



TEORÍA GENERAL DEL PROCESO

Derecho, Estado y Jurisdicción

Por: Dr. Mauricio Alfredo Clará *

1.1 EL DERECHO. Para la comprensión exacta de la relación que se debe observar entre la función jurisdiccional —actividad de los jueces— y el Derecho, creo conveniente, como acto previo para el estudio de la primera, hacer referencia, en términos muy generales, a la **actividad jurídica**, (1) y en particular a la **actividad del Estado**, asunto, que habrá de permitirnos ubicar, por un lado, los acontecimientos de trascendencia jurídica y, su relación con el Derecho, y por otro, situar, en ese marco de referencia, la función que corresponde y, a la razón de ser de la jurisdicción.

Es evidente que la actividad humana en cualesquiera de sus manifestaciones es fuente inagotable de múltiples relaciones y, que muchas de ellas, consciente o inconscientemente, se realizan día a día bajo el imperio del Derecho; así, acontece con el abordaje de los medios de transporte, la adquisición de bienes alimenticios, el

uso de los servicios, etc., etc. En cada uno de estos acontecimientos se realiza en la práctica, una actividad que no es indiferente para el Derecho. Atentos a lo anterior, interesa determinar **qué es o, en que consiste el Derecho** (2). A ese respecto se han planteado varios enfoques entre los que prevalece la concepción normativista. Este planteamiento afirma que el Derecho es una especie de norma de conducta diferenciada frente a las demás, debido a su carácter imperativo-atributivo. El máximo exponente de esta concepción es, sin duda, Hans Kelsen y su expresión más refinada, la Teoría Pura del Derecho (3).

La norma jurídica, en la concepción de Kelsen, es un juicio hipotético, (4) al que se vinculan efectos o consecuencias jurídicas, al realizarse los hechos consignados en la hipótesis normativa. La enunciación normativa puede sintetizarse en la fórmula "Si A es debe ser B"; si B no es, debe ser C". En ese sentido hay que advertir que la norma jurídica en cuanto juicio hipotético, expresa en todo caso el "debe ser" y, que su concreción dependerá de la conducta positiva o

* Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Sociales graduado de la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales, UES. Magistrado de la Corte Suprema de Justicia.

negativa del sujeto al que corresponde su observancia, de tal manera que, ante esa situación se habilitan dos posibilidades antagónicas, el cumplimiento -respeto a la norma- o su violación.

En el primer caso, la norma queda satisfecha de inmediato, asunto que acontece ordinariamente en el tráfico humano, razón por la que su trascendencia jurídica, transcurre por lo general de manera inadvertida. En el segundo caso el Derecho afronta su infracción, o sea el quebranto al "debe ser" previsto en la norma. Ante ese evento, el mismo Derecho -previsoriamente- habilita los mecanismos conducentes para remediar la situación originada por la infracción y, es precisamente en este punto, en que adquiere especial importancia la función jurisdiccional encomendada especialmente a los jueces. En efecto, a la fórmula kelseniana, que expresa la estructura normativa debe agregarse con carácter previo la función de los tribunales como elemento integral del ordenamiento normativo, que no sólo habilita la aplicación práctica de las consecuencias jurídicas previstas en la norma, sino, además, representa indicio inequívoco de otra de las dimensiones que deben considerarse para la concepción plena del Derecho, como expresión, no sólo del "debe ser" jurídico normativo, sino también, del "debe ser" axiológico, presidido de la justicia.

1.2 DIMENSIONES DEL DERECHO. El Derecho en su concepción plenaria le asignan tres dimensiones (5). La normativa, la sociológica y la axiológica. La primera, -como anticipamos- se expresa en el conjunto de nor-

mas que integran el ordenamiento jurídico, está presente en sus diversas fuentes, e incluye toda la gama de preceptos jurídicos, a partir y con fundamento en la Constitución. La segunda se manifiesta en la realidad o vivencia social de la conducta intersubjetiva (6) que de alguna manera hace patente la expresión hipotética plasmada en la normatividad. Y, la tercera, es aquella que traduce los valores -justicia, seguridad, orden, etc.- recogidos por el Derecho, que legitiman su erección y, en su caso, habilitan el juicio de las conductas en su realización práctica.

En el plano teórico, es notable el énfasis tradicional por el estudio del Derecho en su expresión normativa, como hiciera Kelsen. Sin embargo, no menos importante debe considerarse el estudio de la realidad para la comprensión e inteligencia plena del Derecho, porque las normas jurídicas, al limitarse a meros juicios hipotéticos, su estudio queda reducido al mero pensamiento jurídico. El Derecho, obviamente, es mucho más.

1.3 CONCEPTOS JURIDICOS.

Por otra parte para facilitar el manejo de la realidad y su comprensión, en relación al pensamiento jurídico del Derecho, la Ciencia Jurídica utiliza los conceptos jurídicos que funcionan como instrumentos de ese pensamiento, facilitando la comunicación y el estudio sistemático (7). Para esto, la Ciencia Jurídica ha incorporado, con significación propia, los conceptos jurídicos como por ejemplo actividad

jurídica, hecho jurídico, acto jurídico, relación jurídica, situación jurídica, derecho subjetivo, deber jurídico, norma jurídica, etc., etc.

1.3.1 ACTIVIDAD JURIDICA.

Por actividad jurídica debe entenderse aquella actividad que de cierta forma se manifiesta por medio de hechos o de actos jurídicos, incluyendo los negativos al precepto jurídico, como por ejemplo la infracción penal, que no obstante su anti-juridicidad constituye una de las tantas especies del hecho jurídico.

En ese sentido la actividad jurídica se realiza de tantas formas, como el ordenamiento jurídico es capaz de prevenirla, sea de manera positiva o negativa, expresa o implícita. Su contenido aparece, a primera vista, expuesto de manera abstracta en la normatividad jurídica, pero muchas veces, esa misma normatividad permite que se extienda para comprender situaciones real o aparentemente imprevistas, a las que comúnmente se les denomina vacíos o lagunas jurídicas.

1.3.2 NORMA JURIDICA. La norma jurídica, es la expresión de la conducta que debe observarse en la vida práctica. En su estructura incorpora, en forma hipotética o supuesto jurídico a la pre-visión de hechos jurídicos en sentido lato, los que, al realizarse efectivamente, permiten actualizar las consecuencias jurídicas establecidas imperativamente de una manera general y abstracta. En ese sentido, las hipótesis normativas siempre

hacen referencia a hechos jurídicos concebidos en abstracto por la legislación, y que son factibles de realización práctica. La concreción fáctica de las hipótesis normativas objetivada en hechos, viene a constituir la realidad afirmativa o negativa que afecta al precepto normativo (8).

La norma jurídica en cuanto expresión lógica es sólo pensamiento jurídico. La conducta, acoplada a dicho pensamiento o su contradicción, representa la realidad. Pero, social e históricamente, la realidad no pocas veces ha inducido a la concepción de la norma jurídica. Pensamiento y realidad y viceversa, en retroalimentación recíproca y constante, han contribuido y siguen contribuyendo a la concepción de la conducta que debe ser observada, teniendo en cuenta las valoraciones imperantes en lugar y tiempo.

1.3.3 DERECHO SUBJETIVO.

DEBER JURIDICO. Además, toda norma jurídica explícita o implícitamente hace referencia al derecho subjetivo y a su correlato, el deber jurídico, en tanto son consecuencia directa de la realización de la hipótesis normativa (9). De allí la distinción conceptual entre Derecho Objetivo -la norma jurídica- y derecho subjetivo -derivación de la norma- que faculta o potencia al sujeto acreedor, frente al sujeto del deber jurídico -conducta exigible-. En ese sentido, derecho y deber, son conceptos correlativos, y a la vez confirmativos de la bilateralidad característica de la norma jurídica. Esta relación ha sido hábilmente des-

crita por E. García Maynez con el ejemplo siguiente: la norma jurídica postula que "todo padre (o madre) de familia debe dar alimentos al hijo". Si Juan es padre de familia debe dar alimentos a su hijo; si no obstante, Juan no suministra los alimentos (a su hijo), debe ser obligado a darlos (10). Exactamente la misma idea se expresa en la fórmula kelseniana a que hicimos referencia al inicio de este estudio. A la descripción anterior que ejemplifica el funcionamiento de la norma jurídica debe añadirse, como asunto previo de especial pronunciamiento para hacer efectiva la coactividad de la misma, el proceso jurisdiccional. Este viene a ser materia íntimamente vinculada para la efectividad de la norma jurídica, asunto que conduce al estudio de la función jurisdiccional especialmente confiada a los Jueces, que es una de las grandes actividades jurídicas del Estado.

2.1 LA ACTIVIDAD DEL ESTADO. La característica social del ser humano le induce a elevarse desde la más elemental organización, representada en su original comunidad sanguínea -la familia-, hasta la más compleja y pluriforme organización, constituida por el Estado. Si bien es cierto el concepto técnico de la organización política y jurídica de la sociedad, ha sido reconocido a partir de la época moderna -H. Heller (11)- sociológicamente, el mismo concepto ha sido aplicado para designar a toda organización de la sociedad humana con clara dependencia

de poderes de dirección y dominación (12). En ese sentido, desde Aristóteles, se atribuía a la Ciudad-Estado -como actividades fundamentales- hacer la guerra y la paz, celebrar alianzas, legislar, hacer justicia y elegir a los empleados y jueces (13).

La visión del estagirita define claramente actividades de diverso orden, que perfectamente son conciliables en los modernos sistemas de organización estatal, entre éstos los que fueron inspirados por el barón de la Bredé y de Montesquieu, bajo la influencia de circunstancias históricas. En efecto, la teoría de los Poderes concebida por Montesquieu, reflejó la percepción de un sistema que reunía en su tiempo en el monarca todas las potestades de mando y dominación políticas y sociales, al extremo tal que la afirmación formulada por Luis XIV, "el Estado soy yo", no constituía una exageración sino una realidad.

En su origen y, por circunstancias históricas, la idea de los tres poderes planteaba en la tesis montesquiana una separación absoluta entre los mismos, con la tendencia de que cada uno de ellos pudiese representar un freno o contrapeso respecto de los demás, con la finalidad de impedir abusos en su ejercicio (14).

En la actualidad y, a partir de las revoluciones norteamericana y francesa, los sistemas de organización política de esta parte del planeta -identificada como sector occidental- aceptaron de cierta manera las doctrinas de Montesquieu y de Locke con sus adaptaciones. Entre éstas se destaca la concepción de la unidad del poder estatal, sin contravenir la división

orgánica de las funciones, a la que se suma la idea de colaboración en el ejercicio de las atribuciones que a cada una corresponde (15).

2.2 FUNCIONES DEL ESTADO.

En este análisis contribuyen no solo la Ciencia Política sino también, particularmente, la Teoría General del Derecho, La Teoría General del Estado, la Teoría del Derecho Administrativo y en cierta medida, la Teoría General del Proceso, disciplinas, que, partiendo de enfoques diferentes, convergen con mayor o menor influencia en el gran tema de la actividad del Estado, desdoblada en las tres grandes funciones Legislativa, Ejecutiva -denominada también Administrativa- y Jurisdiccional.

Las denominaciones **Legislativo**, **Ejecutivo** y **Judicial**, de cada uno de los órganos superiores del Estado, es francamente determinada por la especialidad de la actividad que les corresponde desempeñar, sin perjuicio, de que en casos excepcionales, y sin ruptura del sistema, se atribuye a otro de los mismos órganos, una actividad que ordinariamente compete por su especialidad a uno de esos tres órganos, con la finalidad singular de establecer el equilibrio y control del mismo Poder. En ese sentido, ordinariamente corresponde al Órgano Legislativo legislar; al Ejecutivo velar por la ejecución o administración de las leyes y al Judicial ejercer la jurisdicción o administración de justicia. Solo excepcionalmente una actividad que naturalmente compete al Órgano Legislativo puede ser atribuida al Órgano Ejecutivo o Jurisdiccional, y así, también puede ocurrir

viceversa con cada uno de los otros Órganos. Por ejemplo, se afirma que la sentencia declarativa de inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, representa un acto de legislación negativa, -derogación- desde luego que los efectos de la misma se producen "erga omnes" y son vinculantes para el mismo Estado -funcionarios y autoridades- y los particulares. La cuestión amerita cierta atención. En efecto, la declaración de inconstitucionalidad tiene efectos similares a la derogación, pero dista mucho de ser ésto, exactamente, no sólo por la forma en que se produce la expulsión de la ley, decreto o reglamento, sino por el fundamento del asunto. Si la Ley, decreto o reglamento han surgido con infracción de la Constitución, la declaración de inconstitucionalidad se contrae a reconocer aquella infracción y su consecuencia jurídica no puede ser otra que la invalidación o anulación. (Se plantea la discusión respecto del alcance de esa invalidación o anulación en el tiempo. Si únicamente proyecta sus efectos hacia adelante o si los retrotrae hasta la vigencia del acto impugnado).

Como podrá advertirse, cierta doctrina -la que afirma la derogación- no ha profundizado en las cuestiones que pueden plantearse en relación a la naturaleza de la sentencia declarativa de inconstitucionalidad o denota falta de acuerdo en tema de tanta importancia. Esta cuestión ha permitido sugerir la identidad entre esta clase de sentencia y el acto legislativo. Es de considerar la duda de esa identidad, y en principio, nos inclinamos por la anulación de la ley declarada inconstitucional. Nulidad de la que se derivan los efectos **nomotéti-**

cos o universales de la declaración. En consecuencia, el acto declarativo de inconstitucionalidad de la ley, en su caso, puede y debe considerarse formal y sustancialmente jurisdiccional, debido a que es producto de la actuación de un Órgano Judicial, en un proceso jurisdiccional, en el que aparecen una parte demandante y otra demandada, en procura de la sentencia, la que ordinariamente solo produce efectos singulares para los casos concretos que resuelve (16).

También se ha planteado que la Asamblea Legislativa, al proceder a decretar el desafuero de uno de sus miembros, ejerce un acto sustancialmente jurisdiccional. La cuestión, al parecer, tampoco ha sido debidamente analizada. En materia jurisdiccional pueden distinguirse diversos actos procesales, entre éstos los preparatorios al proceso, cuya calificación, es variable, de acuerdo a la visión del exponente. También aquí la doctrina aparece inconsistente. Si bien se observa, el fundamento (del procedimiento establecido) para que la Asamblea resuelva y decrete el desafuero en cuestión, es meramente político. Difícilmente esa decisión puede caracterizarse como sustancialmente jurisdiccional, porque el obstáculo, constituido por el fuero y su previa remoción deja intacto el conflicto jurisdiccional. En ese sentido, el ante-juicio, en caso de favorecer el desafuero, únicamente habilita el ejercicio e impulso de la acción penal, sin otro pronunciamiento que el de remover el obstáculo que inicialmente -por el fuero- impedía aquel ejercicio, exactamente por corresponder la materia de juicio en toda su plenitud a los tribunales ordinarios. La remoción del obstáculo generado

por el fuero no pertenece en esencia a la esfera jurisdicente. Antes bien, su observancia, satisface una condición o presupuesto para habilitar el andamiento del proceso jurisdiccional, sin por esto convertir **al trámite de remoción foral** en ejercicio de función jurisdiccional, no obstante la semejanza que en alguna legislación se haya establecido respecto de aquél con el proceso judicial (17). Contra la idea de erigir a la función jurisdiccional por afuera de los tribunales se ha alzado la doctrina de los procesalistas y, con sobrada razón, para aquellos que entienden el significado de la cosa juzgada como elemento sui generis, exclusivo de la función jurisdiccional y de la peculiar función constitucional, -de la jurisdicción- de garantizar el imperio de la ley y de su exacta inteligencia, tanto en su dimensión concesionaria de derechos, como en el de su simple formal acatamiento. Para los celosos amantes de la libertad, solo y únicamente existe Estado de Derecho allí dónde la cosa juzgada puede erigirse como fruto exclusivo de la función jurisdicente de los jueces. Cualquier intento de sustitución, al respecto, debe analizarse como un intento de atentar contra la máxima garantía constitucional nominada o no en el texto de la Constitución **due proces of law** (18).

La cuestión objeto de análisis es mucho más compleja en la esfera de la Organización Administrativa -centralizada o descentralizada- de acuerdo a la legislación de que se trate. En El Salvador existe una considerable cantidad de leyes administrativas reguladoras de procedimientos semejantes al proceso judicial, que incluyen el uso de medios de impugnación, hasta habilitar la demanda conten-

ciosa administrativa, que ha permitido concebir, la idea de una especie de cosa juzgada en sede administrativa cuando en realidad se trata del denominado principio de definitividad.

La Constitución salvadoreña postula -en el Capítulo III, Título VI, de los Organos del Gobierno, Atribuciones y Competencias-, al tratar del Organismo Judicial, como atribución exclusiva del mismo "la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en materias constitucional, civil, penal, mercantil, laboral, Agraria y Contencioso-Administrativa, así como en las otras que determine la ley". Esta disposición concede a los Jueces la exclusividad del poder jurisdiccional en las materias allí expresamente determinadas por la Constitución, la que hace extensión del mismo poder a la legislación secundaria, asunto en el que al no distinguir permite a la ley autorizar el ejercicio de actividades jurisdiccionales fuera del ámbito del Organismo Judicial (19).

En la misma Constitución por ejemplo se erige como tribunal con poderes jurisdiccionales a la Corte de Cuentas de la República respecto a la vigilancia, inspección y glosa de las cuentas de los funcionarios y empleados que administren o manejen bienes públicos. Otro tanto sucede con el Tribunal Supremo Electoral. De igual manera la Constitución faculta la solución de conflictos mediante el arbitraje, con las limitaciones legales. Consecuentemente la expresión usada por la Constitución, al referirse a la exclusividad de la función jurisdiccional de los Jueces y Tribunales del Organismo Judicial, debe entenderse limitada a las materias que la misma

ha determinado y a las otras que también determinen las leyes secundarias. Fuera de esos casos, no puede predicarse respecto del Organismo Judicial la reserva absoluta de la función jurisdiccional, por lo que en El Salvador es factible la erección material del ejercicio de la jurisdicción en otros ámbitos de la organización estatal, asunto que como advertimos no favorece la doctrina de los procesalistas.

2.3 CRITERIOS DE DISTINCION. Para resolver la cuestión que puede plantearse, ante la posibilidad de que un determinado Organismo estatal ejercite además de la función que es la propia según su denominación, otras que para este son excepcionales, la doctrina ha formulado criterios o principios de identificación de la naturaleza específica de la actividad desempeñada por el Estado. Tres son los criterios en referencia.

- A) **Criterio Orgánico.** De acuerdo al criterio orgánico, la naturaleza de la actividad del Estado se determina **según el órgano** que la realiza. En ese orden es actividad legislativa la realizada por el Organismo Legislativo, es actividad ejecutiva la realizada por el Organismo Ejecutivo, etc. Como es fácil advertir, este criterio no asegura el conocimiento sobre la naturaleza intrínseca de las actividades estatales, porque su conclusión descansa en el limitado conocimiento del órgano que la realiza, sin otro análisis.
- B) **Criterio Formal.** Según este criterio la naturaleza de las ac-

tividades estatales se determina **por la forma** en que éstas se manifiestan o sea, este criterio recurre al elemento formal que reviste a la actividad. En ese sentido, es actividad legislativa aquella que posee las formas de creación de las leyes, y de igual manera acontece con las otras funciones en las que hay que atenderse a las formas de creación de las sentencias y de los actos administrativos en sus respectivos casos. Pero como acontece con el criterio orgánico, el propósito de este criterio también puede verse insatisfecho al limitar el análisis a los aspectos meramente externos de la actividad del Estado.

- C) **Criterio Material.** De acuerdo con la doctrina, este criterio recurre **a los efectos** jurídicos materiales de la actividad que se trata de identificar, independientemente de la naturaleza del órgano que la produce y de la forma en que se realiza. Desde este punto de vista -se afirma- es posible aproximarse a la verdadera esencia de la función o actividad estatal. Con todo, nos parece aventurado pretender establecer conclusiones con carácter absoluto.

Si bien es cierto los criterios mencionados representan instrumentos utilizables para la averiguación que con ellos se pretende, también es cierto, que aisladamente considerados, no satisfacen en su propósito completamente las exigencias de la razón, por lo que es recomendable la aplicación conjunta de los mismos, o abstenerse de descartar, en su caso, a cualquiera

de ellos. Expuesto lo anterior, consideramos conveniente plantear, rápidamente, la visión de las funciones del Estado y, detenernos, claro está en el estudio de la jurisdicción, como tema principal de este análisis.

2.3.1 ACTIVIDAD LEGISLATIVA. La actividad legislativa dentro de la organización política estatal, es la función mediante la cual el Derecho es formalmente elaborado. En ese sentido Kelsen ha dicho que "por legislación como función es difícil entender otra cosa que no sea la creación de normas jurídicas generales" (20).

Esta función, según se ha indicado, corresponde especialmente al Organismo Legislativo. Las formas de que se reviste la actividad legislativa en la formulación de las leyes, generalmente están determinadas en la Constitución. Esas formas representan prácticamente el método o procedimiento formal de formulación o aprobación de las leyes, sintetizadas en etapas sucesivas que debe experimentar el respectivo proyecto de ley, desde la presentación, -por aquellos que tienen iniciativa de ley- seguida del estudio, discusión, aprobación, sanción, promulgación, publicación, vacatio legis y vigencia. Ahora bien, no todo proyecto de decreto que se sujeta al procedimiento formativo de las leyes, dá origen a disposiciones de contenido normativo, como acontece por ejemplo cuando el cuerpo de legisladores procede a elecciones de segundo grado. Asunto que ha permitido la distinción entre leyes formales y leyes materiales, reservando

esta calificación precisamente a las que contienen normas jurídicas (21).

Debe indicarse que para la función legislativa, la cuestión formal adquiere singular importancia. Constitucionalmente, la actividad del Estado solo adquiere carácter legislativo cuando en su génesis y desarrollo, se cumple con exactitud las formas previstas para su producción. En caso contrario, la ley puede ser atacada de inconstitucionalidad.

La natural producción de las leyes ha sido confiada por la Constitución a un cuerpo colegiado, al que se atribuye, además la representación popular, que en los regímenes democráticos es su base o fundamento sustancial. La Constitución salvadoreña en muchos de sus artículos expresamente cita la ley como fuente normativa que debe desarrollar sus postulados, estableciendo, de esa manera una especie de reserva, fuera de la cual, quedan excluidas otras fuentes de la normatividad (22).

En el sentido que se analiza y expone puede afirmarse que el producto ordinario de la función legislativa son las leyes de contenido normativo, a las que debe su denominación. Las leyes formales sin contenido normativo, por tal motivo, quedan limitadas en cuanto a sus efectos, a la situación jurídica singular a que hacen referencias. Esta cuestión, según anticipamos ha dado margen a la distinción entre leyes materiales o normativas y leyes meramente formales sin normatividad alguna.

El objeto de la función legislativa es por todo lo expuesto, la producción de

leyes de contenido normativo. Ellas constituyen dentro de la actividad jurídica del Estado al acto legislativo y, en nuestra percepción, el acto normativo por excelencia, ya que es posible la concepción de otros actos normativos, que sin constituir ley, pueden regular la conducta de una manera general y abstracta. Esto acontece con los reglamentos y ordenanzas administrativas, atribuidas generalmente al Órgano Ejecutivo y a los Concejos Municipales. En ese sentido el acto puramente normativo, de carácter general, admite una variedad de especies, de acuerdo a la fuente de su producción.

Teniendo en cuenta la noción de acto jurídico, puede afirmarse que la función legislativa culmina con la formulación del acto legislativo, cuyo objeto es crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas de ordenamiento general. Ahora bien, el producto de la función legislativa, ordinariamente es la ley o acto regla -en términos de León Duguit-, creador de situaciones jurídicas generales y regulador de la conducta humana (23). Puede atribuirse al acto regla carácter abstracto y genérico, por hacer referencia a hechos o situaciones jurídicas hipotéticas, respecto de un indeterminado e indeterminable número de casos que, eventualmente, pueden llegar a concretarse, de dónde resulta que su observancia, mientras esté vigente, es inagotable, en tanto no se introduzca una reforma o derogación que modifique o concluya sus efectos. En ese sentido, el acto normativo es también modificable. Así se explica en sus respectivos casos el estancamiento, la evolución y los avances de la legislación.

2.3.2 ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. La actividad administrativa del Estado constituye otra importante función, especialmente en la trayectoria de la evolución histórica y política de la organización. Algunos llegan a afirmar -para destacar esa importancia- que en la organización estatal podría prescindirse de las demás funciones, pero tratándose de la administración, jamás, por implicar su misma desaparición.

De verdad el estudio de la función administrativa permite al investigador, la percepción de la verdadera razón de la existencia de la organización estatal y de la complejidad de sus atribuciones, a partir de su fundación, a lo largo de toda su historia y evolución, todas ellas -las razones de su existencia- concurrentes y enriquecidas por su finalidad como es la satisfacción de los intereses generales.

La actividad administrativa puede realizarse, indistintamente, por actos jurídicos de diversa clase o especie, cuyas formas no deben constituir obstáculo o impedimento para su ejecución oportuna y efectiva. Los planes ejecutivos de todo gobierno deben admitir -cualquiera sea la orientación política del gobernante- su acoplamiento, al ordenamiento jurídico positivo de esta función que aparece consignado en la Constitución y es desarrollado en la legislación de segundo grado.

En orden a estas ideas la función administrativa puede concebirse como la serie de actos, que en ejecución de las leyes satisfacen o tienden a satisfacer en concreto los intereses gene-

rales (24) y, para los que el Organismo Ejecutivo especialmente dispone, directa e inmediatamente, de los instrumentos jurídicos y materiales para su consecución. Basta revisar la serie de atribuciones que corresponde a cada Ministerio del Ejecutivo para confirmar la razón de ser del mismo Estado y de todo el instrumental jurídico -leyes administrativas, organismos centralizados y descentralizados, etc.- y material para que el Estado pueda realizar su empresa.

3.1 ACTIVIDAD JURISDICCIONAL. A la actividad jurisdiccional dedicamos especial atención, no sólo por su importancia, sino por representar la materia propia de estas reflexiones. Empezaremos por señalar, que uno de los elementos indicativos del grado de civilización y cultura alcanzado por los pueblos, en su evolución histórica, política y jurídica, es, precisamente, la forma adoptada para resolver los conflictos de intereses que surgen de las relaciones interhumanas.

En el marco histórico de la humanidad, es posible señalar varias etapas que denotan el proceso evolutivo de la actividad jurisdiccional, acorde con el grado de civilización del ser humano sobre la tierra (25).

Al respecto reconocemos que el Derecho constituye un elemento inherente a la vida social humana y, que en su origen, emergió en forma rudimentaria, e igual que aquélla, poco a poco se fue refinando, hasta convertirse en el principal elemento racional de convivencia civilizada.



En la edad primitiva del Derecho —y de la humanidad— los conflictos entre individuos debieron resolverse a tono con la época. La venganza de la sangre se erigió entre algunos como imperativo ineludible para los parientes de la víctima, a grado tal, que la omisión fue considerada como grave quebranto contra su memoria, y como consecuencia el alma de aquella desencadenase grandes calamidades concebidas como castigo de origen divino (26).

Ante eso, la venganza privada constituyó una especie de norma o mandato divino, cuya práctica satisfacía su exigencia y liberaba al grupo familiar de represalias de origen ultraterreno. No es difícil comprender, que esa práctica, pronto habría puesto en peligro la subsistencia humana sobre el planeta, y que al mismo tiempo de la evolución cultural, hayan surgido elementos disuasivos o, al menos limitantes, de la venganza privada, como lo demuestra la Ley del Tali6n, que aunque repudiable por su severidad, era acorde con la idea de limitar proporcionalmente los perjuicios de la vendetta (27). En efecto, el “ojo por ojo” no s6lo limitaría los excesos realizables por la “acci6n” de los ofendidos, sino introduce la idea de la proporci6n entre la lesi6n y su represi6n. No cabe la menor duda de que la ley del tali6n marca otra etapa de progreso social, dentro de la escala evolutiva de la civilizaci6n.

Más significativa e importante es la institucionalizaci6n de la justicia privada en el orden familiar, desarrollada especialmente en la primitiva Roma y, que más tarde, se transformaría en justicia entre particulares, que como se sabe, surgía del acuerdo


contractual -litis contestatio- de las partes interesadas en la soluci6n del conflicto (28).

Las formas adoptadas para hacer justicia han variado no s6lo en el tiempo sino en el espacio y, sería aventurado, pretender en este análisis una relaci6n de las mismas, pero lo interesante de estas reflexiones, es recordar, que el g6rmen de la actual administraci6n de justicia, que tiene por marco la actividad jurisdiccional, se remonta al apareamiento del mismo ser humano sobre la tierra y, que sin exagerar, puede decirse que la historia de la justicia y la historia del Derecho, en mucho, siguen la ruta de la historia de la humanidad.

3.2 REGIMEN ESPECIAL DE LA JURISDICCION.

La actividad jurisdiccional —a diferencia de la actividad administrativa del Estado— consiste en una actividad esencialmente jurídica, que pertenece a un ordenamiento especial. Este ordenamiento determina la calidad, la extensi6n y la importancia con que se garantiza la vigencia del Estado de Derecho y el respeto de los derechos fundamentales de las personas. De aqu6 resulta, que esta actividad, dentro de los esquemas políticos imperantes, adquiere para s6 y, dentro de la organizaci6n estatal correspondiente, una importancia de extraordinario valor. Es por eso que las Constituciones —en los Estados democráticos—, no s6lo reconocen la Jurisdicci6n sino que la erigen como una de sus bases fundamentales, revistiéndole de principios y de garantías especiales, que no precisan res-





pecto a las otras funciones estatales (29).

No es posible concebir por ahora al Estado como organización política, prescindiendo de la actividad jurisdiccional. Semejante concepción le identificaría con un régimen totalitario o arbitrario, aunque la historia contemporánea puede registrar casos demostrativos de que no ha existido inmunidad al respecto.

Sin llegar a concepciones extremas como la advertida, algunos tratadistas -entre los que se destacan Kelsen y Berthelemy- afirman que en el Estado únicamente se realizan dos actividades: la legislativa, creadora de normas jurídicas y la administrativa, encargada de su ejecución, dentro de la que sitúan la función jurisdiccional.

La opinión de estos expositores se funda en el hecho de que tanto la administración como la jurisdicción, al ejecutarse, aplican al Derecho. Por supuesto, la argumentación es inaceptable. El hecho de que la actividad jurisdiccional al ejecutarse, aplique el Derecho, no significa otra cosa, que dar vigencia al Estado de Derecho. ¿Qué otro significado puede corresponder, en su caso, a la erección de la llamada jurisdicción contencioso administrativa?

La idea de absorber a la actividad jurisdiccional dentro de la administración, en realidad obedece a razones meta-jurídicas, algunas de carácter histórico y político. Con la revolución Francesa, de gran influencia en la cultura política de los países de occidente, se pretendió la sujeción de la actividad jurisdiccional al Poder de la

Administración Pública, con la "política" de controlar eficazmente la ejecución de las transformaciones anunciadas por la revolución frente al recelo motivado por la sumisión de los jueces franceses ante el monarca.

En este punto es más que elocuente la terminología predominante entre los oradores de la Asamblea Constituyente de la República Francesa: **"En toda sociedad política, solamente existen dos poderes, aquel que hace la ley y el que la hace ejecutar"**. "El Poder Judicial, por mucho que de él hayan dicho varios publicistas, sólo es una simple función ya que consiste en la aplicación simple y pura de la ley". "La aplicación de la ley es una pura dependencia del Poder Ejecutivo" (30).

Entre las ideas que denotan la audacia del pensamiento revolucionario se destacan las de **Mirabeau**: "Pronto tendremos ocasión de examinar esta teoría de los tres poderes... y entonces los valerosos campeones de los tres poderes tratarán de hacernos comprender lo que entienden por esta gran frase de los Poderes, por ejemplo cómo conciben al Poder Judicial distinto del Poder Ejecutivo" (31).

No menos interesante es la afirmación de **Mounier**: "En cuanto al Poder Judicial, es tan sólo una emanación del Poder Ejecutivo, que tiene que ponerlo en actividad y vigilarlo constantemente" (32).

Al comparar los planteamientos revolucionarios sobre la tesis de los tres poderes y, las opiniones de Kelsen y Berthelemy, encontramos cierta similitud, salvo que estos autores ya no cuestionan la existencia de tres po-

deres, sino la existencia de tres funciones diferenciadas en el Estado.

En efecto, Kelsen particularmente afirma: "La usual tricotomía se basa en realidad en una dicotomía. La función legislativa suele oponerse a un mismo tiempo a las funciones ejecutiva y judicial, que, de manera obvia, tienen entre sí una relación mucho mayor que la que guardan con la primera. La legislación es la creación de leyes. Si hablamos de ejecución, tenemos que preguntarnos, qué es lo que se ejecuta. La respuesta no puede ser otra sino que lo que se ejecuta son las normas generales, es decir, la Constitución y las leyes creadas por el Poder Legislativo. Sin embargo, la ejecución de las leyes es también función del Poder Judicial. Este último no se distingue del denominado Poder Ejecutivo en el hecho de que solamente los órganos del segundo ejecuten normas. En tal respecto la función de ambos es realmente la misma" (33).

En igual sentido Berthelmy afirma: "Hacer las leyes, hacerlas ejecutar, me parecen, en buena lógica, dos términos entre los cuales, no hay lugar vacío. El acto particular de interpretar la ley en caso de conflicto forma necesariamente parte del acto general de hacer ejecutar la ley" (34).

Los anteriores planteamientos parecen dejar a descubierto a la actividad jurisdiccional, relegándola a un término secundario, inaceptable, que, tal como anticipamos, obedecen ahora, como en su génesis histórica, más a elementos de carácter político y a circunstancias históricas, que a elementos científicos.

Con todo, dichos elementos, paradójicamente tienden a revertir los planteamientos revolucionarios. En efecto, actualmente en la mayoría de los ordenamientos jurídicos de corte democrático, por mandato del Poder constituyente se atribuye al Órgano Judicial el control constitucional de los actos de los demás Órganos estatales. Ocurre cuando los jueces al sentenciar, declaran la inaplicabilidad de una ley por defecto de inconstitucionalidad y, esta vigilancia adquiere mayor connotación, cuando por proceso establecido en la Ley de Procedimientos Constitucionales, la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia declara la inconstitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos.

Todo eso significa que las ideas de Mounier yacen entre las colecciones del pensamiento histórico y, que la realidad presente, es la que deja a descubierto la inconsistencia del pensamiento revolucionario francés. El vasallaje al que se ha pretendido someter la actividad jurisdiccional, contradice la especial calidad de la misma y, específicamente, la función de "garantía" que por mandato constitucional le corresponde (35).

Ciertamente, la idea de los tres poderes, hace mucho fue superada por la idea de un sólo poder, pero la idea de las tres funciones sólo podrá citarse como dato histórico, cuando la arbitrariedad, la tiranía y el despotismo totalitario destruyan la República y al sistema basado en la democracia.

La frase de Mounier de que el Poder Judicial es sólo una emanación del Poder Ejecutivo es comprensible, den-

tro de las circunstancias históricas y políticas de su época, pero la evolución de las ideas ha revertido el planteamiento y, a quien de verdad ahora hay que vigilar es al Poder Ejecutivo, precisamente, para garantizar el imperio de la justicia y del Estado de Derecho.

3.3 FUNDAMENTOS DE LA JURISDICCION. Estos antecedentes orientan el análisis de los fundamentos de la actividad jurisdiccional. Consecuentemente también corresponde determinar los elementos que la caracterizan y destacan como función especial dentro de la actividad del Estado. En ese sentido, conviene insistir, como punto de partida del estudio, cuál es la razón de ser de la jurisdicción. En primer lugar debe darse crédito que la razón fundamental de la actividad jurisdiccional, no puede ser otra que aquella que se afirma respecto del Derecho en general. En efecto, así como no es concebible la existencia de una asociación humana sin leyes, de igual forma no es posible concebirle sin la concurrencia de una especial actividad jurídica por la que se resuelvan los conflictos que eventualmente pueden surgir en el tráfico de los individuos que la conforman.

Se trata de una cuestión elemental. Si por un momento se reflexiona que si para efectuar un simple juego, es necesario prefijar ciertas reglas para su buen desarrollo o ejecución, fácilmente se comprenderá que dentro de la organización social, hay que partir de sus normas y de su relación con los organismos idóneos para resolver

las eventuales diferencias que se susciten en el curso del juego social. Suponer un juego perfecto donde los contendientes acataren las reglas del mismo, es tanto como suponer la irrealdad, de manera que la sola posibilidad de infringir aquellas reglas es suficiente para la erección del árbitro o del órgano que debe procurar el arreglo y la solución que corresponda.

Ahora bien, el Derecho no existe como simple expresión de la reglamentación de las relaciones interhumanas. El Derecho existe por y para la justicia. Esta, difícilmente podría obtenerse sin el Derecho, pero al mismo tiempo, poco serviría el Derecho, sin la actividad de los jueces.

Desde el momento en que la organización política determina al Derecho, surge, simultáneamente, la exigencia de erigir la actividad jurisdiccional. En ese sentido, Derecho y jurisdicción son términos correlativos, con lo que se quiere decir, que no puede hablarse del uno prescindiendo del otro. La historia ha confirmado el dato. Dentro de la evolución histórica de la jurisdicción, esta función ha debido enfrentar el problema de la justicia, de suerte que, en la medida en que la justicia ha sido alcanzada, el Derecho y la actividad jurisdiccional han concretado la función de garantía que les corresponde.

En este orden de ideas estimamos que la actividad jurisdiccional desdobra su función en diferentes proyecciones de las que podemos sintetizar dos grandes aspectos: uno, el aspecto político-sociológico y otro, el aspecto político-jurídico.

En el ámbito sociológico es un hecho que las relaciones interhumanas ori-

ginan ciertas tendencias, que en ocasiones, desencadenan conflictos de intereses. A causa de dichos intereses la reacción natural humana ha sido orientada hacia la defensa o conservación de los mismos y, para conseguir este propósito, dentro del Estado moderno, se ha fortalecido la idea de la administración de justicia, limitándose solo para casos excepcionales la legítima defensa.

De nuevo la realidad confirma, que la ausencia de normas jurídicas y de organismos que acrediten su aplicación, conduce a un régimen de anarquía dentro del cual cada quién ha de defender su "derecho" y proveerse de la "forma" de garantizar su supervivencia, no sin sacrificar a otros en actitudes semejantes, para concluir con la instauración de un estado de agresión permanente que hace imposible la convivencia pacífica (36).

Por otra parte, se tiene el aspecto puramente jurídico, ya que la actividad jurisdiccional representa una extensión del mismo ordenamiento jurídico. En efecto, sin negar la subordinación de los jueces a las leyes, la actividad jurisdiccional, como extensión del ordenamiento jurídico, no sólo contribuye a su consolidación mediante la declaración del Derecho, sino además, completa la función ordenadora de aquél al determinar para situaciones jurídicas concretas, la certeza y seguridad jurídicas sin las que el Derecho Objetivo se derrumbaría. El mismo Kelsen reconoció que las leyes sólo representan un producto "semi-elaborado", cuya conclusión depende de la decisión de los Jueces (37).

En el sentido indicado la actividad jurisdiccional, es una actividad de

primer orden, de igual importancia y jerarquía que las otras funciones estatales. Significa que la actividad jurisdiccional despliega y desempeña un función de grandes proyecciones dentro de la sociedad, tan importante como el que corresponde al mismo Derecho Objetivo y, en ese sentido, la actividad jurisdiccional tiene el mismo contenido axiológico de aquél, o sea, la justicia, la paz, el orden, la seguridad, la libertad, etc., etc., valores todos, de los que no puede aislarse sin menoscabar su sustentación política, social y cultural.

3.4 CARACTERIZACION DE LA JURISDICCION. En fin, la jurisdicción representa la especial garantía sin la cual difícilmente podría propiciarse la supervivencia de la organización política y la vigencia del Estado de Derecho. Es por esa razón que algunos expositores han fundamentado en las ideas de motivo y finalidad de la jurisdicción, su característica esencial, que además permite distinguirla de la actividad administrativa (38).

También se ha visto en la jurisdicción una actividad sustitutiva de la actividad de los particulares y se destaca esta peculiaridad como elemento diferencial de la actividad administrativa, en la que se afirma que el Estado no sustituye a nadie, sino actúa por cuenta propia y en relación directa con sus objetivos (39).

De nuestra parte, consecuente con nuestro planteamiento, si la actividad jurisdiccional sustituye la actividad privada de las partes para hacer prevalecer la voluntad de la ley, ya sea declarándola o ejecutándola, es irre-

dargüible, que la sustitución, aunque motivada por intereses y por relaciones entre particulares, cumple un fin de orden primario como es la eficacia del Derecho Objetivo. Por lo demás, la sustitución no es tanto de la esencia de la jurisdicción, como lo es la prohibición de hacerse justicia por mano propia. En este sentido, la actividad jurisdiccional se constituye en instrumento del mismo ordenamiento jurídico, para garantizar su eficacia y permanencia.

La garantía que en si misma representa la función jurisdiccional, ha sido reconocida particularmente por Couture, con ocasión de diferenciarla de los actos de la administración al afirmar que "Si un acto del Poder Ejecutivo fuera declarado jurisdiccional, los ciudadanos quedarían privados de la garantía de su revisión por los jueces, que en último término son la máxima garantía que el orden jurídico brinda a los individuos frente al poder. No hay revisión jurisdiccional de actos jurisdiccionales ejecutoriados. Sólo hay, y necesariamente debe haber, revisión jurisdiccional de actos administrativos". Y agrega: "La configuración técnica del acto jurisdiccional no es, solamente, un problema de doctrina. Es un problema de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos" (40).

Que la jurisdicción, -representa la garantía del Derecho en el sentido indicado-, dependerá en última instancia, de la forma en que se estructure de acuerdo al Derecho Positivo de cada país. Si la jurisdicción es una extensión del mismo Derecho Objetivo, la configuración y el contenido que éste le dé, determinará su funcionalidad. De allí, que a nadie

debe sorprender ni dar por satisfecha la problemática planteada por Couture, por el solo hecho de percibir esta función dentro de las organizaciones políticas del pasado y del presente. Todavía más, en este sentido a nadie debe sorprender la presencia de la jurisdicción, aún dentro de los regímenes totalitarios. Esa presencia no inhibe a dichos regímenes del calificativo mencionado, en virtud de que la jurisdicción al constituir una prolongación del Derecho Objetivo, no hace otra cosa en semejantes organizaciones, que garantizar la supervivencia de la arbitrariedad por ellas impuestas, tal como sucedió en la Alemania hitleriana, al descubrirse en la post-guerra una serie de sentencias antijurídicas por inhumanas, a que hace referencia Radbruch, como aquella que condenó a un ciudadano alemán por haber escrito "Hitler es un asesino del pueblo y tiene la culpa de la guerra". La condena -relata Radbruch- también se basó en que dicho ciudadano oía emisoras extranjeras, exponiendo que "El que en esos años denunciaba a otro tenía que contar -y de hecho contaba- con que no entregaba a aquel que acusaba a un procedimiento judicial de acuerdo con la ley y con las garantías del Derecho para lograr el esclarecimiento de la verdad y un juicio justo, sino que lo entregaba a la arbitrariedad" (41).

La cuestión señalada por Couture atañe directamente a la conformación del Derecho Objetivo, por ser éste según el caso, la fundamentación o la negación de la garantía, que compete al ordenamiento jurídico. ¿Garantía de qué?. A nuestro entender se trata de aspectos de un mismo problema. Si el Derecho es garantía de la vida, de la libertad, de la paz, de la

justicia, del orden y de la seguridad, consecuentemente, la actividad jurisdiccional debería configurarse de tal manera que su forma y contenido guarden una estrecha relación con aquel objetivo. Es imposible concebir a la jurisdicción siguiendo una ruta diferente de aquella trazada por la marcha del Derecho Objetivo. Por eso la jurisdicción, es también, una función política, en el sentido científico en que se aplica este concepto en el Estado moderno. En tal virtud, la jurisdicción cumple a cabalidad su función de garantía cuando el Derecho Objetivo incorpora y posee entre sus objetos el mismo propósito. La experiencia relatada por Radbruch, no puede ser más concluyente. El antiderecho convertido en Derecho.

La solución de la cuestión dependerá entonces en buen porcentaje del Derecho Positivo y en particular del Derecho Procesal. Por esto, algunas legislaciones incluyen en su Derecho Constitucional disposiciones básicas, erigidas entre las garantías de la persona tales como la garantía de audiencia, la defensa o del debido proceso, la garantía de legalidad previa, extendida a los tribunales y al Derecho Procesal, la garantía de radicar exclusivamente en los jueces la potestad de imponer penas y aquella de que estos funcionarios no podrán juzgar en más de una instancia; la garantía de la motivación y razonamiento de las resoluciones judiciales y la garantía que erige, en todo caso, la interposición de recursos ante tribunales superiores, etc., etc.

Es aquí donde "la forma" de la Función Jurisdiccional adquiere características de extraordinaria importan-

cia como en ninguna otra actividad del Estado. En efecto, el elemento formal que en otros aspectos de la juridicidad ha sido relegado a un plano secundario, tiene, tratándose de la jurisdicción, una singular relevancia en el papel "tutelar" de la misma, que en caso de suplantarse o suprimirse, implica una **capitis deminutio** tanto de esta función como del Derecho.

Si el Derecho y la Jurisdicción no constituyen un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar los valores a que hacemos referencia, es necesario para que el esquema formal funcione, una coordinación exacta entre el primero y la segunda, siendo importante señalar, que las posibles fallas del Derecho legislado pueden subsanarse por la segunda, tal como sucede con las lagunas, pero es muy difícil predecir la misma posibilidad cuando la falla recae en la norma procesal, porque entonces la amenaza que tal falla puede representar para obtener la realización de aquellos valores posiblemente sólo pueda enmendarse por acto del legislador, en los sistemas de Derecho escrito, como el salvadoreño. ¿Por qué? Porque los funcionarios del Órgano Judicial, no siempre poseen la capacidad y las agallas para sobrepasar su autoridad ante el eventual conflicto que puede plantear la norma secundaria frente a la Constitución, a pesar del control constitucional que difusamente les compete ejercer.

Dentro de estas ideas, a nuestro juicio, ha sido A. Rocco quién con toda precisión ha señalado las características formales que singularizan la Función Jurisdiccional, al indicar su

conurrencia en los terminos siguientes:

“1º.- un órgano especial (juez) distinto de los órganos que ejercitan las otras dos diversas funciones, la legislación y la administración, y colocado (especialmente frente a los órganos administrativos) en una condición de independencia, que le permite ejercer serena e imparcialmente su misión;

2º.- un juicio contradictorio regular, que permita tanto al que pretende la satisfacción de un interés propio como protegido por el derecho, como aquel contra el cual se invoca la tutela, hacer valer las propias razones, a fin de que la acción del órgano jurisdiccional quede en todo conforme al derecho objetivo;

3º.- un procedimiento preestablecido con formas predeterminadas, encaminado a asegurar que el cumplimiento de los intereses tutelados se realice exactamente en razón y en la medida de la tutela.” (42).

Cada uno de los elementos formales así determinados, representa una **condictio sine qua non** para que la jurisdicción cumpla cabalmente con el fin del Derecho, pues la supresión de cualquiera de ellos anularía el carácter “garante” que representa dicha actividad.

En efecto, la institucionalización del Órgano Jurisdiccional frente al Legislativo y Ejecutivo, no se limita a incorporar al sistema orgánico constitucional del Estado moderno, un or-

ganismo más con identidad particular, sino que constituye la mejor alternativa para lidiar en la complicada tarea de hacer justicia. Aceptar lo contrario, sería claudicar a una de las más preciadas conquistas del ser humano. Este organismo, como bien señala Rocco, debe estar situado ante los otros en condición de independencia para cumplir con su elevada misión, sobre todo, cuando es bien conocida la tentación de torcer el sentido de la ley por las prerrogativas que propicia el poder desde cualquiera de sus esferas.

La supresión o anulación de la independencia del Órgano Judicial y su incorporación o anexión al Órgano Ejecutivo, a pretexto de desarrollar la misma función de aplicación de las leyes equivaldría a identificar como jurisdiccionales los actos de dicho órgano con las nefastas consecuencias advertidas por Couture.

Pero además del elemento orgánico, reviste vital importancia la institucionalización del “juicio contradictorio regular”, con lo que A. Rocco quiere significar “la audiencia” que debe proporcionarse por igual, tanto al que acusa o demanda como contra aquel que se dirige la acusación o la demanda, a fin de que, la decisión del Órgano Jurisdiccional quede plenamente conforme con el Derecho.

No se trata de una “forma” adicional surgida graciosamente del legislador y sujeta a devaluación, tal como algunos se expresan despectivamente de las formas jurídicas. El juicio o proceso regular tiene mucho que ver con la configuración técnica del acto jurisdiccional a que también hace referencia Couture. En tal caso, mucho

se puede obtener y mucho se puede perder, en cuanto a la funcionalidad de la jurisdicción.

Todo depende de la sabiduría del legislador al preestablecer las formas del "procedimiento" -como tercer elemento- que ha de regir aquella "audiencia", a fin de conducir al Órgano Jurisdiccional dentro de un verdadero debido proceso para proveer la sentencia mediante la cual se realice a cabalidad el Derecho.

La audiencia a nuestro entender comprende a todo el proceso, y las formas predeterminadas para su desarrollo constituyen al Derecho Procesal. En este sentido el vocablo "formas" no se limita a indicar un mero rito o solemnidad. En realidad es mucho más, porque mediante las formas procesales se hacen valer los derechos, las facultades y las cargas procesales, y de su debida regulación depende el éxito de la jurisdicción para obtener su especial finalidad traducida en los valores del Derecho.

El previo establecimiento de las "formas" de proceder en materia jurisdiccional, es otro requisito para viabilizar la "garantía" que la misma representa, pues, de no ser así, el ejercicio de la jurisdicción podría volverse incierta. En consecuencia, la legislación secundaria de orden procesal tiene una incidencia determinante para el funcionamiento de los tribunales, cuyo conocimiento es indispensable para facilitar a los interesados tanto para el ejercicio de sus derechos como la certeza y seguridad en sus planteamientos, para que la audiencia no se vuelva ilusoria, y no vaya a ocurrir lo mismo que en la antigua Roma, al ocul-

tar el procedimiento y la lista de los días fastos y las fórmulas de las acciones de la ley (43).

Confirma la importancia y hasta cierto punto la sustantividad de las formas procesales, el reconocimiento que la Constitución ha erigido en principio rector del Derecho Procesal salvadoreño, al establecer que "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley" (44).

4.1 IMPORTANCIA DE LA LEY PROCESAL EN MATERIA JURISDICCIONAL. La caracterización de la función jurisdiccional formulada por A. Rocco implica la inherencia de cada uno de los elementos señalados, como indispensables, para el desempeño eficaz de la función, de manera que sería impensable, para la misma, el hecho de prescindir de uno sólo de ellos. Corresponde a la legislatura la responsabilidad de propiciar en la práctica la independencia judicial, mediante una legislación que la garantice indistintamente y en cualquiera circunstancia. De igual manera corresponde al legislador propiciar la regularidad del proceso por el establecimiento de leyes procesales que además de viabilizar el justo desempeño de la función jurisdiccional encomendada a los jueces del Órgano Judicial, habiliten y propicien la efectividad de los derechos que las mismas otorgan a los sujetos, que de una u otra forma participan activamente en el proceso.

En este punto la sabiduría legislativa es determinante, como ya se ha advertido en líneas anteriores y, en vista de la patente innegable relación entre las leyes procesales y el ejercicio de la función jurisdiccional, tal como puede advertirse con la caracterización de esta función, formulada por el distinguido jurista italiano, es imperativo recordar la importante contribución que pueden aportar los jueces -en materia de leyes procesales- para el perfeccionamiento de la legislación que regula la función que desempeñan.

En el pasado la Corte Suprema de Justicia, en uso de la iniciativa de ley que la Constitución salvadoreña le concedía -sin restricciones- estaba facultada para concurrir ante la Asamblea Legislativa en los periodos de sesión ordinaria para dar cuenta "de las dudas y dificultades que le hubieran ocurrido en la inteligencia y aplicación de las leyes y de los vacíos que hubiese notado en ellas, proponiendo los correspondientes proyectos de ley", según rezaba el Código Civil entre las primeras disposiciones del Título Preliminar.

En la actualidad el Pleno de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo a la Constitución vigente, conserva la iniciativa de ley pero restringida a las materias que la misma determina. El texto de la Constitución en el punto específico declara "Tienen exclusivamente iniciativa de ley: 3º. La Corte Suprema de Justicia en materias relativas al Órgano Judicial, al ejercicio del Notariado y de la Abogacía, y la jurisdicción y competencia de los Tribunales".

No obstante la claridad de la disposición, la misma ha dado lugar para

plantear varias cuestiones. En primer lugar se cuestiona si la frase inicial de la disposición al hacer referencia a la exclusividad de aquellos a quienes se atribuye iniciativa de ley, significa también la exclusión de los demás, respecto de los casos en que particularmente se les concede. Por ejemplo, si la iniciativa de ley concedida a la Corte Suprema de Justicia, respecto de las materias que aparecen determinadas, excluye la iniciativa de ley en esas mismas materias para los demás que tienen la iniciativa de ley y si sólo se las ha concedido respecto de materias diferentes. La respuesta que se impone a tal cuestión es negativa, ya que la exclusividad se refiere solamente a los sujetos que gozan de la iniciativa de ley.

La otra cuestión concierne precisamente a la materia jurídica de los proyectos legislativos que la Constitución asigna al Pleno de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto la Constitución con toda claridad determina que la Corte Suprema de Justicia tiene iniciativa de ley en tres materias: 1º. Las relativas al Órgano Judicial; 2º. Las relativas al ejercicio del Notariado y de la Abogacía y 3º. Las relativas a la Jurisdicción y competencia de los tribunales.

Podría interpretarse que la Constitución en la asignación de las materias anteriormente indicadas, incurrió en la impropiedad de una repetición innecesaria, de acuerdo al argumento de que es suficiente con la enunciación de la materia señalada, en primer término -la materia relativa al Órgano Judicial- en cuyo contexto estaría comprendida la de la jurisdicción y la competencia. Si tal opinión gozare del beneficio del acierto, en

cuestiones jurídicas, las consecuencias de semejante circunstancia lejos de favorecer aquella argumentación, significa para el intérprete, la ocasión de extraer de ella todas las consecuencias jurídicas implicadas en la misma como proclamare G. Radbruch (45). Sin embargo, este no es el caso. La iniciativa de ley en materia relativa al Órgano Judicial solo hace especial referencia a las leyes que regulan la organización de los tribunales, asunto, que, sin excluir algunos aspectos procesales, trata enfáticamente de las cuestiones administrativas de dicho Órgano. En cambio la iniciativa de ley en materias relativas a la jurisdicción y a la competencia de los tribunales, implica hacer amplia referencia a las leyes reguladoras de cada una de esas categorías jurídicas y, tal regulación, corresponde a la legislación procesal.

No es posible dar crédito a la eventual opinión contraria, sin vulnerar el mismo texto de la Constitución y, sin desconocer, una de las características esenciales de la función jurisdiccional, como se ha indicado en el presente análisis. Se impone pues, concluir que la Constitución al conceder la iniciativa de ley al Pleno de la Corte Suprema de Justicia, en la materia relacionada con la jurisdicción y la competencia de los tribunales, aquélla ha sido consecuente no sólo con la caracterización de la función que ejercen los jueces, sino también, porque nadie mejor que éstos experimentan en su rutina la vivencia real y efectiva de esa actividad jurídica. Por consiguiente la Corte Suprema de Justicia, tal como da a entender la Constitución, tiene iniciativa de ley para presentar proyectos legislativos para la aprobación de Códigos y de-

más leyes procesales, así como para obtener su derogación o reforma. Legislación, que por su objeto, siempre tiene relación con el ejercicio de la jurisdicción y la competencia de los tribunales (46).

La función jurisdiccional como se ha dejado advertido, entraña una actividad jurídica que al desarrollarse en el proceso judicial, tiene como objetivo apetecido por los sujetos particularmente interesados -las partes procesales-, a la sentencia o decisión de los jueces. Acto que viene a consistir en el acto jurisdiccional por excelencia, porque con la sentencia se da solución legal al conflicto y se obtiene la satisfacción de las pretensiones, así como la vigencia efectiva de las leyes y el Derecho.

Sin pretender el análisis de la sentencia, por corresponder a otra investigación, es pertinente referirnos a algunas de sus importantes características, desde luego que la sentencia es también el acto culminante de la actividad jurisdiccional. Todavía es preciso anticipar la aclaración pocas veces advertida, que el concepto sentencia, en su origen, estaba reservado exactamente para significar la decisión de los jueces para resolver con carácter definitivo la litis. Con posterioridad el mismo concepto fue aplicado para identificar ciertas resoluciones, que sin resolver la litis, y mucho menos, definitivamente, deciden cuestiones puramente procesales, que sólo por su importancia es posible aceptar la extensión de la denominación y, para distinguirlas del acto jurisdiccional propiamente tal, se les denomina sentencias interlocutorias, que por supuesto quedan excluidas de estas consideraciones.

La sentencia -según se anticipó- es el acto que resuelve legalmente la contienda entre las partes, por la que los jueces aplican el Derecho a una situación jurídica particular, determinan en concreto la conducta que deberá observarse o definen la situación incierta o cuestionada que la motiva, todo, con características de definitividad. A este respecto es famosa la metáfora kelseniana de que la sentencia constituye una especie de norma jurídica, con la singularidad de ser individualizada, particular o concreta.

Éstas consideraciones permiten caracterizar a la sentencia como un acto jurídico concreto, particular, creativo y por lo general inmodificable. Efectivamente, en los sistemas de Derecho escrito, como el salvadoreño, la sentencia está lejos de constituir fuente de Derecho en abstracto, tal como acontece en los sistemas anglosajones, en que la costumbre y los precedentes jurisdiccionales -de los que éstos forman parte- constituyen la principal fuente creativa de Derecho Objetivo reguladora de la conducta jurídica en general. La sentencia en nuestro sistema únicamente puede servir de inspiración a otras, ante situaciones idénticas o similares, pero esa inspiración dependerá -por adopción- de la inteligencia del juzgador, y de la libertad para asumirla en atención a su independencia, únicamente sujeta a la observancia de la Constitución y de las leyes, por disposición expresa y directa del Código Máximo. Por lo mismo, la sentencia jurisdiccional nada más produce efectos para los sujetos de la litis que por ella se resuelve.

Ha sido cuestionada la característica creativa o innovadora de la senten-

cia, a propósito de aquella famosa frase que atribuye a los Jueces, apenas, la expresión de las palabras de la ley, muy vinculada a las concepciones de los revolucionarios franceses. Cuestión que por lo demás, no tuvo ninguna posibilidad ante los Jueces británicos y norteamericanos. Reflexión especial -aunque breve- amerita en este estudio la sentencia declarativa, que en verdad hace mérito al origen del mismo concepto de Jurisdicción en sus raíces etimológicas. La sentencia declarativa, en principio, ha sido reconocida por la doctrina como el acto por el que los Jueces se limitan a declarar la existencia o no existencia de una relación jurídica o de un hecho jurídico, sin atribuir -dentro de su contenido- una prestación obligatoria para el sujeto demandado, de suerte que en sí y por sí misma, la sentencia declarativa limita sus efectos a una simple o mera declaración que viene a disipar la duda o incertidumbre que le precede y motiva, y por ende, por su propia estructura y naturaleza, es inejecutable, pues carece de los elementos necesarios para ese efecto (47).

La sentencia declarativa, en el plano del Derecho Objetivo, tiene una virtualidad semejante a la creatividad abstracta de la normatividad jurídica. La sentencia declarativa, puede ser, además, constitutiva y no sólo limitarse a la referencia lógica abstracta a que nos tiene habituados la concepción normativa del Derecho. En efecto, por medio de la sentencia declarativa puede no sólo declararse una relación jurídica o hecho jurídico preexistente, sino también declarar una situación que ha perdurado en el tiempo y que en su devenir, puede generar múltiples relaciones inter-

subjetivas y que ante la ausencia o vacío de su regulación, la sentencia puede llegar a constituirse en la base o fundamento de esa regulación inexistente. De allí la enorme importancia de esta sentencia que ha motivado en diversas latitudes del pensamiento jurídico y del Derecho Positivo, diferentes posiciones, hasta concluir con el reconocimiento general de que toda sentencia, indistintamente y con diversos énfasis y supuestos jurídicos, es y será siempre declarativa, aun cuando llegare a incorporar otros elementos constitutivos, de condena o cautelares.

En realidad toda actividad jurídica es esencialmente creativa, si se tiene en cuenta que el Derecho Objetivo por su carácter abstracto, solo representa el basamento o trasfondo de aquella actividad.

Por último, la sentencia generalmente tiene carácter definitivo. Esto significa que la cuestión una vez resuelta no puede plantearse nuevamente ante los Jueces. La sentencia en este sentido adquiere absoluta firmeza e inmutabilidad, en el supuesto de que en su producción fueron agotadas todas las instancias y recursos franqueados por la legislación procesal o se prescindió de su empleo oportuno. Cuando esta eventualidad acontece, la sentencia, según su naturaleza o calidad, puede llevarse a ejecución, inclusive forzada, en virtud de la denominada **res iudicata** o cosa juzgada cuya fundamentación reposa en la seguridad jurídica (48).

5.1 CONCEPTO DE FUNCION JURISDICCIONAL. En el lenguaje procesal y forense ha sido costumbre al referirse a la fun-

ción jurisdiccional emplear simplemente el concepto o vocablo "jurisdicción". Esa costumbre puede ser fuente de equívocos que es menester advertir, como hiciera Couture al exponer los diferentes significados que en Derecho se atribuyen al concepto jurisdicción (49). En este trabajo, y de acuerdo a todo lo que se ha relacionado el referido concepto debe entenderse como sinónimo de Función Jurisdiccional, a la que concebimos como "aquella actividad jurídica especialmente atribuida a los Jueces, a efecto de proceder legalmente a la solución de las controversias o litigios entre partes, con observación de las formas procesales, por un acto de decisión que hace efectiva la norma jurídica para la situación concreta, de modo definitivo y eficaz, cuando por algún motivo se ha visto impedido u obstaculizado su fiel acatamiento".

6.1 LA JURISDICCION VOLUNTARIA. Los textos legales y doctrinarios en materia procesal, incluyen disposiciones y comentarios a la denominada **jurisdicción voluntaria**. No queremos concluir este análisis sin hacer una breve referencia de esa denominación, la que no obstante su arraigo desde remotos tiempos, no traduce fielmente su contenido ni su objeto. A nuestro entender, la Jurisdicción Voluntaria es un procedimiento atribuido originalmente a los Jueces, confiando en la idoneidad de los mismos, para asegurar la declaración jurídica de una determinada situación y

ante la necesidad de establecer **erga omnes** su certeza y eficacia jurídicas. El ejemplo que mejor traduce la idea que antecede es la situación de los herederos presuntos, cuya denominación se debe al hecho de carecer de una declaración jurídica que asegure ante propios y extraños, la certidumbre y seguridad de esa calidad. En efecto, para que los herederos presuntos dejen esta calificación y aparezcan como herederos efectivos o simplemente herederos del causante, es necesario e inevitable proceder a la obtención de la respectiva declaratoria de herederos. Para ese objeto declarativo se instituyeron los procedimientos judiciales denominados genéricamente **trámites de jurisdicción voluntaria**, que según puede advertirse, ni constituyen jurisdicción -porque no hay litis, ni actores ni demandados- ni son voluntarias, desde luego que en caso de omitirse no se consolida la calidad que se obtiene con la declaración, que, además, no puede configurar las características rigurosas de la sentencia ni mucho menos la cosa juzgada.

El contenido de la jurisdicción voluntaria es también variado o diverso. Por regla general esta actividad ha

sido confiada a los Jueces competentes en materia civil, pero nada impide que según la materia de la declaración, incluya a los otros Jueces. En El Salvador en los últimos tiempos algunos de los contenidos declarativos de la jurisdicción voluntaria han sido confiados a los notarios, consecuente con el ministerio de la fe pública que a ellos concede la legislación notarial.

Por último, no debe confundirse a la jurisdicción propiamente tal con una de sus parcelas como es la **competencia**, y mucho menos con las denominaciones de esta, según la materia jurídica, que ha dado lugar a una supuesta clasificación de la jurisdicción. Por tratarse de una función la jurisdicción no admite clasificaciones, como no la admitiría la función legislativa tan sólo por el hecho de producir leyes de diferentes materias. La función jurisdiccional, como las demás, en su caso, es sólo el curso que debe observar la actividad jurídica del Estado para la emisión del respectivo acto jurídico. La sentencia, como producto de la función jurisdiccional o simplemente jurisdicción, si admite clasificaciones, como también en sus respectivos casos pueden clasificarse los actos legislativos y los actos administrativos, pero la función de la que se originan es en todo caso la misma. Por esa razón la jurisdicción técnicamente no admite clasificación alguna (50).

Referencias:

- (1) Empleamos los conceptos de "actividad jurídica" y "actividad del Estado" para dejar establecido que hacemos referencia a un aspecto de la realidad en la vida cotidiana.
- (2) Nuestra opinión sobre "el ser" del Derecho fue objeto de estudio en la tesis "La Integración del Derecho", aprobada previa obtención al grado académico en la Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Sociales

de la Universidad de El Salvador, en septiembre de 1970. En la parte primera confrontamos la teoría de H. Kelsen y C. Cossio. Para el primero el Derecho es norma jurídica y sólo norma (tesis); para el segundo el Derecho es conducta en interferencia inter-subjetiva y sólo eso (análisis), y la norma queda reducida a mero concepto lógico o pensamiento jurídico. Para el suscrito el verdadero Derecho no puede excluir ninguno de ambos elementos, sino, por el contrario, al integrarse le constituyen en su ser auténtico y total (síntesis). En la parte segunda anali-

zamos la problemática que se confronta en la aplicación de la normativa jurídica advertida por F. Carnellutti, problema de selección, problema de interpretación y problema de integración de las normas jurídicas.

- (3) Nos basamos en la versión del Dr. Hans Kelsen editada por Editora Nacional "La Teoría Pura del Derecho". Introducción a la Problemática Científica del Derecho, 2ª Edición, México D. F. También puede consultarse en relación al normativismo jurídico a LEGAZ Y LACAMBRA, L. Filosofía del Derecho, Bosch, Barcelona, 3ª Edición, pág. 361
- (4) KELSEN, H., ob. Cit. Pág. 47
- (5) RECASENS SICHES, L., Tratado General de Filosofía del Derecho, Porrúa S. A., México 6ª Edición, pág. 157. REAL E, M., Filosofía del Derecho, Pirámide S. A., Madrid, Prólogo.
- (6) En la dimensión sociológica del Derecho por lo general se hace referencia a la realización de la conducta y su relación con la norma jurídica que la postula. La Teoría Ecológica del Derecho particularmente no es sociología jurídica y cuando identifica al ser del Derecho con la conducta, esta es considerada como estructura jurídica en el mismo sentido en que la norma fue considerada por Kelsen.
- (7) Al respecto puede consultarse a Radbruch G., Filosofía del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México 3ª Edición pág. 11; LEGAZ Y LACAMBRA, L., Ob. Cit. Pág. 54 y 55
- (8) APTALION, GARCIAOLANO Y VILANOVA, Introducción al Derecho, La Ley S. A., Buenos Aires, 8ª Edición. Pág. 132 y 133 donde explican la conceptualización del comportamiento de la norma. KELSEN, H. Ob. Cit. Pág. 52.
- (9) Sobre el derecho subjetivo véase a PACHECO GOMEZ, M. Teoría del Derecho, E. Jurídica de Chile, 4ª Edición, Cap. VI.
- (10) GARCIA MAYNEZ, E. Lógica del Juicio Jurídico, en Ensayos Filosófico-Jurídicos, Biblioteca de la Facultad de Filosofía y Letras, Veracruz, pág. 247.
- (11) HELLER, H., Teoría del Estado, Fondo de Cultura Económica, México 8ª Edición, pág. 31.
- (12) DILTHEY, W., Introducción a las Ciencias del Espíritu, Fondo de Cultura Económica, México - Buenos Aires, pág. 73.
- (13) JELLINEK, G., Teoría General del Estado, Continental S. A., México, 2ª Edición, pág. 486.
- (14) SECONDAT, C. L., barón de la Brede y de Montesquieu, El Espíritu de las Leyes, Libro XI, Porrúa S. A., México, 1ª Edición, pág. 103.
- (15) JELLINEK, G., Ob. Cit. Pág. 409; HELLER, H., Ob. Cit. Pág. 256.
- (16) El artículo 10 de la Ley de Procedimientos Constitucionales establece "La sentencia definitiva no admitirá ningún recurso y será obligatoria de un modo general, para los órganos del Estado, para sus funcionarios y autoridades y para toda persona natural o jurídica. Si en la sentencia se declara que en la ley, decreto o reglamento no existe la inconstitucionalidad alegada, ningún Juez o funcionario podrá negarse a acatarlos, so pretexto de las facultades que conceden los artículos de la Constitución Política"
- (17) El ante-juzicio que debe observarse para proceder a quitar el fuero de los diputados de la Asamblea Legislativa, efectivamente, posee las formas del proceso jurisdiccional en lo referente a la tramitación. El artículo 236 de la Constitución, entre otras disposiciones contiene el texto siguiente "La Asamblea, oyendo a un fiscal de su seno y al indicado, o a un defensor especial, en su caso, declarará si hay o no hay lugar a formación de causa"
- (18) Al respecto puede verse nuestro ensayo "El Debido Proceso Legal", Revista de Derecho Constitucional número seis, Enero-Marzo 1993, pág. 40 y 41 "Los órganos legislativos, la Asamblea Legislativa, el Ejecutivo, las Alcaldías y Organos descentralizados del Estado en su caso carecen constitucionalmente de toda competencia para privar o menoscabar jurídicamente a persona alguna, de su vida, su libertad, su propiedad o posesión o de cualquiera de sus otros derechos, constitucionalmente compete únicamente a los tribunales de justicia decretar la pérdida o restricción de aquellos derechos, en un proceso previamente regulado, en el que se acredita la vigencia de los principios formativos del proceso"
- (19) Artículo 172 Cn.
- (20) KELSEN, H., Teoría General del Derecho y del Estado, traducción de Eduardo García Maynez, Imprenta Universitaria, México, 2ª Edición, pág. 320
- (21) Puede ampliarse el estudio de esta cuestión al consultar a CARRE DE MALBERG, R. Teoría General del Estado, Fondo de Cultura Económica, México, 1ª Edición, págs. 272 y ss. También de RUFFIA, P.B., Derecho Constitucional, Tecnos, Madrid, págs. 387 y ss.
- (22) reiteradamente venimos sosteniendo que la cuestión de las fuentes del Derecho Objetivo debe resolverse con base en la Constitución, la que por ahora ha reconocido únicamente las fuentes de normatividad escrita -leyes, reglamentos, ordenanzas municipales - descartando a la jurisprudencia aun en el caso de la casación, cuya fuerza normativa se limita a franquear el recurso, al ser desatendida por los Jueces de instancia, señal inequívoca de nuestro acierto. La pretensión contraria a nuestro entender es violatoria de la Constitución, cualesquiera sean las justificaciones con que pretende afianzarse la opinión contraria.
- (23) DUGUIT, L., Tratado de Derecho Constitucional, Tomo II, París, pág. 145.
- (24) DIEZ, M.M., Derecho Administrativo, Tomo I, Plus Ultra, Buenos Aires, 2ª Edición, pág. 106 "La administración, que sería la principal actividad del Organismo Ejecutivo, podría definirse, desde el punto de vista material, como la actividad práctica que el Estado desarrolla para satisfacer de modo inmediato los intereses públicos que asume como propios"
- (25) COUTURE, E. J., Ob. Cit., pág. 9. Hace una relación sintética de la autotutela, autocomposición y heterocomposición, vistas en la actualidad, que

en nuestra opinión cada una de ellas marca la evolución y trayectoria histórica del método de solución experimentado hasta el apareamiento de la jurisdicción. ALCINA, H., Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tomo I., EDIAR S.A., Buenos Aires, 2ª. Edición págs. 24 y ss.

(26) KELSEN, H., 2ª. Ob. Cit., pág. 19.

(27) EXODO, La Santa Biblia, antigua versión de Casiodoro de Reina, revisada por Cipriano de Valera Cap. 21, ver. 23 al 25. 2Mas si hubiere muerte pagarás vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, pie por pie, quemadura por quemadura, herida por herida, golpe por golpe". GUIER, J. E. Historia del Derecho, Primera Parte E. Costa Rica, 1ª. Edición, pág. 202 "Dura como puede parecer a primera vista esta ley, sirvió muchísimo en el avance humanitario del derecho, pues ya por un golpe no se arriesgaba a tomar una cruel venganza que pudieran terminar con una vida"

(28) ALCINA, H., Ob. Cit., Tomo I, pág. 305

(29) Es notable cómo la Constitución de 1983, por vez primera en El Salvador hace mención expresa de la Función Jurisdiccional y al referirse a su ejercicio por los Magistrados y Jueces, define la independencia de éstos; con sujeción únicamente a la misma Constitución y a las leyes.

(30) CARRE DE MALBERG, R., Ob. Cit., pág. 629

(31) Ibidem.

(32) Ibidem.

(33) KELSEN, H., 2ª. Ob. Cit., pág. 303

(34) FRAGA, G., Derecho Administrativo, Porrúa S. A., México, 15ª. Edición, pág. 45.

(35) La especial garantía a que se hace referencia aparece confirmada explícita o implícitamente, en el artículo II de la Constitución al prescribir que "Ninguna persona puede ser privada del derecho a la vida, a la libertad, a la propiedad y posesión, ni de cualquier otro de sus derechos sin ser previamente oída y vencida en juicio con arreglo a las leyes; ni puede ser enjuiciada dos veces por la misma causa". Esta garantía tiene íntima relación con la idea del "devido proceso" desarrollada en América y, con la denominación conceptual, de la "Tutela judicial efectiva", como place exponer a los juristas hispanos, todo, con las respectivas particularidades. La cuestión es que de ningún derecho puede ser privada persona alguna, sin la mediación de los Jueces o de la jurisdicción.

(36) BODENHEIMER, E., Teoría del Derecho, Fondo de Cultura Económica, México - Buenos Aires, 3ª. Edición, pág. 18.

(37) KELSEN, H., 2ª. Ob. Cit., pág. 159.

(38) CARRE DE MALBERG, R., Ob. Cit. Pág. 427 y ss.

(39) CHIOVENDA, G., Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo II, Cárdenas Editor, México, 1ª. Edición, pág. 9.

(40) COUTURE, E. J., Ob. Cit. Pág. 31.

(41) RADBRUCH, G., Leyes que no son Derecho y

Derecho por encima de las Leyes, pág. 4. Con el título Derecho Injusto y Derecho Nulo, Aguilar S. A., Madrid, publicó tres trabajos, el primero con la denominación al principio citado, que pertenece al autor antes indicado y los otros dos que corresponden a Eberhard Schmit - La Ley y los Jueces - y Hans Welzel - El Problema de la Validez del Derecho -.

(42) ROCCO, A., La Sentencia Civil., Editorial Stylo, México, pág. 26 y ss.

(43) PETIT, E., Tratado Elemental de Derecho Romano, Pág. 43.

(44) El artículo 15 de la Constitución establece "Nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes promulgadas con anterioridad al hecho de que se trate, y por los tribunales que previamente haya establecido la ley". Esta disposición con otras ya citadas cierran el esquema concebido antes por Arturo Rocco y los procesalistas que conciben a la Jurisdicción como la garantía a que se hace referencia.

(45) RADBRUCH, G., Ob. Cit., Pág. 9 "La interpretación jurídica busca el sentido objetivo del Derecho positivo, es decir, el sentido incorporado a la norma jurídica misma, y no el sentido subjetivo, o sea el pensamiento de las personas que intervinieron en su creación. Esto es lo que distingue a la interpretación jurídica de la interpretación filológica. La interpretación filológica es siempre un repensar de algo anteriormente pensado (el conocimiento de lo ya conocido, dice August Baeckh). La interpretación jurídica, por el contrario, consiste en llevar lo pensado hasta el final consecuente del proceso del pensamiento".

(46) El que mejor ha comprendido y expuesto la íntima relación entre las normas procesales (Códigos y leyes del procedimiento - y la jurisdicción y competencia, sin duda es Hugo Alsina, quien reiteradamente alude a esa relación al tratar el tema desde el inicio de su Tratado, obra ya citada, y a cuya consulta debemos remitir a quienes interese ampliar el conocimiento de los planteamientos. Damos crédito al razonamiento de que por ningún motivo puede juzgarse como inconstitucional la iniciativa de ley de parte de la Corte Suprema de Justicia cuando tal iniciativa tiene por contenido proyectos de legislación procesal cuya aplicación pertenece a los tribunales del Órgano Judicial.

(47) CHIOVENDA, G., Ensayos de Derecho Procesal Civil, Acciones y Sentencias de Declaración de Mera Certeza, EJE A - Bosh y Cía., Chile - Buenos Aires, Colección Ciencia del Proceso, págs. 131 y ss.

(48) Se distinguen dos especies de la cosa juzgada. La cosa juzgada material acompañada de las características de la inmutabilidad, no impugnabilidad y coercibilidad. La cosa juzgada formal es a la que falta la inmutabilidad porque permite, de acuerdo a las circunstancias sobrevinientes, mutar el fallo por otro, tal como puede acontecer con la sentencia dada en materia de alimentos.

(49) COUTURE, E. J., Ob. Cit., pág. 27 y ss.

(50) Es impropio hablar de jurisdicción penal o de jurisdicción civil, etc. etc., denominaciones que por arraigo y tradición se siguen empleando.