

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO**  
**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES**

**NATURALEZA JURIDICA ESENCIAL**  
**DE LA SENTENCIA**

**T E S I S**

Que presenta

**JUAN JOSE ROYO PROVENCIO**  
para obtener el Título de Licenciado en Derecho.

**MEXICO, D. F. 1955**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

**A MIS PADRES**

y

**ABUELOS**

como insuficiente muestra del acendrado  
cariño y la infinita gratitud de quien  
todo les debe.

Respetuosamente,  
a quienes Dios ha puesto en mi  
camino para ayudarme.

Muy afectuosamente a  
**LUZ ALICIA,**  
por ser, de entre los "quienes",  
la principal.

9918

## **S U M A R I O .**

### **I N T R O D U C C I O N .**

#### **PRIMERA PARTE.**

##### **CAPITULO PRIMERO:**

**Página 5**

- 1.—Sentido gramatical y sentido formal.—
- 2.—Concepto substancial: el acto jurisdiccional.—
- 3.—Soberanía y función jurisdiccional.

##### **CAPITULO SEGUNDO.**

###### **CONCEPTO DE SOBERANIA.**

**Página 9**

- 1.—Notas fundamentales de la actividad jurídica.—
- 2.—Concepto de soberanía.

##### **CAPITULO TERCERO.**

###### **LA FUNCION JURISDICCIONAL.**

**Página 13**

- 1.—Concepto substancial.—
- 2.—Presupuesto de actuación y campo de aplicación.—
- 3.—Finalidad específica.—
- 4.—Naturaleza de la función jurisdiccional.—
- 5.—Elementos fundamentales de la función jurisdiccional.—
- 6.—El proceso de mero accertamiento.—
- 7.—Concepción de Chiovenda.—
- 8.—Tesis de Carnelutti.—
- 9.—Tesis de Kisch.—
- 10.—Concepción de Alfredo Rocco.—
- 11.—Conclusión.

## **CAPITULO CUARTO.**

### **EL DERECHO DE ACCION.**

Página 31

1.—El proceso y el acto jurisdiccional.— 2.—La acción como derecho abstracto de obrar.— 3.—Algunas teorías opuestas.— 4.—Conclusión.

## **SEGUNDA PARTE.**

### **CAPITULO QUINTO.**

#### **NATURALEZA ESENCIAL DE LA SENTENCIA.**

Página 40

1.—Algunas concepciones generales sobre la sentencia.— 2.—La sentencia stricto sensu es esencialmente el acto jurisdiccional.— 3.—Presupuesto de la sentencia stricto sensu.— 4.—Finalidad específica de la sentencia stricto sensu.— 5.—Naturaleza esencial de la sentencia.— 6.—Clasificaciones principales de la sentencia.— 7.—Sentencias puramente declarativas.— 8.—Sentencias constitutivas.— 9.—Sentencias condenatorias.— 10.—Sentencias definitivas y sentencias interlocutorias.— 11.—Sentencias estimatorias y desestimatorias.— 12.—Posición de Chiovenda.— 13.—Concepción de Rocco.— 14.—Construcción de Carnelutti.

## **CONCLUSIONES.**

Página 69

## INTRODUCCION

Por medio de esta introducción, trataré de exponer suscintamente el propósito de la presente investigación, delimitando así el tema de la misma y el camino seguido en su desarrollo, así como una breve relación de las razones que me llevaron a adoptarlo:

El principal propósito de esta investigación consiste en encontrar un concepto de la sentencia que nos exprese la naturaleza de la misma en cuanto a su substancia, es decir, en cuanto a su contenido.

A este respecto, la sentencia, en cuanto actividad humana, adquiere su naturaleza esencial en razón de su específica finalidad:

En efecto, toda expresión de conducta humana se caracteriza por su finalidad. Consecuentemente, para averiguar la naturaleza específica de un sector determinado de esa actividad, es necesario acudir a la finalidad privativa o distintiva de tal sector.

Si por el contrario, creemos que una explicación meramente descriptiva, es decir, restringida a las manifestaciones exteriores peculiares en tal especie de actos, será suficiente para proporciónarnos su naturaleza esencial, no podremos estar más equivocados, pues tan sólo habremos logrado cercenar y desnaturalizar tal objeto, de conocimiento, lo cual constituye el resultado contrario al buscado.

Así pues, en el presente trabajo se persigue como meta la elaboración de un concepto de la sentencia que responda a su naturaleza esencial y, por ende, a la finalidad que por ella es realizada.

Por lo tanto, siempre que aquí se hable de sentencia stricto sensu o en sentido substancial, en contraposición a sentencia lato sensu o en sentido formal, el criterio de distinción que se emplee será el antes apuntado: en el primer caso se comprenden exclusivamente aquellos actos en que se realice la finalidad que constituye la diferencia específica de la sentencia, mientras que en el se-

gundo se hace referencia a todos los actos que estructural o formalmente se caractericen como sentencias.

Ahora bien, la sentencia es considerada generalmente como el acto mediante el cual se realiza la función jurisdiccional, es decir, como el acto jurisdiccional.

En consecuencia, la finalidad realizada por la sentencia no es otra que la finalidad de la jurisdicción: la sentencia stricto sensu se identifica con el acto jurisdiccional, y por lo tanto, es la finalidad de la función jurisdiccional la que proporciona a la sentencia su naturaleza substancial.

Es por ello que he creído necesario exponer, en el desarrollo del presente trabajo, mi punto de vista respecto a la naturaleza, así mismo substancial, de tal función. La cual, por las mismas razones hechas valer a propósito de la naturaleza substancial de la sentencia, también adquiere tal naturaleza en razón de su finalidad específica: y ésta depende a su vez de la peculiar y esencial naturaleza de la actividad estatal, pues la función jurisdiccional no es mas que una de las formas adoptadas por la actividad del Estado.

Por tal razón, he iniciado la investigación sobre el concepto substancial buscado hablando brevemente sobre las ideas que deben integrar el concepto de Soberanía, toda vez que éste es el concepto que proporciona a la actividad estatal su naturaleza propia.

Al emplear la primera parte de este trabajo en la exposición de los conceptos de Soberanía, de función jurisdiccional y del derecho de acción, conceptos sobre tales materias a los cuales considero los más racionales y adecuados a la naturaleza y a los fines propios del derecho y de la sociedad, no pretendo de ninguna manera hacer dicha exposición a título de estudio, ni siquiera de estudio superficial de tales conceptos: simplemente lo he creído conveniente y necesario. Conveniente en cuanto aclaran mi posición respecto a estos temas. Necesario, toda vez que ellos constituyen los postulados del tema particular de la presente investigación. Como ya se señaló, los conceptos de Soberanía y de función jurisdiccional constituyen la materia determinante del objeto formal de esta investigación, o sea, de la sentencia en su aspecto substancial: en efecto, el concepto que se adopte de la sentencia en cuanto a su substancia, siendo ésta la de acto jurisdiccional, depende necesariamente del concepto que se admita de la función jurisdiccional, si aceptamos que la característica de la jurisdicción radica en la labor de accertamiento del derecho para el caso concreto, tendremos que admitir que la declaración del mismo constituye el elemento esencial de la sentencia; pero si consideramos que para determinar la función jurisdiccional y darle substantividaç

propia, distinguiéndola así válida y suficientemente de las otras funciones estatales, es preciso considerar como finalidad específica y privativa de la misma el aseguramiento del cumplimiento del orden jurídico inobservado en el caso concreto, aun por medios coercitivos, entonces tendremos que considerar como sentencias *stricto sensu* aquellos actos que provean a dicho cumplimiento mediante un acto de imperatividad, acto que dé lugar y fundamente el cumplimiento del orden jurídico independientemente de la voluntad del obligado, con lo cual posibilita la aparición de una propiedad inseparable de toda norma jurídica, la sanción, sin la cual dichas normas perderían una de sus notas fundamentales: la *coercibilidad*. Finalmente, mediante la indicación de las razones que nos llevan a considerar a la acción como derecho abstracto de obrar nos es factible establecer la relación entre el acto jurisdiccional y el proceso. Así pues, al hablar sobre estos temas no lo hemos hecho en plan de considerarlos como materia de la investigación llevada a cabo, tan sólo los hemos tratado y expuesto en su carácter de postulados de nuestro estudio, en tanto que constituyen la materia determinante de la naturaleza substancial de la sentencia, y en esta medida, los consideramos como premisa mayor de nuestra argumentación, a los dos primeros, y como premisa menor, al último.

Con esta breve explicación pretendo por una parte, hacer ver por que he tomado en cuenta los temas citados, y primordialmente, señalar brevemente los motivos que me han impulsado a efectuar la investigación sobre la sentencia desde el punto de vista adoptado. Creo que las razones afirmadas justifican por igual la realización de la investigación y el método empleado en su desarrollo.

Es preciso añadir unas cuantas palabras con relación a este último punto: para poder estudiar la sentencia y averiguar su naturaleza substancial, es requisito indispensable principiar por saber que se entiende por sentencia, es necesario señalarla y distinguirla de entre los actos con los cuales puede ser confundida. En otras palabras, para efectuar la investigación sobre el concepto substancial de la sentencia, el primer paso es, necesariamente, la fijación del concepto que nos permita delimitarla externamente: he aquí la razón por la cual he iniciado el presente trabajo con el señalamiento de los conceptos gramatical y formal de la sentencia tales conceptos sirven de punto de partida y, al mismo tiempo, de guías para el desarrollo de la investigación, pero en ningún momento han sido tomados como base o contenido de la argumentación.

Tomando en cuenta la serie de razones expuestas, creo que para desarrollar eficazmente la investigación propuesta, y en consi-



deración al objeto formal y al objeto material de la misma, el camino indicado es el que a continuación se señala:

1.—Señalamiento de los conceptos gramatical y formal de la sentencia.

2.—Con el fin de integrar el concepto substancial de la misma:

a.—Indicación del concepto de Soberanía.

b.—Fijación del concepto substancial de la función jurisdiccional a través de su campo de actuación y finalidad específicos, destacando sus elementos fundamentales.

c.—Señalamiento del concepto adoptado sobre el derecho de acción, relacionarlo con el proceso y con su acto final.

d.—Señalamiento de las principales categorías de actos **considerados como** sentencias con el fin de averiguar si se adaptan al criterio empleado.

e.—Fijación de un concepto de sentencia que contenga, y se fundamente en, todos aquellos elementos que le proporcionen su naturaleza substancial de acto jurisdiccional.

Espero haber expuesto con claridad suficiente el plan del presente trabajo, y quiera Dios que las razones que me impulsaron a adoptarlo y los argumentos empleados en su desarrollo permitan realizar fructuosamente la labor intentada.

## PRIMERA PARTE

### CAPITULO PRIMERO

#### CONCEPTO FORMAL Y CONCEPTO SUBSTANCIAL DE LA SENTENCIA

1.—SENTIDO GRAMATICAL Y SENTIDO FORMAL.—Por las razones ya apuntadas en la Introducción, trataremos de delimitar externamente la sentencia. En este caso es permisible principiar por la indicación del sentido gramatical de "sentencia", ya que, como se verá, tal sentido concuerda con el concepto formal de la misma.

La palabra sentencia quiere decir concretamente, "declaración del juicio y resolución del juez". (1)

Enseguida citaremos algunas afirmaciones expresadas por distintos procesalistas sobre la estructura de la sentencia para comprobar en ellas la existencia de notas comunes:

Para Giuseppe Chiovenda, "sentencia es el pronunciamiento sobre la demanda de fondo", y "resolución del juez que afirma...". Este autor señala que para los romanos, la sentencia era el "acto final que absuelve o condena" (2). La sentencia, en cuanto a su forma se refiere, es para Chiovenda un pronunciamiento, una resolución del juez.

Eduardo J. Couture al tratar de su naturaleza formal nos dice que "la sentencia es, en primer término, un acto jurídico". (3)

James Goldschmidt, a su vez, habla de "las resoluciones" como punto central de los actos judiciales, ellas son "declaraciones de voluntad emitidas por el juez...". Goldschmidt califica formalmente o estructuralmente a la sentencia como declaración del juez.

(4)

Carnelutti, cuando habla de sentencia se refiere exclusivamente a una de las formas adoptadas por el "pronunciamiento", el cual "se resuelve en una declaración del juez". (5) Aparece aquí más claramente el carácter formal de la sentencia como declaración del juez.

Por su parte, W. Kisch considera que, entre las resoluciones de los tribunales, las sentencias se distinguen por su forma especial. O sea que, aunque de manera implícita, este autor también considera a la sentencia como resolución del juez. (6)

Piero Calamandrei, al referirse a las providencias, también considera a la sentencia como acto del juez. (7)

Así pues, es posible afirmar desde ahora que la sentencia es, en cuanto a su forma o estructura, una resolución, la declaración de un juicio lógico hecha por un juez. De lo anterior resultan dos datos formales o estructurales de la sentencia: es una resolución que aparece como declaración de un juicio lógico, y es, además, un acto del juez.

2.—CONCEPTO SUBSTANCIAL: EL ACTO JURISDICCIONAL.—Ahora bien, para encontrar un concepto adecuado y exacto de la sentencia en cuanto a su substancia, es necesario, como ya se hizo ver, precisar previamente el concepto, también referido a su substancia, de la función jurisdiccional, ya que del concepto de esta función depende el de la sentencia, por las siguientes razones:

1o. Por ser la sentencia un acto del juez (supra), siendo éste el órgano estatal que ejerce la función jurisdiccional.

2o. Porque la sentencia es considerada como el acto jurisdiccional, es decir, como el acto mediante el cual se realiza la función jurisdiccional. A continuación se hará mención de algunas aseveraciones que apoyan la anterior afirmación:

Chiovenda señala que es la sentencia "el acto por medio del cual cumple el juez la función que le es propia". (8)

Couture también considera que es en la sentencia donde el juez ejercita su función propia, o sea, la función jurisdiccional, tal se desprende de lo que expresa cuando explica que el juez que pronuncia "no puede ya corregir su sentencia; porque ya una vez **desempeñó** bien o mal su **oficio**". (9)

Alfredo Rocco califica a la sentencia como el fin y la esencia de la función jurisdiccional. (10)

Carnelutti, quien habla del "proveimiento" pues emplea el término "sentencia" en sentido formal exclusivamente (supra), especifica que "la actividad característica del oficio consiste en proveer" (11). Esto es, que en el proveimiento se desarrolla la actividad característica del juez, o sea, la función jurisdiccional.

Kisch asienta que "la función más elevada de los tribunales es la publicación de resoluciones", entre las cuales se distingue la sentencia, en cuanto a su objeto, ya que "sobre la acción ejercitada sólo puede pronunciar la sentencia" (12), y en esto consiste la función propia de la jurisdicción. Así pues, es fácil concluir que dicho autor también considera a la sentencia como el acto jurisdiccional.

Calamandrei especifica que sólo a través de la providencia del juez, que es el acto jurisdiccional, y no a través de los actos del proceso, se explica la función jurisdiccional. (13)

Gabino Fraga, al tratar sobre el concepto material de función jurisdiccional, también advierte que "el acto jurisdiccional está constituido únicamente por la sentencia y no por los actos previos del procedimiento", éstos tan sólo condicionan sucesivamente el desarrollo del proceso, y éste a su vez constituye una garantía para las partes contendientes, y ello no autoriza a concluir que el acto jurisdiccional radique en las formas procesales, además, el acto administrativo requiere en muchas ocasiones, ser realizado después de un procedimiento organizado de manera semejante al procedimiento judicial sin que por ello se modifique su naturaleza de acto administrativo. (14)

Creo que no existe objeción importante contra la concepción de la sentencia, concepción referida a su naturaleza de acto del juez, que la considera como el acto jurisdiccional. En esta situación, se hace ostensible la necesidad de acudir al concepto substancial de función jurisdiccional, para obtener de él las notas que nos permitan integrar, a su vez, el concepto substancial de la sentencia, o sea, el concepto del acto jurisdiccional.

Al mismo tiempo, y como corolario de tal concepción, es permitido sostener que sólo aquellos actos en los que se realice la función jurisdiccional podrán ser considerados como sentencias desde el punto de vista de su contenido, o en otras palabras, como sentencias en sentido estricto o substancial.

3.—SOBERANÍA Y FUNCIÓN JURISDICCIONAL.—El concepto de función jurisdiccional, al igual que los conceptos de las funciones legislativa y administrativa, "se refiere a la forma y a los medios de la actividad del Estado", (15) o como dice Otto Mayer en su Derecho Administrativo —tomo I, páginas 3 y 4—, "la legislación, la justicia y la administración, son todas actividades por las cuales el Estado quiere realizar su fin. Lo que las distingue es la manera diferente como ellas deben servir a esta realización".

Así pues, si la función jurisdiccional es una de las formas que adopta la actividad estatal para lograr su fin, es claro que el concepto substancial de tal función debe fundamentarse en el concepto que proporciona a la actividad estatal su carácter esencial, esto

es, en el concepto de Soberanía. Sólo de esta manera nos será posible distinguir válidamente la función jurisdiccional de las restantes funciones estatales; estableciendo su finalidad específica, la cual dependerá del concepto de Soberanía y, además, de sus presupuestos de actuación y campo de actuación específicos.

Me parece que, para ser congruente con lo hasta ahora expuesto, el camino adecuado para encontrar el concepto substancial de la sentencia será la indicación previa del concepto, también substancial, de la función jurisdiccional, para lo cual, es requisito indispensable la indicación, clara y precisa del significado del principio de Soberanía.

- (1) Diccionario Enciclopédico Abreviado, 1a. ed., Espasa-Calpe-Argentina.
- (2) Chiovenda, Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo III, n. 301, pág. 136 y sig.
- (3) Couture, Estudios de Derecho Procesal Civil, Cap XII, n. 2, pág. 306.
- (4) Goldschmidt, Derecho Procesal Civil, Libro V, pág. 300.
- (5) Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil, Tomo IV, n. 698, pág. 338.
- (6) Kisch, Elementos de Derecho Procesal Civil, Cap. V, pág. 249.
- (7) Calamandrei, Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares, n. 1, pág. 31.
- (8) Chiovenda, ob. cit., Tomo III, n. 390 pág. 364.
- (9) Couture, ob. cit., Cap. XIV, n. 1, pág. 329.
- (10) Rocco, La Sentencia Civil, n. 23, pág. 95.
- (11) Carnelutti, ob. cit., Tomo II, n. 191, pág. 187.
- (12) Kisch, ob. y lug. cit.
- (13) Calamandrei, ob. y lug. cit.
- (14) Gabino Fraga, Derecho Administrativo, n. 38, pág. 54.
- (15) Fraga, ob. cit., n. 14, pág. 25.

## CAPITULO SEGUNDO

### CONCEPTO DE SOBERANIA

1.—NOTAS FUNDAMENTALES DE LA ACTIVIDAD JURIDICA.—Para aclarar el concepto de Soberanía, preciso es señalar las notas o características fundamentales de la actividad jurídica, o sea, las notas que le proporcionan a tal actividad su naturaleza y que la distinguen de la categoría de los meros hechos. Repetimos que estas proposiciones se asientan a título de postulados, que, por lo mismo, no requieren ser demostrados o justificados, pues tal labor excede del dominio y alcance del presente tema. Si acaso se explican un poco estas ideas, es con el fin de aclarar su significado y contenido, aclaración que será de gran utilidad para comprender las afirmaciones que posteriormente se expresarán.

En vez de pensar en la existencia de un derecho positivo y un derecho natural o racional como entidades separadas, "debe pensarse en la positividad y la racionalidad, como dos dimensiones o notas fundamentales del derecho". (16)

No es posible considerar exclusivamente a la positividad como esencia del derecho, pues ello lleva a identificar los términos "hecho" y "derecho", llegándose así fácilmente a sostener "el derecho de la fuerza" y a desconocer "la fuerza del derecho". Para decirlo en otras palabras, si se afirma que la positividad por sí sola constituye la esencia del derecho, se niega la existencia del derecho. Es necesaria la concurrencia de otra nota que proporcione a ese orden o sector de la actividad humana considerado como actividad jurídica su característica diferencial y privativa.

Hemos dicho "concurrencia de otra nota", pues si bien es cierto que la positividad no constituye la esencia del derecho, sí constituye una nota fundamental del mismo: el derecho tiene siempre

carácter positivo. Esto por varias razones: el hombre, por su naturaleza, necesita vivir en sociedad, ésta, a su vez, no puede subsistir sin una autoridad y un ordenamiento jurídico formulado y garantizado por ella; en esta situación, se constata fácilmente que dicho ordenamiento tiene carácter positivo, no sólo porque es formulado concretamente por un poder social, sino también porque tal poder tiene, entre otras funciones, la de asegurar su cumplimiento por medios coercitivos.

La positividad es, pues, una nota fundamental del derecho, pero éste no sólo es positivo, también es racional: el hombre tiene necesidades morales y materiales que satisfacer, el derecho es una "regla de razón" que se ajusta a tales características humanas y de ello deriva su eficacia. Por eso las reglas que van contra esa naturaleza, "o desconocen en el orden social el principio que exige un trato proporcionalmente igual para todos", dan lugar a la dominación de la mayoría por unos cuantos, a la imposición mediante la fuerza de un orden inhumano, a la inseguridad, a "relaciones de hecho, no de derecho". (17)

En resumen, todo derecho es positivo, pues no sólo es formulado sino impuesto coercitivamente, y además, todo derecho es racional, "dado que son los principios de la razón práctica los que dan validez normativa a las reglas jurídicas, distinguiéndolas de las reglas impuestas por la fuerza". (18)

A la función soberana corresponde adaptar los principios generales que racionalmente rigen la conducta humana a la materia social concreta, adecuándolos a las costumbres y necesidades del grupo y estructurando las instituciones concretas que permitan una mayor realización del bien común.

Corresponde a la Soberanía, por medio del poder social, la función de positivización del orden jurídico en un grupo social determinado, no sólo formulándolo concretamente, sino también asegurando su cumplimiento por medios coercitivos.

2.—CONCEPTO DE SOBERANÍA.—En efecto, la Soberanía es en su esencia "la facultad de poder renovar un orden tradicional incompatible con las nuevas necesidades vitales y de justicia", "fundándola en principios suprapositivos". (19)

El mismo Bodino, que fué quien primero estructuró sistemáticamente este concepto, al definirla como "la potestad absoluta y perpetua de una República, que los latinos llaman maiestatem" y como "la potestad suprema sobre ciudadanos y súbditos, **no sometida a ley**" (20), clara que la expresión "no sometida a la ley" ("legibus solutus") no significa arbitrariedad absoluta del soberano en su actuar: "Si decimos que quien tiene la potestad absoluta no está sometido a las leyes, no se encontraría en el mundo un príncipe so-

berano, porque todos los príncipes de la tierra están sometidos a las leyes de Dios, de la naturaleza y a varias leyes que son comunes a todos los pueblos" (21).

Encontramos de tal manera que en el concepto de Soberanía concurren las dos notas fundamentales de toda actividad jurídica, esto es, la positividad y la racionalidad. Y no puede ser de otra manera: la característica esencial del Estado moderno es el ser un Estado de derecho, lo cual significa que toda actividad típicamente estatal debe poseer las características fundamentales de la actividad jurídica, de lo contrario, no es posible atribuir a una actividad, considerada desde un punto de vista racional y humano, el carácter de actividad jurídica o estatal.

De aquí se desprende que toda actividad o función soberana estatal debe reunir esas dos notas:

Así, debe afirmarse que las funciones legislativa, administrativa y jurisdiccional, consideradas generalmente como las tres formas adoptadas por la actividad estatal en su desarrollo, derivan su validez de su ajustamiento, mediato o inmediato, a los principios suprapositivos de que se habló arriba. Y que, por lo mismo, no puede admitirse que alguna de esas funciones los órganos que las ejercitan, o los actos mediante los cuales se realizan, sean considerados como "libres", "autónomos", "arbitrarios" o "no dependientes de ninguna ley o principio normativo".

Y al mismo tiempo, cabe admitir que todas ellas tienden, cada una de distinta manera y en grado diferente, a lograr la realización práctica de la conducta prescrita por las normas jurídicas de un determinado ordenamiento, con lo cual, proporcionan a dicho ordenamiento su carácter de positividad y ellas mismas adquieren tal carácter. En otras palabras, las tres funciones participan, en cuanto son formas de la actividad estatal, de la misma finalidad remota: la positivización, hasta la realización práctica, de un determinado ordenamiento jurídico, mediante su formulación concreta y el aseguramiento coercitivo de su cumplimiento.

De esta manera, es ya posible entender las ideas a las cuales debe corresponder la integración sistemática del concepto de la función jurisdiccional.

Las anteriores afirmaciones y razonamientos nos hacen concluir que "el derecho positivo no es un orden cerrado y completo, sino que participa de diversos órdenes: del orden social, del orden normativo, del orden ético, y a través de ello, del orden universal; es el plan de la creación de la Mente divina es en el Autor de la naturaleza en quien encontramos el fundamento último del propio derecho positivo" (Rafael Preciado Hernández, ob. cit., Cap. X, pág. 165).



Sólo con base en esta concepción, la más completa y racional, del orden jurídico como partícipe del orden universal y fundado en su Autor, adquiere la función soberana su verdadera importancia y se hace patente su excelsa función:

Como que mediante ella Dios nos confiere en parte su Poder ordenador: El sólo nos da los lineamientos generales de la obra, podríamos decir, el tema, nosotros debemos con apego a esos lineamientos desarrollar la trama fijando específicamente la conducta de los personajes y actuando conforme a ella en uso de nuestra libertad.

- (16) Rafael Preciado Hernández, lecciones de Filosofía del Derecho, Cap. X, n. 4, pág. 162.
- (17) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. cit., págs. 158 y 159, y pág. 163.
- (18) Preciado Hernández, ob. y lug. cit., pág. 164.
- (19) Manuel Pedroso, La relación entre Derecho y Estado y la idea de Soberanía, No. 46 de la Rev. de la Esc. Nal. de Jurisprudencia, Cap. V, pág. 130.
- (20) Citado por Pedroso, ob. cit., Cap. II, pág. 124.
- (21) Citado por Pedroso, ob. y lug. cit.

## CAPITULO TERCERO

### LA FUNCION JURISDICCIONAL

1.—CONCEPTO SUBSTANCIAL.—Ya dijimos que la función jurisdiccional, al igual que la función legislativa y que la administrativa, en cuanto es una de las formas de realización de la función soberana, participa de la misma finalidad que ésta: positivizar un ordenamiento jurídico. Esta viene a ser, en las funciones citadas, la finalidad remota. Pero en cuanto las mismas son formas distintas de realización de la función soberana, lo cual supone la existencia de presupuestos de actuación y de materia de aplicación, privativos de cada función, tales funciones poseen, cada una de ellas, una finalidad inmediata distintiva.

Si queremos averiguar la naturaleza esencial de la función jurisdiccional, no debemos atenernos a los efectos producidos por su actuación ni a las formas peculiares que en ella reviste, ya que, aun suponiendo que tales efectos y tales formas se distinguan de los efectos producidos y de las formas adoptadas por los actos legislativos y administrativos, ello no será mas que una consecuencia de la finalidad específica de tales funciones y, por lo mismo, no puede ser tomado como criterio fundamental.

Para caracterizar substancialmente a la función jurisdiccional, en cuanto actividad humana que es, el único criterio suficiente y válido es el que se refiere a la finalidad específica de la misma: "El fin es el principio primero de toda acción" (22), en efecto la estructura del acto voluntario y libre es siempre teleológica, lo cual significa que "la conducta humana cae dentro —y está sometida a las leyes— del causalismo finalista" (23), y en consecuencia, en "la finalidad de las normas, con todo y ser el fin (en este caso el bien racional) un resultado o consecuencia del acto prescrito como medio

éste no determina a aquél, sino que es el fin el principio determinante del acto" (24), lo cual quiere decir que si el fin es el principio que determina o da su naturaleza esencial a toda actividad humana, para caracterizar un determinado sector de esa actividad y distinguirlo fundamentalmente, el único criterio suficiente y válido es el derivado de la finalidad específica o privativa de tal sector.

Ya se indicó arriba que la finalidad específica y distintiva de la función jurisdiccional frente a las otras dos funciones citadas, es consecuencia de sus presupuestos de actuación y de su campo de aplicación privativos. Así pues, a continuación procederemos a señalar tales presupuestos y tal campo de aplicación con el propósito de averiguar la finalidad específica de dicha función.

2.—PRESUPUESTO DE ACTUACION Y CAMPO DE APLICACION.—El presupuesto de actuación de la función jurisdiccional es la **inobservancia** del orden o de la conducta prescrita por la norma en un caso concreto, este presupuesto es privativo de tal función y constituye siempre su **antecedente objetivo**. En efecto, ni la función legislativa ni la administrativa tienen como antecedente tal inobservancia: la primera formula la norma, y ésta nunca prescribe una conducta como obligatoria hacia el pasado por imposibilidad lógica, y si la norma rige siempre una conducta **futura** es imposible que su antecedente sea la inobservancia de tal conducta; y en cuanto a la segunda, su presupuesto de actuación lo constituye precisamente la **observancia** de tal conducta.

Ahora bien, la norma jurídica, por su naturaleza establece siempre vínculos entre dos personas a través de un objeto, esos vínculos son las relaciones jurídicas, las cuales son esencialmente bilaterales: el derecho subjetivo y el deber jurídico son sus dos elementos componentes. Esto quiere decir que la conducta prescrita por la norma se traduce siempre en la atribución de derechos subjetivos a alguna persona y correlativamente en la imposición de obligaciones a otra. En consecuencia, siempre que tal conducta es inobservada aparece una violación de los derechos de ella derivados, y correlativamente, un incumplimiento de las obligaciones respectivas. Así pues, el presupuesto de actuación o antecedente objetivo de la función jurisdiccional también puede enunciarse como el incumplimiento o la violación de un derecho o de una obligación.

De acuerdo con lo anterior se puede decir que el campo de aplicación de la función jurisdiccional está delimitado por su presupuesto de actuación: únicamente será posible que se ejercite la función jurisdiccional en los casos en que la conducta prescrita por la norma haya sido inobservada. A contrario sensu, no podrá ejercitarse tal función en los casos en que no exista o no se demuestre tal inobservancia.

Tenemos así claramente delimitada la función jurisdiccional y fijadas las bases para determinar su finalidad específica.

3.—FINALIDAD ESPECIFICA.—La confrontación de la finalidad remota de la función jurisdiccional y de su presupuesto de actuación o antecedente objetivo, nos lleva a determinar su finalidad específica: ésta consiste en la positivización del orden jurídico en los casos concretos en que dicho orden ha sido violado. En efecto, ya vimos que el carácter de positividad del derecho no consiste sólo en su formulación externa, sino en el aseguramiento de su cumplimiento, aun por medios coercitivos. Por ello es que uno de los elementos fundamentales de la norma jurídica es la **sanción jurídica**, entendida como "la consecuencia secundaria que atribuye la norma al supuesto de la **infracción** del orden prescrito por ella, consecuencia que generalmente está impregnada de **coercitividad**, y que tiende a **restablecer** el orden jurídico altrado por el infractor" (25). Ahora bien, como lo hace ver acertadamente Liebman, la sanción no es elemento constitutivo de cada norma considerada **aisladamente**, sino que se encuentra inmanente en el todo orgánico del ordenamiento jurídico (26), la aplicación de la sanción no corresponde al titular del derecho violado sino de manera exclusiva al Estado, sólo éste tiene la potestad de realizarla. Pero, por otra parte, ni el Estado puede realizar los actos encaminados a aplicar la sanción, ni el acreedor tiene facultad para provocarlos, por el solo hecho del incumplimiento de la obligación por el deudor, ni tampoco por el simple accertamiento de dicha violación (27): es necesario; en tal caso, que la sanción se convierta, de abstracta y genérica, en concreta y determinada, y esto no sucede automáticamente sino mediante la actividad del juez.

En resumen el carácter de positividad del ordenamiento jurídico exige que en los casos en que la conducta por él prescrita para un caso concreto sea inobservada, se realicen, imponiéndose coercitivamente, las consecuencias previstas por la misma norma (ordenamiento jurídico como unidad) para tal hipótesis, persiguiéndose con ello el restablecimiento del orden jurídico violado.

Es preciso tener en cuenta que la infracción del orden jurídico en un caso concreto puede realizarse de diversas maneras, y que, como lo señala Satta (28), es de acuerdo con esas diversas maneras como se determina la sanción aplicable.

4.—NATURALEZA DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.—Habiendo logrado aclarar la finalidad específica de la función jurisdiccional, nos será fácil determinar su naturaleza. Es oportuno hacer notar que con ello no pretendemos de ninguna manera identificar la naturaleza de la función jurisdiccional con su finalidad específica: no estamos diciendo que la finalidad de la función jurisdiccional cons-

tituye su naturaleza, simple y sencillamente afirmamos que su finalidad específica es la que **determina** tal naturaleza pues todo criterio meramente descriptivo, o externo, o formal es insuficiente e inadecuado; tanto el cirujano como el asesino y el matancero utilizan un cuchillo para herir, sin embargo, es evidente que no por ello vamos a decir que todos ellos realizan la misma actividad, sólo la finalidad específica perseguida por cada uno de ellos constituye criterio adecuado y suficiente para distinguirlas.

Hecha esta aclaración, pasaremos a expresar la naturaleza de la función jurisdiccional: podemos decir que la jurisdicción es la actividad soberana estatal que determina las consecuencias jurídicas de la violación del orden jurídico en un caso concreto y, previa declaración de la existencia de tal violación, prescribe coercitivamente el cumplimiento de dichas consecuencias. Es este el concepto basado en las finalidades remota y específica de tal actividad, y por ello, el único concepto esencial o substancial de la misma.

Se puede objetar que tal definición no corresponde a la realidad, pues deja fuera de ella una gran parte de la actividad considerada como jurisdiccional: todos aquellos procesos que solamente aciertan la existencia de una relación jurídica o que producen una modificación en una relación preexistente, pero que no presuponen la inobservancia del orden jurídico ni tienden a restablecerlo. Para refutar esta objeción es preciso recordar que, como se ha expresado varias veces, el único criterio suficiente y válido para caracterizar substancial o esencialmente una actividad como jurisdiccional es el que se base en la finalidad de tal función. Y ya vimos que siguiendo ese camino, la única manera de caracterizar a la función jurisdiccional es a través de su finalidad de positivizar el orden jurídico (finalidad remota) en los casos en que éste ha sido violado (presupuesto necesario de actuación, del cual deriva la finalidad específica): si por el contrario, pretendemos dar substancialidad propia a tal actividad prescindiendo de este presupuesto, no lograremos llegar a un resultado satisfactorio, la diferencia entre ella y las otras dos funciones será sólo de grado o de forma.

Y en efecto, quienes consideran que esos casos en que no aparece como antecedente el estado de inobservancia del orden jurídico constituyen actividad jurisdiccional se basan en un criterio puramente formal: que tal actividad es desarrollada por el juez empleando las formas procesales. Pero ya sabemos que no toda la actividad del juez es actividad jurisdiccional y que no son las formas procesales las que proporcionan a la actividad mediante ellas realizada su naturaleza jurisdiccional substancial.

Ahora bien, lo anterior no significa que de acuerdo con el concepto expresado de jurisdicción se circunscriba ésta al proceso de condena, pues consideramos que existe la posibilidad de procesos de mero accertamiento o constitutivos que si presupongan el citado estado de inobservancia: así podemos decir, siguiendo a Satta (lug. cit. en nota 28), que para que las sentencias de mero accertamiento y las constitutivas sean consideradas como actos jurisdiccionales deben postular como presupuesto indispensable el desconocimiento efectivo y concreto de un derecho por una persona **obligada jurídicamente** a reconocerlo, en cuanto a las primeras, y en cuanto a las segundas, el incumplimiento de la obligación de sujeción voluntaria o de colaboración con el titular del correlativo derecho a una modificación de una relación jurídica. De lo contrario, nos encontraremos fuera de los límites de la jurisdicción estrictamente considerada.

Antes de decir unas cuantas palabras respecto al proceso de mero accertamiento, es conveniente indicar los elementos o datos fundamentales de la jurisdicción, los cuales resultan de su especial naturaleza.

5.—ELEMENTOS FUNDAMENTALES DE LA FUNCION JURISDICCIONAL.—En el concepto expresado sobre la jurisdicción, aparecen claramente dos etapas o fases de la misma: la primera se refiere a la **determinación y declaración de la conducta prescrita** por la norma para el caso concreto, del **estado de inobservancia** de la misma y de las **consecuencias** que el mismo ordenamiento violado ha previsto para tal hipótesis; la segunda consiste en la **prescripción coercitiva** del cumplimiento de tales consecuencias.

Así pues, podemos decir que la jurisdicción se desenvuelve en dos elementos o notas fundamentales: un **elemento declarativo** (primera fase) y un **elemento imperativo** (segunda fase).

De estos elementos, el declarativo no constituye el elemento distintivo de la jurisdicción, pues también lo encontramos, por ejemplo, en el dictamen de un particular, y además no realiza la finalidad de la misma. Sin embargo, debe afirmarse que tal elemento aparece necesariamente en toda actividad jurisdiccional: si la naturaleza de ésta consiste en prescribir coercitivamente el cumplimiento de las consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico cuando sea violado en un caso concreto, con lo cual se hace jurídicamente posible la aplicación de tal sanción (ejecución en general), dicha prescripción no puede efectuarse si no se realiza previamente la determinación y concretización de la sanción, lo cual implica la determinación de la conducta prescrita por la norma para tal caso y del estado de inobservancia de la misma.

En resumen, podemos afirmar que, si bien el elemento declarativo no constituye el elemento esencial ni el elemento característico o peculiar de la jurisdicción, en él encontramos una propiedad de esa función, una cualidad derivada de su esencia.—“Propio: idea de una cualidad que deriva necesariamente de la esencia de un ser. Conviene a una especie entera, a esta especie solamente, y le conviene siempre” (29).

Por otra parte, podemos decir que el elemento que hace jurídicamente posible la aplicación de la sanción es el elemento imperativo, ya que sólo mediante este acto de voluntad impregnado de coercitividad es posible la realización de tal sanción independientemente de la voluntad o asentimiento del o de los obligados, la sola determinación de la sanción no confiere a esta eficacia para su realización: un particular puede también determinar la sanción, sin que por ello sea obligatoria su aplicación. En otras palabras, la finalidad de restablecimiento del orden jurídico violado en un caso concreto sólo se logra mediante el mandato que prescriba coercitivamente la verificación de la sanción.

El elemento imperativo es, por lo tanto, el elemento típica y esencialmente jurisdiccional.

6.—EL PROCESO DE MERO ACERTAMIENTO.—Con fundamento en lo anterior, se puede decir que el proceso de mero acertamiento, para que sea considerado como estrictamente jurisdiccional, debe presuponer la violación (en este caso mediante el desconocimiento efectivo) de un derecho por la persona obligada jurídicamente a reconocerlo, de otra manera no es posible considerarlo como proceso jurisdiccional.

Así, según Satta (lug. cit. en nota 28), podemos afirmar que en los casos en que un ordenamiento admite excepcionalmente una forma de acertamiento judicial sin que ella se justifique por tal violación, dicho acertamiento no constituye actividad jurisdiccional: la concesión de una acción y de una sentencia de acertamiento con el fin exclusivo de procurar la certeza jurídica y de prevenir así las violaciones al ordenamiento jurídico es una muestra de la tendencia a ampliar la función del juez y del proceso más allá de los estrechos límites de la jurisdicción. Será todo lo conveniente y necesario que se crea el conferir a los órganos jurisdiccionales la función de acertamiento con fin exclusivo de obtener la certeza jurídica y prevenir así las violaciones al orden jurídico, pero ese hecho no autoriza a considerar tal función como jurisdiccional: así, en ciertos casos es conveniente y hasta necesario conferir al juez el ejercicio de actividades administrativas, como las llamadas de jurisdicción voluntaria, que no por ser realizadas por el órgano ju-

risdiccional y en las formas propias de tal actividad, en los casos en que así suceda, adquieren naturaleza jurisdiccional.

En resumen, no se desecha la posibilidad de configuración del proceso de mero accertamiento como actividad jurisdiccional (cuando tal proceso presuponga una violación al orden jurídico y tienda a restablecerlo dando eficacia coercitiva a la sanción, que en tal caso será obtener la certeza jurídica), únicamente se le niega tal carácter cuando se quiere considerar ese proceso como actividad jurisdiccional prescindiendo del presupuesto de la violación y negándole a su resultado eficacia ejecutiva. Creemos que quienes tal posición sustentan no han tomado en cuenta que la ejecución forzosa es sólo una de las especies de sanción: ya dijimos que la violación puede realizarse de diversas maneras, y que son éstas las que determinan el tipo de sanción aplicable. Así, podemos afirmar que el que una sanción sea o no ejecutiva depende exclusivamente de la naturaleza de la obligación violada y de la posibilidad práctica de obtener mediante la fuerza el objeto de la prestación que no ha sido cumplida voluntariamente (30).

En otras palabras, quienes atribuyen naturaleza jurisdiccional al proceso de mero accertamiento prescindiendo del presupuesto de la violación, consideran que tal proceso se configura plenamente con el solo elemento declarativo de que hemos hablado, haciendo a un lado al elemento imperativo. Con base en lo que se dijo al explicar esos dos elementos de la jurisdicción, negamos carácter de función jurisdiccional plena a la de mero accertamiento concedida en los términos señalados.

En todo caso, y considerando el carácter necesario del elemento declarativo para el ejercicio de la jurisdicción, se puede considerar al proceso de mero accertamiento en tales casos como actividad prejurisdiccional, ya que su finalidad consiste en **prevenir** la realización del supuesto de la jurisdicción, es decir, la realización de la violación.

Lo mismo que se afirmó al principio de este inciso respecto a la necesidad del proceso de mero accertamiento de presuponer la violación del orden jurídico y tender a restablecerlo, se puede afirmar del proceso constitutivo, por lo cual creo innecesario tratar separadamente de tal proceso. A continuación, se presentarán algunas aseveraciones de diferentes autores a propósito de los temas tratados en este capítulo con el fin de confrontarlos con las ideas expuestas y aclarar éstas si algún punto se ha dejado sin explicar.

7.—CONCEPCION DE CHIOVENDA.—Este respetable autor nos dice que la jurisdicción es una actividad estatal en la cual prevalece la personalidad de los órganos jurisdiccionales y la finalidad



de su actuación, "que no es tanto la satisfacción de los derechos de los particulares, como la realización de la voluntad de la ley" (31), con lo cual pone de manifiesto la importancia de la finalidad con relación a la naturaleza de la jurisdicción, además, es notorio que le concede mayor importancia al aspecto objetivo de esa finalidad que a su aspecto subjetivo, el cual niega posteriormente. El proceso sirve, no para concretizar la voluntad de la ley, sino para declarar cual sea la voluntad concreta de ley y para traducirla en acto (32). Posteriormente, al definir el proceso y analizar la definición, afirma que la administración de justicia es considerada por el Estado moderno como esencial función propia: "él solo tiene el poder de actuar la voluntad de la ley en el caso concreto, poder que se llama jurisdicción" (33), así, este autor define a la jurisdicción en razón de su finalidad, y la considera como función soberana. Sin embargo, podemos decir que esta definición es inexacta por incompleta: al considerar que la única finalidad de la jurisdicción es la "actuación de la voluntad de la ley en el caso concreto" no se diferencia a la jurisdicción de la actividad administrativa, ya que ésta posee la misma finalidad. Y es que tal finalidad, es sólo la finalidad remota de la jurisdicción, común a toda función soberana. Por otra parte, en el lugar citado asienta Chioevenda que esa función desarrollada en el proceso "consiste en la actuación de la voluntad concreta de ley, en relación a un bien de la vida que el actor pretende, garantizado por esa voluntad". Y toda vez que este autor considera el derecho subjetivo como "la expectativa de un bien de la vida garantizada por la voluntad de la ley", que "se resuelve en una voluntad concreta de ley" (lug. cit. en nota 32), cabe concluir que la función pública que se desenvuelve en el proceso tiende al cumplimiento o satisfacción de un derecho subjetivo del actor. Es decir, que según sus mismas afirmaciones, Chioevenda debía haber concluido que la finalidad remota y genérica de "actuación de la voluntad de la ley" se logra en la jurisdicción a través de la satisfacción de los derechos subjetivos (finalidad inmediata y específica). Y si tales son las finalidades de esa función, su ejercicio supone necesariamente el estado de insatisfacción de esos derechos, y por ende, la violación de la voluntad de la ley: si la jurisdicción es el poder de actuación de la voluntad de la ley; no podrá ejercitarse tal poder en los casos concretos en que tal voluntad ya haya sido actuada. Al hablar de la acción, a la cual considera como el poder jurídico de dar vida a la condición para el ejercicio de la jurisdicción (34), o sea, poder sin el cual no puede actuar la jurisdicción, el autor admite que ella es, al mismo tiempo, "un poder coordinado a la tutela de un interés": esto quiere decir que de no existir interés por tutelar, o de haber sido tutelado ya

ese interés, no puede configurarse la acción, y por lo mismo, no puede actuarse la jurisdicción. El mismo autor afirma esto claramente cuando dice —ob. cit., pág. 389— “En la fórmula **desestimación** de la demanda o **absolución** de la demanda está implícita la **negación de la acción**”, si la sentencia “...niega la acción por **falta de derecho**... , **niega la existencia de una voluntad de ley** que garantice un bien al actor”, lo cual significa que no es posible el ejercicio del poder que “actúa la voluntad de la ley en el caso concreto”, esto es, de la jurisdicción; por ello concluye “las condiciones de la sentencia **desestimatoria**, por lo tanto, podemos resumirlas en la **inexistencia de la acción**”. Por ello, Chioyenda se contradice cuando afirma cateóricamente que, siendo fin de la jurisdicción la actuación de la voluntad de la ley, se excluye que “ese fin consista en la defensa del derecho subjetivo” (lug. cit. en nota 33).

En el mismo lugar, Chioyenda analiza los elementos de la jurisdicción diciendo: “También la **declaración de la voluntad de la ley**, forma **parte de la actuación de esta voluntad**, porque toda voluntad que tiende a la actuación **inicia el camino necesario** para ella mediante la manifestación exterior y formal de sí misma. Por otra parte, también la **ejecución forzosa** forma parte de la **jurisdicción**, constituyendo el **complemento necesario de la actuación** de la voluntad de la ley, **finalidad de la jurisdicción** y del proceso (civil)”. Se pone de relieve en el párrafo transcrito que el elemento declarativo no es, ni toda la jurisdicción, ni su elemento esencial: mediante él no se actúa la voluntad de la ley, sólo se inicia el camino necesario para ella. ¿Qué bien expresado el papel de la declaración como **iniciación** del camino necesario para lograr la finalidad de la jurisdicción! Se hace patente de tal manera, que si bien la declaración es necesaria, ella no constituye el elemento esencial. Por otra parte, se hace ver que lo que integra y configura dicha actividad es la ejecución forzosa, considerada como complemento necesario de la jurisdicción. Es decir, considera el autor que la actividad jurisdiccional por sí misma, realiza totalmente la positividad del orden jurídico, pues a este respecto dice que “La voluntad de la ley tiende a actuarse en el campo de los hechos hasta las últimas consecuencias práctica y jurídicamente posibles. Por consiguiente, el proceso debe dar, en cuanto sea posible prácticamente, a quien tiene un derecho, todo aquello y exactamente aquello que tiene derecho a conseguir” (35). Sin embargo debe tomarse en cuenta que los actos ejecutivos son, intrínsecamente considerados, actos administrativos, por lo que no se debe pensar en la ejecución forzosa como elemento fundamental de la jurisdicción: ésta

sólo llega a hacer posible jurídicamente tal ejecución en los casos en que coresponda tal sanción, como ya se vió (supra, en nota 30).

En resumen, puede decirse que Chiovenda, a pesar de haberse dado cuenta de los elementos y factores que realmente y desde un punto de vista sistemático integran el concepto de jurisdicción, no llevó esos elementos a sus últimas consecuencias, quizá por desprecio a la teoría que considera a la jurisdicción como "defensa de los derechos subjetivos". Sin embargo, comprendió que la piedra de toque de la jurisdicción no se encuentra en la declaración, la cual no proporciona a tal actividad su naturaleza.

8.—TESIS DE CARNELUTTI.—Este genial autor prefiere hablar de "función procesal", como genus, y de función jurisdiccional sólo como species. Nos dice que la "función judicial" se desarrolla en el proceso de conocimiento y en el de ejecución, y no sólo consiste en juzgar, sino en llevar a cabo los mandatos del derecho (36). Un poco más adelante asienta que "la actividad característica del oficio consiste en proveer", y "proveer significa, precisamente, hacer lo necesario", "el ejercicio de un poder" y "el poder es reflejo subjetivo del mandato (o sea idoneidad para mandar), proveer se concreta en mandar o en disponer, y por lo mismo en una declaración de voluntad eficaz para determinar la conducta ajena". Estas afirmaciones nos comprueban que el elemento esencial y característicamente jurisdiccional es el imperativo, o sea, "una declaración de voluntad", el cual es el que da a la sanción su carácter obligatorio ya que es "eficaz para determinar la conducta ajena". Al tratar de la distinción entre la función procesal, por una parte, y las funciones administrativa y legislativa, por la otra, Carnelutti llega a concluir que la única distinción valedera es la basada en la causa de cada una de ellas, o lo que es lo mismo, en su finalidad: la distinción entre función administrativa y función jurisdiccional, ya que ambas tienden a la satisfacción de intereses públicos, se basa en que la segunda tiende a satisfacer el interés público en cuanto a la "composición de los conflictos", llamado "interés externo", mientras que la primera procura el desenvolvimiento de los intereses públicos internos: "La función administrativa se cumple en el conflicto; la función procesal, en cambio, actúa sobre el conflicto"; la autoridad administrativa también juzga (antes de decidir aplica el derecho) y manda (también adopta proveimientos), pero lo hace "para el desenvolvimiento de un interés en conflicto y no para la composición del conflicto" (37). Es decir, que la diferencia deriva de sus distintas finalidades. Ahora bien, la función legislativa también tiende a la composición de los conflictos: "la posición de normas jurídicas no persigue, realmente, otra finalidad que la de dirimir conflictos entre los ciudadanos"

(38). De ahí la necesidad de encontrar un criterio diferencial entre ambas. En el mismo lugar, el autor señala que en un ordenamiento jurídico en el cual todos los conflictos estuviesen "compuestos" por normas materiales, la distinción entre dichas funciones radicaría en "la posición, por un lado, y el accertamiento y la ejecución de las normas jurídicas, por el otro", por lo cual, "en el acto legislativo coincidirían los caracteres de novedad (**autonomía**) y generalidad (abstractividad) del mandato, mientras que, por el contrario, el **acto procesal** sería, a la vez, un mandato **complementario** y concreto". En tal hipótesis, la distinción podría ser formal, pero aún en tal caso, quedaría por saber si a la diferencia formal "corresponde una diferencia causal", y en tal investigación comprobamos que el mismo orden jurídico dispone el accertamiento y la ejecución de las normas, cuando su posición resulte ineficaz para componer el conflicto, por haber éste "asumido la peculiar naturaleza y gravedad del litigio". Carnelutti expone acertadamente en este párrafo la necesidad de recurrir en todo caso a un criterio diferencial causal, o sea, finalista, y señala como la diferencia se debe a la aparición de un nuevo elemento: el litigio, el cual constituye el presupuesto necesario de la jurisdicción, y determina su finalidad específica: después de rechazar el criterio fundado en la generalidad o singularidad del acto, por insuficiente, el autor llega a concluir que el único criterio suficiente es el referido a "la naturaleza del conflicto a cuya composición se **enderezan** las dos actividades", apareciendo como carácter específico de la función procesal "la composición del litigio", éste se distingue del simple conflicto de intereses en "la pretensión resistida: un conflicto de intereses asume el carácter de litigio, sólo cuando uno de los interesados exija, y no obtenga, que el interés ajeno se sacrifique al interés suyo". Aquí una pequeña aclaración para hacer ver que, según la construcción sistemática de este autor, la "pretensión resistida" equivale a la violación del ordenamiento jurídico: Carnelutti considera que, cuando la **pretensión** se refiere a un conflicto **regulado** por el derecho, única hipótesis posible para que actúe el juez, ella consiste en la "exigencia de la obediencia al mandato jurídico" (39), por lo cual, en tales casos, que son todos, ya que "La ley presenta lagunas, el Derecho no las tiene" (40), la resistencia a la pretensión constituye "desobediencia" a tal mandato. Así pues, de acuerdo con las afirmaciones citadas, Carnelutti considera la violación del orden jurídico como presupuesto necesario de la jurisdicción, y dice expresamente: "Para que exista jurisdicción y no legislación, hace **falta, no ya un conflicto de intereses, sino un litigio**", por lo que, "como **fin específico de la función procesal** aparece la **composición del litigio**", y ésto es exacto, "no sólo para el proceso civil, sino

también para el proceso administrativo y para el penal" (lug. cit. en nota 38).

Con relación a esta última afirmación, aclararemos que Carnelutti, en sus Lecciones sobre el Proceso Penal, Tomo I, pág. 155, nos dice que el proceso penal, en orden a la ilicitud penal, es de jurisdicción voluntaria, pues en él sólo hay controversia, pero no existe conflicto de intereses, pues la finalidad de la pena es para bien del imputado y no para su mal. Como se ve claramente, en este caso, Carnelutti se refiere a la no existencia de conflicto de intereses (y por tanto, inexistencia de litigio) entre el imputado y quien haya de castigar, pero no es esa la relación que debe ser tomada en cuenta, sino la relación entre imputado y lesionado, y entre estos dos sujetos, es indudable la existencia del conflicto de intereses, como lo afirma el mismo Carnelutti (lug. cit. en nota 38). Si aceptáramos la afirmación del autor respecto al proceso penal como no litigioso, tendríamos que aceptar lo mismo respecto al civil: en éste tampoco hay conflicto de intereses entre las partes y el juez, pues en último término, la justicia civil también se aplica para bien de las partes. Por ello, consideramos que Carnelutti no logra válidamente quitar su carácter litigioso al proceso penal. Sin embargo, a pesar de haber demostrado que sólo en razón de la aparición del litigio se configura la jurisdicción, el autor se contradice cuando trata de justificar lo que él llama "proceso de mero accertamiento": afirma que para que actúe el proceso jurisdiccional no es necesario el litigio presente, "para el proceso de mero accertamiento, puede bastar el peligro de litigio, y, por tanto, no ya el litigio futuro, sino el litigio probable", así que, el fin de la función procesal consiste, no sólo en la composición, sino también en la "prevención del litigio" (lug. cit.). Además de las objeciones ya formuladas a la concepción del proceso de mero accertamiento independientemente de la existencia del estado de inobservancia del orden jurídico (litigio) y con fin de prevención, trataremos de mostrar que, dentro de la construcción conceptual de Carnelutti sobre la jurisdicción, el proceso de mero accertamiento así concebido es sólo un "proceso impropio", ya que "en él los órganos investidos de la función procesal ejercen, con las formas propias del proceso, una función distinta" (40 bis), en este caso, y también de acuerdo con las afirmaciones del mismo autor, una función legislativa "singular": en efecto, ya se dijo que esta función también tiende a la composición de los conflictos (supra, pág. 16 en nota 38), y que "Para que exista jurisdicción y no legislación, hace falta, no ya un conflicto de intereses, sino un litigio" (supra. pág. 16 al final), y que lo que hace que un conflicto se convierta en litigio es "la pretensión resistida": esto quiere decir que el "litigio futuro" y, con mayor

razón, el "litigio probable", no son mas que simples conflictos de intereses, y por tanto, su "composición" corresponde a la función legislativa y no a la jurisdiccional. Todo esto nos confirma que, dentro de una concepción racional de la jurisdicción, no cabe el proceso de mero accertamiento así considerado.

Este autor considera también como fin exclusivo de la "función procesal" el "hacer justicia", mediante lo cual se distingue de la composición del litigio por obra de las partes, y por otro lado, de la función legislativa (41), y afirma que tal tendencia del proceso es debida a que la composición del litigio "no es fin en sí misma, sino medio para la provechosa convivencia social", y a continuación aclara que "la composición será justa... cuando sea conforme al Derecho o a la equidad". Hasta aquí no hay que objetar, pero enseguida, Carnelutti considera a la función legislativa como libre, es decir, arbitraria, en el sentido en que no está basada necesariamente en principios superiores: "el proceso se desenvuelve para la composición justa del litigio", el fin de la función procesal es obtener "paz y justicia". Se distingue así de la función legislativa, "cuyo fin es sólo la paz, es decir: la composición de los conflictos", el legislador también aspira a la justicia, "pero éste es un fin **metajurídico**", "**el poder del legislador es libre**" (42). Ya indicamos que esto no puede suceder sin que se afecte en su esencia el concepto de Soberanía (supra, pág. 8). El mismo Carnelutti contradice la citada afirmación (Metodología del Derecho, pág. 25): "aún cuando todas las reglas sean escrupulosamente respetadas, la obra del legislador **no vale nada si no responde a la justicia**", "la experiencia nos enseña que no son útiles ni duraderas las **leyes injustas**: no son útiles porque **no conducen a la paz**; no son duraderas porque, antes o después, más bien que en el orden **desembocan en la revolución**" (43). Esto quiere decir que el fin de la función legislativa no puede ser "sólo la paz", pues como se señala en este último párrafo, las leyes injustas "no conducen a la paz": Y es que cuando se habla de paz, debe entenderse "la tranquila convivencia que produce el orden del derecho", y en este sentido (que por lo demás es el único racional y humano), ella es "resultado de un orden jurídico, eficaz y **justo**" (44).

9.—TESIS DE KISCH.—Este autor, al referirse al proceso civil, también hace notar que, para que pueda hablarse de "función judicial", debe existir un estado de incumplimiento o lesión del orden jurídico, que aquélla tiende a suprimir (45). El autor considera que, si bien el proceso, y la función que en él se desarrolla, sirve para "proteger" los derechos de los particulares, también "proporciona al orden jurídico... en su totalidad la fuerza y efectividad necesarias, ofreciéndole la **garantía de que cualesquiera lesiones**

contra él, serán contenidas y evitadas por el Estado: de esta suerte inviste a las prescripciones del derecho, de la validez real necesaria sin la cual no serían más que meras reglas teóricas" (lug. cit.). Es decir, Kisch pone de manifiesto que la finalidad de positivización y aseguramiento coercitivo del cumplimiento del orden jurídico (finalidad remota), no excluye la finalidad de protección de los derechos subjetivos (finalidad inmediata y específica). También hace notar que es la función "judicial" la que inviste al derecho, o más bien dicho, a las normas jurídicas, de "la validez real necesaria", esto es, de su carácter de coercibilidad. Asienta el autor, de acuerdo con Rosenberg, que en el derecho procesal encontramos las funciones de "decisión o declaración del derecho", de "realización de los derechos" y de "aseguramiento" (lug. cit.), que "juntas constituyen la función judicial", la cual es una función soberana: la jurisdicción en "sentido subjetivo significa una parte del Poder del Estado, la soberanía con referencia a la función de justicia" (46). También este autor ha comprendido la insuficiencia de la concepción de la función jurisdiccional como mera o fundamentalmente declarativa del derecho, y considera como "punto culminante" de la misma, en cambio, la ejecución forzosa (47). Ya a este respecto se indicó que, en nuestro concepto, esto no es exacto, por lo que nos remitimos a lo entonces afirmado (supra, pág. ).

10.—CONCEPCION DE ALFREDO ROCCO.—Este autor basa su concepción de la función jurisdiccional en su concepto del derecho como garantía de fines o tutela de intereses (48), y éste es un concepto que sólo considera un aspecto del derecho, su aspecto más aparente; más que una nota del derecho, nos proporciona uno de sus fines, el más inmediato, subordinado a otros fines (el bien común, la justicia, la seguridad jurídica). Podemos decir que, en esta medida, el concepto elaborado por este autor sobre la jurisdicción es incompleto. Sin embargo, Rocco realiza una admirable labor de sistematización científica de los antecedentes, elementos y fases de desarrollo de tal función. En sus propias palabras, "la jurisdicción es la actividad mediante la que el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo (inseguridad o inobservancia) no se realice la norma jurídica que los tutela" (49). En el mismo lugar nos hace notar que, para que exista materia, y por tanto, posibilidad y necesidad de la función jurisdiccional, es necesario que una norma jurídica no quiera o no pueda ser obedecida. Así, con relación a las posibilidades de actuación de la jurisdicción, dicho jurista considera dos hipótesis, la segunda de las cuales puede obedecer a dos razones distintas (50):

Primera hipótesis: es el caso normal, los intereses tutelados son espontáneamente satisfechos por los mismos interesados, sin que sus motivos influyan a este respecto. En este caso no puede hablarse de actividad jurisdiccional.

Segunda hipótesis: dicha satisfacción encuentra obstáculos que hagan desmerecer, en todo o en parte, los beneficios inherentes a dicha tutela. Estos obstáculos pueden ser de dos clases:

1.—La tutela concedida puede ser incierta. Esto debido a la generalidad de la norma y a la infinita variedad y complejidad de las relaciones que ella regula.

2.—Puede ocurrir, aunque este caso es menos frecuente, que la tutela concedida a determinado interés esté legalmente acreditada, y que, sin embargo, aquél a quien va dirigido el mandato rehusa u omite acatar la norma, y deje incumplido, por mala voluntad, el interés que la norma protege.

A continuación, Rocco admite que en el primer caso de la segunda hipótesis, la actividad jurisdiccional tutela los intereses insatisfechos limitándose a desarrollar el silogismo para determinar el derecho en el caso especial. Hasta este punto, y salvedad hecha de la insuficiencia señalada de esta concepción, las afirmaciones de Rocco están de acuerdo con lo que ya asentamos respecto a la función jurisdiccional. Pero este autor considera que, en el caso antes citado, la sentencia (acto en el que se realiza la función de "acreditamiento") es pura y esencialmente declarativa. Ya se explicó que el solo elemento declarativo no proporciona a una actividad su carácter de jurisdiccional, es necesaria la concurrencia del elemento imperativo (no el contenido ya en la norma general, pues éste es abstracto e indeterminado, y por tanto, es por sí solo incapaz de posibilitar la aplicación de la sanción), para que se integre tal actividad (supra, pág. , párrafo ). Y por otra parte, además de las razones ya expresadas, si nos fijamos en la definición que el mismo autor propone de jurisdicción, veremos que con la sola función de "acreditamiento" (concebida como meramente declarativa), el Estado no procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados, pues una vez encontrada y declarada la norma del caso especial:

a) si la parte obligada cumple con su obligación, lo hace espontáneamente, ya que no es constreñida a hacerlo. Es decir, nos encontramos aquí en la situación expresada en la primera hipótesis tomada en consideración por el autor con respecto a las posibilidades de actuación de la jurisdicción. Como entonces se dijo, en este caso no puede hablarse de actividad jurisdiccional, ya que el hecho de cumplir antes o después de la determinación de la norma no influye en la voluntariedad y espontaneidad de tal cumplimiento;



b) y si, por el contrario, el obligado se niega a cumplir, es indudable que se requiere una ulterior actuación de la función jurisdiccional para constreñirlo a ello, ya que la sola determinación de la norma aplicable, aunque es un paso necesario para esa otra actuación, es sólo una declaración de ciencia (como diría Carnelutti), el resultado de una operación lógica, y como ya se dijo, ineficaz por sí sola para lograr dicho cumplimiento.

En este caso, como ya se asentó (supra, pág. 19, párrafo (3)), la función de "acreditamiento" debe ser considerada como pre-jurisdiccional, pues en ella no aparece, ni el presupuesto de actuación de la jurisdicción, ni su elemento o dato característico, esto, es, el elemento imperativo.

Para Rocco (51), "la actividad jurisdiccional depende de la legislativa, en cuanto ésta establece los límites, pero dentro de los límites por ella indicados es una actividad complementaria y no de simple ejecución". Explica que la legislación es "tutela mediata de intereses", mediante la determinación de esa tutela y la imposición de normas generales de conducta, en cambio, la jurisdicción es "tutela inmediata", pues interviene directamente para la satisfacción de esos intereses. No podemos dejar de aclarar que, en nuestro concepto, el Estado, por medio de su actividad jurisdiccional, sólo tutela los intereses insatisfechos cuando "procura directamente su satisfacción", por las siguientes razones:

En primer lugar, porque es discutible el empleo del término "tutela" cuando se trata exclusivamente de la determinación de lo que es derecho, ya que "tutela" quiere decir "dirección, amparo, protección o defensa": por lo tanto, el acto declarativo de protección se distingue de la protección en sí, ya que cabe la posibilidad de declararla y no efectuarla llegado el momento de hacerlo.

En segundo lugar, porque el carácter objetivo y real del derecho exige que la protección concedida a ciertos intereses no se agote en una mera declaración de la conducta a seguir, sino que procure también la satisfacción efectiva de los mismos. Es por ello que la nota esencialmente jurisdiccional radica en el acto imperativo —mandato— mediante el cual se provee al cumplimiento de lo prescrito como obligatorio por el orden jurídico, cuando los obligados no cumplen espontáneamente, y se hace jurídicamente posible la aplicación coercitiva de la sanción correspondiente al caso concreto.

11.—CONCLUSION.—En todas estas teorías sobre la función jurisdiccional encontramos como elemento constante su presupuesto de actuación: para que pueda ejercitarse la jurisdicción se debe estar ante el caso de inobservancia del orden jurídico, ya sea debido a duda, a controversia o a negativa a cumplirlo.

Por otra parte, constatamos que siempre que se pretende considerar como jurisdiccional la función de accertamiento con fin exclusivo de obtener la certeza jurídica y prevención de la violación al orden jurídico, se incurre en contradicciones y se desvirtúan las ideas sostenidas respecto a la naturaleza de la jurisdicción.

Finalmente, con respecto a la concepción de la función jurisdiccional con finalidad inmediata de restablecimiento del orden jurídico violado en un caso concreto, mediante la determinación de la sanción aplicable y la prescripción coercitiva de su cumplimiento, nos complace, citando las afirmaciones de Enrico Redenti (52), señalar que sólo de tal manera es posible, desde un punto de vista doctrinal y sistemático, proporcionarle a la actividad jurisdiccional su substantividad propia.

En el capítulo siguiente trataremos de señalar las relaciones entre el acto jurisdiccional, el conjunto de actos que a él tiende (proceso), y la naturaleza del derecho que provoca el proceso, llamado derecho de acción.

- (22) Santo Tomás, Suma Teológica, I, Ilae., q. 90, a. I., citado por Preciado Hernández, ob. cit., en nota 19 del Cap. VI, pág. 84.
- (23) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. XII, pág. 192.
- (24) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VI, pág. 83.
- (25) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VIII, pág. 130.
- (26) Enrico Tullio Liebman, *Le Opposizioni di Merito nel Processo D' Esecuzione*, Cap. IV, n. 68, pág. 120.
- (27) Liebman, ob. cit., n. 70, pág. 128.
- (28) Salvatore Satta, *L'Esecuzione Forzata, Parte General*, Cap. I, nota 7 en pág. 7.
- (29) Gastón Sortais, S. J., *Traité de Philosophie*, Tomo I, pág. 253, citado por Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VIII, nota 8, pág. 123.
- (30) Satta, ob. cit., n. 2, pág. 7 y sig.
- (31) Chioyenda, ob. cit., Tomo I, n. 6, pág. 20.
- (32) Chioyenda, ob. cit., n. 1, pág. 1.
- (33) Chioyenda, ob. cit., n. 11, pág. 38.
- (34) Chioyenda, ob. cit., n. 8, pág. 30.
- (35) Chioyenda, ob. cit., n. 12, pág. 49.
- (36) Carnelutti, ob. cit., Tomo II, n. 185, pág. 179.
- (37) Carnelutti, ob. cit., n. 77, pág. 257, Tomo I.
- (38) Carnelutti, ob. cit., n. 79, pág. 268, " ".

- (39) Carnelutti, ob. cit., n. 14, pág. 44 " ".
- (40) Hans Reichel, La Ley y la Sentencia, pág. 104.
- (40) bis) Carnelutti, ob. cit., n. 80, pág. 276, Tomo I.
- (41) Carnelutti, ob. cit., n. 82, pág. 285 " ".
- (42) Carnelutti, ob. cit., n. 83 pág. 288, Tomo I.
- (43) Citado por Preciado Hernández, ob. cit., Cap. II, pág. 29 en nota 2, y pág. 32.
- (44) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. XVII, pág. 244.
- (45) Kisch, ob. cit., Cap. I, págs. 11 a 14.
- (46) Kisch, ob. cit., Cap. II, pág. 31.
- (47) Kisch, ob. cit., Cap. VIII, pág. 330.
- (48) Rocco, ob. cit., n. 2, pág. 4.
- (49) Rocco, ob. cit., n. 4, pág. 11 y sig.
- (50) Rocco, ob. cit., n. 3, pág. 8 y sig.
- (51) Rocco, ob. cit., n. 5, pág. 17 y sig.
- (52) Redenti, Intorno al Concetto di Giurisdizione, contenido en los Studi Giuridici in Onore di Vincenzo Simoncelli, págs. 495 a 508.

## CAPITULO CUARTO.

### EL DERECHO DE ACCION.

1.—EL PROCESO Y EL ACTO JURISDICCIONAL.—Si hablamos aquí del proceso, no es con intención de desentrañar su naturaleza, sino para poner de manifiesto que el proceso es un conjunto de actos ligados por la finalidad de preparación del acto jurisdiccional, y que por lo mismo, los actos que desenvuelven el proceso no son en sí actos jurisdiccionales, en cuanto en ellos no se realiza la función jurisdiccional. Ya antes se señaló que el proceso no tiene ese carácter (supra, pág. ), y por otra parte, cualquiera que sea el concepto que se tenga de jurisdicción, se tiene que admitir que hay casos en que el proceso no lleva a la realización de la función jurisdiccional, tal es, por ejemplo, el caso en que el proceso termina con una sentencia de las llamadas de "absolutio ab instantia", lo cual hace evidente la distinción entre actos realizados por el órgano jurisdiccional dentro del proceso y acto jurisdiccional: aquéllos son únicamente actos preparatorios del acto jurisdiccional. Es conveniente señalar que esta situación no es privativa de la función jurisdiccional, tanto el acto legislativo como el acto administrativo son resultado o final de un conjunto de actos preparatorios, que en sí mismos no realizan la función legislativa ni la administrativa, y que, por lo mismo, no son considerados ni actos legislativos ni administrativos, respectivamente. Así, el eminente procesalista Couture señala que, de la misma manera que el "debate legislativo" tiende a la sanción de la ley (acto legislativo) y el "debate administrativo" al acto administrativo, el proceso apunta a dirimir un conflicto de intereses (el cual se dirime en virtud del acto jurisdiccional); esto quiere decir que se distinguen, por una parte, el "debate legislativo", el "debate administrativo",

y el proceso, y por la otra, el acto legislativo, el administrativo, y el jurisdiccional, toda vez que aquéllos no se identifican o confunden con éstos, sino que **tienden a ellos**, lo cual implica necesariamente distinción entre unos y otros. (53).

Como consecuencia de la distinción apuntada, resulta que la facultad de poner en marcha el proceso no quiere decir facultad de obtener la realización de la jurisdicción, pues ya se hizo ver que el proceso no siempre permite tal realización. Y como, por otra parte, el acto mediante el cual se da lugar al proceso posee siempre la misma naturaleza jurídica, independientemente de que el proceso dé lugar al ejercicio de la jurisdicción o de que suceda lo contrario, y toda vez que ese acto que da lugar al proceso no es más que el ejercicio del llamado derecho de acción, es preciso considerar a éste como facultad de hacer, **no que el Estado** (mediante los órganos jurisdiccionales) realice la función jurisdiccional, sino como facultad de hacer que actúen los órganos jurisdiccionales para averiguar si es posible el ejercicio de la jurisdicción. Así, Couture considera a la acción como "el poder jurídico que faculta para acudir a los **órganos de la jurisdicción**" (54). Por estas razones, y otras que se expresarán después, creemos que la teoría que considera a la acción como un derecho abstracto de obrar es la correcta, y la más adecuada a la naturaleza del proceso considerado como el conjunto de actos ligados por la finalidad común de preparar el ejercicio de la jurisdicción, **pero que no siempre desembocan en tal ejercicio.**

## 2.—LA ACCION COMO DERECHO ABSTRACTO DE OBRAR.

—A este respecto, hacemos mención de las afirmaciones de Alfredo Rocco, quien sigue la corriente doctrinal iniciada por Plösz y Degenkolb, toda vez que ellas nos parecen en todo concordantes con las ideas asentadas en el apartado anterior:

Al estudiar la acción y sus relaciones con la sentencia, dicho autor asienta que los titulares de intereses o derechos tutelados por el Estado, tienen también interés en que el mismo intervenga para procurar la satisfacción de los primeros. Es éste un interés secundario pero distinto de los intereses principales que son contenido de los derechos subjetivos de los distintos sujetos. Ese interés secundario finca su utilidad en la eliminación de obstáculos que se opongan a la satisfacción de un interés principal. Es, por tanto, un interés abstracto y general, que "permanece siempre el mismo, aun cuando varíen los intereses primarios concretos a cuya satisfacción pueda, en cada caso, aspirar su titular" (55). En el mismo lugar, señala que cada titular de derechos subjetivos tiene un solo interés abstracto y secundario. Además, este interés constituye un distinto derecho subjetivo: existe un **interés especial**, como elemento ma-

terial; y existe, como elemento formal, el reconocimiento dado por el ordenamiento jurídico a la voluntad individual que lo persigue, ya que todo un conjunto de normas están destinadas a tutelarlos. Después (56), hace ver que, por lo anterior, la doctrina que considera a la acción como una cualidad o un aspecto del derecho subjetivo es errónea. Y en el mismo lugar, aclara que el derecho de acción (derecho abstracto de obrar) corresponde a cada ciudadano como tal, y a todos los que en el Estado son reconocidos como titulares de derechos subjetivos (personas jurídicas), pues no sería efectiva la tutela a los intereses primarios (dada la prohibición de la autodefensa) si no es tutelado a su vez por el Estado el interés secundario. Así pues, la acción es un derecho público subjetivo, según la define este autor (57), correspondiente a todos los individuos, que consiste en "el derecho para con el Estado a la declaración de la tutela jurídica correspondiente a determinados intereses (materiales o procesales), y a la realización forzosa de aquellos cuya tutela sea cierta". En esta definición se distinguen claramente dos momentos o situaciones: la actividad de los órganos jurisdiccionales para ver si es posible el ejercicio de la jurisdicción ("declaración de la tutela jurídica correspondiente a determinados intereses"), y el ejercicio de ésta en los casos en que sea posible y necesario ("realización forzosa de aquellos cuya tutela sea cierta"); como ya se indicó, esto obedece a que no siempre la actividad de los órganos jurisdiccionales se traduce en ejercicio de la función jurisdiccional. Según esta tesis del derecho abstracto de obrar, señala Rocco (lug. cit. en nota 57), se comprende como éste no corresponde sólo al actor, sino también al demandado: la única diferencia estriba en los distintos y contrarios intereses concretos a que se refieren: también el demandado tiene interés en que se declare la existencia o inexistencia de la relación en cuestión —y podemos completar, el demandado también tiene interés en que se declare el estado de observancia o de inobservancia del orden jurídico en el caso concreto.

El derecho de acción, hace ver Rocco, comprende todas las facultades de las partes en el proceso, y el ejercicio de ese derecho comprende todos los actos procesales de las mismas (58). Ahora bien, explica el autor, (59) en los casos en que el derecho objetivo hace depender el ejercicio de la actividad jurisdiccional de la voluntad de los interesados, cuando éstos lo soliciten, el Estado debe prestar su actividad, pero no puede ejercitarla cuando los interesados no se lo exigen. En tales casos, a la facultad del derecho de acción de obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto y la conminatoria de realización forzosa, dirigida al obligado, corresponde la obligación del Estado de hacerlo

así, obligación comprendida en el deber genérico del Estado de prestar la tutela jurídica procesal. Y como la demanda es el acto en que se ejercita la acción (lug. cit.), y la sentencia el acto mediante el cual el Estado cumple su obligación, es claro que la sentencia debe corresponder a la demanda, es decir:

a) correlación entre objeto de la acción y objeto de la sentencia: el juez debe fallar sobre todo lo que se pide, y sólo sobre lo que se pide;

b) el juez debe fallar basándose en todos los elementos de hechos aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo basándose en tales elementos.

Como excepción a este principio, cabe citar los casos de hechos notorios (art. 286 del Cód. de Proc. Civ. para el Dto. y T. F.) y los casos en que el juez deba indagar la verdad real.

Y aclara a continuación (60) que, cuando se dice que debe existir identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia, se quiere decir que el objeto de la pretensión de la parte para con el juez, y el acto del juez en que se satisface esta pretensión, deben ser idénticos.

Como se ve, del concepto del derecho de acción, que no sólo es derecho a la declaración de la tutela jurídica, sino también a la satisfacción del interés cuya tutela se declara, y del principio de identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia, se deduce que ésta deberá, no únicamente declarar la existencia o la inexistencia de la tutela, sino también, en el caso afirmativo, contener el mandamiento destinado a dar lugar a la satisfacción, aun forzosa, del interés cuya tutela se declara. Además, se comprueba que sólo la sentencia es el acto jurisdiccional, pues ella es el acto en el que el Estado cumple su obligación.

3.—ALGUNAS TEORIAS OPUESTAS.—Rocco estudia también las teorías que se oponen a la concepción de la acción como derecho abstracto de obrar (61): hay quien sostiene que antes de la demanda no existe derecho de proceder, sino una mera posibilidad de acción, existe una facultad inherente a la personalidad, y no un derecho, ya que esa facultad es indeterminada, y a ella no corresponde una determinada obligación del Estado (Wach, Kohler, Gierke, Schmitt, Helwig, Bülow, Weismann, Chiovenda). De ello se ha deducido que no existen relaciones jurídicas procesales entre el particular y el Estado, sino que sólo hay relaciones jurídicas entre las partes (Kohler). Otros autores han sostenido que sí hay derecho de acción, pero no valedero contra el Estado, sino contra el adversario, ese derecho se resuelve en una pura facultad (derecho potestativo): la de poner en acción las condiciones para la actuación del derecho subjetivo o de la voluntad de la ley (Weismann, Chio-

venta). Algunos autores, continúa Rocco, distinguen entre posibilidad de acción, correspondiente a cada ciudadano aun antes de la demanda, y el derecho de acción o a la tutela jurídica, que corresponde únicamente a quien reúne determinados supuestos de derecho material y procesal (supuestos de la acción o de la tutela jurídica); ese derecho es a un determinado acto de tutela del Estado, es el derecho a una sentencia de determinado contenido.

Con relación a estas teorías, expresa el autor citado (62) que es cierto que la dificultad más grande con que tropieza la teoría del derecho abstracto de obrar, es que ella considera como derecho subjetivo la facultad de provocar la actividad de los órganos estatales jurisdiccionales, no sólo para la satisfacción de los intereses cuya tutela está acreditada, sino también para obtener la declaración de la tutela que pueda corresponder a un interés propio. Es preciso recordar que Rocco se limita a considerar la tutela de intereses de los particulares como finalidad única de la función jurisdiccional. Sin embargo, puede completarse su concepción y decirse que la dificultad más grande con que se encuentra dicha concepción de la acción en que ella considera como derecho subjetivo esa facultad de provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales, no sólo para proveer al respeto y restablecimiento del orden jurídico inobservado, sino también para declarar si el orden jurídico ha sido observado o no en el caso concreto.— Pero, continúa Rocco, esa dificultad desaparece si consideramos que todo ciudadano con capacidad para proceder en juicio puede dirigirse a un órgano competente en la forma legal, y obtener de él la determinación del derecho en el caso concreto y la realización forzosa de ese derecho. Y, además, es posible que cualquiera, aun sin concurrir las condiciones anteriores y sin las demás que el derecho pueda exigir en el caso particular, provoque del juez un fallo sobre su demanda, fallo que será “negativa a proveer por falta de requisitos preliminares” (absolutio ab instantia), “pero que el magistrado... está obligado a emitir”. Es decir, además del derecho a obtener un fallo sobre el fondo (relación jurídica material), cada uno tiene el derecho de obtener un fallo sobre la posibilidad de emitir el fallo sobre el fondo. O, lo que es lo mismo, el derecho de acción comprende ambos casos, y por tanto, no sólo corresponde a quien tiene facultad para provocar un fallo sobre el fondo, sino a todo sujeto de derechos. Hay proceso en ambos casos. Advertimos aquí, una vez más, que el proceso no siempre desemboca en el ejercicio de la jurisdicción, o sea, en el acto jurisdiccional: es claro que, cualquiera que sea el concepto que se admita de jurisdicción, cuando el fallo del juez niega la posibilidad de emitir el fallo sobre el fondo, hay proceso, y sin embargo, no hay ejercicio de la jurisdicción. La



posibilidad de obtener del juez esos fallos, prosigue Rocco (lug. cit.), está asegurada a cada individuo, su consecución depende de la voluntad individual. Lo cual quiere decir que se tiene derecho a ello, ya que el derecho subjetivo es una potestad de querer, reconocida por el ordenamiento jurídico, para la realización de un determinado intento. Califica de injusta la objeción al concepto del derecho abstracto de proceder de que se trata de una pura facultad falta de la determinación necesaria, ya que toda una numerosa categoría de normas, las del derecho procesal objetivo, determinan lo que el ciudadano debe hacer para obtener la tutela jurisdiccional del Estado, y lo que los órganos de la jurisdicción están obligados a prestarle a este fin. A continuación (63), el autor citado hace ver que la tesis que afirma que sólo hay derecho a una determinada sentencia, es decir, que considera a la acción como un derecho concreto a la protección jurídica, se encuentra ante el dilema de identificar ese derecho con el abstracto de proceder o de asimilarlo al derecho subjetivo material, en efecto: en el proceso declarativo, por ej., sólo surge el derecho en el actor a la sentencia favorable cuando el procedimiento está terminado, en un momento que el titular no puede conocer de antemano, y cuando lo conoce ya está satisfecho, es decir, que nunca existió como derecho (potestad de querer). Pero entonces, ¿qué derecho se hizo valer durante el procedimiento? Sólo quedan, o un derecho abstracto de proceder o el derecho subjetivo material, pero si es este último, ¿cómo explicar la facultad de exigir del Estado actos de los órganos jurisdiccionales, aun por quien no tiene derecho? Y es un hecho que el actor tiene derecho a una prestación (de hacer) de parte del juez, aun cuando no tenga derecho material. Estas objeciones empujaron a algunos autores por otros caminos (64): Kohler consideró a las relaciones procesales como simples relaciones de "lucha entre las partes", fuera de toda relación entre las partes y el Estado. Objeta Rocco que esta concepción del proceso como una forma perfeccionada de defensa privada, deja a oscuras la condición jurídica del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, y que el mismo Kohler admite implícitamente que no hay lucha entre las partes, sino esfuerzos de éstas por obtener ayuda del Estado. Además, el concepto de lucha no es concepto jurídico, sino relación de hecho, la cual excluye a las relaciones jurídicas. Hay otra teoría que también reduce la relación procesal a relaciones entre las partes (65), pero basadas en un derecho de acción concebido como derecho potestativo, que consiste en la facultad de poner en vigor las condiciones para la actuación del derecho objetivo. Las objeciones anteriores las hace valer Rocco también contra esta tesis. Según sus sostenedores, el ejercicio de la acción

hace nacer una obligación del juez, pero no para con la parte, sino para con el Estado. Esto es inexacto, opone Rocco, ya que la obligación del juez depende de la voluntad de la parte (está sujeto a ella, está obligado). Y por otra parte, continúa, la concepción del derecho de acción como derecho potestativo sin su correspondiente obligación es inadmisibles. Debido a que la tesis de Chiovenda sobre la acción entra en esta categoría y en la que considera a la acción como un derecho concreto a la protección jurídica, es conveniente hacer algunas consideraciones que nos permitan apoyar la concepción de la acción como un derecho abstracto: en efecto, Chiovenda define la acción como "el poder jurídico de dar vida a la acción para la actuación de la voluntad de la ley" (66), y por otra parte, afirma que "Las condiciones de la sentencia desestimatoria, por lo tanto, podemos resumirlas en la inexistencia de la acción", lo cual quiere decir que quien no tiene derecho material no tiene acción. En primer lugar, es inadmisibles la concepción del derecho de acción como un "poder puramente ideal" sin obligación correlativa, pues las relaciones jurídicas "se presentan vinculando siempre a dos personas con un objeto —...una acción o un bien—, que una de ellas considera como suyo y que la otra se lo reconoce como debido" (67); o, como dice Recaséns Siches al tratar del derecho subjetivo "stricto sensu" (68): "existe un derecho subjetivo a favor de una persona cuando ésta tiene la facultad de exigir el cumplimiento de un deber correlativo de otra". Esto es así porque el derecho regula relaciones interindividuales, o sea, bilaterales, y para ello realiza un deslinde, de tal manera que el radio de actividad de un individuo no interfiera con los radios de actividad de los demás, "Y esta coordinación y deslinde que se hace conforme al criterio racional de lo justo, es esencialmente bilateral". (69)

Por otra parte, de la definición expresada por el autor respecto a la acción se desprende que este gran jurista da el nombre de "acción" exclusivamente a la facultad de hacer que el Estado ejercite plenamente la función jurisdiccional. Tal concepto, dentro de la construcción por él elaborada sobre el concepto de función jurisdiccional y sobre su actuación, es adecuado. Sin embargo, es preciso tomar en consideración otras circunstancias y características del desarrollo y del ejercicio efectivo de la misma, que nos hacen aceptar como más adecuado a la realidad, el concepto de "acción" como facultad de hacer que actúen los órganos jurisdiccionales para averiguar si es posible el ejercicio de la jurisdicción: a tal efecto, es conveniente recordar que, como el mismo Chiovenda lo dice, y como quedó establecido ya al hablar sobre las notas fundamentales de la función jurisdiccional, la declaración de lo que la norma establece para el caso concreto es el "camino necesario" para emitir

la decisión imperativa —en la cual radica la esencia de la jurisdicción— de que por cualquier medio, inclusive coercitivamente, se actúe conforme a lo declarado como derecho del caso concreto. Ahora bien, propiamente no puede hablarse de derecho a la sentencia favorable antes de que aparezca esa declaración (como veremos a continuación), y como tal declaración se emite junto con la decisión, en la sentencia, nunca existe tal derecho, ya que la posibilidad de pretender algo aparece junto con la satisfacción de esa pretensión. Veamos las razones por las cuales se dice que antes de la declaración no puede existir “derecho a la sentencia favorable”: la declaración debe reunir las características de **certeza y firmeza**, de tal manera que mediante ella se pueda realizar la justicia del caso concreto. Ello se logra mediante la institución de la cosa juzgada, “cuya verdad legal prevalece sobre la justicia que implica la verdad real, aun cuando aquélla no corresponda a ésta” (70). Esa distinción y predominancia de la verdad legal sobre la verdad real es la que impide que exista derecho a la sentencia favorable, o sea que, según afirma Rocco (71), el que tiene derecho, no por ello tiene derecho a la tutela jurídica (concreta) pues el juez no tiene obligación de decidir en favor de quien tiene derecho —lo cual supondría conocer la verdad objetiva, y el juez debe contentarse con la verdad subjetiva—, sino de decidir según la convicción que se formó de acuerdo con los resultados del proceso.

4.—CONCLUSION.—Mediante la exposición de la teoría de la acción como derecho abstracto de proceder, y la refutación de algunas tesis opuestas, se pone de manifiesto la distinción entre el proceso y el acto jurisdiccional: se ha demostrado que el concepto de acción como derecho abstracto de proceder es el único adecuado al concepto de función jurisdiccional, y a su desarrollo efectivo, es decir, a las teorías y a los hechos; y tal concepción supone que hay ocasiones en que el proceso no desemboca en el ejercicio de la función jurisdiccional, lo cual quiere decir que el proceso tiende al acto jurisdiccional, pero no se confunde con él. Ya antes se indicó, con base en afirmaciones de distintos juristas, que el acto jurisdiccional está constituido únicamente por la sentencia y no por los actos del proceso (supra, Capítulo Primero, apartado segundo. En el siguiente capítulo, que constituye la segunda parte de esta investigación, trataremos de fijar la naturaleza de la sentencia en cuanto acto jurisdiccional, y de comparar las distintas categorías de actos judiciales considerados como sentencias (lato sensu) con el fin de averiguar cuales de ellos se conforman al concepto de sentencia como acto jurisdiccional, y a cua-

les cabe considerar como sentencias tan sólo en sentido lato o formal.

- (53) Couture, Fundamentos del Derecho Procesal Civil, n. 2, pág. 4.
- (54) Couture, ob. cit., n. 10, pág. 16.
- (55) Rocco, ob. cit., n. 32, pág. 124 y sig.
- (56) Rocco, ob. cit., n. 33, pág. 127 y sig.
- (57) Rocco, ob. cit., n. 39, pág. 153 y sig.
- (58) Rocco, ob. cit., n. 41, pág. 165.
- (59) Rocco, ob. cit., n. 42, pág. 166 y sig.
- (60) Rocco, ob. cit., n. 44, pág. 178 y sig.
- (61) Rocco, ob. cit., n. 34, pág. 130 y sig.
- (62) Rocco, ob. cit., n. 35, pág. 132 y sig.
- (63) Rocco, ob. cit., n. 36, pág. 138 y sig.
- (64) Rocco, ob. cit., n. 37, pág. 141 y sig.
- (65) Rocco, ob. cit., n. 38, pág. 146 y sig.
- (66) Chioyenda, ob. cit., Tomo I, n. 6, pág. 20.
- (67) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VIII, pág. 120.
- (68) Recaséns Siches, Extensas Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio, pág. 43 y sig., citado por Preciado Hernández, ob. y Cap. cit., nota 16, pág. 129.
- (69) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VII, pág. 116.
- (70) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. XVI, pág. 240.
- (71) Rocco, ob. cit., n. 36, pág. 138 y sig.

Comun. Fundamentos del Derecho (Civil), n.º 14, págs. 1	(52)
Comun. ob. cit. n.º 16, págs. 16	(54)
Rozas ob. cit. n.º 32, págs. 121 y sig.	(55)
Rozas ob. cit. n.º 33, págs. 127 y sig.	(56)
Rozas ob. cit. n.º 34, págs. 133 y sig.	(57)
<b>SEGUNDA PARTE</b>	(58)
Rozas ob. cit. n.º 35, págs. 137 y sig.	(59)
Rozas ob. cit. n.º 36, págs. 143 y sig.	(60)
Rozas ob. cit. n.º 37, págs. 149 y sig.	(61)
Rozas ob. cit. n.º 38, págs. 155 y sig.	(62)
<b>CAPITULO QUINTO</b>	(63)
Rozas ob. cit. n.º 39, págs. 161 y sig.	(64)
Rozas ob. cit. n.º 40, págs. 167 y sig.	(65)

### NATURALEZA ESENCIAL DE LA SENTENCIA

1.—ALGUNAS CONCEPCIONES GENERALES SOBRE LA SENTENCIA.—Principiaremos esta segunda parte, que versa sobre la naturaleza esencial de la sentencia, mencionando brevemente algunos de los cambios doctrinales acerca de la misma.

A fines del siglo pasado, se consideraba a la sentencia como "la ley del caso concreto" (72), aclarándose que ella no crea una nueva forma jurídica, sino que se limita a declarar la vigencia de la norma general para el caso concreto.

Después se consideró que la ley era sólo un diseño, un proyecto de ordenamiento jurídico, y que la sentencia, o el conjunto de sentencias son los que dan efectividad a ese ordenamiento.

A lo anterior, se objetó que la norma no es incompleta ni requiere ser completada, lo que se requiere es dar efectividad a la tutela, para el caso en que sea necesaria por desobediencia o desconocimiento, pero siempre dentro de los límites de la ley. Como se ve, estas afirmaciones están de acuerdo totalmente con nuestra concepción de la función jurisdiccional.

Posteriormente, apareció el conjunto de la sentencia como "novedad", "la ley especial del caso concreto" (Mortara), y como mandato distinto, la ley es mandato original y la sentencia mandato complementario (Carnelutti).

Después se construye sistemáticamente ese concepto, para lo cual se considera al derecho como "actuación gradual" de las normas jurídicas, dentro de la cual, la ley se encuentra situada entre la Constitución y la sentencia, según la misma construcción, la ley

es considerada como una determinación "in abstracto" que requiere adquirir eficacia "in concreto" en los casos en que se la viole o desconozca. Así, mediante la sentencia se inicia el proceso de individualización, se verifica "el pasaje de lo normativo genérico a lo normativo específico" (lug. cit. en nota 72).

Consideramos que en todas estas concepciones generales sobre la sentencia se capta alguno de sus aspectos o se menciona la función por ella realizada, pero no se expresa su esencial naturaleza de manera completa y sistemática.

Para lograr tal cosa, es necesario tomar en cuenta los conceptos señalados en la primera parte de esta investigación, de otra manera, sólo obtendremos resultados incompletos o inexactos.

## 2.—LA SENTENCIA STRICTO SENSU ES ESENCIALMENTE EL ACTO JURISDICCIONAL.—

En la primera parte del presente trabajo se hizo evidente que, como acto jurisdiccional, sólo cabe considerar a la sentencia, y no a los demás actos del proceso: así lo exigen la naturaleza de la función jurisdiccional y del proceso.

En efecto, en el Capítulo Tercero se asentó, con base en la finalidad remota y en la finalidad específica de dicha función, la cual deriva del presupuesto de actuación de la misma, que la jurisdicción es la actividad soberana estatal que determina las consecuencias jurídicas de la violación del ordenamiento jurídico en un caso concreto y, previa declaración de la existencia de la violación, prescribe coercitivamente el cumplimiento de dichas consecuencias.

Es decir, que la función jurisdiccional proporciona al ordenamiento jurídico su carácter de coercible en aquellos casos en que ha sido violado, pues hace posible, mediante su determinación y su prescripción coercitiva, la aplicación de la sanción:

Por lo tanto, encontramos dos elementos fundamentales en la función jurisdiccional, el declarativo (determinación de la conducta prescrita por el orden jurídico para el caso concreto, de la violación, y, consecuentemente, de la sanción aplicable) y el imperativo (prescripción coercitiva de la aplicación de la sanción determinada).

Ahora bien, el acto jurisdiccional deberá, como consecuencia de lo anterior, reunir esos dos elementos, dirigidos a restablecer el orden jurídico violado. Y es obvio que, dentro de los actos realizados en el proceso, el único que puede llenar ese requisito es su acto final, esto es, la sentencia.

En efecto, desde el Capítulo Primero se indicó que la sentencia, en cuanto a su estructura, es una resolución, la declaración de un juicio lógico hecha por un juez.

Por otra parte, varias veces se puso de manifiesto que el proceso no se confunde con el acto jurisdiccional. En consecuencia, solamente en la sentencia, considerada lato sensu, es posible encontrar los elementos que configuran el acto jurisdiccional.

3.—PRESUPUESTO DE LA SENTENCIA STRICTO SENSU. —Si se ha evidenciado que la sentencia stricto sensu es el acto en que se realiza la función jurisdiccional, es fácil concluir que el presupuesto de la sentencia stricto sensu es el mismo que el presupuesto de actuación de la función jurisdiccional.

En efecto, al señalar el presupuesto de actuación de la jurisdicción y su campo de aplicación, se afirmó que el primero radica en la inobservancia del orden o de la conducta prescrita por la norma en un caso concreto, y que el segundo está delimitado por el primero, es decir, que únicamente es posible el ejercicio de la función jurisdiccional cuando exista el presupuesto de actuación de la misma. En otras palabras, solamente en aquellos casos en que la conducta prescrita por la norma haya sido inobservada, será posible ejercitar la función jurisdiccional. Y toda vez que la sentencia es el acto en que se verifica tal ejercicio, es preciso concluir que solamente se configurará la sentencia stricto sensu en aquellos casos en que aparezca la inobservancia de la conducta prescrita por la norma. A contrario sensu, no podrá hablarse de sentencia stricto sensu en aquellos casos en que no exista o no se demuestre tal inobservancia.

Es por ello que se dijo (supra, Capítulo Tercero, apartado quinto), que si bien el elemento declarativo no constituye la esencia de la jurisdicción, aparece necesariamente como paso previo para la aparición del elemento imperativo, en el cual, según dijimos, radica la esencia de la jurisdicción.

Ahora bien, si la configuración de la sentencia stricto sensu depende de la existencia de la violación del ordenamiento jurídico, la declaración de tal existencia aparece como el primer elemento de tal acto.

Pero además, como ya se indicó en el Capítulo anterior, el derecho de acción existe independientemente de la existencia del estado de inobservancia del ordenamiento jurídico:

Pues como se especificó ya, la acción debe ser considerada como la facultad de hacer que los órganos jurisdiccionales actúen para ver si es posible que se ejercite la jurisdicción, esto es, para averiguar la existencia o inexistencia del estado de inobservancia del ordenamiento jurídico.

Y, como también se hizo ver ya, el proceso no se confunde con el acto jurisdiccional sino que tiende a prepararlo, y por otra

parte, hay ocasiones en que el proceso no desemboca en el citado acto jurisdiccional.

Con base en todas estas afirmaciones podemos decir que el proceso, cuando se trata de un proceso verdaderamente jurisdiccional, primeramente sirve para determinar la existencia del estado de inobservancia del ordenamiento jurídico, lo cual implica la determinación de la conducta prescrita por la norma para el caso concreto. Por lo tanto, se presentan dos hipótesis:

1.—Mediante el proceso se llega a determinar la existencia de la violación del ordenamiento jurídico en el caso concreto. En este caso, la declaración que tiene por contenido tal determinación, contendrá además, como consecuencia necesaria, la determinación de la sanción aplicable y la prescripción coercitiva de su cumplimiento. Esto es, dicha declaración dará lugar y servirá de base a la actuación o ejercicio de la jurisdicción. Es decir, en este caso, la sentencia que tiene por contenido tal declaración es una sentencia *strictu sensu*, pues en ella se ejercita la función jurisdiccional, en ella se configura el acto jurisdiccional estrictamente tal.

2.—Mediante el proceso se llega a determinar la inexistencia, o cuando menos, no se llega a determinar la existencia, de tal violación. En consecuencia, el acto resolutivo del juez (sentencia *lato sensu*) que pone fin al proceso en este caso, se agota en una mera declaración. Es decir, que tal sentencia no configura el acto jurisdiccional, pues si bien se obtiene mediante ella la certeza jurídica para el caso concreto, en virtud de la institución de la cosa juzgada, ya se dijo que tal finalidad es por sí sola insuficiente para calificar un acto como jurisdiccional. Además, si bien es cierto que también en este caso la sentencia tiene eficacia imperativa, también como consecuencia de la cosa juzgada, tal imperatividad no es la específicamente jurisdiccional: en este caso el elemento imperativo no se traduce en la prescripción coercitiva de la aplicación de la sanción, pues por hipótesis, no hay aquí sanción aplicable. Podemos decir que en este caso, la eficacia imperativa de la sentencia es la común a todo acto de un órgano estatal: también en la actividad legislativa y en la administrativa encontramos dicha imperatividad, por lo tanto, la aparición de esta imperatividad en la sentencia que venimos estudiando, no autoriza de ninguna manera a concluir que tal sentencia contiene el ejercicio de la función jurisdiccional considerada desde el punto de vista substancial o material.

En resumen, para poder considerar una sentencia como esencialmente tal, esto es, como acto jurisdiccional, es preciso que dicha resolución contenga la declaración de la existencia del estado



de inobservancia del ordenamiento jurídico en el caso concreto (presupuesto de actuación de la función jurisdiccional, y consecuentemente, de configuración de la sentencia *stricto sensu*), que como ya se dijo, implica la determinación de la conducta prescrita por la norma para el caso concreto, y da lugar a la determinación de la sanción y a la prescripción coercitiva de su aplicación (elemento imperativo específicamente jurisdiccional). En este sentido, principalmente, Redenti, Satta, etc.

4.—FINALIDAD ESPECIFICA DE LA SENTENCIA STRICTO SENSU.—Una vez establecido que el presupuesto de actuación de la función jurisdiccional hace las veces de presupuesto de configuración de la sentencia *stricto sensu*, se debe afirmar, consecuentemente, que la finalidad específica de ésta se identifica con la específica finalidad de aquélla. Así pues, es preciso afirmar que la sentencia, en cuanto acto jurisdiccional, tiende específicamente a lograr la realización del ordenamiento jurídico en los casos concretos en que dicho orden ha sido violado.

Como ya se apuntó antes, tal finalidad de positivización se logra mediante la determinación concreta de la sanción aplicable a tal violación y conjuntamente, mediante la prescripción coercitiva del cumplimiento de tal sanción, con lo cual se persigue la reparación y el restablecimiento del orden jurídico violado.

Lo anterior significa que la sentencia *stricto sensu* realiza una doble labor: a la vez que convierte a la sanción, de abstracta y genérica, en concreta y determinada, le proporciona, mediante la prescripción coercitiva de su cumplimiento, la eficacia jurídica necesaria para su aplicación práctica, de la cual carecería sin la intervención de esa determinación o concretización y de esa prescripción coercitiva, elementos que sólo mediante la sentencia se obtienen.

En otras palabras: siendo la sanción uno de los datos fundamentales de la norma jurídica, sin el cual ésta carecería de una de sus esenciales características, la coercibilidad, y encontrándose tal sanción, no como elemento constitutivo de cada norma considerada aisladamente, sino en estado inmanente en el todo orgánico del ordenamiento jurídico, se hace necesaria la determinación concreta de la sanción aplicable a un caso concreto de violación de ese ordenamiento, toda vez que dicha sanción depende de la especial naturaleza de la infracción cometida, y a la vez, se hace necesaria la aparición de un elemento imperativo, la prescripción coercitiva del cumplimiento de la sanción determinada, distinto del contenido abstractamente en la norma, pues éste es, por su misma naturaleza, insuficiente para lograr la aplicación práctica de la sanción: lo dicho se comprueba si pensamos que un particular puede efectuar la

determinación concreta de esa sanción, sin que por ello sea jurídicamente posible su aplicación práctica.

Por todo lo anterior, podemos afirmar que la sentencia *stricto sensu* hace jurídicamente posible la aplicación de la sanción, dato fundamental de la norma jurídica, con lo cual proporciona al derecho su característica esencial de coercible, logrando así la reparación y el restablecimiento del orden jurídico violado en un caso concreto, con lo cual, cumple su finalidad específica de positivización del orden jurídico en los casos concretos que dicho orden sea violado.

Por otra parte, como se puso de manifiesto en el apartado anterior, la finalidad de obtención de la certeza jurídica por sí misma no es suficiente para caracterizar una actividad como jurisdiccional. La sentencia *stricto sensu* también cumple esa finalidad, pero no por ella misma, sino como una fase, y también como un resultado, de la determinación de la sanción y de su prescripción coercitiva.

Para comprobar lo anterior basta recordar que la declaración de la existencia del estado de inobservancia del ordenamiento jurídico en un caso concreto supone la de terminación de la conducta prescrita por la norma jurídica para tal caso, y que, tanto esa declaración, como la declaración de voluntad que tiene por contenido la prescripción coercitiva del cumplimiento de la sanción determinada, son contenido de una sentencia, que en este caso es sentencia *stricto sensu*, la cual también reúne las características de certeza y firmeza, como se hizo ver antes (*supra*, Capítulo Cuarto, apartado tercero).

5.—NATURALEZA ESENCIAL DE LA SENTENCIA.—Habiendo establecido fundadamente que la única manera de determinar la naturaleza esencial de la sentencia, como de toda actividad, es con base en su finalidad específica, y toda vez que mediante la sentencia se realiza la función jurisdiccional, y que, por lo tanto, la finalidad específica de la sentencia se identifica con la finalidad específica de la función jurisdiccional, pasaremos a determinar la naturaleza de la sentencia con base en tal finalidad, la cual ha sido estudiada en el apartado anterior.

Empecemos por recordar que hay casos en que la sentencia (considerada *lato sensu*) no se identifica con el acto jurisdiccional (*supra*, apartado tercero, segunda hipótesis).

Sin embargo, independientemente de que la sentencia configure o no el acto jurisdiccional, ella es siempre una declaración, la declaración de un juicio lógico hecha por un juez. Si bien esta característica constituye una nota estructural de la sentencia (*supra*, Capítulo Primero, apartado primero), también constituye una nota

genérica de la misma, y como tal, constituye una nota integrante del concepto esencial de tal acto.

Combinando la nota genérica apuntada, y la nota específica de la sentencia, esto es, su naturaleza de acto jurisdiccional, obtendremos el concepto esencial de tal acto:

La sentencia stricto sensu es el acto final del proceso en el cual el juez, teniendo potestad para ello, provee al restablecimiento del orden jurídico inobservado en un caso concreto, mediante la **declaración**; de la **conducta prescrita** por la norma jurídica para tal caso, de la **existencia de la violación** de tal conducta, y de la **sancción aplicable**; y mediante la **prescripción coercitiva del cumplimiento** de dicha sanción.

En esta definición, que no creemos sea un ejemplo de buena definición, se contienen los elementos fundamentales del acto jurisdiccional, así como sus antecedentes o presupuestos: el objetivo (declaración de la existencia de la violación), y el subjetivo (potestad del juez para ejercitar su poder jurisdiccional en el caso concreto).

**6.—CLASIFICACIONES PRINCIPALES DE LA SENTENCIA.**—A continuación, presentaremos las principales clasificaciones doctrinales de la sentencia.

La razón de esta presentación es efectuar un análisis de cada uno de los distintos tipos de sentencias tomados en consideración por la doctrina. Nos limitaremos a las clasificaciones basadas: en los efectos producidos, en la relación entre la sentencia y el proceso en el curso del cual se dictan, y en la declaración o negación de la existencia de la relación; por considerar que dichas clasificaciones son las fundamentales.

a.—Según los efectos producidos:

1.—**Puramente declarativas o de mera declaración.**

2.—**Constitutivas.**

3.—**Condenatorias.**

b.—Según la relación entre la sentencia y el proceso en el curso del cual se dictan:

1.—**Finales o definitivas.**

A.—Que versan sobre la relación jurídica material, o **de fondo.**

B.—Que versan sobre relaciones procesales, o **absolutorias de la prosecución del juicio.**

2.—**Interlocutorias** lato sensu, fallan sobre una cuestión en el curso del procedimiento, sin cerrarlo.

c.—Según que hayan declarado o negado la existencia de la relación:

1.—**Estimatorias.**

2.—**Desestimatorias.**

genérica de la misma, y como tal, constituye una nota integrante del concepto esencial de tal acto.

Combinando la nota genérica apuntada, y la nota específica de la sentencia, esto es, su naturaleza de acto jurisdiccional, obtendremos el concepto esencial de tal acto:

La sentencia stricto sensu es el acto final del proceso en el cual el juez, teniendo potestad para ello, provee al restablecimiento del orden jurídico inobservado en un caso concreto, mediante la **declaración: de la conducta prescrita** por la norma jurídica para tal caso, de la **existencia de la violación** de tal conducta, y de la **sancción aplicable**; y mediante la **prescripción coercitiva del cumplimiento** de dicha sanción.

En esta definición, que no creemos sea un ejemplo de buena definición, se contienen los elementos fundamentales del acto jurisdiccional, así como sus antecedentes o presupuestos: el objetivo (declaración de la existencia de la violación), y el subjetivo (potestad del juez para ejercitar su poder jurisdiccional en el caso concreto).

6.—CLASIFICACIONES PRINCIPALES DE LA SENTENCIA.—A continuación, presentaremos las principales clasificaciones doctrinales de la sentencia.

La razón de esta presentación es efectuar un análisis de cada uno de los distintos tipos de sentencias tomados en consideración por la doctrina. Nos limitaremos a las clasificaciones basadas: en los efectos producidos, en la relación entre la sentencia y el proceso en el curso del cual se dictan, y en la declaración o negación de la existencia de la relación; por considerar que dichas clasificaciones son las fundamentales.

a.—Según los efectos producidos:

1.—**Puramente declarativas o de mera declaración.**

2.—**Constitutivas.**

3.—**Condenatorias.**

b.—Según la relación entre la sentencia y el proceso en el curso del cual se dictan:

1.—**Finales o definitivas.**

A.—Que versan sobre la relación jurídica material, o **de fondo.**

B.—Que versan sobre relaciones procesales, o **absolutorias de la prosecución del juicio.**

2.—**Interlocutorias lato sensu, fallan sobre una cuestión en el curso del procedimiento, sin cerrarlo.**

c.—Según que hayan declarado o negado la existencia de la relación:

1.—**Estimatorias.**

2.—**Desestimatorias.**

Hablaremos, en el siguiente orden, de las sentencias puramente declarativas, de las constitutivas, de las condenatorias, de las definitivas y las interlocutorias, y finalmente, de las estimatorias y las desestimatorias.

7.—SENTENCIAS PURAMENTE DECLARATIVAS.—Esta clase de sentencias, en sentido estricto, aparece en el llamado proceso de mero accertamiento.

Como ya se dijo al hablar de tal proceso, para que el mismo constituya un proceso propiamente jurisdiccional, debe presuponer la violación, mediante actos o abstenciones que impliquen desconocimiento efectivo, de un derecho por la persona obligada jurídicamente a reconocerlo.

Así delimitado el presupuesto de actuación de la jurisdicción en esta clase de procesos, la sentencia deberá proveer al restablecimiento del derecho violado, haciendo cesar los actos o abstenciones en que consistió la violación.

Tal es el caso, por ejemplo, de las sentencias que declaran desistido de la acción objeto de jactancia al jactancioso, cuando éste no deduzca la acción que afirme tener dentro del plazo a tal efecto señalado, de acuerdo con los términos del art. 32, frac. I, del Cód. de Proc. Civ. para el Dto. y T. F. Tal declaración establece el derecho del actor, el cual había sido violado por el jactancioso mediante actos (jactancia pública) que implicaba falseamiento de la situación jurídica de dicho actor. Y la sentencia, en este caso, repara la violación mediante la simple declaración de tenerse por desistido de su supuesta acción al jactancioso, ya que esto implica la cesación de los actos violatorios.

Por el contrario, una sentencia de “mera declaración” que se limite a declarar el derecho, sin presuponer la violación y sin tender a posibilitar jurídicamente la aplicación de la sanción, sino con fin exclusivo de obtener la certeza jurídica, no puede ser considerada como sentencia stricto sensu, pues en ella, como ya se ha manifestado, no se realiza la función jurisdiccional propiamente dicha. En tales casos, según se afirmó al hablar del proceso de “mero accertamiento”, cuando éste no presupone la violación, sino que tiende a prevenirla mediante la obtención de la certeza jurídica para el caso concreto, se realiza una función prejurisdiccional.

En efecto, aquí la sentencia se limita a determinar la conducta prescrita por la norma para el caso concreto. Es decir, se queda en la primera fase del elemento declarativo de la sentencia stricto sensu, pues no pretende llegar a determinar ni siquiera la existencia de la violación del ordenamiento jurídico, y como ya se dijo, la declaración de tal existencia constituye el primer elemento de tal acto jurisdiccional.

Nos parece que en estos casos se ha fragmentado el ejercicio de la función jurisdiccional: la sentencia puramente declarativa así considerada tiene un valor puramente documental, ella constituye prueba plena para el caso de realización de la violación, y sólo en tal medida "previene" tal violación, pues ya se especificó que si, a pesar de todo, se realiza la violación, es necesaria una nueva actuación de los órganos jurisdiccionales para determinar la sanción y prescribirla coercitivamente, configurándose, entonces sí, el acto jurisdiccional. Tal cosa sucede cuando, por ejemplo, se ejercita una acción tendiente a obtener la declaración de falsedad de un documento: si la sentencia declara tal falsedad, el actor tan sólo ha obtenido un documento que hace prueba plena para el caso en que se pretenda violar algún derecho en perjuicio suyo con base en el documento declarado falso.

8.—SENTENCIAS CONSTITUTIVAS.—Estas sentencias son las que producen la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, modificando así la situación jurídica preexistente.

En el caso de las sentencias constitutivas, para que puedan ser consideradas como sentencias stricto sensu, también es requisito indispensable la existencia de la violación de un derecho, la cual tiene de a ser restablecida mediante la determinación y la imposición coercitiva de la sanción sanción que en estos casos consiste en la creación, modificación, o extinción de una relación jurídica. Tal es claramente el caso de la sentencia que rescinde un contrato de compraventa con fundamento en el art. 2,260 del Cód. Civ. para el Dto. y T. F.

Puede suceder también, que el derecho violado sea uno de los llamados derechos potestativos, los cuales consisten en el poder jurídico de crear, modificar o extinguir una relación jurídica, poder que como ya se dijo, es siempre correlativo de una obligación. Recordemos que ya antes se criticó la posición de quienes pretenden considerar los derechos potestativos como un mero poder jurídico sin obligación correlativa, ya que la relación jurídica es esencialmente bilateral. Tan es así, que quienes pretenden que al derecho potestativo no corresponde ninguna obligación en otro sujeto, se ven constreñidos a admitir que el aspecto importante desde el punto de vista práctico, de tal derecho, radica en la sujeción de las personas frente a quienes se ejercita el poder, esas personas están sujetas a lo voluntad del titular del poder, en cuanto no pueden querer que el efecto no se produzca. ¿Y qué es tal sujeción de la voluntad propia a la voluntad de otro sujeto, sino una verdadera obligación? En tales casos, cuando el obligado a la sujeción de su voluntad, ya sea mediante su abstención de actos que impidan u obstaculicen, ya sea mediante su colaboración efectiva, a la vo-

luntad del titular de un derecho potestativo, viola su obligación (mediante obstaculización o mediante negación a colaborar); la sanción determinada y prescrita por la sentencia consistirá en la verificación de la modificación querida, reparándose así el derecho violado. Tal cosa sucede en la sentencia que declara la libertad o la reducción de gravámenes de un bien inmueble, cuando a tal fin se ejercita la acción negatoria regulada por el art. 10 del Cód. de Proc. Civ. para el Dto. y T. F.

Sin embargo, hay ocasiones en que el poder constitutivo materia de un derecho potestativo no se realiza con la sola declaración de voluntad del titular y la colaboración, pasiva o activa, del obligado, sino que es menester que tal derecho sea reconocido, en sus presupuestos de hecho y de derecho, por un órgano jurisdiccional: en tales casos, la sentencia aparece como el hecho jurídico que es causa del efecto constitutivo. Aquí no se da el presupuesto de actuación de la jurisdicción: efectivamente, la sentencia constitutiva contiene, en esta hipótesis, dos pronunciamientos:

a) reconocimiento del derecho del actor frente al Estado para demandar judicialmente la constitución del nuevo estado jurídico; y

b) el acto del Estado por el cual se constituye el nuevo estado jurídico de que se trata.

Como se ve, en este caso, una vez reconocidos por el órgano jurisdiccional los presupuestos de hecho y de derecho del derecho potestativo en cuestión, dicho órgano está obligado a efectuar (mediante la sentencia constitutiva) el acto por el cual se constituya el nuevo estado jurídico. Es decir, que en dichos casos, el Estado es el principal obligado a colaborar, mediante la prestación de su actividad, con el titular del derecho potestativo, para la realización del cambio jurídico materia del mismo. Esto quiere decir que en tal sentencia constitutiva, el Estado está cumpliendo su obligación y que por tanto, dicha sentencia no presupone la violación del derecho potestativo ni tiende a repararlo aplicando la sanción.

Creemos que en estos casos lo que sucede es que la modificación jurídica materia de esta clase de derechos potestativos es de tal importancia pública que es necesario se verifiquen suficientemente sus presupuestos de hecho y de derecho, y se proporcione al acto constitutivo la certeza y firmeza necesarias para evitar el desconocimiento o la violación del nuevo estado jurídico. Y para lograr tal fin, el medio más idóneo se encuentra en las formas procesales, pero tal hecho, como ya se expresó antes, no autoriza a concluir que en esos casos el proceso sea propiamente jurisdiccional, y por ende, que en los mismos casos la sentencia constitutiva sea sentencia stricto sensu.

Ya dijimos antes que toda sentencia es, genéricamente, una declaración; añadiremos ahora que toda sentencia stricto sensu, es en cierto sentido, constitutiva: en cuanto la sentencia determina la sanción aplicable, es decir, la convierte en abstracta y genérica en concreta y determinada, y le confiere eficacia jurídica para su aplicación, la sentencia produce una modificación en la situación jurídica preexistente. Ahora bien, las sentencias constitutivas en sentido estricto se distinguen de las puramente declarativas y de las condenatorias en virtud de la especial naturaleza de la sanción por ellas determinada: dicha sanción consiste en la verificación de una modificación en una relación jurídica; modificación que se produce para reparar un derecho violado, y restablecer así el orden jurídico inobservado.

Es preciso hacer una distinción en la manera como la sanción determinada e impuesta por la sentencia constitutiva procura el restablecimiento del orden jurídico inobservado, y consecuentemente, la reparación del derecho violado, según que éste sea un derecho potestativo o un derecho distinto:

A tal efecto, conviene hacer notar que toda sentencia constitutiva tiene dos efectos: un efecto primario, consistente en la constitución del nuevo estado jurídico; y un efecto secundario o indirecto, que consiste en las consecuencias jurídicas de la producción de ese nuevo estado. Entre estas consecuencias jurídicas podemos mencionar la extinción de derechos y la aparición de obligaciones para aquellos que eran sujetos de la relación jurídica modificada.

Así, podemos decir que, en los casos en que el derecho violado es un derecho potestativo, la sanción determinada e impuesta por la sentencia constitutiva, procura la reparación de tal derecho y el restablecimiento del orden jurídico, en virtud de su efecto primario, o sea, con la sola constitución del nuevo estado jurídico.

En cambio, cuando el derecho violado no es un derecho potestativo, tal reparación y restablecimiento se procura por la sanción en virtud del efecto secundario de la sentencia constitutiva.

Me es grato hacer notar que, en lo referente a los conceptos de derecho potestativo, de los elementos integrantes de la sentencia constitutiva cuando ésta se basa en un derecho potestativo, y de los efectos producidos por toda sentencia constitutiva, me han sido de enorme utilidad las afirmaciones del distinguido procesalista Luis Loreto, contenidas bajo el título de "La sentencia constitutiva", Revista de Derecho Procesal, Buenos Aires, año II, núm. 1, págs. 1 a 17.

9.—SENTENCIAS CONDENATORIAS.—Las sentencias de condena son aquellas que sirven para preparar la ejecución forzosa. Es decir, que su distinción de las dos categorías de sentencias ya



consideradas, radica también, en la peculiar naturaleza de la sanción por ella determinada y prescrita. En efecto, por ejecución forzosa debe entenderse estrictamente, como ya se indicó antes (supra, Cap. Tercero, apartado sexto), aquella sanción que tiene por contenido la transferencia de un bien (debido o diverso del debido) del patrimonio del autor de la lesión al del lesionado. Esto implica que donde no se encuentre esa transferencia, no puede hablarse de ejecución forzosa, y que el que una sanción sea o no ejecutiva, depende exclusivamente de la naturaleza de la obligación violada y de la posibilidad práctica de obtener mediante la fuerza el objeto de la prestación que no ha sido cumplida voluntariamente (lug. cit. en nota 30).

En esta clase de sentencias aparece más nítidamente la naturaleza jurisdiccional de la sentencia como acto que determina la sanción y la impone coercitivamente con el fin de reparación de los derechos violados y de restablecimiento del orden jurídico inobservado en un caso concreto. Además, la sentencia de condena siempre presupone la existencia de dicha violación y tiende a repararla, por lo que se debe concluir que tal sentencia es siempre una sentencia *stricto sensu*.

Por tal razón, no parece indicado tratar con mayor amplitud este tema. Sin embargo, es conveniente aprovechar esta ocasión para aclarar y puntualizar las diferencias entre las sentencias puramente declarativas y constitutivas que constituyen sentencias *stricto sensu* y las que son sentencias únicamente en sentido lato o formal. En efecto, tanto en los casos citados de sentencias *stricto sensu* como de sentencias únicamente en sentido formal, se trata, en los dos apartados anteriores, de sentencias dictadas en un proceso contencioso, y aparentemente, todo proceso contencioso debe ser considerado como proceso jurisdiccional propiamente tal. Así pues, es preciso establecer una distinción dentro de los procesos contenciosos para hacer posible la distinción entre las sentencias *stricto sensu* dictadas en dichos procesos y las que lo no son.

Creemos que la distinción se basa en la diferencia entre "conflicto de intereses" y simple controversia: el conflicto de intereses no es cualquier oposición de intereses, "sino cualquier colisión de ellos que produce efectos antijurídicos" (73), esto es, que supone la violación de un derecho, y, por ende, la inobservancia del orden jurídico, o sea, que por conflicto de intereses debe entenderse el presupuesto de actuación de la jurisdicción; por el contrario, la controversia, como dice Carnelutti, "a diferencia de la litis, no implica un contraste de intereses, sino solamente de opiniones" (74), esto quiere decir que cuando en un proceso no aparezca como presupuesto de actuación la violación del orden jurídico, no habrá en

ese proceso conflicto de intereses, sino simplemente una controversia, y como afirma categóricamente Carnelutti (lug. cit.), en tal caso se trata de un proceso de **jurisdicción voluntaria y no de un proceso contencioso** propiamente tal (aunque dicho proceso se desarrolle con la forma de un proceso contencioso).

En consecuencia, aunque las sentencias constitutivas y puramente declarativas consideradas como sentencias exclusivamente en sentido formal y no como sentencias stricto sensu, han sido dictadas en un proceso que adopta la forma de proceso contencioso, en realidad y desde un punto de vista estrictamente substancial, dichas sentencias han sido dictadas en un proceso de jurisdicción voluntaria, conforme se demostró en el párrafo anterior. Las afirmaciones ahí asentadas, nos confirman sin lugar a duda que un proceso que no presuponga la violación del orden jurídico en un caso concreto, y, que por ello, no tienda a la determinación y prescripción coercitiva de la sanción aplicable, no puede ser considerado como proceso jurisdiccional en sentido substancial.

**10.—SENTENCIAS DEFINITIVAS Y SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS.**—Las sentencias definitivas son las que **ponen fin al proceso**, en cambio, las interlocutorias son aquéllas que deciden una cuestión en el curso del proceso, sin cerrarlo. Las definitivas pueden versar sobre la relación jurídica material (de fondo) o solamente sobre relaciones procesales, sin referirse a la relación jurídica material. Es conveniente señalar, a este respecto, que las sentencias definitivas no se identifican con las sentencias firmes, pues esta calificación se da a las no susceptibles de impugnación.

Sólo es posible encontrar sentencias stricto sensu dentro de las sentencias definitivas de fondo, ya que sólo en ellas es posible encontrar la determinación y la imposición coercitiva de la sanción aplicable a una concreta violación del orden jurídico.

En efecto, en las sentencias definitivas que versan sobre relaciones procesales, el juez únicamente declara que no puede resolver sobre el fondo, es decir, declara implícitamente que en tal caso no tiene potestad para ejercitar la jurisdicción. Y ya se dijo que tal potestad es el presupuesto subjetivo de actuación de la función jurisdiccional, por lo que, en estos casos no se ejercita la función jurisdiccional, lo que quiere decir que tales sentencias no son actos jurisdiccionales.

En cuanto a las sentencias interlocutorias, tampoco versan sobre la cuestión de fondo plenamente, pues aunque decidan algún punto singular de fondo, lo hacen con el fin de desenvolver el proceso, y no con el fin de restablecer el orden jurídico violado, o sea, que no persiguen la finalidad específica de la sentencia stricto sensu.

Por otra parte, si se afirmó que sólo es posible encontrar sentencias stricto sensu dentro de las sentencias definitivas de fondo, ello no quiere decir que todas las sentencias definitivas de fondo sean sentencias stricto sensu, pues todas las sentencias ya consideradas han sido sentencias definitivas de fondo, y sin embargo, ya se vió que, entre las sentencias puramente declarativas y las constitutivas, hay algunas que no pueden ser consideradas como sentencias stricto sensu.

#### 11.—SENTENCIAS ESTIMATORIAS Y DESESTIMATORIAS.

—Por sentencia estimatoria se entiende, por regla general, la que favorece la pretensión del actor acogiendo su demanda, en contraposición a la sentencia desestimatoria, que es aquella que niega tal pretensión rechazando la demanda.

En tal situación, se podría decir que sólo la sentencia estimatoria puede configurar el acto jurisdiccional, ya que dicha sentencia afirma la existencia del objeto de la pretensión del actor, y cuando dicha pretensión se refiere a la reparación de un derecho que le ha sido violado, la sentencia estimatoria contiene la declaración de la existencia de esa violación, lo cual trae consigo, como se dijo antes, la determinación de la sanción y su prescripción coercitiva, configurándose así la sentencia stricto sensu.

Por el contrario, en tales casos, la sentencia desestimatoria contendría la declaración de la inexistencia de la violación, esto es, negaría el presupuesto de actuación de la función jurisdiccional, por lo cual dicha sentencia no podría ser considerada como acto jurisdiccional, esto es, como sentencia stricto sensu.

Sin embargo, es oportuno recordar que, de acuerdo con la concepción de la acción como un derecho abstracto de obrar, éste corresponde no sólo al actor, sino también al demandado, diferenciándose ambos casos en los distintos y contrarios derechos que son objeto de las respectivas pretensiones, (supra, Cap. Cuarto, apartado segundo). Esto quiere decir que la sentencia que rechaza la pretensión del actor (desestimatoria), acoge al mismo tiempo, y en tal virtud, la pretensión del demandado, por lo que se puede afirmar que si bien dicha sentencia es desestimatoria con respecto al actor, también es estimatoria con respecto al demandado.

En otras palabras, en los casos en que la pretensión del actor se refiera a la reparación de un derecho que le ha sido violado, la pretensión del demandado se referirá a la reparación de un derecho con contenido contrario, derecho que el actor le ha desconocido con su demanda. Por ejemplo, si la pretensión del actor tiene por objeto la reparación del derecho al pago de una determinada cantidad de dinero, la pretensión del demandado tendrá por objeto la reparación del derecho al no-pago de dicha cantidad. En tal

situación, la sentencia desestimatoria (respecto al actor) contiene la declaración de la existencia de la violación del derecho pretendido por el demandado, y en tal medida, contiene la declaración de la existencia del presupuesto de la jurisdicción, por lo que dicha sentencia contiene también la determinación de la sanción aplicable y su prescripción coercitiva, en esta ocasión dirigida al actor. Regularmente, tal sentencia es una sentencia puramente declarativa, en cuanto la reparación del derecho violado, dada la naturaleza de la violación, se logra con la sola declaración de tal derecho. Y tan es así, que el actor no puede, en virtud de la cosa juzgada, desconocer de nueva cuenta el derecho reconocido y restablecido al demandado.

Una vez estudiadas estas categorías de sentencias, pasaremos a presentar y comentar algunas afirmaciones de diversos autores que servirán para fundamentar la posición por nosotros adoptada y, al mismo tiempo, para aclarar los aspectos que no hayan sido debidamente tratados.

12.—POSICIÓN DE CHIOVENDA.—Este autor, al relacionar la demanda con la sentencia, nos dice que “La sentencia, en general, es la resolución del juez que, acogiendo o rechazando la demanda del actor, afirma la existencia o la inexistencia de una voluntad concreta de ley que le garantiza un bien, o lo que es igual, **respectivamente**, la inexistencia o existencia de una voluntad de ley que le garantiza un bien al demandado” (75). De esta manera, el autor pone de manifiesto el carácter simultáneamente estimatorio y desestimatorio de toda sentencia.

Un poco más adelante, señala las “condiciones generales de la sentencia positiva estimatoria”: a) “La existencia de un derecho”; b) “La cualidad o legitimación para obrar”; y c) “el interés en obrar” (76).

Es conveniente recordar que, para este autor, la función jurisdiccional se ejercita plenamente en la ejecución forzosa (supra, Cap. Tercero, apartado séptimo), por lo cual, la sentencia es sólo la iniciación del camino necesario para actuar la voluntad de la ley.

El papel de la sentencia como declaración de la voluntad de la ley **encaminada a su actuación**, lo expone el autor cuando aclara que (77), cuando la sentencia estimatoria adquiere la calidad de cosa juzgada, “se extingue la acción”, naciendo “una nueva acción... que consiste en el poder jurídico de producir la condición para las ulteriores actuaciones de la **voluntad de la ley declarada en la sentencia**”, lo cual es consecuencia de que “con la demanda judicial inicial (citación) se pide únicamente una sentencia, no la ejecución”.

Chiovenda también clasifica las sentencias tripartitamente (78):

"Si la voluntad de ley impone al demandado una prestación **dispuesta para la ejecución**, la sentencia que acoge la demanda es de **condena** y tiene dos funciones iguales: de **declarar** el derecho y de **preparar la ejecución forzosa**; si la sentencia realiza uno de los derechos potestativos que requieren para su actuación la intervención del juez, es **constitutiva**; si, por último, se limita a declarar pura y simplemente la voluntad de la ley, es de **mera declaración**".

Y al hablar sobre las sentencias de condena señala la característica esencial de la sentencia (79): empieza por decir que la condena no es un acto autónomo de voluntad del juez, sino la formulación de un mandato contenido en la ley; a continuación, afirma que cuando en su parte dispositiva se encuentra "un acto de voluntad, un mandato", entonces, "la sentencia, como **acto de autoridad**, tiene virtud de mandato paralelamente a la ley". Seguidamente aclara que esto es común a toda sentencia, de condena, constitutiva o de "pura declaración", ya que en todo caso la sentencia obliga como **acto de autoridad**, "La esencia de la sentencia está, por tanto, siempre, en esta formulación autoritaria, y **nunca en el juicio lógico** que es necesario para formularla, y que **en sí es actividad posible a todo particular**".

Por lo pronto, es correcta la concepción de la sentencia como un acto de voluntad, como un mandato. Y es que la sentencia, siendo el acto jurisdiccional, debe, no sólo declarar cuál sea el derecho del caso concreto, sino que debe, además, proveer al restablecimiento de su violación. Y esto último sólo se puede lograr mediante la determinación de la sanción aplicable y su imposición, mediante un mandato, que posibilite jurídicamente la aplicación de la sanción, pues como el mismo Chiovenda lo dice:

"La voluntad de la ley tiende a actuarse en el campo de los hechos hasta las últimas consecuencias práctica y **jurídicamente posibles**". (Iug. cit. en nota 35).

Y el mandato formulado en la sentencia hace jurídicamente posible, en los casos concretos de violación, el restablecimiento del orden jurídico, con lo cual se obtiene su positivización, realización plena de la función soberana.

Sin embargo, Chiovenda, al hablar de la imperatividad de la sentencia, no hace estas aclaraciones como se puede comprobar en el párrafo transcrito antes (nota 79), por lo que podemos afirmar que, al igual que su concepción de la jurisdicción, su concepto sobre la imperatividad esencial de la sentencia es inexacto por incompleto: en efecto, tal concepto es insuficiente para distinguir la sentencia del acto administrativo, éste también se formula autoritaria-

mente. Por ello es que se hace indispensable especificar la imperatividad contenida en la sentencia haciendo ver que ella consiste en la prescripción coercitiva de la sanción aplicable al caso concreto de violación del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, aun situándonos dentro de los lineamientos fijados por este autor en su concepción de la sentencia, encontramos una discordancia en la construcción que nos presenta de las sentencias de "pura declaración": si analizamos lo que afirma el autor respecto a dichas sentencias, comprobaremos que en ellas no se contiene ese elemento de autoridad o de imperatividad, lo cual indica que en ellas no se realiza plenamente la función soberana.

Ya se vió que la autoridad o poder social tiene como una de sus funciones, la de asegurar coercitivamente el cumplimiento del orden jurídico (supra, Cap. Segundo, apdo. primero, pág. 9).

Pero además, "La norma jurídica, tanto por razón de su fin, como por su calidad de relación societaria, postula la existencia de una autoridad, que en este caso no sólo tiene la misión de dirigir y servir, sino también la función coercitiva para mantener el orden social establecido". (80)

Lo cual quiere decir que jurídicamente sólo se puede hablar de "acto de autoridad" cuando el mandato en él formulado puede ser impuesto coercitivamente.

Ahora bien, Chiovenda distingue (81) entre sentencia de "pura declaración" lato sensu, que es la que "no puede ir seguida de ejecución forzosa" (aquí está tomada esta expresión en su sentido amplio de ejecución), como la desestimatoria de la demanda; y sentencia de "pura declaración" stricto sensu, que aparece cuando el actor no tiende a la realización del derecho, sino sólo pide que "sea declarada la existencia de su derecho o la inexistencia del derecho ajeno (declaración positivo a negativa). Es ésta también una forma de actuación de la voluntad de la ley, porque (como ya se ha dicho varias veces) finalidad del proceso es siempre la actuación de la voluntad de la ley en el caso concreto, y la primera etapa en el camino hacia la actuación de ésta como de cualquier voluntad, es precisamente la formulación de la voluntad de manera externa y precisa".

Como se aclaró antes (V. nota 80), la característica de la imperatividad del acto de autoridad radica en su coercibilidad, es decir, en la posibilidad de ser impuesto forzosamente, y Chiovenda habla de sentencia de pura declaración lato sensu como aquélla que **no puede ir seguida de ejecución forzosa**, lo cual significa que dichas sentencias no son cercibles, luego no son actos de autoridad, y siendo tal carácter la nota esencial de las sentencias, según él mismo afir-

má (v. nota 79, pág. (55)), se concluye que las sentencias de pura declaración lato sensu no son esencialmente sentencias.

En efecto, posteriormente el autor admite tácitamente que en las sentencias desestimatorias, que son sentencias de pura declaración lato sensu, no puede realizarse la jurisdicción, ya que ellas suponen la inexistencia de la acción, y ésta es el poder jurídico de actualizar la **condición para la actuación de la voluntad de la ley**, o sea, que si no existe acción, no se puede "actuar" la voluntad de la ley, esto es, la jurisdicción:

"En la fórmula **desestimación de la demanda o obsolución de la demanda** está implícita la **negación de la acción**", y si la sentencia "niega la acción por falta de derecho... o de cualidad, **niega la existencia de una voluntad de ley** que garantice un bien al actor", o sea que no habrá ejercicio de la jurisdicción pues no hay voluntad de ley por "actuar". (82)

Con relación a su concepción de las sentencias de pura declaración stricto sensu, podemos decir que está admirablemente expresado el papel de la declaración como "primera etapa en el camino hacia la actuación" de la voluntad de la ley. Pero, por la misma razón, la pura declaración no puede ser en sí misma una "forma de actuación" de esa voluntad, ¿o es que la parte puede equipararse con el todo?

Por otra parte, el mismo autor asienta que "la ejecución forzosa" es el "complemento necesario" de la "actuación de la voluntad de la ley" (Iug. cit. en nota 33), lo cual significa que la pura declaración no es suficiente para lograr la configuración de la jurisdicción plenamente.

Aclara el autor, en beneficio de nuestra refutación, que "la sentencia de declaración **obtenido con anterioridad al vencimiento de la obligación**, no se convierte en título ejecutivo en el momento del vencimiento. **La sentencia que no tuvo originariamente función preparatoria de ejecución** no puede adquirirla después". (83)

Es decir, que tales actos no tienden a la "actuación" de la ley, pues ya se indicó que sólo mediante la ejecución se logra tal "actuación", en conclusión, las sentencias puramente declarativas stricto sensu no constituyen en realidad "la primera etapa en el camino hacia la actuación", luego no son sentencias propiamente tales, de acuerdo con la construcción sistemática generalmente del mismo autor.

Todas estas contradicciones en que se incurre por quienes pretenden considerar a las sentencias puramente declarativas como sentencias stricto sensu con independencia de la existencia de la violación del orden jurídico, nos confirman que en tales casos se

ha fragmentado el ejercicio de la jurisdicción, en ellas encontramos tan sólo la "primera etapa en el camino hacia" el ejercicio pleno de la jurisdicción. Por tal razón, hemos afirmado que en tales casos se trata de una función prejurisdiccional, y que por lo mismo, tales sentencias no pueden ser consideradas como sentencias *stricto sensu*, esto es, como actos jurisdiccionales.

Así, nos dice este autor (84) que, mediante el ejercicio de la acción de pura declaración, se anticipa el litigio (en realidad lo que se anticipa es la controversia) para evitar que las partes actúen de acuerdo con su propia interpretación de la situación, realizando actos u omisiones injustas: "se procura **prevenir una actividad ilegal** resolviendo la cuestión previamente".

Después (85), se refiere este autor a las sentencias constitutivas, expresando que se ha dado tal nombre a las sentencias cuya eficacia constitutiva "depende del mismo derecho que ellas declaran, el cual consiste en el poder jurídico del actor de producir un efecto jurídico mediante sentencia del juez", o sea, que también son sentencias declarativas (no de "pura declaración"), pero de derechos potestativos:

Afirma que en la sentencia constitutiva también se encuentra la declaración de una "preexistente voluntad de ley (la voluntad de que se produzca un cambio jurídico)", en lo cual es idéntica a las sentencias de condena y de pura declaración, "Pero en cuanto la ley refiere o condiciona el cambio futuro a la declaración misma, ésta es el hecho jurídico que es causa de aquel efecto jurídico". Se advierte así que el autor solo considera como constitutivas a las sentencias en las que se realiza derecho potestativo, pero se mostró ya que hay casos en que no sucede así (sentencia de rescisión de un contrato de compraventa según el art. Civ.) 2260 del Cód. (86)

En cuanto a los efectos por ella producidos, la sentencia constitutiva obra normalmente *ex-nunc*, (según Kisch, obra siempre *ex nunc*), ya que "los efectos del cambio jurídico empiezan sólo en el momento en que el cambio se produce, lo que ocurre cuando la sentencia pasa a cosa juzgada". (87)

Existe, sin embargo, un caso especial de sentencia constitutiva: cuando un negocio jurídico es anulable, produce efectos jurídicos en tanto no sean impugnados, en realidad el acto es nulo desde un principio, pero el juez debe pronunciar la nulidad para que cesen los efectos producidos por el acto, "Consecuentemente, se deben considerar aparte estas sentencias, como constitutivas teniendo constantemente efectos *ex tunc*" (en este sentido, Goldschmidt). Son pues, un caso excepcional dentro de las sentencias constituti-



tutivas, pero no por ello deben ser consideradas como declarativas. (88)

13.—CONCEPCION DE ROCCO.—Este autor parte de su concepción de la función jurisdiccional como eminentemente declarativa, para definir a la sentencia como “el acto por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella tutela jurídica que el derecho concede a un determinado interés”. (89)

Sin embargo, como lo hace ver Chiovenda (supra, pág. 55 en nota 79), y como ya se ha explicado, la esencia de la sentencia no radica en la declaración del juicio lógico que en ella se formula, y tal es la posición adoptada por Rocco. Creo inoportuno repetir todo lo ya expresado con relación al elemento declarativo en la sentencia *stricto sensu*, por lo que simplemente me remito a lo entonces asentado (supra, pág. 18 párr. 44 etc.).

Empleando la terminología del mismo Rocco, sólo son sentencias, en cuanto a su contenido, aquellos actos en que, además de indicarse “la tutela jurídica que el derecho concede a determinado interés” —elemento declarativo—, se prescriba coercitivamente la satisfacción de ese interés —elemento imperativo—.

Por otra parte, dicho autor reconoce que la declaración por sí sola no es más que una parte de la función jurisdiccional (90):

Así, nos dice que la sentencia es **esencialmente un juicio lógico** sobre la existencia de una relación jurídica, consistiendo su función en la declaración de relaciones inciertas, actuando así aquella **parte de la función jurisdiccional** que consiste en la **declaración** de la tutela que el derecho objetivo concede a los intereses concretos. Lo que sucede es que Rocco considera que cuando la norma es violada debido a incertidumbre, el Estado “tutela” los intereses insatisfechos con la sola “indicación” de la tutela concedida por el derecho, pero ya se demostró que no sucede así (supra, Cap. Tercero, apartado décimo, pág. (27).

Bülow (citado por Rocco, ob. cit., pág. 197), entre otros autores, sostiene que la sentencia no es declaración del derecho sino creación del mismo, y que el procedimiento no está encaminado a tutelar el derecho privado, sino a completarle: ya que las normas, por su abstracción, no pueden aplicarse a los casos concretos, se hace necesaria la labor del juez, que así complementa a aquellas, **creando normas** para tales casos. La norma general es sólo la pauta que debe seguir el juez en su labor de creación del derecho.

Si bien es cierto lo que se afirma respecto a la necesidad de intervención del juez, se ha caído en un error:

En primer lugar, se confunde la norma con el derecho, la expresión con lo expresado, lo cual debe evitarse:

Así como en lógica se distinguen las operaciones del espíritu, sus obras, y sus formas de expresión, así también, "a propósito de un ordenamiento jurídico cabe distinguir su génesis, las relaciones jurídicas producidas y la formulación o expresión normativa de lo que es derecho". (91)

Es necesario, por lo tanto, distinguir el derecho —relaciones jurídicas producidas— de la norma jurídica —formulación normativa de lo que es derecho—.

En segundo lugar, el juez no crea el derecho ni la norma abstracta, pues como afirma Couture (92), en los tiempos actuales se ha llegado a establecer fuera de duda que la sentencia aplica siempre la ley preexistente, o sea que, como señala Chiovenda (lug. cit. en nota 33), el juez busca siempre una norma preexistente, ya sea expresa o derivada de casos análogos o de los principios generales del derecho.

Por su parte, Rocco hace ver acertadamente (lug. cit.) que el hecho de que la norma sea formulada genéricamente no le impide hacerse obligatoria a los particulares, ya que un mandato formulado genéricamente no es menos mandato que otro formulado específicamente, y por ello, no se ve por qué aquél sea incompleto, en cuanto a imperatividad se refiere. Lo que sucede es que, continúa el autor, a veces es necesario saber si un caso determinado está comprendido en aquel mandato. Pero en el proceso lógico respectivo, no se añade nada a la voluntad genéricamente declarada, tan sólo se le conoce en su alcance real.

Por nuestra parte podemos afirmar que el mandato formulado genéricamente no es menos mandato que aquél formulado específicamente, como dice Rocco, pero debemos añadir que, en caso de inobservancia del mandato genérico, no basta la voluntad genéricamente declarada para reparar tal inobservancia (lo cual se logra con la aplicación de la sanción), y como en el proceso lógico que lleva a la declaración de lo que es derecho del caso concreto no se añade nada a esa voluntad, se hace necesaria la intervención de un nuevo mandato, que consiste en la imposición coercitiva de la sanción determinada en la declaración. El hecho de que el mandato contenido en la sentencia se funde totalmente en el mandato general contenido en la norma abstracta, no quiere decir que no constituya un nuevo mandato: un mandato concreto.

La sentencia, como actuación de la función soberana de jurisdicción, procura la reparación del derecho violado, y de tal manera su positivización, mediante la formulación de una norma jurídica individual (Kelsen, Compendio Esquemático de una Teoría General del Estado, pág. 105), y ya que toda norma "constituye un

mandato" (93), se concluye que la sentencia debe contener también un mandato, que no es el mismo contenido en la norma general, sino un mandato concreto fundado en aquél.

Después, Rocco hace notar que durante largo tiempo se tomó en consideración únicamente a las sentencias condenatorias (94), por ser las más frecuentes, y por lo mismo, se consideraba a la acción como el mismo derecho reaccionando contra las violaciones. También se consideraba que el fin general del proceso era la realización forzosa del derecho, y que el fin particular de la sentencia era la preparación de esa realización mediante el acto del juez que, declarando el derecho, conminase al demandado a realizar espontáneamente la prestación so pena de realización forzosa.

Pero, continúa Rocco, al reconocerse la existencia de sentencias declarativas (se refiere a las puramente declarativas), se tuvo que admitir que la naturaleza de la sentencia es la declaración de una relación o de un hecho.

Como se desprende de la anterior afirmación, al deducir Rocco que la naturaleza de la sentencia es exclusivamente la declaración, tomando como base el hecho de la existencia de actos judiciales con la estructura formal de sentencias y cuyo contenido es sólo una declaración, comete una petición de principio, pues primero tendría que demostrar que las llamadas sentencias puramente declarativas son sentencias esencialmente, y ya se vió que, en tal sentido, sólo son sentencias los actos que contienen, además de la declaración, la prescripción coercitiva de cumplimiento de la sanción aplicable a un caso de violación del orden jurídico.

Las sentencias puramente declarativas, cuando no contienen ese elemento imperativo por no presuponer la violación, son sentencias lato sensu o en sentido exclusivamente formal. Lo que sucede es que Rocco, al igual que muchos otros autores, se basó en el hecho de la aparición constante de la declaración en todos aquellos actos llamados sentencias, que poseen como característica común el ser declaraciones emanadas del órgano estatal que ejerce la función jurisdiccional; y por otra parte, se basó en la ausencia de la conminatoria de ejecución en algunos de esos actos (en las sentencias puramente declarativas), para concluir que el elemento esencialmente jurisdiccional es el declarativo.

Pero como se ve claramente, además de estar minado su razonamiento por una petición de principio, el criterio empleado es un criterio exclusivamente formal, y por lo mismo, insuficiente, pues tan sólo se basa, para caracterizar como sentencias en sentido substancial a las puramente declarativas, en sus características formales, y no en la naturaleza intrínseca de tales actos.

Después, asienta el autor que ha sido tomada en consideración una nueva categoría de sentencias, las cuales tienen como campo característica el dar lugar al nacimiento de una relación o estado jurídico nuevo, por ej: la separación personal entre cónyuges, el divorcio, la nulidad de ciertos actos y negocios jurídicos, la revocación de otros, etc. (95)

En tales casos, dice Rocco citando a Kisch, el fallo del juez no se contenta con reconocer una consecuencia jurídica ya verificada, sino que coopera a la formación de relaciones jurídicas concretas. Aquí la sentencia no comprueba lo que ya existe, sino que crea algo nuevo que antes no existía. Tiene pues, en este sentido, valor no puramente declarativo, sino constitutivo (lug. cit.).

Rocco no puede admitir la existencia de sentencias con efectos constitutivos, dada su concepción de la sentencia como esencialmente declarativa. En efecto, objeta que tales sentencias sólo se pueden concebir vinculándolas a los derechos potestativos, que son aquellos que se agotan en una mera facultad sin obligación correlativa (Helwig), y la existencia de tales derechos es imposible. (96)

Si bien es cierto que no existen derechos sin obligación correlativa, como ya se mostró, es posible considerar a los derechos potestativos como bilaterales, según se vió antes (supra, apartado octavo, pág. (49), y además, no vemos la razón para que las sentencias constitutivas deban fundarse necesariamente en esos derechos. En tal sentido, el eminente procesalista uruguayo Eduardo J. Couture, nos presenta casos de sentencias que modifican una relación jurídica preexistente, es decir, de sentencias constitutivas, las cuales no realizan un derecho potestativo:

Tal es el caso de una sentencia de condena **alternativa**, cuando la obligación cuya existencia admite el fallo es puro y simple. El autor afirma en apoyo de tal posibilidad:

“Las sentencias judiciales tienen por fin hacer justicia. Si ésta se logra dando a las obligaciones, y a su cumplimiento, el mismo carácter elástico que tienen en la vida de los negocios, ninguna razón de derecho ni de equidad existente para prohibirlo”. (97)

Y después, al hablar de los efectos de la sentencia de segunda instancia, este autor los considera constitutivos, según la concepción de Kisch, ya que se producen únicamente hacia el futuro y no retroactivamente, como sucedería de ser sentencias declarativas.

14.—CONSTRUCCION DE CARNELUTTI.—Empezaremos por afirmar que, fundamentalmente, las ideas expresadas por este genial autor con respecto a la naturaleza de la sentencia stricto sensu (a la cual él llama “proveimiento decisorio”) coinciden con lo

afirmado antes por nosotros, la principal diferencia radica en la terminología.

El autor indica que "En su modo más sencillo, el resultado de la jurisdicción se concreta justamente en una dictio, o sea en un decir: se declara un juicio del juez". (98)

Y aclara que la decisión del litigio no se identifica con la sentencia, ya que ésta puede pronunciarse durante el proceso y no decidirlo. Siendo la decisión la "resolución de las cuestiones del litigio". Seguidamente afirma que la decisión **no es sólo un juicio, es también un mandato**, con lo cual se diferencia del dictamen, y por lo cual vincula u obliga al interesado acerca de la conducta a seguir (99). A continuación expresa que la decisión traduce su **eficacia en imperatividad**, y que en ella se extingue la obligación del juez. (100)

Hace ver que la composición del litigio (realización de la jurisdicción) se logra cuando el juez pronuncia un mandato, el cual se forma en el proceso, pero no sobre él. (101)

O sea, que para que la sentencia realice la jurisdicción, es necesaria la intervención de un mandato —imperatividad que constituye el elemento esencial de la sentencia—.

Carnelutti califica a la decisión como "conminación jurisdiccional" (102): los actos compositivos —"que actúan directamente sobre el litigio"— pueden dar lugar a una modificación jurídica del conflicto de intereses, y entonces se llaman "conminaciones"; o pueden dar lugar a una modificación material del mismo, y entonces se configura la "transformación". La conminación es un mandato, y se puede distinguir entre "conminación jurisdiccional y conminación ejecutiva", con base en la división del proceso según la cualidad del litigio —de discusión o de lesión de la pretensión. A la conminación jurisdiccional se le da el nombre de decisión, aclarándose que "el acto jurisdiccional, incluso en su acepción técnica, **no consiste únicamente en decidir, sino en imponer la decisión**" (lug. cit.).

Las conminaciones se consideran como "proveimientos", conforme a la clasificación de los actos procesales según su finalidad (103), ya que la "actividad característica del oficio consiste en proveer" (supra, Cap. Tercero, apdo. octavo, pág. (22), y ya que "proveer significa. . . el ejercicio de un poder" (lug. cit.), sólo habrá proveimiento, y por tanto, acto jurisdiccional, cuando se encuentre el juez con potestad y con posibilidad de ejercitarla. Y toda vez que sea potestad, referida al órgano jurisdiccional, tiene como finalidad la composición del litigio, se concluye que sólo en los casos en que se encuentre existente el litigio podrá el juez ejer-

cer su potestad, y sólo en esos casos se integrará la sentencia como proveimiento, es decir, como acto jurisdiccional.

Sin embargo, aun en los casos en que el juez no tenga potestad, o la tenga, pero no exista "litigio" por "componer", debe dictar sentencia (en sentido formal). Carnelutti distingue a este respecto, entre "pronunciamiento", "declaración", "proveimiento" y "decisión" (104): "La función del pronunciamiento no es otra que la de contestación a la demanda", "el pronunciamiento se resuelve en una declaración del juez". "Frente a la demanda, las hipótesis son tres: que el juez crea que debe acogerla, o bien que debe rechazarla, o bien que debe licenciarla porque no tiene potestad ni para acogerla ni para rechazarla" (lug. cit.).

Este último caso se presenta cuando no existe hecho constitutivo, o existe hecho impeditivo o extintivo de la potestad de decidir del juez. Las primeras dos hipótesis dan lugar a un pronunciamiento positivo, favorable o desfavorable, la tercera da lugar al pronunciamiento negativo. También en este caso, el juez debe pronunciar para eliminar la incertidumbre de las partes, "haciéndoles saber que el juez 'no tiene nada que decir', dándoles a conocer las razones de lo anterior a fin de que actúen adaptándose a ella o tratando de reaccionar contra ella".

En el caso del pronunciamiento negativo, lo que sucede es que existe una obligación del juez más allá de los "límites de su potestad", la diferencia radica en "que la potestad es de juzgar y la obligación de pronunciar". A continuación, Carnelutti señala que en este caso, no hay una "providencia" como objeto del "pronunciamiento", ya que en ésta hipótesis, el juez se considera falto de potestad, o sin posibilidad de ejercitarla, y la providencia es ejercicio de potestad. Y seguidamente, el autor afirma que en tal caso, sí hay "declaración", "que es un **genus más amplio** que la providencia, esto es, que la declaración de voluntad; la declaración contenida en el pronunciamiento puede ser una declaración de voluntad, pero también sólo una declaración de ciencia, si faltan las condiciones para que sea una declaración de voluntad" (lug. cit. ).

Las tres hipótesis consideradas se refieren al pronunciamiento definitivo, o sea, al caso en que el juez dice "todo lo que puede decir" con relación a la demanda. Pero existe otra hipótesis: el caso en que el juez, aun no "licenciando" la demanda, no puede tampoco acogerla ni rechazarla, "debiendo, por el contrario, en espera de pronunciar definitivamente, resolver un incidente mediante una orden al proceso". Este pronunciamiento se llama **interlocutorio**, "es, precisamente **interlocutorio** el pronunciamiento cuando no agota la función del juez".

A continuación aclara que se acostumbra llamar definitiva o interlocutoria a la providencia, particularmente a la sentencia, más bien que al pronunciamiento, "pero basta reflexionar que el modo de ser, denotado con estas voces, se refiere al procedimiento, y precisamente a su deberse renovar o no poderse renovar ante el mismo juez, para darse cuenta de que se refieren al **pronunciamiento, como fase del procedimiento, no al acto que es objeto del mismo**" (lug. cit.).

El pronunciamiento "también puede tener por objeto un **proveimiento ordenatorio** en lugar de decisorio; el proveimiento es **ordenatorio** si se trata de **pronunciamiento interlocutorio puro**" (lug. cit.). Para aclarar esto, hay que señalar lo que Carnelutti entiende por "orden":

"La orden es... un acto mediante el cual el oficio regula el proceso desde el punto de vista de su composición o de su **desenvolvimiento**". Se distingue de la **cominación** en que ésta provee sobre el litigio, refiriéndose a su **composición**, mientras que la **orden**, "por proveer sobre el proceso, se refiere a su **gobierno**" (105). Por lo tanto, los proveimientos ordenatorios, y por ende, las sentencias interlocutorias, no realizan la función jurisdiccional, como ya se había asentado (supra, apdo. décimo, pág. (53).

Se ha constatado, pues, que el objeto del pronunciamiento — que es una fase del procedimiento puede ser una declaración diversa de la providencia —aquella es el género, ésta una especie: declaración de voluntad—, y puede ser una providencia diversa de la decisión —el proveimiento puede ser ordenatorio o decisorio— sólo en la última hipótesis se integra el acto jurisdiccional, ya que sólo entonces se obtienen la composición del litigio, finalidad específica de la jurisdicción—.

Después, afirma el autor (106) que "el juez debe pronunciar sobre todo lo que se le ha pedido y no debe pronunciar sobre lo que no se le ha pedido", en virtud de la correlación entre instrucción y pronunciamiento. "Que el juez deba pronunciar sobre lo que se le ha pedido, **no quiere decir que decir que deba siempre proveer**", siempre tiene **obligación de pronunciar, pero sólo puede proveer cuando tenga potestad para ello y pueda ejercerla**. Esto nos comprueba que no siempre el proceso desemboca en el ejercicio de la jurisdicción substancialmente considerada.

"Igualmente, que el juez deba proveer no quiere decir que deba siempre proveer sobre el mérito" (lug. cit.).

Al explicar la obligación que tiene el juez de pronunciar, aun cuando no tenga potestad, Carnelutti hace ver que aunque la **forma del pronunciamiento sea la misma** que cuando el juez actúa jurisdiccionalmente, el contenido del pronunciamiento es contrario:

En el caso en que, terminada la instrucción, el juez encuentre que no tiene potestad, no debe proveer, sino **denegar la providencia**. Pero, debido a la necesidad de que los ciudadanos sepan como comportarse, la declaración de tal denegación, adopta la misma forma que tendría su ejercicio, esto es, el proveimiento. Por lo tanto, el contenido del pronunciamiento negativo (declaración de no ejercicio de la potestad) es idéntico al contenido del pronunciamiento positivo, **en cuanto a la forma**, "cuando reconoce su incompetencia y por eso declara no poder proveer sobre el mérito, el juez pronuncia **una sentencia**, como cuando provee sobre el mérito acogiendo o rechazando la demanda; pero si la forma coincide en los dos casos, la substancia es diversa y hasta contraria porque en la forma de un proveimiento existe un no proveimiento; se podría decir que la **sentencia mediante la cual el juez declara no poder decidir, es una sentencia vacía**" (107). Esto nos comprueba que hay casos en que una sentencia en sentido formal no es sentencia en sentido substancial. Además, se demuestra que en las sentencias llamadas de absolutio ab instantia (Carnelutti prefiere llamarlas sentencias negativas, o que "licencian a las partes del proceso") no hay ejercicio de la jurisdicción, por lo que no son sentencias stricto sensu, sino en sentido lato o formal exclusivamente.

Un poco más adelante, este autor aclara de nuevo que el pronunciamiento es "una fase del procedimiento, no un acto", sino una combinación de actos, y que su centro es el proveimiento del juez (108). En el mismo lugar, habla de la sentencia, refiriéndose a ella como una forma de los actos judiciales, exclusivamente: "no tiene siempre **forma de sentencia** ni siquiera el proveimiento decisorio".

Con todos estos elementos, podemos concluir, usando la terminología de Carnelutti, que sólo se puede considerar a un acto judicial como acto jurisdiccional, esto es, como sentencia stricto sensu, cuando sea substancialmente un "proveimiento decisorio". Además, y según se afirmó al principio de éste apartado, haciendo a un lado las diferencias terminológicas, la construcción sistemática de Carnelutti sobre la jurisdicción y su ejercicio, coincide fundamentalmente por la construcción adoptada por nosotros. Sin embargo, nos parece que a Carnelutti le faltó algo: él llega a concluir que sólo mediante el proveimiento decisorio se configura el ejercicio de la jurisdicción, pues sólo mediante él se obtiene la finalidad de tal función, esto es, la composición del litigio; pero **deja sin explicar la manera como el litigio es compuesto por el proveimiento decisorio**. De haber tratado de averiguar esta cuestión, es muy probable que hubiera llegado a la conclusión aceptada por nos-



otros; la única manera en que el proveimiento decisorio (acto jurisdiccional o sentencia stricto sensu) logra la composición del litigio (la reparación de un derecho violado, y con ello, el restablecimiento y la positivización del orden jurídico inobservado en un caso concreto) es mediante la determinación o concretización de la sanción aplicable y su prescripción coercitiva.

A nuestro parecer, hemos logrado la obtención del concepto buscado acerca de la naturaleza esencial o substancial de la sentencia, y esperamos en Dios que lo hayamos logrado exitosamente.

- (72) Couture, ob. cit., n. 38, pág. 207 y sig.
- (73) Couture, ob. cit., n. 2, pág. 4.
- (74) Carnelutti, Lecciones sobre el Proceso Penal, Tomo I, n. 60, pág. 155.
- (75) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 33, pág. 173.
- (76) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 38 a 40, págs. 193 a 200.
- (77) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 36, pág. 190.
- (78) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 10, pág. 36.
- (79) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 43, pág. 202.
- (80) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VIII, pág. 137.
- (81) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 59, pág. 228.
- (82) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 94, pág. 389.
- (83) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 64, pág. 243.
- (84) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 65, pág. 245.
- (85) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 51, pág. 213.
- (86) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 52, pág. 214.
- (87) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 53, pág. 217.
- (88) Chiovenda, ob. y Tomo cit., n. 55, pág. 221.
- (89) Rocco, ob. cit., n. 12, pág. 51.
- (90) Rocco, ob. cit., n. 49, pág. 195.
- (91) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VIII, pág. 119.
- (92) Couture, ob. cit., n. 139, pág. 209.
- (93) Preciado Hernández, ob. cit., Cap. VI, pág. 83.
- (94) Rocco, ob. cit., n. 53, pág. 204 y sig.
- (95) Rocco, ob. cit., n. 54, pág. 208 y sig.
- (96) Rocco, ob. cit., n. 55, pág. 211.
- (97) Couture, Estudios de D. P. C., Cap. XIII, n. 4, pág. 318, y Cap. XVIII, n. 6, pág. 379.
- (98) Carnelutti, ob. cit., Tomo I, n. 92, pág. 316 y sig.





- 8.—Para cumplir tal finalidad, no basta la declaración del derecho del caso concreto, es necesario, además, asegurar su cumplimiento: por ello, la función jurisdiccional es la actividad soberana estatal que determina las consecuencias jurídicas de la violación del orden jurídico en un caso concreto y previa declaración de la existencia de tal violación, prescribe coercitivamente el cumplimiento de dichas consecuencias.
- 9.—En conclusión, la sentencia stricto sensu es el acto final del proceso en el cual el juez, teniendo potestad para ello, provee al restablecimiento del orden jurídico inobservado en un caso concreto, mediante la declaración: de la conducta prescrita por la norma jurídica para tal caso, de la existencia de la violación a tal conducta, y de la sanción aplicable; y mediante la prescripción coercitiva del cumplimiento de dicha sanción.
- 10.—En consecuencia, y por no reunir los requisitos enunciados, no se pueden considerar como sentencias stricto sensu, ya que en ellas no se contiene el ejercicio pleno de la jurisdicción, las siguientes: a) sentencias de mera declaración con fin exclusivo de obtener la certeza jurídica; b) sentencias constitutivas que no presupongan la violación de un derecho, potestativo o no; c) sentencias de absoluto ab instantia; y d) sentencias interlocutorias.

## AUTORES Y OBRAS CITADOS

- Calamandrei, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares.
- Carnelutti, Francesco, Lecciones sobre el Proceso Penal.
- Carnelutti, Francesco, Metodología del Derecho.
- Carnelutti, Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil.
- Chiovenda, Giuseppe, Instituciones de Derecho Procesal Civil.
- Couture, Eduardo J., Estudios de Derecho Procesal Civil.
- Couture, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil.
- Fraga, Gabino, Derecho Administrativo.
- Goldschmidt, James, Derecho Procesal Civil.
- Kelsen, Hans, Compendio Esquemático de una Teoría General del Estado.
- Kisch, W., Elementos de Derecho Procesal Civil.
- Liebman, Enrico Tullio, Le Opposizioni di Merito nel Proceso D' Esecuzione.
- Mayer, Otto, Derecho Administrativo.
- Pedroso, Manuel, La relación entre Derecho y Estado y la idea de Soberanía. Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, No. 46, Abril-Junio 1950.
- Preciado Hernández, Rafael, Lecciones de Filosofía del Derecho.
- Recaséns Siches, Luis, Extensas Adiciones a la Filosofía del Derecho de Del Vecchio.
- Redenti, Enrico, Intorno al Concetto di Guirisdizione, Studi Guiridici in onore di Vincenzo Simoncelli.
- Reichel, Hans, La Ley y la Sentencia.
- Rocco, Alfredo, La Sentencia Civil.
- Santos Tomás de Aquino, Suma Teológica.
- Satta, Salvatore, L'Esecuzione Forzata.
- Sortais S. J., Gastón, Traité de Philosophie.