelve conforme a un *procedimiento*, no ha de confundirse con éste,¹¹³ ni requiere ineludiblemente *actuación*, y sí sólo mero *señalamiento* de las partes, y tampoco ha de atravesar una serie inevitable de trámites y de fases para llegar a la sentencia firme (momento de *clausura* de la etapa de conocimiento, de igual modo que la litispendencia lo es el de *apertura*).¹¹⁴ En efecto, si bien no cabe un ver-

¹⁰⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Enseñanzas acerca de la acción*, cit., núm. 13, así como BUZAD, *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil* (São Paulo, 1945), pág. 117.

¹⁰⁸ Véase *supra*, nota 106.

¹⁰⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 2.

¹¹⁰ Véanse, verbigracia, los artículos 170-2 cód. proc. civ. distrital mexicano.

¹¹¹ Y más todavía: también *extra partes*, en el sentido de ser por completo ajeno al sector o grupo de intereses representados por las partes contendientes. Sin embargo, diversas causas, y entre ellas algunas de carácter social, determinan que la contradictoria figura del *juez-parte* no haya desaparecido por completo de la escena jurisdiccional: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Antagonismo juzgador-partes*, cit., núms. 7-13, especialmente el 12, relativo al “*juez-defensor*”.

¹¹² Aun cuando en sus *Lezioni sul processo penale* (cfr. vol. I —Roma, 1946—, núm. 60) CARNELUTTI contraponga *litigio y controversia* y adscriba ésta al cuadro del enjuiciamiento criminal, que intenta, mediante ella, explicar cómo un fenómeno de jurisdicción voluntaria (para la crítica de tal doctrina, véase mi citado *Prólogo* a la traducción de dichas *Lecciones*, núms. 3-9), aquí utilizo el segundo vocablo como sinónimo del primero.

¹¹³ Acerca del contraste entre *tipos de proceso y formas de procedimiento*, véase mi *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 67, 77 y 78. Por una singular paradoja, RIVERA SILVA, que en 1946 llegó a calificar de “bizantina” la distinción entre *proceso y procedimiento*, años después, en 1958, intentó establecerla, en forma desafortunada en extremo: cfr. la *Adición a la nota 168* en la 2a. ed. de mi mencionado libro).

¹¹⁴ Como es natural, y a diferencia de la *parte atacada*, cuya inactividad procesal puede ser absoluta, la *parte atacante*, para ser considerada como tal, tiene que realizar por lo menos el acto en que deduzca su pretensión, aunque después no vuelva a efectuar ningún otro. Véase *supra*, nota 194, e *infra*, nota 116.

dadero proceso contra desconocido,¹¹⁵ sí puede darse, y acontece a diario, que el sujeto pasivo no comparezca en ningún instante del juicio o no se le permita intervenir en una cierta fase procesal.¹¹⁶ En contra, pues, de las viejas concepciones privatistas acerca de la acción, la *litiscontestación* no es consubstancial para el nacimiento del proceso jurisdiccional.¹¹⁷ Puede suceder asimismo que a partir de un cierto instante *ambas partes permanezcan inactivas* durante un lapso mayor que el de tolerancia consentido por el legislador y se produzca la *caducidad*, con eficacia extintiva respecto del proceso, pero no del litigio.¹¹⁸

¹¹⁵ Me refiero, claro está, a un *proceso contencioso principal o de fondo*, en que haya de recaer sentencia a favor o en contra de una determinada persona. Puede seguirse, en cambio, en materia penal una *instrucción contra desconocido*; pero dicha fase tiene inequívoca naturaleza preparatoria (cfr. mi *Proceso preliminar*, cit., núms. 33-35), y si a su término no se ha individualizado un presunto culpable, no se abrirá el juicio plenario en estricto sentido, ya que no tendría sentido que el ministerio público pidiese, por ejemplo, la pena de muerte para X y que, consecutivamente, el juzgador resolviese que ese imaginario X fuese guillotinado, ahorcado, etcétera. Puede suceder también que en el ámbito de los *juicios universales*, que están en el tránsito de la jurisdicción contenciosa a la voluntaria (hasta el punto de que en México el código procesal civil distrital de 1884 integró con ellos una "jurisdicción mixta": cfr. sus libros I y IV, así como ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas jurisdicción voluntaria*, cit., núms. 19-21), medien llamamientos a personas inciertas (eventuales herederos o aspirantes a la herencia, acreedores) para que comparezcan a hacer valer sus derechos en ellos (cfr., verbigracia, los artículos 986-8, 997, 1055, 1058, 1065-6, 1130, 1132, 1194 ley enjto. civ. española). Más aún: en el derecho de mi patria, junto al abintestato y a la testamentaria se regula un tercer juicio universal sucesorio que se caracteriza por tener como destinatarios a personas innominadas, o sea el de "adjudicación de bienes a que estén llamadas varias personas sin designación de nombres" (arts. 1101-29). Pero dicho se está que en cualesquiera de las hipótesis contempladas, será indispensable para que los interesados actúen en los correspondientes juicios que se despeje previamente la incógnita relativa a su personalidad, condicionante de la legitimación respectiva.

¹¹⁶ La primera perspectiva (incomparecencia) se da en los ordenamientos que autorizan el juicio contumacial o en rebeldía en pleitos civiles o causas penales; la segunda, en aquellos juicios y procedimientos (monitorio, ejecutivo, embargo preventivo) iniciados con una etapa en que se elimina o restringe la intervención de la parte atacada, a fin de asegurar la eficacia de la ejecución en su día.

¹¹⁷ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo II, págs. 102-9, y *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 70, 71 y 76.

¹¹⁸ Salvo, claro está, si en el interín se produce la prescripción del pretendido derecho material hecho valer en juicio. Acerca de la caducidad en el código procesal civil distrital mexicano de 1932, que al principio no la acogió y en el que fue introducida por la reforma de 2 de enero de 1964, véanse los siguientes estudios: ALCALÁ-ZAMORA, *Reformas al código procesal civil del Distrito y Territorios Federales en materia de caducidad de la instancia y de procedimientos inmobiliarios*, en "El Foro", enero-marzo de 1964, págs. 37-60; BAZARTE CERDÁN, *La caducidad en el código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y Territorios* (México, 1966) (reseña mía en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", 1967, págs. 262-5), y BECERRA BAUTISTA, *La caducidad de la instancia de acuerdo con las recientes reformas al código procesal civil* (México, 1964).

Ocurre a veces, aunque sea rarísimo, que *no se practique prueba*,¹¹⁹ y con más frecuencia acontece que no se autoriza, no se utiliza o se abandona la *vía impugnativa*,¹²⁰ o bien que en un proceso *no recaiga sentencia firme*, a consecuencia de factores que impidan o dejen sin razón de ser su pronunciamiento.¹²¹ Tampoco los vicios relativos a *competencia del juzgador, capacidad o legitimación de las partes, etcétera*, impiden automáticamente que la jurisdicción se ponga en movimiento, aun cuando repercutan sobre el destino del binomio litigio-proceso y el derecho positivo de ciertos países permita que se resuelva acerca de ellas y de otras excepciones mediante incidentes de previa sustanciación.¹²²

29) Las precedentes consideraciones explican que no haya mencionado tales elementos y circunstancias entre los que encuadran el concepto de jurisdicción, o que haya destacado el carácter eventual de algunos de ellos respecto de la misma.

30) Y ahora, con todos los riesgos de las definiciones y el terror milenario que suelen inspirar, he aquí como remate de estas deshilvanadas notas un esbozo de lo que por jurisdicción podría entenderse: *función desenvuelta por el Estado para (a) conocer, (b) en su día decidir y (c), en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado "supra partes", acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través*

¹¹⁹ Me refiero, dicho se está, a la primera instancia, ya que en vía impugnativa existen medios, cual la casación o el amparo, que funcionan en beneficio del derecho, el cual sólo excepcionalmente es objeto de prueba, que suele versar sobre los hechos; cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Introducción al estudio de la prueba*, en "Estudios Der. Probat.", cit. (págs. 109-23), núms. 11-14. E incluso en el procedimiento de primer grado, pese a hallarse la perspectiva prevista por el legislador (cfr., verbigracia, los artículos 552 y 691 ley enjto. civ. española o el 276 cód. proc. civ. distrital mexicano), el juicio de puro derecho, es decir, en que, no medie prueba sobre los hechos, se produce de Pascuas a Ramos; cfr. SERRÍAS MELENDO, *Reseña de libros sobre materia probatoria*, en "Revista de Derecho Procesal" española, octubre-diciembre de 1964 (págs. 159-91), pág. 170, nota 30; véase también el tomo I de sus *Estudios de Derecho Procesal* (Buenos Aires, 1967), págs. 202, 426 y 605.

¹²⁰ Cfr., por ejemplo, los artículos 426 y 427 cód. proc. civ. distrital mexicano.

¹²¹ Por ejemplo: autocomposición intraprocesal (cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., núm. 48, y *Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mexicano*, en "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", 1970, págs. 475-525, *passim*), caducidad en materia civil (*supra*, nota 118); amnistía que se extiende no sólo a los delitos respecto de los que hayan recaído sentencias con autoridad de cosa juzgada, sino también a los que aún estén sujetos a proceso, sea cual fuere la fase (instrucción, primera instancia, vía impugnativa) en que se encuentren; en algunos ordenamientos, los llamados indultos generales, en condiciones análogas a las enunciadas acerca de las amnistías; reformas legislativas que dejen sin razón de ser el litigio objeto del proceso; etcétera.

¹²² Véanse, por ejemplo, los artículos 532-9 ley enjto. civ. española o los 35-43 cód. proc. civ. distrital mexicano.

*del correspondiente proceso, en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas.*¹²³

31) *G) Addenda.*—A causa de un traspapelamiento de materiales, descubierta cuando ya el trabajo estaba mecanografiado en su totalidad, y que habría obligado a rectificar números, llamadas, notas y remisiones, quedaron sin considerar en los lugares oportunos dos extremos, que ahora incorporo como *Addenda*. El primero atañe a si la *etimología de jurisdicción* sirve o no para puntualizar su contenido. La respuesta ha de ser negativa: con independencia de que el vocablo sea o no anterior al siglo VII antes de Jesucristo,¹²⁴ “*ius dicunt* —como afirma Carnelutti— no sólo el juez cuando mediante la sentencia decide una cuestión para componer un litigio, sino también y más bien el legislador cuando forma una ley e incluso, por otra parte, los contratantes cuando, a tenor del artículo 1123 del civil, hacen del contrato ley entre ellos; en suma, esa potestad corresponde, no sólo al juez, sino a toda persona cuya declaración posea el carácter de *fuerza del derecho*”.¹²⁵

32) Mayor importancia tiene el olvido concerniente a la doctrina acerca de la jurisdicción formulada por Redenti hace más de medio siglo,¹²⁶ en un ensayo totalmente desprovisto de notas, sin más que un par de menciones aisladas y faltas de puntualización a Aristóteles y a Montesquieu.¹²⁷ Del segun-

¹²³ Al hablar de “una o más pretensiones”, pienso en dos perspectivas distintas: a) en la de que la parte atacante deduzca varias contra la atacada, y b) en la de que ésta a su vez contraataque mediante la reconvencción, que podría contener asimismo una pluralidad de aquéllas. Sobre actuaciones *preliminares o asegurativas*, véase mi *Proceso preliminar*, cit., núms. 4, 5, 7 y 29. Las características referentes a estatalidad, posición *supra partes* del juzgador e imparcialidad, las afirma también VÉLEZ MARICONDE en su artículo *La jurisdicción penal* (en “Revista Argentina de Derecho Procesal”, enero-marzo de 1969, págs. 113-35), págs. 114-6 (reseña mía en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1970, págs. 215-6). En cuanto a la imperatividad, es precisamente el rasgo que diferencia la *sentencia* y el *dictamen*, que podrían coincidir plenamente por razón de su contenido y hasta de su estructura: cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, cit., núm. 40, y ALCALÁ-ZAMORA, *Proceso, autocomposición*, cit., 2a. ed., adición al núm. 44. En una situación similar se encuentran, en los juzgadores colegiados, los *votos minoritarios o en disidencia* (“votos particulares reservados”, según los arts. 367-8, 914, 1708 y 1753 ley enjto. civ. española) respecto de la *decisión mayoritaria*.

¹²⁴ Cfr. LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, cit., pág. 45.

¹²⁵ *Sistema*, cit., núm. 39. El artículo 1123 del código civil italiano de 1865 a que CARNELUTTI se refiere en el pasaje transcrito, se corresponde con el 1372 del vigente de 1938/42.

¹²⁶ En su ensayo *Intorno al concetto di giurisdizione*, redactado para los “Studi in onore di Vincenzo Simoncelli” (Napoli, 1916) y reimpresso en sus “Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo”, vol. I: “Intorno al diritto processuale” (Milano, 1962), págs. 227-45, a las cuales se contraen las posteriores citas de pasajes de la obra.

¹²⁷ Cfr. *Intorno al concetto*, cit., págs. 233 y 234.

do acoge la teoría de la división de poderes, para llegar al resultado de que en la función jurisdiccional se trataría siempre y únicamente de realización o reintegración de derechos o de solución de incertidumbres o de conflictos “en vía de aplicación de sanciones”.¹²⁸ En consecuencia, los juzgadores deberían ser “puros ministros de las sanciones según el derecho”,¹²⁹ y la noción así esbozada contribuiría, entre otras cosas, a resolver el debatido y crónico deslinde entre la verdadera jurisdicción, la contenciosa, y la espúrea, o sea la voluntaria.¹³⁰ Y como tal concepto sería común a las diversas ramas del tronco procesal, permitiría elaborar una *parte general* del derecho judicial (entendido como sinónimo de procesal).¹³¹ Exceptuada esta postrera conclusión, con la que estoy plenamente de acuerdo,¹³² el resto de su tesis es poco convincente. Por de pronto, aunque Redenti no aluda siquiera a ella, su parecer entronca con la caracterización que a mediados del siglo XIX aplicó Oudot al derecho procesal, presentado por él como *sancionador*, en contraste con el *determinador*.¹³³ Ya Ugo Rocco, en una crítica muy severa, destacó la amplitud excesiva asignada por Redenti a la idea de sanción, la circunstancia de que haya sanciones cuya aplicación no incumbe a órganos jurisdiccionales, y, por el contrario, el hecho de que ciertas sentencias, las declarativas (*supra*, nota 49) —y pudo haber añadido las constitutivas (*supra*, núm. 21)— carecen a todas luces de naturaleza sancionadora.¹³⁴ Por mi cuenta agregaré: a) que si bien el proceso, y con doble motivo el penal, puede servir para imponer sanciones y, además, su irregular desenvolvimiento cabe que conduzca a que se decreten correctivos disciplinarios para

¹²⁸ *Intorno al concetto*, cit., pág. 241.

¹²⁹ *Intorno al concetto*, pág. 235.

¹³⁰ *Intorno al concetto*, pág. 244. Además de las corrientes acerca de ella mencionadas en la nota 31, la *jurisdicción voluntaria* podría ser concebida como un territorio jurídico distinto del administrativo y del jurisdiccional: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Premisas jurisd.* vol., cit., núms. 13-15 y 35-40, y FAZZALARI, *La giurisdizione volontaria: Profilo sistematico* (Padova, 1953), págs. 23-36 y 237-40.

¹³¹ *Intorno al concetto*, pág. 245.

¹³² Puesto que a todo lo largo de mi ya larga vida como procesalista, he propugnado la necesidad de iniciar el estudio de la materia por un curso de *teoría general del proceso* (disciplina ya implantada, merced a mis prédicas, en diversas naciones hispanoamericanas), a la que he consagrado varias decenas de trabajos y como más significativos estos tres: a) *Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso*, en “Jus” de México, marzo de 1950, págs. 153-77, y en “Revista de la Universidad de Costa Rica”, octubre de 1951, págs. 86-115 (ahora, *infra*, *Estudio Número 10*); b) *Programa para un Curso de Teoría General del Proceso* (México, 1960; Concepción, Chile, 1961), y c) *La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal*, en “Revista Iberoamericana de Derecho Procesal”, 1968, págs. 9-91 (ponencia general ante las IV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal: Caracas, 1967) (ahora, *infra*, *Estudio Número 11*).

¹³³ Véase su libro *Conscience et science du devoir* (París, 1856), tomo I, págs. 186 y ss., y tomo II, págs. 346-56.

¹³⁴ Véase su *Teoría general del proceso civil*, cit., págs. 51-3.

castigar a los culpables de las infracciones perpetradas, ello no autoriza para que el derecho procesal sea en sí mismo sancionador,¹³⁵ y b) que la lucha contra el estado peligroso sin delito, no en vía gubernativa o policial, sino mediante actuación jurisdiccional, ha hecho surgir, junto al tradicional derecho procesal penal *represivo*, uno de tipo *preventivo*, a base de medidas de seguridad, y como quiera que éstas y las penas en estricto sentido son las dos especies del género *sanción*, el nombre *derecho procesal sancionador* sería el más adecuado para englobar las dos vertientes que acabo de señalar.¹³⁶

33) En el último minuto, a la hora periodística del cierre, me llega un interesante estudio sobre el tema objeto de estas notas, debido a la pluma del brillante procesalista uruguayo Enrique Véscovi,¹³⁷ quien arranca de la tendencia representada en Italia por Ascarelli y Satta, a tenor de la cual, hay que reaccionar contra “la doctrina normativa pura que considera el derecho como norma, su creación como obra legislativa y la tarea del juez, simple aplicación de aquélla”.¹³⁸ El espíritu ponderado del profesor de Montevideo le lleva a situarse en una posición intermedia o de equilibrio entre la corriente *maximizadora* y hasta *divinizadora* de la norma y, de rechazo, *minimizadora* de la jurisdicción y la de signo contrario que constituye el estribillo de su trabajo: para que el juzgador aplique el derecho, es decir, para que haya jurisdicción, se requiere que existan previamente normas generales; pero como aquél no es un autómatas, que pueda ser sustituido por computadoras, aporta un “plus” al mundo jurídico y, por tanto, “la actividad jurisdiccional, como creativa de derecho, es sólo un breve momento en la integración del orden jurídico”.¹³⁹ El *quid* estriba entonces en concretar qué haya de entenderse por *creación del derecho*; mas como del asunto me ocupé con cierto detenimiento hace tiempo, a lo que sostuve en dicha ocasión remito al lector,¹⁴⁰ y pongo así punto final a mi artículo.

México, D. F., a 10 de noviembre de 1970.

¹³⁵ Véase mi *Derecho Proc. Pen.*, cit., tomo I, pág. 35.

¹³⁶ *Ob. cit.* en la nota anterior, tomo I, págs. 51-2.

¹³⁷ Cfr. su artículo *Derecho y jurisdicción. Nuevas orientaciones sobre el tema*, en “Revista de Derecho Procesal Iberoamericana”, 1970, núm. 3, págs. 607-19.

¹³⁸ *Derecho y jurisdicción*, cit., pág. 607.

¹³⁹ *Derecho y jurisdicción*, cit., págs. 613 y 615.

¹⁴⁰ Véase *Proceso, autocomposición*, cit., núms. 117-122.

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) **TEXTO:** Núm. 2: “*Jurisdicción*” como sinónimo de *demarkación*: véanse, entre otros, los artículos 52, 53, 88, 200 y 229 cód. proc. pen. distrital de 1931 o los 7, 8, 10, 11 y 46 cód. proc. pen. federal de 1934, ambos de México.— B) **NOTAS:** (37) *Acerca del efecto devolutivo horizontal*, véase mi libro *Cuestiones de Terminología Procesal* (México, 1972), nota 257.— (71) *Estilo llano, verdad sabida, etcétera*: cfr. *Cuestiones Termin. Proc.*, cit., núm. 89.