Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

CONSIDERACIONES ACERCA DE LA JURISDICCION

Por el Lic. Humberto BRISEÑO SIERRA.

1. El tema escogido es angustiosamente complicado y las opiniones por demás contradictorias. Por lo mismo, resulta atrayente sumergirse en la doctrina, en la jurisprudencia y aún en la práctica forense con el afán de anudar en un bosquejo de sistema las nociones más sólidas capturadas en estos ámbitos.

Pero la índole de este trabajo se reduce sólo a la contemplación de las notas constitutivas de los conceptos material y formal de la jurisdicción dentro de la doctrina y cuando mucho se hace mención a la ley y a la jurisprudencia para afinar y fundir los razonamientos.

El estudio de la jurisdicción no está completo si después de ofrecer una noción justificada, no se continúa hacia el estudio de las diferentes clases y las distintas relaciones que guarda con los demás elementos, situaciones, factores e instituciones procesales. Pero para tal caso sería menester formular por lo menos un ensayo, lo que trasciende a nuestros propósitos, por lo cual nos vemos obligados a remitir esta tarea a algún momento del futuro.

Hemos aprovechado el excelente trabajo del profesor de la Facultad de Derecho de París, Pedro Lampué, *La Noción del Acto Jurisdiccional*, traducción y nota del licenciado Jesús Toral Moreno, por dos razones que nos parecen de gran peso, porque la obra sintetiza las corrientes de mayor actualidad y porque en ella se encuentra, al decir del doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, la exposición de una de las dos tesis mexicanas que existen al respecto, bien lograda y con caracteres de originalidad que la hacen digna de encomio. Sin embargo, hemos tenido también a la vista las obras que se mencionan en los párrafos respectivos, porque

hemos pensado que de esta manera se completa el panorama general del estudio de la jurisdicción, y porque nos ha representado un ahorro en tanto no acudimos a las fuentes originales, sin que pueda decirse que las citas de segunda mano constituyen un gran defecto, porque los autores que nos ofrecieron las primeras han merecido la confianza de catedráticos y expositores de la materia.

2. El doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo en la conferencia que tituló *Trayectoria y Contenido de una Teoría General del Proceso*, apuntó (núm. 13): "No existe unanimidad acerca de cuales sean los conceptos fundamentales del proceso. Carneluti, por ejemplo, ha levantado sus exposiciones de derecho procesal civil sobre la noción de litigio; Couture, en su "Fundamentos", incluye la sentencia y deja fuera la jurisdicción; Wach y Golschmidt, tan profundamente distintos, coinciden, sin embargo, en estimar como institución clave a la cosa juzgada. Pero a partir de la episódica observación de Chiovenda, desenvuelta por Calamandrei y, aceptada ya por bastantes autores, entre los cuales figuramos, se va abriendo paso la creencia de que los conceptos realmente fundamentales o básicos, de los que se derivan o con los que entroncamos todos los demás, son tres: la acción, la jurisdicción y el proceso, o sea la trilogía estructural del proceso, como la ha denominado Podetti."

El propio doctor Alcalá-Zamora afirma líneas después, que de la jurisdicción sabemos "lo que es (índole de la función que funge), pero no dónde está (si en el Derecho procesal, en el público o constitucional, en la Teoría del Estado o en la del Derecho)." Por eso, antes de localizarlas, nos parece de primera importancia explicar por lo menos las notas esenciales, ya que no es unánime la opinión acerca de la "índole de la función que cumple."

Según el profesor Lampué, se ha pretendido definir el acto jurisdiccional desde dos puntos de vista, el material y el formal. Ambas perspectivas han sido a menudo criticadas con tales visos de certidumbre que es probable pueda decirse que la jurisdicción no es una actividad conceptuada de manera clara y distinta.

Cazale, Duport, Ducroq, Berthélemy y principalmente Carré de Malberg, niegan la existencia del acto jurisdiccional como aquél que pudiera ser definido con naturaleza propia, pues elimina todo elemento material.

Se ha afirmado que el Estado sólo contempla dos funciones: la legislativa y la administrativa. Kelsen sólo admite la oposición entre legislación y ejecución, coincidiendo todos los autores citados, según opi-

nión de Lampué, en negar al acto de jurisdicción todo carácter específico.

Las tesis que siguen esta trayectoria son efectivamente impresionantes, el mismo Lampué admite que por acto legislativo debe entenderse el que crea una regla general, en tanto que el administrativo es el que contiene una decisión particular y apunta a una situación concreta; de ahí que: "No podría existir acto que no presentara ni el carácter de la generalidad ni el de la particularidad, que no modificara ni una regla abstracta ni una situación concreta."

Creemos que estas doctrinas se fundan en una oposición lógica de la cantidad de los juicios y no propiamente en situaciones jurídicas. Si las disposiciones legales sólo pueden clasificarse como generales o particulares, ello es porque se atiende a su forma lógica antes que a la naturaleza del acto jurídico. Pero aún en el primer aspecto cabría preguntar si las reglas de derecho no podrían ser distribuídas en tres grupos por su cantidad; generales, particulares e individuales. Tal vez no fuera demasiado atrevimiento sostener que ante las disposiciones federales debe distinguirse la ley local, porque la primera contiene una pretensión de validez universal, en tanto que la segunda se encuentra limitada a una particularidad.

Quizá esta clasificación lógica permitiera entender tres funciones, no en cuanto al origen de la norma jurídica ni por lo que ve a su aplicación, sino por lo que atiende a su contenido material de deber ser jurídico. Así, en tanto que las disposiciones de carácter general corresponderían a la función legislativa, las de carácter particular a la función administrativa, las individuales pertenecerían principalmente a la función jurisdiccional.

No se nos escapan las objeciones muy fundadas que pudieran hacerse a esta clasificación; pero no hemos intentado sino hacer patente la estrechez de un criterio que se funda en la clasificación de los juicios por su cantidad y los reduce a dos únicas especies.

3. Pensamos que el argumento principal esgrimido por los autores que niegan la naturaleza material del acto jurisdiccional, estriba en la división de los poderes estatales. Se dice que la función legislativa establece regla general y que sólo queda un ámbito o contrapartida que se hace consistir en la regulación de negocios particulares, en la decisión de casos concretos. Se afirma que si el juez decide de manera general

se asemeja al legislador y si lo hace de modo particular se asimila al administrador.

De inmediato se advierte que lo que se pretende contraponer es la cantidad lógica de los juicios, no su naturaleza. El acto jurídico puede ser contemplado también, y nos parece que debería serlo de manera preferente, desde tres momentos o perspectivas sociológicas. El primero sería el nacimiento de una relación intersocial, el segundo la caracterización lógica de la norma o regla imperativa que le fuera adecuada, y el tercero la necesidad de su garantía de cumplimiento. Así analizado el acto jurídico puede dar lugar a tres funciones estatales que no miran al orden cronológico del fenómeno jurídico, sino a su diferente perspectiva funcional. La legislación sería el acto jurídico contemplado desde el punto de vista de la creación de la norma que debe aplicarse a las relaciones sociales. La administración sería la perspectiva del acto jurídico desde el punto de vista de la realización de los fenómenos intersociales y la jurisdicción atendería a las garantías de cumplimiento de la norma que corresponda al fenómeno social particular.

4. También estimamos que pueden levantarse muy serias objeciones en contra del criterio expuesto. Principalmente porque se cuidaría, con exagerada importancia, al punto de vista gubernamental con menosprecio del fenómeno social, base indiscutible de las relaciones jurídicas. Es obvio que si el Gobierno de un Estado se contempla como la fuente de la creación del derecho y la instancia impositiva del orden jurídico, sólo caben dos funciones: la creadora de las normas generales y la ejecutoria de las disposiciones vigentes. Pero como el Gobierno es a fin de cuentas una institución social, forzosamente actúa cumplimentando los tres momentos que hemos indicado. La sola creación del derecho y la mera ejecución administrativa, son actividades incompletas si no se establece una instancia autorizada para declarar de entre las posibles soluciones las exactamente aplicables, incluso juzgando las determinaciones de esos dos órganos. Al respecto la Suprema Corte de Justicia mexicana ha establecido jurisprudencia en el sentido de que los actos del legislador pueden ser impugnados por inconstitucionales si violan la garantía de audiencia de los particulares con motivo de las leyes que aprueba, lo que está implicando ya la supremacía de la función jurisdiccional dentro del sistema constitucional; situación que no aparecería si la jurisdicción y la administración se confundiera, pues no se explica cómo el ór-

gano encargado de aplicar la ley pueda enjuiciar al que la crea e incluso dicta disposiciones que regulan la competencia de aquél.

Creemos que aún en sistemas jurídicos en que se desconozca la división de los tres poderes, el orden social requiere el establecimiento de las tres funciones. Materialmente es imposible confundir un acto de creación jurídica, uno de ejecución y uno de revisión de los anteriores.

En definitiva resumimos que las objeciones a la naturaleza material del acto jurisdiccional se hacen, o desde un punto de vista político e histórico, o desde un critero lógicamente incompleto. O se pretende entregar al Estado dos únicas funciones: creación de la ley y aplicación al caso concreto, con la finalidad de englobar la jurisdicción y la administración en un solo ámbito de realización con visos de automatismo; o se pretende restringir a la esfera de lo jurídico lo general y lo particular como dos momentos lógicos que se corresponderían como la potencia y el acto, sin que en ellos quepa la posibilidad de la inejecución o de la ejecución inadecuada, violatoria de la ley y del espíritu del principio general. Ello cabría en un orden ontológico al estilo aristotélico que sólo pretendería explicar el movimiento del fenómeno social; pero ante esta caracterización esquemática se opone la realidad social, que al mismo tiempo que es fuente creadora del deber ser jurídico, es consecuencia libremente alcanzada por los hombres, resultado al que hace falta inordinar, adecuando lo ejecutado con lo ordenado.

5. Estamos convencidos de la materialidad del acto jurisdiccional, pero creemos también que es ardua la tarea de determinar los elementos que lo integran, aunque no todos los argumentos que se han esgrimido para señalar el concepto material nos parecen razonables y equilibrados, algunos de ellos están revestidos de suficiente fuerza, y pensamos que deben analizarse detenidamente.

El primer argumento expuesto por el maestro Gabino Fraga en el número 35 de su obra" Derecho Administrativo", se limita a manifestar que la función jurisdiccional no es una actividad de orden jurídico porque el Estado no realiza ni un acto de voluntad ni crea una situación jurídica, que son los dos elementos fundamentales. Cuando se considera como simple operación de la inteligencia que forma un silogismo, se olvidan las leyes de la silogística, se omite considerar el elemento fundamental de esta figura lógica que es su conclusión. No todo razonamiento que conste de tres miembros forma un silogismo concluyente. Pero, además, la silogística da por demostrada la veracidad de las premisas, y si bien

se podría aceptar como premisa mayor la norma jurídica, ni el hecho o situación que da lugar a la premisa menor, ni el contenido, ni el alcance de la premisa mayor se encuentran mostradas con evidencia; si así no fuera el conocimiento humano habría adquirido desde la Edad Media su cúspide suprema, porque bastaría formular un silogismo invocando las ocho reglas fundamentales para concluir con certeza alcanzando siempre el conocimiento del saber.

Además, como expresa el maestro Fraga, no basta la simple operación lógica porque la conclusión necesita de una aplicación de fuerza o poder que la haga factor determinante en el cambio del mundo jurídico. El particular que realiza la operación mental no transforma la situación litigiosa cual lo hace el juzgador oficial.

Cuando el acto viciado deja de producir consecuencias jurídicas en virtud de la sentencia, es incuestionable que se ha modificado el orden jurídico existente. Por ello afirma el maestro Fraga que la función jurisdiccional es una producción de derecho en el propio sentido de la palabra.

Sin embargo Berthélemy, citado por el maestro Fraga, no ha sido refutado con la argumentación anterior, puesto que continúa en pie su afirmación de que interpretar la ley en caso de conflicto forma necesariamente parte del acto general de hacer ejecutar la ley. Así lo considera el propio Fraga, aceptando que la opinión reviste en la actualidad la mayor exactitud porque no se ha llegado a precisar el elemento esencial que distinga la función administrativa de la jurisdiccional, cita a Roco quien afirma que es un problema aún no resuelto por la ciencia jurídica. Fraga opina que la existencia de la función jurisdiccional obedece a un proceso histórico de diferenciación que ha separado de las manos de la administración una esfera cuantitativamente precisada para entregarla a los Tribunales. Pero el maestro Fraga duda también de esa aseveración, aunque por motivos de orden formal, extraños al elemento orgánico: cree "que la función jurisdiccional se caracteriza, no precisamente por el efecto jurídico que origina, ya que ese efecto jurídico puede ser el mismo que el de las funciones legislativa y administrativa, sino por el motivo y por el fin de la propia función jurisdiccional." Afirma que cuando las situaciones jurídicas no son voluntariamente respetadas o los actos que engendran son motivo de duda y de controversia, el Estado impugna por la fuerza de su derecho. En consecuencia, se supone un conflicto preexistente, dos pretensiones opuestas cuyo objeto es muy variable. Así el primer elemento del acto jurisdiccional es la declaración del

conflicto en un procedimiento especial previo que constituye una garantía para las partes, sin que ello entrañe la identificación del proceso con la jurisdicción. En consecuencia, el acto jurisdiccional está constituído por la sentencia, fin resolutivo del conflicto que persigue la restitución y el respeto al derecho ofendido. La sentencia consigue su fin porque se presume que en ella está contenida la verdad legal, es decir, tiene fuerza definitiva e irrevocable.

No se ve cómo pudiera definirse la jurisdicción como la sentencia con carácter de cosa juzgada que pone fin a un conflicto conocido en un procedimiento especial, puesto que no es el conflicto mismo que resulta elemento previo, un antecedente; ni es el procedimiento por cuanto éste se limita a hacer factible el conocimiento del conflicto; y ni siquiera puede ser la sentencia porque ella es la forma lógica de un acto jurisdiccional y no el propio acto. En fin, la jurisdicción está en esos elementos, pero en ninguno en particular, ni siquiera en la suma de ellos. Ocioso sería presentar una multitud de ejemplos en que el acto administrativo contemple un conflicto, un procedimiento y una resolución con carácter de cosa juzgada, si no formal por lo menos materialmente. Además, parece desprenderse de la definición del maestro Fraga que el acto jurisdiccional se caracteriza por provenir de un juicio; pero en este caso se confundiría a un órgano con su función, y, como adelante veremos, es indiscutible que los tres poderes realizan las tres clases de actos sin que ello obste para considerar separados los poderes, ni para que los actos se confundan por el órgano que los ejecuta.

6. Más congruente y metódico nos parece el análisis que hace Lampué.

Desde tres puntos de vista clasifica las doctrinas que pretenden definir el acto jurisdiccional materialmente, según la preponderancia de los elementos esenciales: aquellas que atienden a su objeto, las que miran al fin y las que se fundan en la estructura del acto jurisdiccional.

Por su contenido u objeto se considera acto jurisdiccional al que decide una discusión que recae sobre derechos, es aquél en que una autoridad pública pronuncia sobre un derecho que ante ella ha sido objeto de discusión. Así lo entendieron Cormenin, Gerando y Duguit en su obra publicada en 1901.

Dentro de esta corriente una segunda tendencia afirma que el acto jurisdiccional radica en el derecho de comprobar oficialmente la existencia o inexistencia de un derecho subjetivo pretendido. Para Bonnard,

dentro de esta última caracterización afirma que la comprobación no entraña una oposición de pretensiones, una verdadera contienda entre partes, sino que puede resultar de cualquier oposición o resistencia con las que choque una pretensión y que le impiden realizarse. Y por derecho subjetivo entiende cualquier poder de exigir jurídicamente alguna cosa. De esta manera Bonnard desvirtúa la tesis, porque así considerada, la pretensión puede aparecer en el acto administrativo y el derecho subjetivo, como poder general, se asemeja más a un acto permisivo que a una pretensión.

Para Hauriou lo principal es la discusión, la existencia de un litigio susceptible de una solución jurídica. Tampoco este criterio es aceptable por cuanto elimina el procedimiento sin el cual el acto jurisdiccional se confunde inevitablementes con el acto administrativo, olvida la instancia que reviste de autoridad al juzgador y olvida finalmente la operación lógica que da lugar a la decisión. La existencia de un litigio, de una discusión, de un conflicto, de una contienda o de una controversia, no son bastante para caracterizar el acto jurisdiccional ni aunque a ello se añada una solución jurídica. Piénsese por ejemplo en el derecho de petición de que habla el artículo 8º constitucional y en la resolución que podrá recaer derivada de una autoridad administrativa, recuérdese la solicitud presentada ante una comisión, una junta calificadora o revisora, y también viene al caso el control jerárquico motivado por una instancia de un particular. En todos esos casos se puede presentar un conflicto entre la decisión administrativa dictada en la fase oficiosa y el interés de un particular, sin que la resolución que se dé a la contienda, aunque se revista del carácter material de cosa juzgada, pueda ser una sentencia emitida jurisdiccionalmente.

Lampué hace notar que numerosas decisiones relativas al derecho subjetivo sólo artificialmente pueden presentarse como contencioso. Además, desde el punto de vista formal, dichos actos quedarían excluídos si se atiende preferentemente a los elementos derecho subjetivo y discusión, por ejemplo, las sentencias dictadas en materia penal, las decisiones del contencioso por exceso de poder. No hay contienda en estos casos, que oponga a las partes en sus pretensiones contrarias. Quedarían fuera del terreno jurisdiccional todas las decisiones de los tribunales que aprecian la conformidad de un hecho o de un acto a la ley ejecutiva.

Ciertamente algunos autores no han retrocedido ante la consecuencia y han afirmado que aunque la forma de los actos es jurisdiccional,

ellos no lo son en el fondo. Jèze afirma que el recurso jurisdiccional en provecho del administrado es un medio para poner en movimiento un control administrativo de naturaleza jerárquica.

De otro lado se ha querido obviar la dificultad afirmando, por ejemplo, que el contencioso por exceso de poder recae en derechos subjetivos discutidos, así se habla de un derecho de todos los individuos a la observancia de la ley, de un derecho subjetivo constituído tanto por una situación legal o reglamentaria cuanto por una situación individual. Pero es cierto que en tal caso por derecho subjetivo se afirma una noción imprecisa con peligro para el propio concepto de jurisdicción, que entonces adquiriría el carácter de simple poder decisorio de cualquier autoridad.

Otra razón que da Lampué, a quien hemos venido siguiendo casi literalmente, es que la discusión es siempre anterior a la intervención jurisdiccional y por ello permanece extraña al acto mismo, no viéndose como este elemento pueda incorporársele hasta el punto de volverla la base de su definición. Si además se amplía ésta y se elimina todo elemento de discusión o de derecho subjetivo, el acto jurisdiccional se torna en respuesta a un problema de derecho. Mas, en efecto, todo agente público antes de decidir examina y reconoce la legalidad, por lo cual esa definición resulta impotente para caractizar el acto jurisdiccional por su solo objeto.

Así, definitivamente para Lampué, la caracterización de acto jurisdiccional debe buscarse en otro elemento, ya en la finalidad o en la estructura del mismo acto.

7. Nos parece que podría hacerse una estancia provisional para recapacitar y ver de obtener algunas conclusiones útiles de las doctrinas expuestas.

Creemos que existe veracidad parcial en la tendencia que mira al acto jurisdiccional como algo material por su objeto y que pueden aprovecharse una buena parte de las lucubraciones de esta tesis. Pensamos que el elemento atendido no ha sido valorado con estricto apego a su significación. Distinguir el objeto de la jurisdicción no es propiamente la intención de captar la esencia del acto, pero ello no obsta para considerar relevante la materia que la jurisdicción atiende. En efecto, si por ejemplo, la ética como doctrina filosófica tiene por objeto el estudio de las normas de conducta, la física el estudio de los fenómenos físicos, en esta acepción, con este sentido, efectivamente el objeto de la jurisdicción es la decisión de una contienda o controversia.

Cuando se pretende clasificar una función como la que estudiamos, es indiscutible que debe diferenciársela de los demás actos jurídicos, pero no a tal grado que se quiera ver en ella algo fuera del campo del derecho. La jurisdicción es un acto jurídico porque pertenece a este género máximo, es tan jurídico como la administración y la legislación. Entonces el principio diferenciador (*fundamentum divisionis*), el principio de clasificación como lo entiende Fritz Schreier (*Conceptos y Formas Fundamentales del Derecho*) ; no se haya contenido en lo clasificable sino que viene de fuera, es el "pendant" de la división. Este principio de clasificación desde el punto de vista del objeto puede considerarse como la decisión de un litigio o meramente, según lo afirma el licenciado Jesús Toral Moreno, de un conflicto jurídico (nosotros preferimos contraposición). Es cierto que esta decisión debe estar revestida del carácter de cosa juzgada material y formal, así como lo es que el litigio típico debe presentarse por medio de sendas acciones de las partes. También es cierto que las acciones deben desenvolverse empujando el proceso como lo afirma el doctor Niceto Alcalá-Zamora. Así, pues, aunque todavía no se obtenga la esencia misma del acto jurisdiccional, puede decirse que su objeto es diferente a los respectivos de la administración y la legislación. El acto jurisdiccional trabaja con acciones originadas en un conflicto jurídico que principiando en un proceso alcanzan una decisión que debe ser sentencia con fuerza de cosa juzgada, formal y materialmente.

El objeto de la administración, aunque jurídico también, no se forma con acciones que producen un dinamismo procesal, ni alcanza la decisión de cosa juzgada formal. Y, por supuesto, el acto legislativo no puede confundirse con el jurisdicción, por cuanto el primero si mira una indecisión, una discrepancia u oposición de intereses, lo ve como problema abstracto, no como contraposición de pretensiones particulares. Pero sobre todo es la ley la que funda las pretensiones, el objeto de ella son las relaciones, no los particulares. Y no permite la audiencia previa de las pretensiones para decidir. Puede afirmarse que su objeto es la norma solamente; sería menester que la legislación considerara un litigio, un proceso y una sentencia, lo cual no acontece. La jurisdicción atiende primero a las acciones, su objeto primario es la pretensión, el segundo es el proceso. La decisión no es su objeto sino su fin. La legislación en cambio tiene como objeto la decisión, la norma y como fin los intereses sociales.

Y desde luego es innecesario insistir que las funciones no corresponden estrictamente a los poderes respectivos, aunque sí, como pide Lampué:

la "... definición material del acto jurisdiccional debe conducir a una clasificación, si no idéntica, al menos relativamente cercana a la que se establece desde el punto de vista formal..."

Un punto que merece mayor esclarecimiento, es el que se refiere a si la decisión obtenida mediante un proceso debe referirse a las pretensiones, a los derechos subjetivos, a las acciones o al conflicto. El estudio de este problema nos llevaría al análisis de la acción y creemos que éste ha sido hecho en forma completa por el doctor Niceto Alcalá-Zamora en su ensayo "Enseñanzas y Sugerencias de Algunos Procesalistas Sudamericanos acerca de la Acción", por lo cual nos limitamos a hacer una remisión a esta obra: ya que acertadamente aclara que, si bien el litigio es una base del proceso y el procedimiento es movido por la acción, la jurisdicción resulta "la posibilidad de acordar o no la tutela jurídica estatal a la pretensión que acompañe a la acción del actor".

8. Si ahora pasamos al estudio de las doctrinas que pretenden definir el acto jurisdiccional según su fin, probablemente encontremos otro elemento connotativo del concepto.

Según estas doctrinas, entre administración y jurisdicción se advierte la diferencia en las metas que pretenden alcanzar. La administración tiende a realizar los intereses del Estado, la jurisdicción a asegurar la protección del estado jurídico.

El acto administrativo tiene como mira lo que es útil al Estado. El acto jurisdiccional finca su objeto en el mantenimiento del sistema jurídico. Otto Mayer entiende por jurisdicción "la actividad del Estado para mantener el estado jurídico"; Jellinek la considera como "la función por la que el Estado realiza un fin de derecho con exclusión de todo fin de interés"; Artur afirma que "lo que el juez se propone exclusivamente es hacer que ejecuten la ley aquellos que la han violado". Lareau piensa que el acto jurisdiccional" se efectúa para resolver principal y directamente una cuestión de derecho, considerado aquí como fin y no como mero medio de relación de una actividad estatal".

Frente a ellos Lampué formula las siguientes objeciones. Considera exagerada la oposición entre fines de derecho y fines de interés. En este aspecto concedemos la razón al autor, coincidiendo con él en que las instituciones jurisdiccionales y administrativas responden al mismo fin estatal, siendo cierto que sólo puede considerarse como diferencia el que los jueces estén más encadenados a la ley que los otros agentes. El profesor francés dice razonablemente: "En realidad, todos los agentes públicos persiguen

como última meta los fines del Estado, pero no pueden hacerlo sino conformándose al derecho objetivo; toda la diferencia estriba en el modo más o menos estricto con que su actividad está ligada a ese derecho".

Además piensa que si bien el fin es un elemento del acto, no puede creerse que sea fundamental y bastante para distinguirlo de los demás, cita en su apoyo a Carré de Malberg, quien afirma: "... no pueden definirse las instituciones y actos jurídicos por su finalidad sino por su estructura, sus elementos constitutivos, su contenido y, ante todo, sus efectos de derecho. Un mismo fin puede ser perseguido por procedimientos técnicos diferentes y realizar actos que no ofrezcan la misma consistencia interna. Esta consistencia interna es la que cabe tomar en cuenta, con exclusión de fin, puesto que aquélla es necesariamente siempre la misma para toda categoría de posibilidad determinada, no podrá variar según la intención correcta o incorrecta del autor del acto, y representa, dentro del acto, lo que es más interior y más profundo".

A esto ha respondido el licenciado Jesús Toral Moreno que el fin del acto no es el propósito subjetivo sino la tendencia objetiva, "el fin para el cual es más adecuado y respecto del cual constituye un medio más efectivo e idóneo que otros actos; 'finis operi' ".

A nuestro entender el licenciado Toral Moreno caracteriza como fin del acto jurisdiccional la declaración del derecho en el caso concreto. Si como él piensa, lógica y ontológicamente la causa final determina el medio y por lo tanto es anterior a la acción, el acto jurisdiccional resulta un simple automatismo, pues basta que se circunscriba el fin para que en forma anexa se descubran los medios idóneos que hacen posible su obtención. Se advierte desde luego que se ha hecho caso omiso de un factor muy importante; la utilidad. Este elemento que funge como eslabón, como puente entre el medio y el fin, es el que decide de la adecuación entre ambos, y porque tanto la utilidad como la idoneidad son cualidades relativas, puede afirmarse que ciertos elementos son más o menos útiles o adecuados para su fin. Ahora bien, si lógica y ontológicamente el fin determina los medios, ello no basta para demostrar el carácter de propiedad que hace que se considere al fin intrínseco al mismo acto, porque el acto puede utilizar medios más o menos adecuados, no es suficiente que lógica y ontológicamente el fin sea la causa de los medios. La naturaleza del acto variará siempre conformándose a los medios empleados, esto es, siendo problemático alcanzar un fin, se hace forzoso conseguir los medios más adecuados. Por ello son propiamente los medios y no el fin lo que caracteriza al acto. Declarar el

derecho en el caso concreto es el fin, pero esta declaración puede obtenerse por diversos medios, entonces no basta que se persiga la meta, es indispensable que se utilicen ciertos medios y se descarten otros. Además, dentro de esta caracterización si el orden de los factores es reversible según la perspectiva desde la que se le contemple, estos factores resultan también relativos y en determinado momento el fin de declarar el derecho pude aparecer como el medio con el cual se persigue instaurar la función jurisdiccional. Se ve así, que si bien la declaración del derecho puede considerarse como la meta del acto jurisdiccional, a su vez el acto jurisdiccional puede entenderse como la meta del acto declarativo del derecho, puesto que, por medio de él, se persigue realizar esa función.

No nos parece acertada la crítica del licenciado Toral Moreno, porque para demostrar que el fin es intrínseco al acto, parte de una petición de principio, es decir, afirma que si la resolución es verdaderamente jurisdiccional, será adecuada para cumplir su fin; pero lo que se pretende es precisamente saber qué se entiende por acto verdaderamente jurisdiccional y una vez que se alcance, de suyo se verá cuál es la finalidad. Cierto que la definición debe tomar en cuenta el fin que se persigue, pero éste sería aplicable a toda clase de actos y situaciones jurídicas; si se le considerara teleológicamente el fin esencial a todo acto por la naturaleza propia del derecho, que como norma bilateral externa y coercible, tiende a plasmar la justicia o la seguridad social, no sirve como "Fundamentum divisionis".

No es suficiente distinguir entre el fin del autor y el fin del acto, se requiere también distinguirlo de los fines de la legislación y de la administración, y esto no puede hacerse situando la meta de la jurisdicción en la mera declaración del derecho, porque ya hemos visto que esto acontece en los otros dos actos.

Sin embargo, seguimos pensando que el fin del acto jurisdiccional es otro elemento constitutivo de su naturaleza material, lo que acontece es que se le mira como una meta estatal. Ya Lampué admite que el fin es un elemento del acto, pero niega que sea fundamental, porque lo sitúa en lo porvenir y sin que afecte a la consistencia del mismo, entiende por fin la utilidad de la jurisdicción con respecto a las funciones del Estado.

9. La jurisdicción consiste en el control de la regularidad de la emisión de la norma, según la teoría defendida por Jerusalem. Su fin es garantizar el acuerdo entre las actividades y la norma. Guillien asegura que el fin de la función jurisdiccional es apreciar la conformidad de la ejecución de la ley.

Lampué no ve diferencia de naturaleza entre el acto de ejecución y el que se presenta después para señalar o rectificar el primero. En ambas especies la norma de derecho se concreta. En todo caso la diferencia es de grado, aunque el primer acto de ejecución pretenda ser una concreción correctamente ejecutada, en tanto el segundo pretenda legalizar esta concreción comparándola con la norma respectiva. El juzgador estudiará el cumplimiento mediante un proceso lógico de inclusión del resultado en la norma jurídica.

Por lo tanto, las objeciones que Lampué hace a las doctrinas de fines, las repite para esta tesis, y para la de Chaumont, quien afirma que la función de juzgar no es realizar la perfección lógica del orden jurídico, sino restablecer su regularidad.

Antes de terminar con las doctrinas que ven en la función jurisdiccional el fin, queremos referirnos a la tesis de los doctores Castillo Larrañaga y de Pina, en sus "Instituciones de Derecho Procesal Civil" (2ª Edición). Según el criterio de estos autores, la naturaleza jurisdiccional de la función se deduce de la finalidad que se les atribuye. Al efecto, citan el artículo 609 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios, el cual concede a las partes el derecho de sujetar sus diferencias al juicio arbitral. En este caso, los árbitros, realizando la misma función del juez profesional administran justicia en un caso concreto.

En aplicación de su tesis los autores afirman que la legislación y la jurisdicción pueden delimitarse si se consideran los fines señalados a cada una de ellas, la primera mira a la creación del derecho, es decir, a la formación de la ley y a la determinación de las normas supletorias o subsidiarias; la segunda mira a su aplicación en un sentido amplio que abarca la propia ejecución. Se adhieren al criterio de Calamandrei, para quien el poder jurisdiccional se manifiesta en hacer observar en concreto las normas establecidas. La ley se distingue del acto jurisdiccional por los caracteres de la generalidad, abstracción y novedad; el acto jurisdiccional tiene efecto especial, concreto y declarativo, no sirve para crear el derecho para el funcionario, sino para observar el derecho que ya se ha concretado e individualizado en el pasado. La legislación establece el sistema, la jurisdicción lo mantiene en su integridad real y efectiva.

Pero la seguridad que tienen al diferenciar acto legislativo y acto jurisdiccional, desaparece en buena parte cuando estos autores confiesan que no se ha llegado a establecer una línea precisa de separación entre la admi-

nistración y la jurisdicción. Afirman que el acto jurisdiccional y el administrativo pueden coincidir en el contenido pero difieren en cuanto a la finalidad. Los actos administrativos pretenden mantener el desarrollo normal de los servicios públicos, los actos jurisdiccionales pretenden mantener la eficacia del sistema legal.

Las objeciones de Lampué tienen aplicación en el caso de la tesis de los doctores Larrañaga y de Pina. Especialmente cuando pretenden diferenciar la administración de la jurisdicción, porque entonces se advierte la falta de un elemento material. Ambas funciones pretenden un mantenimiento del orden aun cuando la administración se refiera a los servicios públicos y la jurisdicción sólo al sistema legal. No podría aceptarse que el mantenimientov de los servicios públicos se hiciera en contra del sistema legal. Se advierte una tendencia a distinguir la función por los órganos que la realizan, siendo significativo que aludan a la Ley Española Orgánica del Poder Judicial de 1870, que estableció el alcance de la función jurisdiccional disponiendo que los jueces no puedan mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares de la administración, ni dictar reglas de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes. Pero se olvida en este ejemplo que si la prohibición es terminante presupone la distinción que precisamente persigue la doctrina. Además, sería menester que en todos los casos en que la función jurisdiccional se ejerce las leyes contuvieran esta prohibición. Bastaría, por lo tanto, citar el caso de Inglaterra y aun nuestra legislación mexicana, en que la división de poderes no corresponde de manera absoluta a la división de funciones.

10. Ugo Rocco rechaza las tesis de Gerber, Helwing, Kisch, Manfredini y Simoncelli que consideran a la jurisdicción como la actividad que provee a la tutela del derecho subjetivo, citando el ejemplo de las acciones de declaración. Lo mismo hace con las de Wach, Schmidt, Langheneken y Chiovenda, que afirman que es la actividad dirigida a la actuación del derecho objetivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto, porque argumenta que esta actuación la hacen el Estado y los particulares mismos.

Refuta el criterio de Scialoja quien contradistingue la actividad jurisdiccional por cuanto en ella el momento del juicio prepondera sobre el momento de la voluntad, porque esta tesis es demasiado indeterminada e insuficiente; el de Laband y Bornack, quienes afirman que sólo tiene caracteres formales particulares, y debe mirarse la calidad del órgano esta-

tal, porque la división califica al órgano y no viceversa y porque las acciones pueden enconmendarse indistintamente a los órganos.

Igual hace con las de Posz y de Palo que la entienden como resolución de las controversias, porque puede haber ejercicio de la jurisdicción sin controversia ni debate como el juicio en rebeldía.

Las de Bernatzik y Jellinek, para quienes consiste en declarar en cada caso una relación jurídica incierta o controvertida; no le convencen porque excluyen todo proceso ejecutivo en que no hay acertamiento de la tutela otorgada, y porque siendo incierta la relación, no sea jurisdiccional: Mortara cree que tiene por objeto la resolución de un conflicto entre voluntades subjetivas o normas objetivas, contra ello Rocco piensa que no siempre se resuelve un conflicto de voluntades como cuando el reo está confeso; y que sólo hay conflicto real cuando se trata de voluntades subjetivas y no de normas generales.

Para Redenti consiste en una actividad destinada a aplicar sanciones, pero Rocco señala que hay actividades jurisdiccionales que no lo hacen.

Carnelutti sostiene que consiste en estar encaminada a obtener un arreglo o composición de un conflicto de intereses, lo cual realiza también la legislación según el propio Rocco, quien termina afirmando: "que la acción jurisdiccional o judicial es pues la actividad con que el Estado, interviniendo a instancia de los particulares, procura la realización de los intereses protegidos por el derecho, que han quedado inconsistentes por la falta de actuación de la norma jurídica."

Para Rocco la actividad jurisdiccional es secundaria y substitutiva, tiene como fin la tutela de determinados intereses afectados por un incumplimiento. La jurisdicción se substituye a las obligaciones. Por lo tanto, tiende a la realización de una actividad jurídica prescrita. Existe así una similitud entre el acto administrativo, sobre todo en la respuesta al derecho de petición que emite el Poder Ejecutivo y la actividad substitutiva del juicio. Para nosotros la definición de Rocco es parcial, porque puede darse el caso de que los intereses no hayan quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma como en el procedimiento penal, ya que se necesitaría concebir en un sentido demasiado amplio el concepto de interés protegido por el derecho para aceptar la actividad del Ministerio Público, y porque el delito es precisamente el acto típicamente definido en la ley, el cual actualiza al ofensor. Creemos que es incompleta y no diferencia los actos administrativos, como por ejemplo los realizados por una Junta Calificadora de Multas, organismo

que interviniendo a instancias de los particulares, procura también la realización de los intereses protegidos por el derecho y que han quedado insatisfechos por la falta de actuación de la norma jurídica que los ampara.

Finalmente, puede citarse la objeción impuesta por Lampué, que consiste en que no se ve diferencia de naturaleza entre el acto inmediato de ejecución y el que interviene luego para señalar o rectificar al primero, puesto que se trata siempre de concretar la regla de derecho.

11. Al igual que al tratar el acto jurisdiccional desde el punto de vista de su objeto, creímos que podría hacerse una aplicación de los resultados de las doctrinas que han pretendido caracterizarlas materialmente, ahora creemos que debe hacerse un intento de estructuración en virtud de la finalidad del acto jurisdiccional.

Aunque estas caracterizaciones adolezcan de los defectos señalados por Lampué, y de otros que pueden apuntarse fácilmente por ser demasiado estrechas o amplias, según se las mire, especialmente la definición de Jerusalem, el descubrimiento certero de un fenómeno propio de la jurisdicción que ya hemos mencionado: en la concreción de la norma aparece un elemento nuevo que con Schreier denominamos "fundamentum divisionis". A menudo se olvida que el proceso de individualización de la norma no es un simple automatismo, porque no se está en el caso matemático de división de un todo en partes, sino ante el fenómeno psicológico y sociológico de aplicación de una regla. Y el descenso desde la norma general al caso particular implica una hermenéutica. En el silogismo ambas premisas son consideradas por el juzgador desde una perspectiva que no siempre coincide con la del actor o el demandante y que aún puede apartarse de ambos puntos de vista. Así, el Tribunal Fiscal de la Federación, por ejemplo, ha entendido lo que Ugo Rocco denomina la necesidad de una interpretación progresiva, como legítima actividad del órgano jurisdiccional.

Sin embargo, nos parece que deben distinguirse cuatro perspectivas, a saber: la jurisdicción como función, como situación, como relación y como acto.

Es claro que como función corresponde a un órgano estatal, pues como afirman Larrañaga y de Pina, cuando se encomienda a un juez no profesional los árbitros a más de no hacer sino la propia actividad del juez profesional y de ser órganos accidentales, son titulares ocasionales de una función pública. Esta función puede ser de audiencia, de recep-

ción o de fallo; no podemos aceptar que sea creadora de derecho abstracto ni nos parece, contra lo que afirma Rocco, que sea propio de ella la ejecución de sus resoluciones. La función se realiza a instancia de parte formalmente dirigida al órgano, así pues, éste no puede actuar *oficiosamente*. Se lleva a cabo en un espacio cierto que es aquél en que rige la ley que reviste de autoridad al juzgador. Y finalmente, la función se inicia desde que el juez conoce la instancia original (la cual puede consistir en una actuación preparatoria del juicio, siempre y cuando se dirija a éste y no sea un mero derecho de petición) y llega hasta el momento en que el poder del juzgador está formalmente autorizado para satisfacer la decisión final.

Creemos que de los caracteres señalados debe destacarse como fin de la función el de atender a la audiencia, recepción y fallo de los negocios jurídicos sometidos a su conocimiento. Más concretamente y puesto que las dos primeras no son sino condiciones para la realización del último, el fin de la función jurisdiccional estribaría en la decisión de un órgano público a instancia de parte presentada por medio de una acción en un proceso de conocimiento, decisión que lógicamente efectúa la función conceptuadora de *inordinación*. Esto es, incorporaría un juicio lógico (sentencia) en el sistema supra-ordenado, coordinado y subordinado, por lo tanto determinaría, su género, su especie y los conceptos coordinados, lo que la diferencia del simple silogismo.

Si se contempla el fin de la jurisdicción desde una perspectiva de la situación que guarden las partes y el órgano, se advertirá aquello que Carneluti acertadamente describe: "el juez no juzga en lugar de las partes sino sobre ellas, el órgano jurisdiccional no es parte en el conflicto." Y con el ánimo de continuar esta clara intuición carnelutiana, nos parece que debe concluirse que las parte conservan relación de equilibrio de fuerzas, pues si bien el juez dicta sobre ellas, éstas pugnan hacia el dictado, de modo que, imaginando una reproducción gráfica de la situación jurisdiccional, se nos ocurre el paralelogramo del desarrollo de las fuerzas de una palanca en que las partes ejercen presión sobre el punto de apoyo que es el juez, sólo que en los extremos opuestos, de tal manera que la resultante de sus presiones debe ser proporcional a sus poderes. Recordemos la proposición que expresa sintéticamente: dos fuerzas de dirección distinta que se encuentran en un punto se resuelven en la diagonal del paralelogramo construído sobre ellas. Esto es, como situación jurisdiccional, las partes forman los platillos de la balanza y

el juez, sobre ellas, el fiel. Dependerá de ello que éste se incline hacia una de las partes si la fuerza de su acción es superior a la de la otra parte. Es por esto que no aceptamos el criterio del licenciado Toral Moreno cuando afirma que el acto jurisdiccional no tiene como condición "sine qua non" la circunstancia de que se ejercite por persona diversa de las partes en conflicto. A renglón seguido veremos cómo es esencial para el fin de la jurisdicción esta circunstancia.

Por lo que respecta al fin de la jurisdicción como relación nos parece que puede materialmente diferenciarse, tanto de la legislación como de la administración, por los siguientes elementos. La legislación contempla una relación inmediata entre el órgano y la norma general. Si el legislador piensa en los sujetos lo hace de manera mediata, pues le interesa fundamentalmente crear la norma. Por eso entre el legislador y el derecho la relación es categórica, es decir, inmediata. Para el administrador por el contrario, la relación es hipotética. El administrador tampoco piensa en relaciones directas con el obligado sino a través de la situación. Cuando el administrador produce el acertamiento, está individualizando al sujeto que resulte en la hipótesis. Esto es, el administrador se relacionará con cualquier administrado si se produce la situación prevista por la ley, el acto del administrador es genérico en cuanto se refiere a la situación y es particular en cuanto mira al sujeto obligado. Además, en la relación administrativa, el sujeto activo es el órgano al igual que en el legislativo, en tanto que en el jurisdiccional las partes bajo el juez son intercambiables, esto es, pueden ser tanto activos como pasivos. Por lo mismo, el acto legislativo y el acto administrativo, desde el punto de vista de la relación de los sujetos, tienen como fin imponer autoritariamente una obligada regulación jurídica.

El acto jurisdiccional, contemplado según la perspectiva que estamos estudiando, tiene como fin una relación disyuntiva. En efecto, las partes pretenden alcanzar el fallo favorable en tanto que el juez se relaciona con ellas para emitir una decisión correcta. La relación es pues disyuntiva, porque no pudiendo lograrse las pretensiones de todos los integrantes de la relación, o no toda la pretensión de los mismos, la relación es de selección. Por esta relación cabe que la parte activa pueda convertirse en pasiva (piénsese en la reconvención en el caso en que el marido demanda la separación de cuerpos y la mujer contrademanda pidiendo la pensión alimenticia).

Para que haya esta intercambiabilidad, las partes necesitan ser libres e independientes del juzgador. Por ello sería un obstáculo que éste fuera juez y parte. No se puede imaginar al administrador que exige el pago de la cuota por los derechos de agua siendo contrademandado ante él mismo por el causante por la falta del servicio normal y eficiente. En todo caso, de darse la posibilidad, sólo sería mediante una contienda en la cual ambas fueran partes, conservaran su libertad una frente a la otra y estuvieran en igualdad procesal. Ahora vemos que si desde el punto de vista de la situación, las fuerzas de la palanca no estuvieran epilibradas con respecto al fiel, no se podría dar el caso de una relación jurisdiccional, porque es claro que en el ejemplo citado por el licenciado Toral Moreno, la Oficina Ejecutiva Hacendaria no podría cambiar su situación con el tercero perjudicado, y el mismo autor reconoce que la parcialidad física se encuentra prevista en la ley cuando se establece el ulterior control del Tribunal Fiscal y del juicio de amparo. Es en estos últimos dos momentos en que se integra la función jurisdiccional porque entonces las partes están en una relación disyuntiva ante el juzgador, quien puede conceder una pretensión, la contraria o bien una tercera, como en el caso de que el Tribunal Fiscal de la Federación, en cumplimiento del artículo 204, indique las bases conforme a las cuales debe dictarse nueva resolución. Además, contra ese ejemplo, se puede aludir a los Tribunales Internacionales para conocer de los casos de guerra.

Hemos ya mencionado que las partes están en relación de igualdad, pues de otra manera no podría presentarse la disyuntiva. Esta relación de igualdad no quiere decir que ambas tengan la razón o que ambas carezcan de ella, sino que están en idéntica posibilidad de exigir el cumplimiento de su pretensión. Nos parece que es por ello que el acto jurisdiccional es claro índice revelador de la libertad de los gobernados con respecto a los gobernantes. Creemos que en aquellos países en que se coarta la libertad política, la relación queda ahogada por la situación, esto es, en vez de una disyuntiva del juez ante las partes, se presenta solo una relación de imperio del juez ante la parte, por ejemplo, juez y acusador son el mismo.

Y por cuanto toca al acto jurisdiccional, debemos distinguirlo en tres modalidades. El acto jurisdiccional es problemático cuando su grado de certeza depende del cumplimiento de una condición. Si desde luego el acto jurisdiccional compete exclusivamente al juez, ya que es la contrapartida procesal de las acciones de las partes; cuando se refiere a la simple audien-

cia de éstas (presentación de la demanda o de la contestación), el acto jurisdiccional es problemático porque su modalidad es de aquellas que corresponden a una veracidad de grado probable, sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley, es decir, no prejuzga acerca de la pretensión, aunque ella sea la carga de la acción, su origen y su fuerza motriz. Así por ejemplo, las facultades que el artículo 163 del Código Fiscal de la Federación otorga a los Magistrados Semaneros, don por resultado la emisión de decisiones jurisdiccionales de certidumbre problemática, puesto que contra ellas podrá reclamarse ante la Sala correspondiente, según lo establece el artículo 164.

Otra clase de actos jurisdiccionales son por su modalidad los asertóricos, en que la veracidad se deriva de una verificación a posteriori, sujetos a prueba en contrario, pero en el momento de su expedición se presentan como ciertos aunque no necesariamente, y la tercera clase de actos son los apodícticos. En ellos el grado de veracidad alcanza lo definitivo, se habla entonces de fuerza de cosa juzgada y de que el acto es irrevocable y definitivo.

En resumen, la finalidad del acto jurisdiccional es determinar las etapas del proceso ya sea problemática, asertórica o apodícticamente, según lo requiera la técnica procesal y la igualdad de las partes en el sentido ya descrito.

La modalidad de los actos jurisdiccionales corresponde, además, a la potencia de la acción y de la reacción de las partes. El acto jurisdiccional sólo puede provenir del juez y ya que modalmente puede adquirir tres diferentes grados de veracidad, por medio de los actos, el juzgador finiquita las etapas del proceso, puesto que las partes se mueven hacia el juez, para conservar el equilibrio de las potencias, el juzgador necesita eliminar todo movimiento exagerado, organizar el proceso en busca de un fallo de naturaleza apodíctica. Así el acto jurisdiccional es la solución de continuidad de la actividad de las partes, que de otra manera discurrirían peligrosamente sin cauce, produciendo, en vez de un proceso, un encuentro violento y anárquico. En este sentido estamos de acuerdo con el licenciado Toral Moreno, quien afirma que "la mayoría de los actos realizados por el juez dentro del proceso son de índole jurisdiccional." Esto es, todos los que se encaminen a configurar el proceso y provengan del órgano público corresponden a esta naturaleza.

12. Si ahora sintetizamos el análisis anterior, podremos advertir que existe una confusión entre quienes pretenden definir la jurisdicción por

el fin. Muchas veces parece que se buscara, desde el punto de vista histórico o de creación metafísica, cuál ha sido la intención del constituyente, tal como si éste tuviera que construir sobre la nada. De manera semejante, cuando los publicistas hablan de los fines del Estado, no pocas veces se refieren a la meta que persiguieron sus supuestos creadores. Estamos de acuerdo con el licenciado Toral Moreno en que el fin de la jurisdicción le corresponde en cuanto tal, es decir, en cuanto jurisdicción. Pero no creemos que este fin esté en una previa adecuación, se encuentra por el contrario en el resultado dinámico obtenido, es una consecuencia del empleo de una técnica jurídica, específicamente conocida como jurisdicción, pero al servicio de hombres que no abandonan su naturaleza de personas, y que deciden disyuntivamente.

Así creemos que la función es una actividad de un órgano público, cuyo fin es producir un acto apodíctico por su modalidad, que resuelve la situación disyuntivamente por la apelación de las partes al juez.

El fin de la función jurisdiccional será por lo mismo la solución de un proceso.

En cambio, el fin de la situación jurisdiccional es imponer sobre las partes la autoridad del juzgador, el de la relación jurisdiccional configurar equilibradamente el proceso y el de los diferentes actos jurisdiccionales determinar respectivamente, con un grado de certeza problemática, asertórica o apodíctica, los estadios procesales.

No puede afirmarse que la función legislativa o la administrativa persigan solucionar un proceso, porque la primera mira hacia la definición categórica de la situación abstractta y la segunda hacia el acertamiento de la situación concreta, cuando se produzca la hipótesis legal; y conste que nos referimos sólo al caso en que los particulares provoquen estas funciones (por ejemplo, cuando se pide la definición de la jurisprudencia del Tribunal Fiscal, acto creador de ley; o cuando se solicita una exención o una condonación).

La situación legislativa, si bien pretende imponer sobre los particulares el ordenamiento, no los considera, como en la situación jurisdiccional, atendiendo al comercio social en general, ni a las partes contendientes. Para el legislador los facultados y los obligados no son sujetos intercambiables sino posiciones diferentes aún de un mismo sujeto, y la administración no tiene como fin superar las partes que integran la situación, pues el administrador tampoco podría intercambiarse con el administrado, su situación es de privilegio y autoridad sobre los particulares, y en el ejer-

cicio de la soberanía exige y ejecuta su propia pretensión. El juzgador se encuentra colocado sobre los justiciables pero no decide sus propias pretensiones, sino disyuntivamente las de las partes.

La relación legislativa no tiene por fin resolver el paralelogramo de las fuerzas. La relación en el órgano legislativo carece de importancia y puede no presentarse, porque al estructurar la ley el legislador toma en abstracto la vida intersocial de los obligados, y si bien es cierto que éstos, como fuerzas sociológicas, pueden no sólo orientar sino hasta imponer al legislador su criterio; la decisión del órgano es autónoma y sólo políticamente puede considerarse que provenga de la presión de los obligados, pero jurídicamente se opone a ellos en forma categórica.

Por su parte la relación administrativa, aunque también políticamente se vea afectada por los intereses y las fuerzas de los grupos, no busca la resultante del paralelogramo, ni se orienta hacia la resultante de las pretensiones en contradicción, ya que sólo admite una autoridad, la propia, dejando para la jurisdicción considerar iguales las posibilidades potenciales de las partes.

En cambio, la relación jurisdiccional tiene por fin obtener esa resultante del paralelogramo de las fuerzas que dinámicamente representan las partes en el proceso. La igualdad en cuanto a potencialidad de las partes se refiere a la acción y a la reacción, no a los derechos subjetivos. Hemos insistido en que la organización democrática garantiza mediante la jurisdicción el mayor grado de libertad y equidad, precisamente mediante el otorgamiento de fuerzas procesales iguales.

Y en cuanto a los actos, si los tres son imperativos, el fin de legislativo es crear una norma general, el fin del administrativo es acertar unilateralmente la norma en una situación concreta, en tanto que el fin del acto jurídico es terminar un proceso o sus partes del modo problemático, asertórico o apodíctico que al momento procesal convenga.

Sobre estas premisas la sugerencia que se ofrece al final del trabajo pretende reducir a conclusión los caracteres principales de la naturaleza de la jurisdicción, por ello pedimos que no se olviden estos antecedentes cuando se discuta la caracterización final.

Todo acto jurídico por su propia esencia tiende a definir el derecho aplicable, esto es, tiende a normar una situación. Así lo hacen los particulares cuando pactan, el legislador cuando crea, el administrador cuando acierta, el juez cuando falla. Pero en todos los casos hay una diferencia

esencial en cuando al acto mismo, a su naturaleza específica, no a su categoría jurídica, sino a su particularidad dentro del género normativo.

Los particulares se someten a la norma convenida. El legislador crea la ley, el administrador acierta en vista de la hipótesis y el juez termina un proceso o sus partes. Independientemente de ello, o como resultado mediato, los actos jurídicos producen una modificación en el ámbito jurídico social. Así, del proveniente de convenios particulares nacen derechos subjetivos. Del legislativo nace un sistema nuevo. Del administrativo una obligación del particular. Y del jurisdiccional una situación particularmente definida.

Puede también decirse que desde el punto de vista de la finalidad, si bien: "Es evidente, so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación extra y meta procesal, que él está llamado a canalizar y resolver." (*Enseñanzas y Sugerencias acerca de la acción*, del doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo); esta situación se traduce en la jurisdiccional por la supremacía del juez sobre las partes, por lo que se advierte que se tiende a construir un orden de superioridad del órgano. De igual modo la relación jurisdiccional conforma la palanca de fuerzas en los extremos y apoyo en el centro, persiguiendo como fin el equilibrio de las fuerzas procesales. Respecto a la situación y relación mencionadas, la función jurisdiccional cumple un fin autoritario de solución de las etapas y del proceso total, mediante actos decisorios que con diferente modalidad resuelvan sistemáticamente hasta alcanzar el fallo apodíctico. El fin es por ello inmanente a la jurisdicción, no pretende crear el derecho ni ajustarlo a la hipótesis en el acertamiento, sino decidir disyuntivamente. Se trata de un conflicto, de un litigio, de una contienda, de una discrepancia o de una incertidumbre, la sentencia firme con fuerza material y formal de cosa juzgada decide disyuntivamente pero de manera apodíctica.

A nuestro entender el fin debe buscarse dentro de lo jurisdiccional puro, debe corresponder sólo a esta clase de situaciones, relaciones, funciones y actos.

Como corolario obligado del criterio expuesto, pensamos en contra de Rocco, que los actos de ejecución son meta-jurisdiccionales, propios si se quiere del órgano (en virtud de las facultades que la legislación establezca); pero fuera ya de la relación y trascendiendo a la realidad misma. Así, la resolución que ordena sacar a remate un bien secuestrado, si bien es consecuencia de un fallo jurisdiccional que condenó a un pago determinado a una de las partes, entra de lleno en los actos administrativos.

Es indiscutible que los actos jurídicos no son meras definiciones románticas, teoréticas o doctrinarias, sino que participando de la esencia jurídica de las normas bilaterales de conducta, son coercibles. Ello funda precisamente la autoridad de los órganos estatales, capaz de producir una modificación en el campo de relaciones intersociales. Por lo mismo, el acto jurisdiccional definitivo carecería de juridicidad si no estuviera respaldado por una ejecucón coercible. Pero en no pocas ocasiones es cumplido voluntariamente, ya en la cesión de bienes, en el pago de principal y accesorios, en el otorgamiento de contratos, etc. En ambos extremos la función jurisdiccional ha concluido a perfección su fin, ha emitido una decisión apodíctica.

Quizá se hablara tomando en cuenta la estipulación del artículo 14 constitucional que reza: "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino *mediante* juicio seguido ante los Tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho"; de una prueba de que el acto jurisdiccional incluye también la ejecución, dado que la privación es mediante el juicio, es decir, en él, en medio de él. A nuestro entender la prescripción constitucional refuerza nuestro criterio, ya que con toda claridad alude al juicio como un medio, es decir, como condición para la legitimidad de la privación.

Si la privación requiere un juicio previo, ello nos lleva a aseverar que el acto jurisdiccional en la forma consagrada por la Constitución debe ser concebido como resolución disyuntiva que afirma o niega la procedencia de la pretensión de una de las partes. Aún más, la distinción entre propiedades, posesiones o derechos nos permite afirmar que la disyuntiva puede referirse a la situación incierta o discrepante, y no sólo a una contienda o a un conflicto o litigio. Las pretensiones pueden coincidir en cuanto a la materia y discrepar meramente en cuanto al modo o estar apenas inciertamente fundadas; la sentencia vendría a determinar, aclarar o deslindar el alcance cierto de las pretensiones pero de manera apodíctica. En este sentido nos adherimos a la tesis del licenciado Toral Moreno que niega carácter jurisdiccional a las sentencias constitutivas, porque además pensamos que cuando son estrictamente de tal naturaleza, corresponden a un acto administrativo de acertamiento.

Y pensamos igualmente, que nuestra posición encuentra amplio apoyo en las teorías jurisdiccionales de la acción (ver N. Alcalá-Zamora: *Ense-*

ñanzas y Sugerencias acerca de la acción, pág. 30), y así vemos que Alsina afirma que acción y jurisdicción son conceptos que se corresponden, que Carlos dice que la acción queda configurada como un derecho a la jurisdicción, Couture expresa que la acción es un derecho a la jurisdicción, Bartoloni Ferro manifiesta que el derecho a provocar el ejercicio de la jurisdicción para la constitución y desenvolvimiento del proceso es la acción, y en el mismo sentido se conducen Rocco y Calamandrei.

Lo que nos extraña es que habiéndose encontrado tan clara relación entre la acción y la jurisdicción, no se haya advertido que el acto jurisdiccional es la respuesta del órgano a las partes, contestación que da lugar a la solución de cada etapa o del proceso todo. Si desde el ángulo de los accionantes del paralelogramo de las fuerzas pugna hacia el juzgador, desde la perspectiva de éste, el acto jurisdiccional se dirige a las partes, en ello vemos el fin inmanente, así queda restringido como una consecuencia dentro del proceso, en el sentido de que lo inicia, lo hace avanzar y lo termina. ¿Por qué entonces se dice que la acción es el contenido y la jurisdicción el continente? (obra citada de N. Alcalá-Zamora). Sería menester entonces no sólo que el acto jurisdiccional estuviera supeditado a la acción de las partes, sino que esta última fuera el género. Tampoco creemos que la "relatividad —o si se prefiere la variabilidad— no se extienda en rigor al concepto de acción, sino al de jurisdicción." (En *Enseñanzas y Sugerencias, etc.*, obra citada, págs. 35 y 36); porque en rigor "la posibilidad de acordar o no la tutela jurídica estatal a la pretensión que acompañe a la acción del actor" es trascendente al fin jurisdiccional y se vincula íntimamente con la función genérica gubernamental. La jurisdicción ni es contenido de la acción ni es relativa, (en el sentido de relativismo y no de relación) su fin se limita a hacer factible la presentación del proceso, su evolución y su desenlace. Si como consecuencia mediata de ello no se produce la tutela estatal, acháquese esto a la poca o ninguna fuerza de la pretensión que se hace valer por el accionante de la acción. Pero recuérdese bien que el equilibrio de las fuerzas forma una palanca de brazos iguales y equidistantes del punto medio de apoyo que es el órgano jurisdiccional. Si se prefiere puede hablarse de inhibición, abandono o negligencia de una de las partes, lo que provocaría que la resultante del paralelogramo de fuerzas se confundiera con la potencia de una de las partes; pero ello nada prueba acerca de la relatividad de la jurisdicción, sino de la fuerza mayor de uno de los accionantes en la relación jurisdiccional.

13. Ya que Lampué no admite como criterio suficiente para determinar la naturaleza de la jurisdicción la caracterización de su fin, dentro del criterio material se adhiere a las teorías que consideran su estructura.

Cita a Duguit quien, sin embargo, completó su difinición "añadiéndole un elemento obtenido del fin propuesto por el autor del acto. Dicho fin no debería consistir en tomar una decisión que modificara el ordenamiento jurídico, sino, "ante todo", el resolver la cuestión de derecho".

Pero lo esencial es la estructura del acto que se le aparece "como un complejo de dos elementos estrechamente unidos uno al otro, hasta el punto de que parecen confundirse, pero que el análisis permite distinguir". Esta estructura es "por una parte, la comprobación de que ha acontecido o no una violación a la ley o a una situación jurídica y, por otra, la decisión tomada como consecuencia de esa comprobación."

Contra esta opinión se nos ocurre que puede confundirse con el acto administrativo que, por ejemplo, niega o reconoce la participación de un Estado en un impuesto federal tomando en cuenta si se ha violado o no la condición creada por la ley. En la especie la Secretaría de Hacienda expediría una circular publicada en el Diario Oficial de la Federación en la que expresándose que se ha comprobado o no una violación a la ley impositiva federal, o a una situación jurídica, la Entidad Federativa participa o deja de hacerlo en los ingresos provenientes de una tributación general.

No puede negarse que el acto es administrativo, pues además, sólo se refiere a los particulares de modo mediato, creando tal vez un problema de doble tributación, de inconstitucionalidad de alguna de las leyes, etc.; pero el acto en sí reviste la estructura completa que analiza Duguit. Y este acto puede producirse como resultante de la pretensión de cualquier sujeto de que se ha efectuado un trastorno en el orden jurídico, de que el derecho se ha violado. Máxime que, como explica Lampué: "Por una parte, dicha pretensión no se reduce a una discusión ni entraña necesariamente un litigio, ya que puede ser unilateral y no encontrarse con una pretensión opuesta; la operación jurisdiccional puede desenvolverse fuera del choque de afirmación contradictorias; basta que se plantee un problema concerniente a una pretendida violación del derecho. Y, por otra parte, la existencia de la pretensión anterior y exterior al acto, no es lo que permite caracterizarlo."

En el caso de una pretensión unilateral, como tuvimos oportunidad de señalarlo cuando hablamos del fin jurisdiccional, no se forma una relación de partes que actúan hacia el juez, más bien se presenta un acto

administrativo con ciertos formalismos semejantes al proceso. Y pensamos que la razón está de nuestra parte, tanto más cuanto que el propio Duguit acertadamente deja antes y fuera del acto jurisdiccional a la pretensión. Nos parece que esta "manifestación de voluntad, consecuencia lógicamente necesaria de una comprobación en la esfera del derecho objetivo o del derecho subjetivo", aunque vaga y amplia puede ser acertada si se refiere a un acto jurisdiccional, lo que ya está pidiendo la previa definición de este acto.

Es significativa la conclusión de Lampué cuando expresa: "en nuestro sentir, esta definición (recordémoslo) no permite oponer el acto jurisdiccional al acto administrativo o al legislativo, puesto que sus propios elementos componentes son por fuerza, o actos administrativos, si tienen carácter particular, o actos legislativos, si tienen carácter general, y en este punto creemos deber rechazar la teoría de Duguit. Pero, en cambio, la definición permite oponer los actos jurisdiccionales a todos los actos no jurisdiccionales (ya sean estos en sí mismos administrativos o legislativos), es decir, a todos aquellos que no presenten en su estructura el mismo carácter compuesto."

El resultado a que llega Lampué es inevitable porque la definición se movía en la naturaleza genérica de los actos jurídicos. Pero la salvedad que hace nos parece un remedio más nocivo, porque no existiendo diferencia entre el acto jurisdiccional y los demás, sólo cabría hablar de actos administrativos, legislativos, cuasi-administrativos, cuasi-legislativos y mixtos. Pero estas determinaciones se fundan en una nota distintiva que el esfuerzo meritorio de Lampué no localizó.

No es obstáculo para definir el acto jurisdiccional el hecho de que éste se produzca en la esfera de la administración activa o de la legislación. La división de Poderes no se corresponde completamente a la definición de funciones; como Lampué advierte esto depende de la repartición de tareas entre los diferentes órganos públicos, fenómeno en el que interviene la historia, la política, la economía u otro factor no jurídico. Amén de que: "Si bien muy numerosos actos jurisdiccionales por su índole no lo son en virtud de la ley, en cambio casi todos aquellos a los que el derecho positivo reconoce dicho carácter lo poseen también por su estructura propia."

Puesto que Lampué se adhiere a la tesis de Duguit, rechaza el criterio de Jèze para quien el acto jurisdiccional es una comprobación provista de fuerza de verdad legal. Afirma Lampué que "esta fuerza de verdad le-

gal no es un elemento que se derive de la consistencia misma del acto y pueda revelar su índole interna, ya que está atribuida al acto por voluntad del legislador. Es una cualidad que la ley confiere a un acto que no la poseería de por sí, únicamente en virtud de su naturaleza, y que no podría poseerla, pues el grado de autoridad correspondiente a tal o cual decisión depende sólo de la organización política del derecho positivo." Cita al propio Jèze quien confirma su criterio en su estudio de 1909 en la "Revue du Droit Public."

La observación de Lampué está resuelta por el propio Jèze cuando en los "Principes généraux du Droit Administrative", dice: "el legislador es quien decide discrecionalmente que, en tales casos la comprobación hecha por tal individuo tendrá fuerza de verdad legal, de modo que depende exclusivamente del legislador el que tal comprobación sea o no un acto jurisdiccional."

Nosotros creemos que ambas opiniones pueden conciliarse, porque no se refiere propiamente al acto jurisdiccional, sino al administrativo o al legislativo con apariencia de jurisdiccionales. Pero en tanto el acto jurisdiccional por su modalidad es apodíctico (en especial la sentencia definitiva), cuando a un órgano no jurisdiccional se le quiere otorgar la función respectiva, es menester, como opina Jèze, que las resoluciones del mismo tengan fuerza de verdad legal. Y por otra parte, si a un órgano jurisdiccional, el legislador le resta la posibilidad de dictar decisiones con fuerza de verdad legal, es indiscutible que desnaturaliza el fin principal, y no es obstáculo el que le faculte para realizar la clase restante de actos jurisdiccionales, aquellos que tienen modalidad problemática o asertórica, porque aun cuando estos actos pueden ser jurisdiccionales no son los esenciales.

14. Dentro ya del criterio formal del acto jurisdiccional, las doctrinas atienden a la voluntad del legislador para asegurar la independencia e imparcialidad de sus decisiones.

a) Carré de Malberg afirma que la organización de una autoridad en forma de tribunal origina la función jurisdiccional, y desde luego se ve obligado a negar carácter jurisdiccional a los actos emanados de otras autoridades. El mismo Lampué estima que la separación material de las funciones no corresponden en modo absoluto a los órganos, lo que nos parece objeción bastante.

Kelsen y Merkl obligados por sus principios teóricos concluyen que el único rasgo característico es la ausencia de subordinación jerárquica del

órgano encargado de juzgar con relación a otro que pudiera prescribirle el contenido de sus decisiones. La independencia funcional explicada por la condición de imparcialidad de la sentencia, sólo conviene a ciertos órganos jurisdiccionales, sin que la ausencia de sumisión al poder instructorio de una autoridad superior sea el elemento revelador de la naturaleza del acto, como acertadamente dice Lampué.

Cuando Kelsen afirma que la norma superior no puede determinar el contenido concreto de la norma inferior, está señalando el punto equívoco de su doctrina. La creación del derecho deductivamente es sólo una de las formas posibles, al lado de este método se encuentra el inductivo y el fenomenológico. En el primero ni la costumbre ni el derecho social (fuerza general obligatoria del contrato colectivo, por ejemplo) tienen cabida.

La lógica moderna (*Lógica*, Angel Rodríguez Cartas, Alberto Díaz Mora y Fausto Terrazas Sánchez, edición de la Secretaría de Educación Pública, México, D. F. 1949) ha descubierto que ni el juicio ni el silogismo brotan espontáneamente, sino como respuesta a una interrogante, pregunta que ya expresa las bases y el contenido de la respuesta. Cuando el legislador crea una de las llamadas normas abstractas, ha resuelto categóricamente los términos del problema planteado; su solución podrá ser contraria a la de otro legislador pero la materia es la misma y la respuesta se enmarca dentro de una posibilidad. En este caso el tribunal, concebido como organización jurisdiccional, no es independiente, porque está sujeto al planteamiento del problema. En todo caso, habría sólo una diferencia de grado, el juez estaría jerárquicamente sometido a la ley, de la misma manera que una autoridad administrativa superior y el mismo legislador.

b) Es también Carré de Malberg quien separa la jurisdicción y la administración en la necesidad de que la primera se someta a formas procesales destinadas a dotar a los justiciables de garantías de verdad. Pero como lo ve Lampué, la sumisión a formas procesales ha aparecido como una consecuencia del acto, aparte de que las formas clásicas del procedimiento o han sido copiadas o se han llevado a otras operaciones jurídicas. Así compara Lampué: la denegación de administración con la denegación de justicia, la declaración de utilidad pública con el procedimiento instructorio, la publicidad de adjudicaciones y concursos a la publicidad de las audiencias, los procedimientos disciplinarios con el debate contradictorio, la nulidad por falta de fundamento legal con la necesidad de motivar la decisión, el recurso superior jerárquico con las instancias sucesivas. Por ello termina diciendo: "aunque la contextura del procedimiento puede ser uno

de los indicios de la voluntad que ha tenido el legislador de atribuir cierto carácter a un acto, no puede reputarse, pues, constituyente del criterio del acto jurisdiccional, ya por sí solo, ya combinado con un elemento orgánico."

c) El carácter original del acto desde el punto de vista formal aparece como particular a la escuela de la jurisdicción.

Ya se ha expresado antes que para Jèze es acto jurisdiccional aquél que está provisto de fuerza de verdad legal.

Pero como apunta Lampué: "esta autoridad de la cosa juzgada corresponde al fin social propuesto por la institución de las jurisdicciones, que consiste en poner fuera de discusión los puntos debatidos, para dar seguridad a los derechos de los individuos." Por lo mismo, el carácter se refiere a la validez de las disposiciones obligatorias y, como piensa el licenciado Toral Moreno: "Aunque es cierto que la sentencia está dotada siempre de tal eficacia jurídica, y que el acto verdaderamente administrativo nunca tiene la fuerza de cosa juzgada material y, en ocasiones tampoco de cosa juzgada formal, debe advertirse que muchas resoluciones no poseen aquella y, sin embargo, son de índole indiscutiblemente jurisdiccional."

No obstante, cabe distinguir entre la autoridad material de la cosa juzgada como mera validez y la autoridad formal de la cosa juzgada, que es el carácter de definitiva e inmutable que tiene la resolución obtenida en un proceso que no puede incoarse de nuevo y transforma en improcedente la acción que intente ponerla a debate. Así distingue Lampué entre la inmutabilidad de los actos administrativos como propia del principio de irretroactividad y poder revocatorio que se ejerce tanto respecto a las individuales como a los generales, siempre que la revocación se conforme a las reglas correspondientes. De ahí la dificultad de distiguir entre los actos que poseen la naturaleza de sentencia y los que carecen de ella, problema del carácter de los actos de los tribunales administrativos. Mas todo eso nace de la imprecisión de la naturaleza del acto jurisdiccional según los criterios formales reseñados.

15. Aunque la tesis del licenciado Jesús Toral Moreno ha quedado analizada cuando se estudiaron las doctrinas de la naturaleza material por su finalidad, conviene hacer breves comentarios sobre su particular punto de vista.

El autor rechaza desde luego la posibilidad de definir la jurisdicción por la calidad de cosa juzgada, ya que la considera una exigencia derivada del fin propuesto a la función. Rechaza también la doctrina de Du-

guit porque la unión indisoluble de la comprobación y la decisión existe en la mayor parte de los actos administrativos, que deben estar fundados y motivados. Le parece que en cuanto al objeto es menester que el acto verse sobre un conflicto jurídico, entendiendo por tal, la imposibilidad de satisfacer simultáneamente las conveniencias inmediatas y egoístas de las partes. Afirma que en el acto jurisdiccional se resuelve una pretensión y por ello el acto es un decir o un hacer, siempre que la pretensión se base en un derecho subjetivo. Por su objeto sintetiza el acto jurisdiccional como la resolución de un conflicto jurídico como tal. Sin embargo, su criterio no es categórico, ya que previendo objeciones añade al criterio material el formal que extrae del fin de la función jurisdiccional, el cual concibe como la tendencia propia del acto.

El fin "determina y precisa a una materia que de por sí es indeterminada, y le da consistencia concreta. Por esta razón es uniforme el contenido de la resolución jurisdiccional: porque constituye siempre una declaración del derecho en el caso concreto, en tanto que el acto administrativo tiene aspectos muy variados, porque se encamina a satisfacer necesidades e intereses en gran manera diversos."

Se advierte que al igual que Lampué, la distinción no se hace entre actos jurisdiccionales y administrativos, sino entre actos jurisdiccionales y no jurisdiccionales. Pero precisamente lo que importa es saber si el acto jurisdiccional puede ser establecido con toda claridad y precisión frente a los actos administrativos semejantes. Aunque la base propuesta por el licenciado Toral Moreno es correcta, termina por desviarse de sus premisas y habla de que: "La función jurisdiccional se endereza a lograr concretamente aquel aspecto del bien común que consiste en la conservación del orden jurídico, la realización de la ley y la satisfacción de los derechos subjetivos. La actividad administrativa tiende a lograr los demás aspectos del bien común."

Citando a Ignacio Medina (*Teoría de la Jurisdicción*), afirma que: "Mientras que el acto jurisdiccional se emite exclusivamente en interés de la ley, la orden administrativa será en virtud de la ley pero en interés del servicio."

No se ve sino una diferencia de grado y no de esencia, el acto administrativo sería el género y dentro de él la jurisdicción sólo alcanzaría una etapa. Mirando ambos a la ley, la jurisdicción se detendría y la administración proseguiría hasta el servicio. A esto debe añadirse que la distinción entre justicia conmutativa y justicia distributiva como objeto del

acto, es otra distinción de grado que tampoco logra definir el acto jurisdiccional. Por ello pensamos que la tesis del licenciado Toral Moreno, aunque pretende ser una doctrina material cae en la distinción formal.

16. En conclusión, a nuestro entender, la jurisdicción sí es un acto distinto del administrativo y del legislativo por su propia naturaleza ya que la función jurídica tiene un fin, pretende un deber ser y se inspira en una norma. Si hacemos un acopio de los elementos doctrinales que antes se mencionaron, podemos combinar tanto los materiales como los formales y mirar al objeto, a la finalidad, a la estructura, a la decisión, a las partes, al proceso y al órgano. Una clara visión de lo que es la jurisdicción nos la ofrece el doctor Niceto Alcalá-Zamora, en su obra citada cuando dice: "Producido el litigio o conflicto entre dos esferas contrapuestas de intereses, cabe que se solvente por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero."

He aquí el contenido particular, material y completo de la jurisdicción: contraposición de pretensiones decididas imperativamente por un tercero.

Ni la legislación, ni la administración pueden presentar esta situación dinámica. A la legislación le falta la decisión de un tercero y la contraposición de pretensiones. A la administración le es ajena la decisión de un tercero.

La legislación no contempla contraposición de pretensiones, tal vez de derecho o intereses generales, pero no pretensiones, porque éstas son exclusivamente personales, esto es, del sujeto individual en cuanto hombre, la pretensión existe antes del derecho, antes de la acción y después que ambos han fungido. Y aún en el caso de que se quisiera confundir pretensión con derecho o con acción, lo cual sería tan absurdo como asimilar la norma y la ejecución, cabe advertir que la contraposición nace después o sin el derecho, después de la definición del legislador quien no decide sobre una situación creada sino sobre un problema general de regulación jurídica. Además, entre el legislador y el obligado, la relación es categórica, precisamente por ello, en los casos de normaciones inconstitucionales, la función jurisdiccional decide disyuntivamente entre ambas partes y puede hablarse (en nuestro régimen de garantías constitucionales), del derecho de audiencia del legislador cuando la ley es impugnada. Este problema no se presentaría si fuera el legislador quien hubiera de decidir. Independientemente de que esté lógica y jurídicamente fundado este dere-

cho de audiencia del legislador, la mera existencia del problema demuestra que no es este órgano el jurisdiccional.

En cuanto a la administración, la contraposición de pretensiones es tan directa que se está en el primero de los casos que define el doctor Alcalá-Zamora, esto es, la contraposición se solventa por obra de los propios litigantes, ya sea unilateral o bilateralmente, por autocomposición o por autodefensa. Sería demasiado arbitrario confundir la decisión unilateral del administrador, aunque ésta proviniera en revisión jerárquica, y aunque tenga el carácter de decisión imperativa.

Sin embargo, si no bastara, en algún supuesto extraordinario, esta caracterización del acto jurisdiccional, tenemos absoluta seguridad de que la connotación de intransigencia colma cualquier laguna que pudiera existir en la definición. Por intransigencia de pretensiones contrapuestas, entendemos la situación en que ni la autocomposición ni la autodefensa son jurídicamente posibles. Si ni en forma altruista ni egoísta se logra la resolución parcial (de partes), la decisión autoritaria de un tercero será indiscutiblemente un acto jurisdiccional. Y ahora no cabe suponer, que el legislador o el administrador puedan realizar este acto, y cuando, tomando en cuenta la posibilidad particular de los regímenes estatales, el órgano administrativo o el órgano legislativo lleven a cabo funciones de la naturaleza indicada, sin duda se tratará de un acto jurisdiccional aun cuando el órgano no corresponda al clásico o típicamente denominado jurisdiccional.

Sólo de modo ejemplificativo y para el efecto de aclarar la función, naturaleza y significado de los diferentes factores que se conectan y presentan con el acto jurisdiccional, añadiremos lo siguiente.

En una típica situación jurídica dos o más sujetos pueden encontrarse, en relación con sus respectivos derechos, en estados de mera incertidumbre, de discrepancia, de contienda que puede agudizarse hasta llegar al conflicto y aun originar el litigio.

Nacen entonces sendas pretensiones personales. Para que la incertidumbre se aclare, la discrepancia se resuelva, la contienda, el conflicto o el litigio se solucionen, los sujetos cargan su pretensión en un vehículo llamado acción procesal. El vehículo se dirige directamente hacia un tercero. El juez necesitará estar investido de la autoridad suficiente para oír a las partes, conocer sus pretensiones y los derechos en que se fundan, así como para decidir la validez de las mismas.

Si la decisión final sólo se encuentra al término del camino que debe recorrer cada acción o reacción, tanto la posibilidad de transitarlo como las de cruzar por sus diversas estaciones, derivan de la función jurisdiccional que el juez realiza mediante actos determinados, los cuales por su modalidad lógica pueden ser o problemáticos, o asertóricos o apodícticos. Si el vehículo (acción), con su carga (pretensión), logran evolucionar en el proceso, ello se debe a la presencia de actos jurisdiccionales que a modo de visas aduanales van autorizando y permitiendo el tránsito. De otra manera las acciones se moverían en un solo círculo *sin* avanzar, como lo hacen, en espiral. Cuando la acción arriba al último puerto, la jurisdicción decide la procedencia de la pretensión y la validez de los derechos. Entonces ya la pretensión puede dirigirse directamente al obligado, al vencido, y sólo en caso de que éste obstaculice o se resista a que la pretensión alcance su fin, el vencedor podrá solicitar y obtener la coacción estatal. Por ello la jurisdicción califica en primer lugar la procedencia de la acción y cuando ésta ha recorrido el proceso, el acto jurisdiccional decide sobre la procedencia de la pretensión y la validez del derecho. Nada impide que las partes abandonen la acción por distintas circunstancias, pero el acto jurisdiccional se ha realizado desde el momento en que se califica la procedencia de la acción, esto es, desde que se acepta la demanda. Y, para el caso de ejecución de la sentencia, debemos recordar que siendo esencial a toda norma de derecho la coercibilidad, el acto jurisdiccional enmarcado en la esfera jurídica, proveniente de una autoridad, es también coercible. Hay por lo mismo posibilidad de ejecutar la decisión contra la voluntad del obligado, sin su consentimiento y aun sin su colaboración, supliéndole en la forma que Ugo Rocco ha descrito. Así, podemos entender que en el procedimiento penal la acción del Ministerio Público pueda ejercitarse sin un derecho subjetivo del Agente Administrativo y sólo porque el órgano es el titular de la pretensión punitiva.

El límite de nuestras consideraciones nos impide analizar más pormenorizadamente los diferentes factores que intervienen en la función juridiccional; pero creemos que la ejemplificación anterior es bastante para señalar la posición en que se encuentran el órgano, la función y el acto.