

El concepto de jurisdicción

POR EL DR. MARIO I. CHICHIZOLA *

SUMARIO: I. 1. Concepto e importancia de la jurisdicción. 2. Su origen y su naturaleza jurídica. 3. La distinción entre jurisdicción y legislación. 4. La distinción entre jurisdicción y administración. Diversas teorías. 5. Caracteres de la jurisdicción. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. Concepto e importancia.

Prácticamente todo el Derecho Procesal gira en torno a tres instituciones básicas: la jurisdicción, la acción y el proceso¹. De ahí, pues, la fundamental importancia que ellas revisten en la ciencia del proceso. Aunque teóricamente aquellos conceptos pueden ser separados y analizados individualmente, en la vida real aparecen íntimamente unidos entre sí, en forma tal que no es posible referirse a uno de ellos sin hacer referencia a los otros dos.

La jurisdicción se ejerce actuando en el proceso y éste, a su vez, es promovido por quien está legitimado para ejercer la acción correspondiente.

El esclarecimiento previo del concepto de jurisdicción —ha dicho Lascano—, es indispensable en el estudio del Derecho Procesal, porque éste no se comprende lo suficiente si no se tiene el concepto cabal de la naturaleza de aquélla, ya que, en definitiva, el Derecho Procesal no es más que el conjunto de los

* Profesor Adjunto de Derecho Penal I; Jefe de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho Procesal I, designado por concurso de oposición y antecedentes, en las Universidades Nacionales de Buenos Aires y La Plata.

¹ J. Ramiro Podetti, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, año II, 1er. trim., Buenos Aires, 1944, p. 113. Concordante con lo expresado en el texto, Eduardo B. Carlos afirma que tanto la jurisdicción, como la acción y el proceso, constituyen el *sustratum* de ideas de la moderna ciencia procesal, y que esas tres nociones fundamentales forman la base de conceptos comunes, aplicables por igual a todas las disciplinas jurídicas procesales (Eduardo B. Carlos, *Jurisdicción*, en la *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVIII, Buenos Aires, ed. Bibliográfica Argentina, 1963, p. 545).

principios que regulan la actividad jurisdiccional del Estado y la que despliegan los particulares que la requieren².

Sin embargo, hasta hace pocos años los procesalistas, absorbidos principalmente por el estudio del aspecto externo del proceso, es decir, por las formas del procedimiento, se olvidaron de penetrar en el análisis de la función del Estado a través de la cual el proceso se manifiesta. Por eso es que, a pesar de la trascendental importancia que para el Derecho Procesal tiene la jurisdicción, su concepto puede decirse que se halla aún en elaboración y que todavía no ha podido ser precisado en una fórmula definitiva que esté totalmente exenta de críticas. A esta indeterminación ha contribuido, indudablemente, la circunstancia de que siendo la jurisdicción una emanación de la soberanía del Estado, necesariamente su concepto está condicionado, en cierta medida, por las diferencias que existen en la organización política de los diversos países. Se trata, en realidad, de un concepto relativo. Por ello, Piero Calamandrei advierte que del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos, porque no sólo las formas externas, a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juicio tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino con relación a cierto momento histórico³.

Recién cuando, a comienzos de este siglo, Ludovico Mortara encaró decididamente el estudio de la jurisdicción como función pública⁴, la doctrina francesa e italiana comenzó a preocuparse por el esclarecimiento de este concepto, prestándole preferente atención.

El término *jurisdicción* deriva de las voces latinas *ius*, que significa derecho, y *dicere*, que equivale a decir, hablar, pronunciar. O sea, que etimológicamente jurisdicción significa *decir el derecho*. No era éste, sin embargo, el concepto de la *jurisdictio* entre los romanos, ya que con ese término se referían a la facultad del magistrado de instruir el proceso y de nombrar juez para el litigio, pero no a la de pronunciar el fallo, que

² David Lascano, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, ed. Kraft, 1941, p. 8.

³ Piero Calamandrei, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción castellana, Buenos Aires, ed. Ediar, 1944, p. 34.

⁴ Ludovico Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*. Milano, 1905, vol. I, ps. 157-162.

hoy constituye, precisamente, uno de los elementos más importantes que integran la función jurisdiccional.

Normalmente se considera a la jurisdicción como la función pública que tiene por objeto la declaración del derecho aplicable, con relación a los casos concretos, por intermedio de un órgano jurisdiccional que actúa como tercero en los conflictos de intereses, para lograr la realización del derecho objetivo y la paz social, evitando que cada uno se haga justicia por mano propia.

La jurisdicción es una función esencialmente pública, que emana del poder soberano del Estado, que es quien crea el derecho objetivo e impone la obligación de observar sus normas, pero que al mismo tiempo debe crear los organismos necesarios para asegurar su estricta observancia, en los casos en que sus prescripciones no sean cumplidas espontáneamente por las personas o que sea necesario tomar determinadas precauciones especiales, para declarar el derecho aplicable a los casos concretos.

La jurisdicción, según Couture, consiste en declarar el derecho en nombre del Estado o en nombre de la justicia del Estado; pero no es solamente la potestad de decir el derecho, sino también la de mandar cumplir lo que se ha resuelto. La jurisdicción posee, a juicio del distinguido procesalista uruguayo, una especie de desdoblamiento, que tiene por un lado la sentencia, en la cual el juez dice el derecho, y por el otro la ejecución, o sea, la coacción o la violencia necesarias, para que la sentencia no se convierta en una declaración abstracta sino en un mandato concreto. En síntesis, la jurisdicción es la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzado⁵. Podetti estima que la jurisdicción es "el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ésta sea cumplida"⁶. Para Castro la jurisdicción, en sentido estricto, "es la facultad conferida al Poder Judicial para declarar el derecho, aplicarlo y hacerlo cumplir"⁷. Por su

⁵ Eduardo Couture, *Procedimiento*, t. I, *Organos y agentes del Poder Judicial*, Montevideo, s/f., ps. 21-23; y *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, ed. Depalma, 1958, p. 27.

⁶ J. Ramiro Podetti, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, t. I. *Tratado de la competencia*. Buenos Aires, ed. Ediar, 1954, p. 15.

⁷ Máximo Castro, *Curso de Derecho Procesal*, 2ª ed., Buenos Aires, ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1953, t. I, p. 85.

parte, Manzini, con mayor rigor técnico, caracteriza a la jurisdicción como "la función pública que tiene por objeto establecer, a demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción), si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse o no ejecución a la voluntad manifestada por ella"⁸. Con un criterio restringido, que excluye del concepto de jurisdicción a la llamada jurisdicción voluntaria, Lascano define la jurisdicción como "la función que ejerce el Estado cuando entre dos partes media un conflicto de intereses, para resolver dicho conflicto como tercero imparcial, con el fin de procurar la actuación de la ley"⁹.

2. Su origen y su naturaleza jurídica

Desde los tiempos más remotos el hombre ha sentido la necesidad de recurrir a un tercero, que actúe como juez imparcial, para resolver los conflictos de intereses con sus semejantes. Al buscar la satisfacción de sus propios intereses, los individuos muchas veces no se detienen ante los intereses ajenos, a los que tratan de sacrificar en provecho de los suyos, lo que da lugar a conflictos de intereses entre los hombres, cuya solución por vías pacíficas es indispensable asegurar para lograr la paz social. Esa necesidad de mantener el orden y la tranquilidad pública da origen a la función jurisdiccional, como un medio de lograr la paz social y el imperio de la voluntad de la ley, haciendo que el derecho vigente se cumpla en los casos concretos.

Tan pronto como los pueblos se han establecido como comunidades organizadas, han sentido la urgente necesidad de desterrar la justicia privada, que dista mucho de ser conveniente. En efecto: difícil resulta que quien es parte en una controversia pueda ser buen juez de la misma; y además, siempre se ha de imponer el interés del más fuerte, que no siempre ha de coincidir con la equidad, y fácilmente da lugar a excesos. Es decir, que esta forma de solucionar los conflictos entre los hombres no garantiza fallos justos, ni es conveniente, bajo ningún aspecto, para la tranquilidad social, que se vería seriamente comprometida si se admitiese semejante procedimiento para poner fin a los conflictos de intereses.

La necesidad de que un tercero intervenga en los conflictos de intereses entre los particulares, a fin de asegurar la solución justa y pacífica de las controversias, es la que determina la

⁸ Vincenzo Manzini, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción castellana, Buenos Aires, ed. E. J. E. A., 1951, t. II, p. 23.

⁹ David Lascano, *op. cit.*, ps. 29-30.

creación de la función jurisdiccional, que asume el Estado como parte integrante de su soberanía y que le permite no sólo resolver las cuestiones entre los particulares, sino también garantizar la efectiva vigencia del derecho por él sancionado.

Cronológicamente la función jurisdiccional precede a la legislativa, pero al sancionar el Estado leyes obligatorias para todos los individuos no se concluyeron todos los conflictos de intereses entre los particulares, ya sea porque la ley no es clara o porque los interesados discuten el sentido y alcance de sus disposiciones, y determinó que el Estado asumiera también la función de declarar cuál es la voluntad de la ley, en los casos concretos, con el fin de lograr su ejecución. En esa tarea consiste, esencialmente, la función jurisdiccional.

La jurisdicción es una función pública porque mediante su ejercicio el Estado garantiza la paz y la tranquilidad social, al solucionar en forma pacífica los conflictos de intereses entre los particulares; y además, porque ella le permite al Estado asegurar la vigencia del derecho por él establecido, cuando los individuos no han querido cumplir voluntariamente sus preceptos o se ha dado la situación condicionante de una determinada consecuencia jurídica, que por su gran trascendencia requiere la intervención de un órgano jurisdiccional y la sustanciación de un proceso, con las debidas garantías, para su verificación y declaración formal.

3. La distinción entre jurisdicción y legislación

El Estado no sólo dice el derecho cuando resuelve los conflictos de intereses entre los individuos, o sea, cuando ejerce la función jurisdiccional, sino también cuando sanciona la ley aplicable, esto es, cuando ejerce la función legislativa.

Al establecer una norma de conducta general en la ley, el legislador dice objetivamente el derecho, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales y administrativos aplicar ese derecho a los casos concretos. Pero aunque ordinariamente es el Estado quien dice el derecho, esta atribución no la ejerce con una exclusividad absoluta, ya que en determinados casos los particulares dicen el derecho al que voluntariamente se someten, mediante declaraciones expresas o tácitas de voluntad, tal como en el caso de las convenciones hechas en los contratos, que forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma (art. 1197, Cód. Civil).

La jurisdicción integra, juntamente con la legislación y la administración, las tres funciones fundamentales del Estado

moderno. Estas tres funciones son atributos inherentes a la soberanía y aunque no siempre estuvieron a cargo de distintos órganos es posible establecer diferencias entre las mismas.

Actualmente, como consecuencia de la doctrina de la separación de los poderes, las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional, suelen atribuirse a diferentes órganos, como una forma de garantizar los derechos individuales contra los abusos del poder estatal. Es así que, en principio, se asigna la función legislativa al Poder Legislativo, la administrativa al Poder Ejecutivo, y la jurisdiccional al Poder Judicial. Sin embargo, esta distribución de funciones entre los tres poderes del Estado no es de carácter absoluto, como veremos más adelante.

El legislador es quien dice el derecho objetivamente, formulando reglas de conducta generales, y al administrador le corresponde ejecutar esos mandatos del legislador. O sea, que el legislador dice el derecho y el administrador lo *realiza*¹⁰, o en otros términos, el primero dicta la ley y el segundo la aplica.

Pero no basta con que el legislador diga el derecho y el administrador lo realice, pues cuando la ley no se cumple voluntariamente, porque se discute cuál es el derecho aplicable a un caso concreto, o porque el obligado a una determinada prestación se niega a cumplirla, sencillamente porque no quiere hacerlo, o cuando la misma ley exige que una determinada situación de hecho condicionante de una consecuencia jurídica importante deba ser verificada y declarada bajo las formas del debido proceso, es necesario que el Estado, por intermedio de un órgano específico, declare cuál es la voluntad de la ley con relación a ese caso concreto y disponga la realización de la misma. Esta es, precisamente, la función jurisdiccional que es menester distinguirla de las otras dos funciones del Estado (legislativa y administrativa).

Aunque la distinción entre la función jurisdiccional y la administrativa no ofrece mayores dificultades, se han formulado distintos criterios para hacer esa diferenciación. Según Chiovenda, la contraposición entre la función legislativa y la jurisdiccional es bastante clara, porque a la primera le corresponde *poner* normas reguladoras de la actividad de los ciudadanos y de los órganos públicos y a la segunda *actuarlas*¹¹. En

¹⁰ Mario A. Oderigo, *Lecciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1958-1959, t. I, p. 197.

¹¹ José Chiovenda, *Principios de Derecho Procesal Civil*, traducción española, Madrid, ed. Reus, 1922, t. I, p. 361.

cambio, Manzini piensa que la jurisdicción se distingue de la legislación no sólo porque en ésta se presenta exclusivamente el elemento de la voluntad, sino también porque la norma legislativa es una norma abstracta, general, prefijada, mientras que el acto jurisdiccional, que aplica al caso particular la norma jurídica, es concreto y contingente, y su fuerza no se extiende más allá del caso decidido¹². Carlos¹³ y Alcalá Zamora y Castillo y Levene (h.)¹⁴ consideran que a la legislación le incumbe establecer las normas jurídicas abstractas y generales, mientras que a la jurisdicción le corresponde su aplicación. Por su parte, Alsina expresa que, en términos generales, puede decirse que el acto es legislativo cuando establece una norma abstracta destinada a regir la conducta, y que por el contrario es jurisdiccional cuando juzga la conducta frente a la norma abstracta, por lo que la ley es siempre general, obligatoria y coactiva, mientras que la sentencia se refiere a un caso concreto y no obliga sino a quienes intervienen en el juicio¹⁵. Sin embargo, no siempre la ley es general, ya que hay leyes que se refieren a casos particulares (por ejemplo las que conceden una pensión graciable a una determinada persona, o un subsidio a cierta institución de bien común); y, por otra parte, la obligatoriedad y la coactividad no son patrimonio exclusivo de la ley, pues las sentencias dictadas por los órganos jurisdiccionales también son obligatorias y puede exigirse coactivamente su cumplimiento, a veces aún con respecto a las personas que no han intervenido en el juicio, como acontece con las sentencias declarativas de estado (insanía, quiebra, concurso civil, etcétera).

El legislador prevee como hipótesis la conducta de los individuos frente a los bienes de la vida y anticipa las sanciones para el caso de inobservancia de sus preceptos, en tanto que el órgano jurisdiccional actúa cuando los intereses que tutela la ley han quedado insatisfechos, porque hay duda respecto a su existencia, o el precepto legal no se cumple por la negativa del obligado, o es necesario un pronunciamiento de aquél por expresa imposición de la ley, para la verificación y declaración

¹² Vincenzo Manzini, *op. cit.*, t. II, p. 25.

¹³ Eduardo B., Carlos, *op. cit.*, p. 540.

¹⁴ Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene (h.), *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires, ed. Kraft, 1945, t. I, p. 187.

¹⁵ Hugo Alsina, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed. Buenos Aires, ed. Ediar, t. II, 1957, ps. 419-420.

de una determinada situación de hecho condicionante de una consecuencia jurídica importante.

En definitiva, puede afirmarse que la función legislativa se ejerce al establecer normas jurídicas que, habitualmente, son generales y abstractas, mientras que la función jurisdiccional se ejerce, para solucionar un conflicto de intereses, declarando cuál es la voluntad de la ley en un caso particular y concreto, con el fin de lograr la actuación del precepto legal aplicable al caso.

En cierto sentido, la jurisdicción es una actividad secundaria o derivada con relación a la legislación. Al respecto Chiovenda afirma que la jurisdicción es una actividad secundaria o derivada no en el sentido vulgar, sino porque los actos jurisdiccionales emanan directamente de la ley. Es decir, que la legislación es un orden primario y la jurisdicción, al igual que la administración, es un orden secundario o derivado de la legislación ¹⁶.

4. *La distinción entre jurisdicción y administración. Diversas teorías*

Mucho más difícil resulta, sin duda, establecer la distinción entre jurisdicción y administración, a tal extremo que la mayor parte de las doctrinas que se han formulado para trazar la delimitación entre estas dos funciones del Estado, no han quedado exentas de fundadas críticas. Sin embargo, los autores franceses e italianos han demostrado su preocupación por suministrar un criterio que permita distinguir la jurisdicción de la administración sin dificultades.

En Francia, Carré de Malberg, después de afirmar que no es posible caracterizar la función por el objeto, fin o naturaleza del acto, arriba a la conclusión de que la jurisdicción y la administración se diferencian por el agente u órgano que las ejerce y por la forma en que se desenvuelven ¹⁷. De acuerdo a este criterio serían jurisdiccionales los actos de los jueces y administrativos los actos del Poder Ejecutivo, y para hacer la distinción bastaría con atender al órgano de quien emana el acto, para establecer si el mismo corresponde a la función jurisdiccional o a la administrativa.

Este criterio, de ser cierto, permitiría una fácil distinción

¹⁶ José Chiovenda, *op. cit.*, I, p. 366.

¹⁷ Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1920-1922, vol. I, N° 28, ps. 768 y 782-83.

entre ambas funciones, pero si se lo examina con detenimiento se advierte que el mismo no resiste el análisis, ya que se le pueden formular severas críticas. En primer lugar, es la función la que debe caracterizar al órgano y no éste quien caracteriza la función¹⁸. En segundo término, en muchos casos el Poder Ejecutivo ejerce la función jurisdiccional, como por ejemplo, cuando instruye un sumario administrativo para aplicar una sanción disciplinaria a un funcionario o cuando juzga los delitos cometidos por los miembros de las fuerzas armadas, en actos de servicio, por intermedio de los tribunales militares; y, a su vez, los órganos jurisdiccionales realizan también actos administrativos, como por ejemplo, cuando los tribunales designan un empleado o adquieren útiles para el desempeño de sus tareas específicas.

Entre los autores italianos, Scialoja ha intentado diferenciar la función jurisdiccional de la administrativa atendiendo a la naturaleza del acto, advirtiendo que en los actos administrativos hay un predominio del elemento *voluntad*, mientras que en los actos jurisdiccionales hay una preponderancia del elemento *juicio*. Tanto el acto jurisdiccional como el administrativo comprenden un juicio lógico y un acto de voluntad, y la diferencia entre una y otra función consiste, según el citado autor, en el predominio que se da en los actos administrativos al momento de la voluntad, y en los actos jurisdiccionales al momento del juicio. De ahí, que en los primeros el juicio lógico no tiene un valor autónomo y se considera sólo como premisa, como mera preparación del acto, en tanto que en los segundos se tiene en cuenta precisamente el juicio y no el acto de voluntad. Puede decirse que es una diferencia de acentuación, que al mismo tiempo que permite distinguir ambas funciones, demuestra la afinidad que existe entre ellas¹⁹.

No en todos los actos jurisdiccionales predomina el momento del juicio sobre el momento de la voluntad. Por ejemplo, cuando un juez decreta un embargo preventivo u otra medida cautelar, o cuando un juez de instrucción dispone la realización de un allanamiento de domicilio o que comparezca a declarar un testigo, no puede afirmarse que en esas resoluciones ha prevalecido el juicio sobre la voluntad. Por el contrario, hay actos administrativos que sólo se celebran después de un largo estudio

¹⁸ David Lascano, *op. cit.*, p. 17.

¹⁹ V. Scialoja, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, en la *Giustizia amministrativa*, año 1901, XII, p. 61 y ss. También acepta este criterio Vincenzo Manzini, en *op. cit.*, t. II, ps. 24-25.

acerca de su legalidad y conveniencia, en los que no podría decirse que ha prevalecido la voluntad sobre el juicio, pues la decisión del órgano administrador será, en todos estos casos, el resultado del juicio previo que ha hecho sobre la legalidad y conveniencia del acto, como acontece cuando, antes de encomendarse una obra pública a particulares, se llama a licitación y el poder administrador se hace asesorar por técnicos, para que su resolución sea lo más acertada posible y no una simple expresión de su voluntad.

Chiovenda, después de haber adherido a la tesis de Scialoja, en sus *Principios de Derecho Procesal Civil*, con la salvedad de que el concepto merecía ser mejor determinado²⁰, se aparta de este criterio, posteriormente, en sus *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, señalando que la sentencia del juez implica esencialmente un acto de voluntad, en el que las premisas lógicas que lo preceden pierden importancia; y, a su vez, en el acto administrativo también existen premisas lógicas que sirven de fundamento al acto²¹.

Para Chiovenda lo que caracteriza la función jurisdiccional es la *sustitución* de una actividad pública a una actividad ajena. Esa sustitución se realiza de dos formas, que corresponden a las dos etapas del proceso (conocimiento y ejecución). En primer término, en la fase cognoscitiva del proceso, la jurisdicción implica la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual de las partes y de todos los ciudadanos, al afirmar la existencia o inexistencia de una voluntad de la ley, con relación a un caso concreto concerniente a las partes. En este aspecto, el juez sustituye a todos al afirmar la existencia de una obligación de pagar, de dar, de hacer o no hacer, declarando cuál es el derecho aplicable al caso. En segundo lugar, como la función jurisdiccional no se agota con decir el derecho, sino que también involucra la facultad de hacer cumplir la voluntad de la ley en los casos concretos, mediante la ejecución de la sentencia, se opera también en esta etapa del proceso una sustitución de la actividad debida por los particulares, por la actividad del Estado, para suplir la falta de actividad de aquéllos. En ese sentido, la jurisdicción es una actividad sustitutiva o de reemplazo, ya que el juez, cuando dicta una sentencia y la manda cumplir, no hace otra

²⁰ José Chiovenda, *op. cit.*, t. I, p. 364.

²¹ Giuseppe Chiovenda, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción del italiano, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1954, t. II, p. 9.

cosa que realizar coactivamente lo que el obligado debió hacer espontáneamente. Por ejemplo, cuando el juez ordena coercitivamente que se pague una deuda, ejecutándose los bienes del deudor para pagar al acreedor, no hace otra cosa que sustituir o reemplazar la actividad que espontáneamente debió haber cumplido el deudor. Sin embargo, Chiovenda hace la salvedad de que en el proceso penal esa sustitución de actividad sólo se opera en la etapa procesal de conocimiento, porque a su juicio "no es jurisdicción la ejecución de la sentencia penal", alegando que se trata de actos que sólo se pueden cumplir por los órganos del Estado²². Alcalá Zamora y Castillo y Levene (h.) han rebatido con acierto esta última aseveración, advirtiendo que la misma ha sido hecha pensando exclusivamente en algunas penas (las privativas de la libertad) y en ciertas medidas de seguridad, pero sin abarcar el panorama completo de las sanciones penales y con olvido, además, del arresto personal que pueden imponer los jueces, aún en los procesos civiles, a las partes y a las personas que obstruyan la marcha de la justicia. En efecto: hay ciertas penas, como la de multa, el confinamiento y el destierro que pueden ser cumplidas espontáneamente por el condenado, por lo cual no es legítimo afirmar que no sea jurisdicción la ejecución penal, por el mero hecho de que en ella intervengan normalmente funcionarios administrativos en una mayor proporción y con una frecuencia desconocida en la ejecución civil²³.

En síntesis, Chiovenda estima que "la jurisdicción consiste en la actuación de la ley, mediante la sustitución de la actividad de los órganos públicos a la actividad ajena, ya sea afirmando la existencia de una voluntad de la ley, ya poniéndola posteriormente en práctica"²⁴.

Esta concepción de la jurisdicción como una sustitución de actividad no es totalmente nueva, ya que Mortara en sus *Principii di diritto processuale civile* ya se refería a la sustitución, aunque con un sentido diferente, pues afirmaba que el juez

²² José Chiovenda, *Principios*, cit., t. I, ps. 365-366. El mismo Chiovenda reconoce que esta afirmación suya no es compartida por otros autores —a quienes no rebate—, al admitir que "en Alemania es tradicional la doctrina de que la ejecución es jurisdicción", a lo cual podría añadirse que también así lo considera la moderna doctrina francesa e italiana.

²³ Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene (h.), op. cit., t. I, p. 190.

²⁴ José Chiovenda, *Principios*, cit., t. I, p. 369.

sustituía la ausencia de consentimiento del obligado declarando un consentimiento forzoso, en lugar y en nombre del individuo reacio; y además, excluía de la función jurisdiccional gran parte de los actos inherentes a la ejecución, en tanto y en cuanto no estuviesen dirigidos a constreñir al particular a emplear para el cumplimiento de su obligación una parte de sus bienes²⁵.

Contra la tesis de Chiovenda para distinguir la función jurisdiccional de la administrativa, se ha observado que en esta última función también se produce a veces la sustitución por el Estado de la actividad de los particulares, cuando, por ejemplo, se construye una obra pública²⁶.

Otros escritores, como Altavilla²⁷ y Mortara²⁸, tienen en cuenta la naturaleza discrecional o no del acto para determinar si el mismo corresponde a la función administrativa o jurisdiccional. Según esta tesis, el acto administrativo deja al órgano del Estado un amplio margen de discrecionalidad o de libertad para su realización, que le permite contemplar la utilidad o conveniencia del mismo, mientras que el acto jurisdiccional no es discrecional, por lo que el juez, cuando verifica que en un caso concreto concurren las condiciones previstas por la ley para que se produzca una determinada consecuencia jurídica, tiene la obligación de declararlo y disponer que se cumpla la voluntad de la ley, sin que le sea factible entrar a considerar si es conveniente o no hacerlo. La función administrativa no está estrictamente delimitada por la ley, en tanto que la función jurisdiccional no puede salir de los estrechos límites que le ha fijado la ley.

Duguit ha atacado vigorosamente este criterio, señalando que el derecho público moderno no admite la existencia de actos administrativos totalmente discrecionales, puesto que los órganos administrativos deben obrar de acuerdo a la ley y son responsables de sus actos ilegales, como cualquier otro funcionario. Si lo que se quiere afirmar con aquella tesis es que los funcionarios administrativos tienen mayor libertad o independencia para adoptar sus resoluciones que los órganos jurisdiccionales, es indudable que estos últimos tienen en muchos casos y en sumo grado igual libertad de acción que los funcio-

²⁵ Ludovico Mortara, *op. cit.*, t. I, N° 162, *in fine*.

²⁶ E. Massari, *Il processo penale nella nuova legislazione italiana*, Napoli, 1934, p. 27.

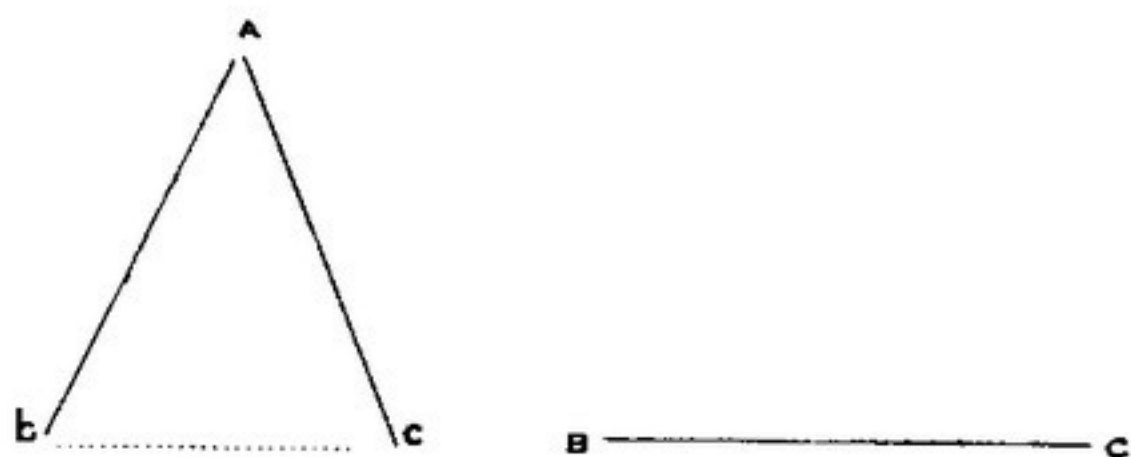
²⁷ Enrico Altavilla, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1946, p. 75.

²⁸ Ludovico Mortara, *op. cit.*, t. I, p. 157.

narios administrativos, por lo cual esa facultad no puede servir para distinguir ambas funciones públicas²⁹.

La realización de determinados actos administrativos no está supeditada a la discrecionalidad de los funcionarios, porque la ley le impone a los mismos la obligación de efectuarlos, e incluso le indica la forma en que deben realizarse esos actos. Por ejemplo, cuando para efectuarse determinados nombramientos se le impone al poder administrador la obligación de llamar a concurso, o de llamar a licitación antes de efectuar adquisiciones de elementos o contratar obras públicas, etc. Por otra parte, también los jueces tienen facultades discrecionales, que pueden ejercer libremente de acuerdo a su criterio, sin estar obligados a hacerlo, tales como la facultad de decretar medidas para mejor proveer, de dejar en suspenso la pena impuesta al condenado, de otorgarle a éste la libertad condicional, etc.

De acuerdo al criterio de Carnelutti la función administrativa se cumple *en el conflicto* de intereses, mientras que la función jurisdiccional actúa *sobre el conflicto* de intereses, por lo que la diferencia entre el acto administrativo y el jurisdiccional es claramente causal. Tanto la autoridad administrativa como la jurisdiccional juzgan y mandan, pero la primera juzga y manda *para el desenvolvimiento de un interés en conflicto* y la segunda, en cambio, juzga y manda *para la composición de un conflicto*. El acto administrativo es un juicio y un mandato *de parte*, dado que la autoridad administrativa es uno de los sujetos del conflicto; por el contrario, el acto jurisdiccional es un juicio y un mandato *imparcial*, pues la autoridad jurisdiccional se halla sobre los sujetos en conflicto. Esta distinción se basa en la posición del órgano administrativo y del órgano jurisdiccional respecto al conflicto, que Carnelutti ilustra con el gráfico siguiente:



²⁹ León Duguit, *Las transformaciones del derecho público*, traducción española, Madrid, s/f., p. 235 y ss.

En la figura de la izquierda A representa al órgano jurisdiccional, b y c las partes, y la línea b-c, el conflicto de intereses. Se advierte, entonces, claramente que el órgano jurisdiccional no es parte en el conflicto sino que está sobre los sujetos en conflicto. La función administrativa está representada por la figura de la derecha, en la que B indica al órgano administrativo, que es parte en el conflicto de intereses, c es el particular que eventualmente se le contraponga, y la línea B-c el conflicto. En este caso, a diferencia del anterior, vemos que el órgano administrativo no está *sobre el conflicto* sino que actúa *en el conflicto*³⁰.

La tesis de Carnelutti para distinguir la función jurisdiccional de la administrativa nos parece la más acertada, a pesar de que se le puede formular como reparo la objeción de que cuando uno de los sujetos en conflicto es el Estado, la afirmación de que el órgano jurisdiccional está sobre las partes, no deja de ser sino una mera ficción jurídica, porque el juez no está sobre el Estado, puesto que es un órgano del mismo que ejerce la función jurisdiccional. A esta objeción puede responderse que ciertas ficciones jurídicas son indispensables para la vida del derecho —comenzando por aquella que presume que la ley es por todos conocida— y que, por tanto, no deben ser desechadas. La ficción de que el órgano jurisdiccional está sobre las partes, aún cuando el Estado es uno de los sujetos en conflicto, es indispensable para constituir un ordenamiento jurídico en que los intereses de los particulares estén debidamente protegidos frente a los abusos del poder público, pues de no ser así, el Estado, por ser un ente soberano, no podría ser sometido a proceso, aunque sus actos dieran lugar a un conflicto de intereses con un particular. Además, para dar mayor asidero a esta ficción jurídica, en los países que adoptan la forma de gobierno republicana y democrática, se reviste al órgano jurisdiccional de una serie de garantías, que aseguran la imparcialidad de su juicio y le permiten componer los conflictos de intereses, entre el Estado y un particular, como si realmente estuviese *sobre las partes en conflicto* y no *en el conflicto*.

Entre nuestros autores se destaca la posición de Oderigo, que para caracterizar la jurisdicción adopta un criterio propio, afirmando que para definirla es necesario tener en cuenta su esencia, y no su estructura moderna, y “que se ejer-

³⁰ Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción castellana, Buenos Aires, ed. Uthea Argentina, 1944, t. I, ps. 257-261.

cita la jurisdicción cada vez que, explícitamente o por implicancia, se dice, con relación a un caso concreto, qué es lo que quiere el derecho objetivo", o sea, "cada vez que, antes de obrar o de ordenar que se obre, se verifican las circunstancias particulares del caso y se reconoce la voluntad de una norma jurídica con relación a éstas". A su juicio, la naturaleza de la función jurisdiccional consiste "en el reconocimiento, con finalidad ejecutiva, de la voluntad de una norma jurídica con relación a un caso concreto". La función siempre es la misma, cualquiera que fuese quien la ejerza y como la cumpla, por lo que "el juez, o quien fuere, cumple función jurisdiccional cuando con finalidad ejecutiva dice el derecho subjetivo, cuando crea la norma particular de conducta mediante el reconocimiento del derecho objetivo" ³¹.

Este criterio nos parece objetable porque amplía en demasía el concepto de la función jurisdiccional, hasta el extremo de considerar como un acto jurisdiccional "la orden de pago a un proveedor del Estado, emitida por el jefe de una repartición pública", consecuencia que Oderigo acepta expresamente ³², y que da lugar a que gran parte de los actos que tradicionalmente se consideran administrativos adquieran, de acuerdo a esta tesis, el carácter de jurisdiccionales.

Otros procesalistas rioplatenses, para distinguir la jurisdicción de la administración, en vez de recurrir a un criterio único—que difícilmente estaría libre de objeciones—, prefieren adoptar una posición compleja que contempla diversos aspectos del acto.

Dentro de este orden de ideas, Alsina hace una doble diferenciación entre ambas funciones, sosteniendo: a) que mientras el acto jurisdiccional tiene carácter de cosa juzgada y es, por lo tanto, irrevisible, el acto administrativo es por esencia revocable aún por el propio órgano administrador; b) que el acto administrativo es actividad técnica, y que, por el contrario, el acto jurisdiccional es actividad jurídica, de donde deduce como consecuencia que el acto de jurisdicción no es voluntario, en tanto que el acto administrativo es espontáneo ³³.

Los dos criterios que señala Alsina para distinguir la acti-

³¹ Mario A. Oderigo, *op. cit.*, t. I, ps. 206-209. Anteriormente el mismo autor había adherido tácitamente a la tesis de Scialoja (véase: Mario A. Oderigo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, ed. Ideas, 1952, t. I, ps. 101-102).

³² Mario A. Oderigo, *Lecciones*, cit., t. I, ps. 207-208.

³³ Hugo Alsina, *op. cit.*, t. II, ps. 418-21.

vidad jurisdiccional de la actividad administrativa son vulnerables. En efecto: a) No es exacto que el acto jurisdiccional sea siempre irreversible y tenga carácter de cosa juzgada. Una prueba irrefutable de ello la constituye la existencia del recurso de revisión. Además, a una sentencia de primera instancia que no se encuentra firme no es posible negarle el carácter de acto jurisdiccional y, sin embargo, no constituye cosa juzgada y puede ser modificada por el tribunal de alzada si las partes la impugnan interponiendo un recurso. Por otra parte, el acto administrativo no siempre es revocable, aún por el mismo administrador. Por ejemplo, cuando el Poder Ejecutivo designa un juez nacional, después de haber obtenido el correspondiente acuerdo del Senado, ese nombramiento es irrevocable, ya que el magistrado designado sólo puede ser destituido por mal desempeño o por delito en el ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, mediante el correspondiente juicio político (arts. 45, 51 y 96 de la Constitución Nacional). b) Ya hemos expresado, al refutar la tesis de Altavilla y Mortara, que tampoco es exacto que el acto administrativo sea siempre espontáneo, sino que la ley le impone en muchos casos al órgano administrador la obligación de realizar determinados actos y cómo debe efectuarlos; y que, además, muchos actos jurisdiccionales están librados a la discrecionalidad técnica del juez, por lo que también resulta inexacto afirmar que esos actos no son voluntarios.

Asimismo, Couture acude a un criterio complejo para diferenciar ambas funciones, señalando tres elementos para caracterizar el acto jurisdiccional y distinguirlo del acto administrativo. Estos elementos son: a) *la forma* del acto jurisdiccional, en la que se advierte la presencia de dos partes, jueces o tribunales, como así también un procedimiento; b) *el contenido* del acto jurisdiccional, que consiste en la existencia de un conflicto que tiene que ser decidido con fuerza de cosa juzgada; c) *La función* que tiene por objeto cumplir el acto jurisdiccional, destinada a realizar los valores justicia, paz social, etc., a los que contribuye eficazmente la cosa juzgada³⁴.

Los tres elementos que señala Couture para caracterizar el acto jurisdiccional y distinguirlo del acto administrativo son objetables. En primer término, no es posible determinar la naturaleza del acto atendiendo a sus características externas y al órgano que lo realiza, sino que es menester compenetrarse

³⁴ Eduardo Couture, *Fundamentos*, cit., p. 34 y ss.

de la esencia del acto. Además, también en los actos administrativos puede apreciarse la existencia de partes y de un determinado procedimiento legal, y la presencia de jueces o tribunales no nos da una base segura para individualizar la naturaleza del acto, como lo señalamos al referirnos a la tesis de Carré de Malberg. En segundo término, en los actos administrativos también puede existir un conflicto de intereses y, en consecuencia, este criterio no nos sirve para caracterizar al acto jurisdiccional. Finalmente, no sólo la función jurisdiccional está encaminada a lograr la realización de los valores justicia, paz social, etc., sino que toda la actividad del Estado debe estar orientada hacia la realización de esos valores, que deben orientar asimismo sus funciones legislativa y administrativa.

5. *Caracteres de la jurisdicción*

Desde que Mortara desarrolló el concepto de jurisdicción, estudiándolo con profundidad y erudición³⁵, los procesalistas distinguen en la actividad jurisdiccional tres caracteres fundamentales: a) es función pública; b) tiene unidad; y c) es indelegable.

La potestad de decir el derecho, con relación a los casos concretos, y de resolver los conflictos de intereses, que se suscitan entre las personas, es una atribución inherente a la soberanía del Estado, que tiene la obligación de velar para que se cumpla la voluntad de la ley, en cada caso en particular, para lo cual debe declarar cuál es esa voluntad y hacer que ella se ejecute. Por eso, la jurisdicción es una función pública, que juntamente con la función legislativa y la función administrativa, emana de la soberanía del Estado.

Actualmente no se concibe que la función jurisdiccional pueda ser ejercida por los particulares u otras instituciones que no sean el Estado. No constituye una excepción a este principio, la potestad que se reconoce a la jurisdicción eclesiástica, en algunos países (por ejemplo, en Italia), para resolver algunas causas matrimoniales, con efectos civiles, pues ella se ejerce dentro de los estrechos límites que le impone el Estado y viene a completar su propia jurisdicción³⁶. Tampoco altera el carácter de función pública de la jurisdicción el hecho de que, en determinados casos, los particulares puedan ser llamados a resolver un conflicto de intereses entre partes, como acontece con los

³⁵ Ludovico Mortara, *op. cit.*, t. I, p. 157 y ss.

árbitros y los amigables componedores, puesto que si su decisión es obligatoria y ejecutable lo es sólo cuando así lo dispone el órgano jurisdiccional del Estado. Por ello, afirma Lascano que no puede prescindirse del elemento Estado para precisar el concepto de jurisdicción, señalando que si la jurisdicción tiene su origen en la necesidad de evitar las luchas privadas y tiene por objeto, en las sociedades modernas, hacer efectivos los intereses que la norma jurídica tutela, aún contra la voluntad de los particulares que han violado el derecho, es evidente que no puede tratarse de una institución privada, por lo que el carácter de función pública de la jurisdicción, encuentra su justificación en el hecho de que el Estado, que es quien ordinariamente establece el derecho e impone la obligación de observarlo, debe asegurar también su cumplimiento cuando los particulares no lo cumplan espontáneamente³⁷.

El ejercicio de la función jurisdiccional constituye no sólo un derecho para el Estado, sino también una obligación, pues mediante esa actividad pública garantiza la justicia y la paz social, evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia y alteren la tranquilidad comunitaria. Bajo este aspecto, Goldschmidt considera que la jurisdicción es, al mismo tiempo, una potestad y un deber para el Estado³⁸.

Proviniente de una fuente única la jurisdicción, es indiscutible que ella constituye una función unitaria, en el sentido de que existe una sola jurisdicción, que reconoce como titular exclusivo al Estado como ente soberano, aunque, por razones de división del trabajo, se encomiende el ejercicio de la función jurisdiccional a distintos órganos³⁹. De ahí, pues, que resulte

³⁶ Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene (h.), *op. cit.*, t. I, ps. 185-186.

³⁷ David Lascano, *op. cit.*, p. 15.

³⁸ James Goldschmidt, *Teoría general del proceso*, traducción del alemán, Barcelona, 1936, p. 55 y ss.

³⁹ Conf.: Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Ricardo Levene (h.), *op. cit.*, t. I, ps. 7-56; Abraham Bartoloni Ferro, *El proceso penal y los actos procesales penales*, 2ª ed., Santa Fe, 1944, t. I, p. 177; Piero Calamandrei, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, ed. Bibliográfica Argentina, 1944, p. 278, e *Instituciones*, cit., p. 94; Eduardo B. Carlos, *op. cit.*, p. 545; Francisco Carnelutti, *op. cit.*, t. I, p. 254 y ss.; José Chiovenda, *Principios*, cit., t. I, p. 379; Eugenio Florian, *Elementos de derecho procesal penal*, traducción del italiano, Barcelona, 1934, p. 22; David Lascano, *op. cit.*, p. 163; Ludovico Mortara, *op. cit.*, t. I, p. 157 y ss.; Mario A. Oderigo, *Lecciones*, cit., t. I, p. 243; J. Ramiro Podetti, *Trilogía...*, cit., p. 23; y Alfredo Rocco, *La sentencia civil*, p. 25.

técnicamente incorrecto referirse a la "jurisdicción civil", a la "jurisdicción criminal", etc., en vez de hablar de competencia civil, competencia criminal, etc., pues la jurisdicción siempre es una sola, la del Estado, y no se divide entre los órganos jurisdiccionales que la ejercen, no por derecho propio, sino en nombre y por mandato de aquél.

Finalmente, la jurisdicción es indelegable⁴⁰, ya que el Estado no puede encomendar a los particulares o a instituciones privadas el ejercicio de la función jurisdiccional, que le es propia, puesto que ella constituye un atributo inherente a la soberanía que detenta y que no puede transferir a otros sujetos de derecho, sin menoscabo de su condición de ente soberano.

La llamada jurisdicción delegada, en contraposición a la propia, no constituye una excepción al principio de que la jurisdicción es indelegable, puesto que los casos que se suelen mencionar como de "jurisdicción delegada" son más bien de delegación de la competencia que de la jurisdicción⁴¹.

6. Conclusión

Como síntesis de lo que hemos expresado precedentemente, podríamos definir la jurisdicción caracterizándola como una función pública, unitaria e indelegable, emanada de la soberanía y que, por tanto, sólo puede ser ejercida por el Estado, por intermedio de sus órganos jurisdiccionales, que actúan sobre los conflictos de intereses, para componerlos, declarando cuál es la voluntad de la ley con relación a un caso concreto y haciendo cumplir esa voluntad, lo que, en última instancia, implica decir cuál es el derecho subjetivo de las partes en conflicto, mediante la actuación del derecho objetivo, creando una norma jurídica individual para resolver el caso planteado.

7. Bibliografía

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, y Levene (h.), Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, ed. Kraft, 1945.

⁴⁰ Hugo Alsina, op. cit., t. II, p. 426.

⁴¹ El juez que encomienda a otro magistrado el cumplimiento de una diligencia, por medio de un exhorto, no delega, a nuestro juicio, su jurisdicción para cedérsela al juez exhortado, sino que delega parte de su competencia, porque la jurisdicción es una sola y la ejercen todos los jueces, aunque con distinta competencia. En contra: Alsina (op. cit., t. II, ps. 426-443) y Oderigo (*Lecciones*, cit., t. I, ps. 212-213), que estiman que en estos casos existe jurisdicción delegada.

- Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, 2ª ed., Buenos Aires, ed. Ediar, 1956-1963.
- Altavilla, Enrico, *Lineamenti di diritto processuale penale*, Napoli, 1946.
- Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E. J. E. A., 1963-1964.
- Bartoloni Ferro, Abraham, *El proceso penal y los actos procesales penales*, 2ª ed., Santa Fe, 1944.
- Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción castellana, Buenos Aires, ed. Ediar, 1944.
- Calamandrei, Piero, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, ed. Bibliográfica Argentina, 1944.
- Carlos, Eduardo B., *Jurisdicción*, en la Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, Buenos Aires, ed. Bibliográfica Argentina, 1963, p. 538 y ss.
- Carnelutti, Francisco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, traducción castellana, Buenos Aires, ed. Uthea Argentina, 1944.
- Carré de Malberg, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1920-1922.
- Castro, Máximo, *Curso de Derecho Procesal*, 2ª ed., Buenos Aires, ed. Biblioteca Jurídica Argentina, 1953, t. I, p. 85.
- Clariá Olmedo, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, ed. Ediar, 1960-1963.
- Couture, Eduardo, *Procedimiento*, t. I, Órganos y agentes del Poder Judicial, Montevideo, s/f.
- Couture, Eduardo, *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., Buenos Aires, ed. Depalma, 1958.
- Chiovenda Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción del italiano, Madrid, ed. Revista de Derecho Privado, 1954.
- Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, traducción española, Madrid, ed. Reus, 1922.
- Duguit, León, *Las transformaciones del derecho público*, traducción española, Madrid, s/f.
- Goldschmidt, James, *Teoría general del proceso*, traducción del alemán, Barcelona, 1936.
- Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, traducción del alemán, Barcelona, 1936.
- Lascano, David, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, ed. Kraft, 1941.
- Leone, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, E. J. E. A., 1963-1964.
- Manzini, Vincenzo, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, traducción castellana, Buenos Aires, ed. E. J. E. A., 1951.
- Mattirolo, L., *Diritto Giudiziario Civile*.
- Mattirolo, L., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción española, Madrid, s/f.
- Mortara, Ludovico, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Milano, 1905.
- Oderigo, Mario A., *Derecho Procesal Penal*, Buenos Aires, ed. Ideas, 1952.
- Oderigo, Mario A., *Lecciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, ed. Depalma, 1958-1960.
- Podetti, J. Ramiro, *Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral*, t. I, *Tratado de la competencia*, Buenos Aires, ed. Ediar, 1954.

- Podetti, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, Buenos Aires, ed. Ideas, s/f.
- Podetti, J. Ramiro, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, año II, 1er. trim. 1944, p. 113 y ss.
- Rocco, Alfredo, *La sentencia civil*, traducción del italiano.
- Scialoja, V., *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, en la *Giustizia amministrativa*, año 1901, XII, p. 61 y s..
- Sentís Melendo, Santiago, *El proceso civil. Estudio de la reforma procesal argentina*. Buenos Aires, E. J. E. A., 1957.
- Toesca di Castellazzo, nota publicada en la revista *Legge*, año 1907, ps. 2382-2392.
- Urrutia Salas, Manuel, *La jurisdicción voluntaria*, en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, año IX, Nos. 3 y 4, 3º y 4º trimestres 1951, p. 303 y ss.
- Vicente y Caravantes, José de, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento*, Madrid, ed. Gaspar y Roig, 1858, t. IV.
- Weismann, *Manuale di diritto processuale civile*.

El ejercicio de la acción de divorcio y la muerte de un cónyuge

(El divorcio "post mortem")

POR EL DR. SANTOS CIFUENTES *

I. *Planteamiento*: El cónyuge ofendido puede promover la acción de divorcio y obtener el estado y los efectos jurídicos de la separación legal y judicialmente reconocida. Pero también el ofensor puede promoverla, y es ésta una de las razones que demuestran la diferencia entre acción procesal y derecho sustancial (de fondo). Aquella podrá ser injusta, arbitrariamente puesta en juego, y rechazada por último en la sentencia, sin dejar de ser acción.

* Secretario de la Justicia Nacional en lo Civil, Subdirector de Práctica Forense.