

JURISDICCION
Y
COMPETENCIA

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA ENRIQUE LOW MURTRA
PALACIO DE JUSTICIA

Nº INVENTARIO _____

NUMERO
CLASIFICACION

COMPRA _____ CANJE _____ DONACION _____

FECHA: **29 MAR. 2004**

PRECIO: _____

PROCEDENCIA: _____

PAIS: _____

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

1435

JURISDICCION Y COMPETENCIA

P O R

DAVID LASCANO

*Profesor de Derecho Procesal
en las Universidades
de Buenos Aires
y La Plata*



BUENOS AIRES

EDITORIAL GUILLERMO KRAFT LTDA.

1 9 4 1

IMPRESO EN LA ARGENTINA

*Queda hecho el depósito que previene la ley N.º 11.723.
Copyright by Editorial Guillermo Kraft Ltda.,
calle Reconquista 319 - 327 — Buenos Aires.*

Biblioteca
de la
Fm. Tuligul
1957



ADVERTENCIA

Sin el propósito de ofrecer un Tratado, en el que el lector pudiera encontrar la exposición de un sistema orgánico y completo sobre jurisdicción y competencia, he reunido en este volumen, algunas de las lecciones dictadas en la cátedra relacionadas con dicho asunto, para satisfacer así los insistentes requerimientos de los alumnos del curso. Ello explica la estructura especial del libro y el tono un tanto desusado de ciertos capítulos, en los que, con más espíritu crítico que constructivo, he debido proceder a la revisión de las teorías corrientes. Tal circunstancia, sin embargo, no hará echar de menos el enunciado de los principios fundamentales que rigen la materia, ni el planteamiento, si no la solución, de los principales problemas que la cuestión suscita.

La determinación del concepto de jurisdicción, es indispensable en el estudio del derecho procesal. Este no se comprende lo suficiente si no se tiene el conocimiento cabal de la naturaleza de aquella, puesto que, en definitiva, el derecho procesal no es más que el conjunto de los principios que regulan la actividad jurisdiccional del Estado y la que despliegan los particulares que la requieren. Y porque lo han entendido así los procesalistas a partir de la fecha en que Mortara estudió la jurisdicción como función pública, es que la ciencia jurídica le dedica hoy preferente atención.

Nuestra literatura jurídica no acusa mayor preocupación al respecto. Y se explica, porque el interés por precisar el concepto de la jurisdicción, es relativamente nuevo; ha nacido, por un lado, cuando el estudio del derecho procesal asumió carácter científico y se percibió con claridad el papel prominente que el Estado tiene en el proceso; y por otro, cuando el desarrollo del dere-

cho administrativo hizo que se procurase explicar la función estatal ejercida en la llamada justicia administrativa o contencioso administrativa dentro del problema fundamental de la división de los poderes de gobierno. Las manifestaciones de esos progresos jurídicos, nos han llegado recién con los libros de derecho procesal de Chiovenda, Rocco, Carnelutti, Goldschmidt y Kisch y los de derecho público de Hauriou, Duguit, Jéze y Carré de Malberg, que son los más difundidos en el país.

No es de extrañar, entonces, que nuestros juristas, concretados al estudio de la parte exterior del proceso, o sea, de las formas del procedimiento, descuidasen el fondo y no se detuvieran a examinar la naturaleza de la función del Estado que en aquel se manifiesta. Pero una tal omisión sería inexcusable hoy que el derecho procesal penetra en la entraña misma del fenómeno judicial y se mueve en el ámbito del derecho público.

Por eso, cualquiera sea su mérito, se justifica la publicación de este trabajo, que pretende abordar el problema en su aspecto substancial y con criterio rigurosamente científico. El que no haya llegado a ultimar una construcción dogmática, nada significa, porque la técnica jurídica está en perpetua elaboración, sin que el concurso de los juristas consiga nunca agotarla.

Subsigue al estudio de la teoría de la jurisdicción otro sobre la de la competencia, completada con una ordenación de los fallos más corrientes de nuestros tribunales, al sólo objeto de extraer las reglas generales que pueden ser de utilidad práctica a los profesionales.

D. L.

CAPITULO I

TEORIA DE LA JURISDICCION

SUMARIO: I. POSIBILIDAD Y NECESIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. — II. DETERMINACIÓN DEL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN. — III. ELEMENTOS QUE INTEGRAN EL CONCEPTO. — IV. CARACTERES DIFERENCIALES DE LA JURISDICCIÓN. — V. DISTINCIÓN ENTRE ACTOS JURISDICCIONALES, Y ACTOS JUDICIALES. — VI. LA JURISDICCIÓN ES UNA FUNCIÓN PÚBLICA. — VII. CONTENIDO DE LA JURISDICCIÓN. — VIII. EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN. — IX. CLASIFICACIÓN. — X. COMPETENCIA.

I. “La revolución comunista, suprimiendo la propiedad privada y dando a todos las mismas cosas, dice Lafargue, emancipará al hombre y hará revivir el espíritu igualitario. Entonces, agrega, las ideas de justicia que preocupan los cerebros humanos desde la constitución de la propiedad, se desvanecerán como la más terrible pesadilla que ha torturado la triste humanidad civilizada”. (1) Sin embargo, nada hace suponer que llegue a realizarse las previsiones de dicho autor, ni mucho menos qué puedan desaparecer por innecesarias las ideas de justicia. Por el contrario, los testimonios dejados por las civilizaciones pretéritas, aun por las más antiguas, y las experiencias de las más modernas, refirman el convencimiento de que la justicia subsistirá como condición de vida de las sociedades.

No se concibe la existencia del grupo social, si sus miembros se encuentran en permanente estado de guerra. La lucha privada, lejos de facilitar la convivencia humana, produce la disgregación y el aislamiento, situación ésta en la que seguramente nunca han vivido los hombres, —que si Hobbes concibió ese *status naturae*, lo fué como una mera ficción filosófica y no como un hecho histórico. De ahí que desde los tiempos más remotos, para facilitar, en lo posible, la coexistencia de los intereses de todos, se haya sentido la necesidad de evitar o resolver los conflictos de los particulares.

(1) PABLO LAFARGUE, *Idea de la Justicia y del Bien*, pág. 92, Barcelona Centro Edit. Presa.

De manera que, si como lo observa Bellot, ⁽²⁾ en la infancia de las sociedades, la fuerza individual ha sido el único medio de que disponía el hombre para defender sus intereses privados, no ha podido perdurar mucho tiempo ante la conveniencia de mantener la armonía del grupo. Para evitar las disputas sin efusión de sangre y sin el empleo de la violencia, que, como es natural, conspiraba contra la exigencia de subsistir, ha debido sentirse la necesidad de la justicia, necesidad de la que son elocuentes testimonios las sentencias de los themistas, que eran consideradas como directamente inspiradas por la diosa Themis, tal vez debido a la falta de normas o reglas jurídicas en que fundarlas.

Antes de toda noción científica del derecho y de toda distinción razonable entre lo justo y lo injusto, ha preocupado a los hombres la formación de los tribunales de justicia. Esta idea ha predominado sobre todas las demás en el espíritu de los organizadores primitivos. Lo atestigua el hecho de que los más viejos monumentos jurídicos de que la historia nos anoticia, como el código de Hamurabí de Babilonia, las leyes de Manú y de Narada en la India, las XII Tablas de los romanos y la lex sálica de los francos, dan preferente atención a la organización de la justicia y al procedimiento largo y pesado que era menester seguir para obtener la reparación de los agravios o el respeto de sus derechos. Casi puede afirmarse que esos primeros códigos, si así es permitido llamarlos, estaban consagrados a la materia judicial, con el propósito de mostrar cómo funcionaba la institución destinada a apaciguar las querellas, vale decir, su procedimiento y las condiciones de admisibilidad de la prueba testimonial.

Ese interés por la administración de justicia, ha persistido a través de las edades, si bien dando a la institución, como es natural, las modalidades y características de las distintas épocas y lugares. Por eso no es de presumir, que, por más que se opere la revolución económica que ha de con-

(2) BELLOT, *Exposé de motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève*.

cluir con la propiedad privada, arrase también con la justicia por innecesaria. (3) Siempre será menester de ella siquiera para proteger el derecho a la integridad física, el de la libertad de trabajar, el de enseñar y aprender, los derechos políticos, etc. ya que no se ve que, por perfectos que lleguen a ser los hombres, haya conveniencia en dejarles resolver privadamente los conflictos que, entre ellos, pueden suscitarse.

II. La necesidad, pues, ha hecho que un tercero intervenga en los conflictos de los particulares para resolverlos pacíficamente; y esa actividad desempeñada por otra persona que los propios interesados, es lo que, en esencia, constituye la jurisdicción. Pero, claro está, la acepción técnica actual, no puede determinarse sino teniendo en cuenta el régimen de las sociedades modernas. En ellas las normas jurídicas desempeñan un papel primordial, y de su naturaleza y carácter deriva la función jurisdiccional. Sin embargo, ya se ha visto que, cronológicamente, la actividad judicial precedió a la legislativa y que antes de toda legislación, se planteó a los hombres la necesidad de tener jueces, los que siendo en un principio libres para hacer sus juicios, han podido con su obra, formar reglas jurídicas.

Las sociedades modernas se desenvuelven bajo un régimen esencialmente jurídico. Las normas jurídicas rigen el todo social. Sus miembros realizan, todos los días y a todas horas, actos de índole jurídica, y sus relaciones, como sujetos de derechos y obligaciones, son relaciones jurídicas. El derecho así, es vivido en todos los actos de la vida de relación.

Ordinariamente, las normas jurídicas se observan por la voluntad espontánea de los interesados: sea por temor a la sanción que la infracción comporta, sea porque su cultura se lo impone. Pero puede ocurrir, y ocurre con alguna frecuencia, que el hombre al buscar satisfacer su propio interés, choque con el interés del prójimo, y que entonces la norma jurídica, no se observe inmediatamente por los particulares. Esta

(3) LYDIA BACH, *Le droit et les institutions de la Russie soviétique*, París 1923.

situación puede ser creada, ya porque la ley no es clara y los interesados duden y discutan acerca de los derechos que la misma reconoce, o ya porque uno de éstos no se conforme con los mandatos de la norma y se coloque en rebeldía. En estos casos, el Estado, que es el órgano específico del Derecho, asegura su observancia por medio de la institución judicial creada al efecto, ya que, como se ha visto, no es posible confiar en la fuerza física de los particulares para resolver sus conflictos, no sólo porque ésta no siempre auxiliaría a la razón, sino también porque los excesos y alteraciones que suele traer consigo, pueden hacer peligrar el orden social.

Ahora bien, la actividad con que el Estado provee a la realización de la regla jurídica en tales casos, es en esencia la función jurisdiccional o jurisdicción propiamente dicha, puesto que es necesario que una regla jurídica no se pueda o no se quiera cumplir, para que haya lugar a la actividad judicial. Pero como la norma jurídica es garantía de fines o tutela de intereses, según lo enseña Vanni, (4) se tiene que, en último término, al asegurar su actuación en el caso concreto, el Estado también procura hacer efectiva la satisfacción de los intereses que el derecho protege.

Es decir, pues, que, si bien la jurisdicción procura la actuación de la norma jurídica en el caso concreto en que no ha sido observada voluntariamente por los interesados, lo hace con motivo de satisfacer los intereses de los particulares que la dicha norma tutela. Puede decirse entonces, que de ordinario, es un interés de parte el que determina el ejercicio de la jurisdicción civil, lo que hace que la demanda judicial sea imprescindible, para poner en movimiento la actividad jurisdiccional. De ahí viene que se haya consagrado como principio del derecho procesal las máximas romanas: *nemo iudex sine actore* y la correlativa: *ne procedat iudex ex officio*.

III. Como se ve, varios son los elementos que integran el concepto de jurisdicción: la necesidad de resolver un conflicto entre dos partes; la conveniencia de satisfacer un interés de

(4) VANNI, *Lezioni di filosofia del diritto*, pág. 91, Bologna 1904.

parte, incumplido; el interés del Estado de asegurar la actuación de la ley para mantener el orden jurídico que ha creado; la necesidad de la intervención del Estado en tales situaciones, etc. Y según ha sido la importancia atribuida a cada uno de los elementos constitutivos, ha variado el concepto que de la jurisdicción se ha tenido.

a) La idea de conflicto, es inseparable de la de función judicial. Ya se ha visto que, precisamente, la necesidad de resolver los conflictos de los particulares para asegurar el orden social, es lo que ha originado la institución de la justicia. Por eso, casi todos los cuerpos de leyes han consagrado el principio de que los jueces tienen la obligación de juzgar, no pudiendo dejar de hacerlo "bajo el pretexto de silencio o insuficiencia de la ley". ⁽⁵⁾ Lo que interesa a la sociedad y sobre lo que hay unanimidad, es que los jueces resuelvan cuantos conflictos se presenten. "Al *bellum omnium contra omnes*, ha dicho de Diego, no se le puede dejar resquicio alguno por donde penetrar en el edificio social para quebrantar sus líneas y perturbar su equilibrio; la denegación de la justicia por los tribunales, rehusar el fallo, por cualquier causa, sería abrir el portillo para la irrupción de aquel enemigo y poner en peligro los cimientos del orden social". ⁽⁶⁾

Pero nótese que hablamos de *conflicto* y no de *controversia*. Aquél supone un choque de intereses tutelados por el derecho (lesión, desconocimiento o incumplimiento de la obligación) y ésta, un desacuerdo de opiniones que puede faltar en el proceso, como ocurre en el juicio civil seguido en rebeldía y en el penal cuando el reo está confeso. Además, hay actos de resolución de controversia que no importan actos jurisdiccionales, como las decisiones de los árbitros y amigables compondores y las resoluciones meramente teóricas dictadas por instituciones culturales o comerciales (Universidades, Bolsas de Comercio, etc.).

⁽⁵⁾ Cód. Civ. ARGENT., art. 15; Cód. Civ. ESPAÑOL, arts. 5 y 6; Cód. Civ. FRANCÉS, art. 4 etc.

⁽⁶⁾ F. CLEMENTE DE DIEGO, *El art. 6 del Cód. Civ. Español en Rev. de Derecho Privado*. Nº I, año I.

b) En el Estado moderno se asegura la convivencia social por medio de la norma jurídica que rige todo el campo de la vida de relación. De ahí el interés de aquél de obtener la actuación de la ley, que sin duda se consigue, muy principalmente, ejerciendo la función jurisdiccional. Es por ello que se ha llegado a definir a ésta como “la actividad del Estado encaminada a obtener la actuación de la ley”. Esta es la concepción predominante que parece también conformarse con la etimología de la palabra, compuesta por las voces: *iuris* que significa derecho y *dictio* hablar, pronunciar, si bien la jurisdicción de los romanos en un principio, indicaba la facultad del magistrado de instruir el proceso y de dar juez, pero no de fallar, que hoy es la actividad que define precisamente la jurisdicción.

Constituye sin duda, el señalado, un elemento integrante del concepto de jurisdicción, pero es insuficiente para caracterizar la función por sí sola. No sirve para distinguirla de la función administrativa, pues, como observa Alfredo Rocco, tanto el individuo como el Estado en cuanto están sometidos al derecho, deben, para conformar sus acciones a la norma jurídica, en cualquier momento de su actividad, aplicar la norma al caso concreto. (7) Los poderes públicos deben ajustar los actos a la ley y aplicarla en los casos en que la misma lo prescribe.

Y no se diga que la dicha observación desaparece con sólo agregar que la aplicación de la ley caracteriza a la jurisdicción si ella es ejercida por los jueces, porque sería definir la función por el órgano, cuando es la función la que determina el órgano. Por lo demás, basta que la actuación de la norma jurídica no sea exclusiva del órgano jurisdiccional, para que ella no sirva de criterio distintivo ni exprese un concepto rigurosamente exacto.

c) Pero ya se ha visto que, en la generalidad de los casos, la actuación de la ley por el Estado cuando no ha sido observada por los particulares, no se realiza sino cuando uno

(7) ALFREDO ROCCO, *Sent. Civ.*, pág. 14, edic. española.

de los interesados lo requiere. Es decir, que tal actuación está supeditada al interés de las partes, porque si alguna de éstas no pide la intervención del Estado para solucionar el conflicto, la función jurisdiccional no se ejerce. Ello demuestra, entonces, que el interés de parte es una condición de vida de la jurisdicción, o lo que es lo mismo, un elemento de ésta.

No se ha de inferir de la circunstancia apuntada, que la jurisdicción sea la actividad del Estado mediante la cual se procura satisfacer los intereses privados reconocidos por el derecho, como algunos lo han entendido. No se puede considerar ello como objetivo primordial o exclusivo de la institución, porque, por el contrario; en la jurisdicción penal prevalece un interés público y porque, aun en la civil, se ejerce la actividad jurisdiccional en vista a un interés público.

Debe tenerse presente que si bien es cierto que un interés de parte, sea de persona visible o de persona ideal, determina casi siempre la actividad de los jueces, a tal punto que, durante mucho tiempo se tuvo como un lugar común en derecho procesal civil, que los jueces no proceden de oficio; no es menos cierto que la jurisdicción es una función pública y que, precisamente, ese carácter es lo que la diferencia de la actividad de los árbitros. Es así que, con la jurisdicción, se realiza no sólo el interés particular insatisfecho, sino también el público de mantener la paz social evitando la lucha física de los interesados en el conflicto, y sobre todo, el de asegurar el orden jurídico que el Estado ha organizado.

d) Por último, la jurisdicción supone la intervención del Estado. La misma actividad ejercida por los particulares no es jurisdicción. No la ejercen los árbitros, según lo hemos visto, y cuando esa decisión es obligatoria y ejecutable, lo es por voluntad del Estado. No puede, por tanto, prescindirse del elemento Estado para precisar el concepto de la función jurisdiccional.

IV. Surge de lo expuesto que, para determinar el concepto de la función con la amplitud y precisión necesaria, no es posible contemplar el problema en una sola de sus facetas. De la misma manera que no es posible caracterizar a un prisma

por una sola de sus caras, tampoco se puede definir la jurisdicción por la mayor o menor importancia atribuida a alguno de sus elementos constitutivos. Si el fenómeno es complejo, sólo determinando sus componentes se puede llegar a precisar, y siendo así, inútil resultará todo empeño de dar una concepción unilateral y exclusivista.

Sin embargo, no puede desconocerse que interesa establecer los caracteres distintivos entre jurisdicción y administración, porque como tiene tantos puntos de contacto, se los llega a confundir en la práctica. Cobra aún mayor importancia la cuestión si se tiene presente que, por razones que no es del caso examinar, las leyes atribuyen funciones jurisdiccionales a funcionarios o agentes administrativos. Tal ocurre cuando los Intendentes Municipales deciden sobre la aplicación de las multas o penas de arresto que subsidiariamente imponen las ordenanzas; cuando la Contaduría de la Nación resuelve sobre la responsabilidad de los que administran fondos nacionales; cuando la Dirección de Ferrocarriles juzga de los reclamos contra las empresas ferroviarias, etc. En todos estos casos, los que sólo tienen en cuenta el órgano que ejerce la actividad, consideran que se trata de actos administrativos y no jurisdiccionales.

Es por tanto, conveniente y necesario establecer, si no la línea divisoria entre administración y jurisdicción, que es tan difícil como precisar la que separa la sombra de la luz, por lo menos los caracteres distintivos entre una y otra función. No sirven para tal objeto, ninguno de los criterios que hemos examinado precedentemente, porque los elementos que tienen en cuenta esas acepciones, no son exclusivos de la función jurisdiccional, por más que desempeñen un papel prevalente, porque un criterio de prevalencia no es un criterio descriptivo.

Pueden reunirse en seis grupos los principales criterios suministrados por la doctrina para caracterizar la función: 1º los que la relacionan con el órgano que la ejerce; 2º los que la infieren de la naturaleza del acto; 3º los que tienen en cuenta el fin u objeto de la función; 4º los que la vinculan

con la noción o concepto de la norma jurídica; 5º los que consideran la forma en que la actividad se manifiesta o desenvuelve; 6º los que parten del supuesto de un conflicto de intereses.

1º Para algunos autores, es el órgano el que determina el carácter de la función. Entre ellos Carré de Malberg (7 bis) después de establecer que es imposible caracterizar la función por el *objeto, fin o naturaleza* del acto, llega a la conclusión que la jurisdicción está caracterizada por el agente que la ejerce y por la forma en que es ejercida. Fácil resulta así, distinguir la actividad administrativa de la jurisdiccional; todo depende del agente que la realiza.

Pero ya se ha visto que ni los jueces absorben toda la actividad jurisdiccional ni éstos dejan de realizar actos administrativos (actos llamados de jurisdicción voluntaria). Además, como lo observa Henry Vizioz, (8) semejante teoría no explica cómo es que todos los actos realizados por los órganos jurisdiccionales no tienen igual valor ni producen los mismos efectos.

En verdad, la distinción de órganos no tendría razón de ser si cada uno de ellos no tuviera a su cargo una categoría particular de actos, una función propia y específica que llenar. Más de ahí no ha de inferirse que todos los actos que el órgano realiza, sean de la misma naturaleza, porque como ya se ha dicho, es la función la que determina el órgano, y no el órgano el que determina la función.

Vinculado con dicho criterio está el que hace derivar el carácter del acto administrativo de la libertad o *discrecionalidad* con que procede el órgano al realizarlo. El agente ejecutivo, tiene según ello, mayor libertad para proceder, y sus actos constituyen así una verdadera manifestación del poder. De ahí que, el acto administrativo escape a la acción de la ley y de los tribunales; la actividad jurisdiccional, en cambio, no puede salir de los límites prefijados por la ley.

(7 bis) CARRÉ DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de L'Etat*, t. I. nº 28. París 1920-1922.

(8) HENRY VIZIOZ, *Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine du droit public*, pág. 26 y siguientes. París 1931.

Pero hoy, sobre todo después del vigoroso ataque llevado contra esa concepción por el profesor Duguit, no se puede admitir sin discusión, la existencia de actos discrecionales; (^{8 bis}) la administración, como las demás reparticiones públicas, deben obrar dentro del marco señalado por el derecho objetivo, y las personas encargadas de desarrollar la actividad administrativa, como cualquier otra, son responsables por sus acciones ilegales.

No se ve, entonces, dónde pueda estar el poder discrecional de que se habla; y si él se refiere a la relativa libertad o independencia de obrar que tiene el funcionario para alcanzar los fines de la función misma, no puede desconocerse que también existe y en grado sumo, en los agentes jurisdiccionales.

2º Una viva reacción contra los criterios de orden formal, ha sido puesta de manifiesto en Francia, principalmente por autores de derecho público. Jéze, Duguit y Roger Lureau son los más destacados representantes de esa doctrina contraria, que considera que los caracteres distintivos de las diversas funciones del Estado y en particular de la jurisdicción, debe estudiarse desde un punto de vista puramente material. Según ellos, los elementos diferenciales hay que buscarlos en la naturaleza intrínseca del acto mismo y no en la calidad de los órganos o en la manera como éstos se desempeñan.

Lo que según dichos autores caracteriza la jurisdicción, es la "constatación" de una situación jurídica o de hechos para unos, (⁹) y puramente de derecho para otros; (^{9 bis}) sólo que para Jéze "la constatación por sí sola no es jurisdicción sino en cuanto lleva fuerza de verdad legal", y para Duguit y Roger Lureau si no va seguida de la decisión que le asegura eficacia.

Pero la constatación de una cuestión jurídica o de hechos,

(^{8 bis}) DUGUIT, *Las transformaciones del derecho público*, pág. 235 y sig., Madrid, edic., española.

(⁹) JÉZE, *Les principes généraux du droit administratif*, pág. 48, 1925, 2ª edic. ROGER LUREAU, *De l'interprétation des actes adm. et de l'appréciation de leur légalité par les trib. jud.*, pág. 163, 1930.

(^{9 bis}) DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, t. I, p. 156, 1927-1928.

no es un elemento exclusivo de la jurisdicción; ello se encuentra regularmente en los actos netamente administrativos, como ocurre cuando el poder administrador se pronuncia sobre una concesión o sobre una licitación o cuando otorga un título profesional después de haberse rendido las pruebas reglamentarias, o cuando acuerda o deniega una jubilación o pensión, etc. Tal vez por ello, los citados autores han visto la necesidad de recurrir a otros elementos complementarios, aun cuando hayan tenido que buscarlos fuera del acto mismo, es decir, valiéndose de criterios externos.

Con todo, tales elementos complementarios no revisten la importancia que se les atribuye a los efectos de distinguir la jurisdicción de las otras funciones del Estado. La fuerza de verdad legal que Jéze encuentra en el acto jurisdiccional, no existe en realidad, porque la misma ley de la que emanaría esa cualidad o efecto, admite la posibilidad de que el acto sea revocado precisamente por contrariar la verdad convertida en ley. Lo que sí lleva el acto jurisdiccional, es fuerza imperativa, obligatoriedad o eficacia, no porque la ley considere que constituye la verdad, sino porque es un acto de un órgano encargado de ejercer una función del Estado, de un funcionario público, que ejerce autoridad y que, por lo tanto, puede imponerla a los particulares.

La decisión que según Duguit debe contener el acto de constatación para que tenga carácter jurisdiccional, no sirve tampoco para diferenciar la jurisdicción de las otras funciones fundamentales del Estado. En efecto, la decisión no es sino un acto de disposición, un comando u orden, que más bien es propio de la función administrativa, en cuanto en ella domina el acto de voluntad sobre el de juicio.

A pesar de ello, los autores nombrados se empeñan en destacar la circunstancia de que para que la jurisdicción se manifieste, es innecesario que exista contienda; basta con sólo la "pretensión". Pero fácil es advertir, que, entendido lo contencioso, no como controversia o contradicción, sino como conflicto jurídico, es un elemento integrante de la jurisdicción. El ejercicio de la pretensión supone un desconocimiento,

violación o duda acerca de la existencia de una situación jurídica o de hechos; y ese desconocimiento, violación o duda no se concibe sin la concurrencia de dos partes en campos opuestos: uno que desconoce, viola o duda acerca del derecho ajeno, y otro que pretende ser el titular de ese derecho. Luego, el conflicto, lo contencioso, es un antecedente o presupuesto indispensable y determinante de la jurisdicción. ⁽¹⁰⁾

(10) El propio DUGUIT al explicar las dos hipótesis diferentes en que se puede ejercer la función jurisdiccional, dice: "Por la primera interviene, desde luego, en el caso en que se plantea una cuestión sobre la existencia o extensión de una situación de derecho subjetivo (no llamamos a esta situación una *contienda*; el juez hace constar en vista de los elementos de derecho y de hecho, que en ella concurren, la existencia o la no existencia de esta situación; si reconoce su existencia, entonces determina la existencia de la misma y adopta una decisión, que es la consecuencia lógica de aquel reconocimiento, y ordena la manera de realizar esta decisión, estableciendo la verdadera situación jurídica, bajo la sanción directa o indirecta de la compulsión. Cuando ocurre esta primera hipótesis, decimos que hay *jurisdicción subjetiva*".

"La función jurisdiccional interviene, en segundo lugar, cuando se plantea la cuestión de averiguar si el derecho objetivo, la ley, ha sido o no violado, ya mediante un acto público o privado, realizado con intención de crear una situación de derecho, ya por un hecho no jurídico; si la autoridad reconoce y hace constar que ha habido violación, deduce lógicamente la circunstancia, adoptando una decisión que, según los casos, significa la anulación, la reparación o la represión del hecho, que implica la violación del derecho objetivo, y al disponer su ejecución, la garantiza, además, con el empleo de la coacción o fuerza compulsiva, si hubiere lugar. En el caso de esta segunda hipótesis, decimos que hay *Jurisdicción objetiva*". *Manual de derecho constitucional*, pág. 114, traducción española.

Criticando a HAURIOU que, más que la función jurisdiccional estudia y desarrolla el concepto de lo contencioso, dice VIZIOZ que para que pueda aceptarse que la "contestación" (conflicto jurídico) es un elemento indispensable de la jurisdicción, sería menester que éste se encontrase en todas las hipótesis en que el juez ejerce atribuciones contenciosas, y tal cosa no ocurre en el proceso penal ni en el administrativo por exceso de poder (*ob. cit.* pág. 64). Sin embargo, la observación no es exacta. Nadie puede negar que el proceso penal, supone un conflicto producido por el delito, sin que demuestre lo contrario el hecho de que en el procedimiento judicial pueda no ser admitida la intervención de la víctima. Esta o sus herederos están representados por el ministerio público, que es también representante de la sociedad. Por lo demás, ni la doctrina ni la ley admite que el proceso penal se tramite sin forma de juicio, esto es, sin carácter contencioso o contradictorio.

En cuanto a lo contencioso administrativo de anulación o por exceso de poder, no es propiamente jurisdiccional, si es concebido éste con el carácter que tiene en Francia, esto es, ejercido por la misma Administración; pero no por eso deja de contener un conflicto entre el afectado por el acto administrativo y el órgano que lo ha ejercido. De ahí que la anulación resuelta por los jueces, tiene carácter eminentemente jurisdiccional.

No hay que olvidar que, de lo que se trata, es de fijar los caracteres distintivos de la función propia y específica del órgano jurisdiccional y no la que también accesoria o complementariamente pueda llenar. Ya sabemos que los órganos jurisdiccionales, como los administrativos, realizan actos que no son consustanciales con la función específica llamados a ejercer; pero es que precisamente lo que se quiere, es individualizar la función que ha determinado la creación del órgano y no establecer cuáles puede ejercer o ejerce en el hecho. Prácticamente los jueces efectúan actos que corresponderían a la Administración; mas no por ello, tales actos determinan la función propia de aquéllos.

3º Los que consideran que la naturaleza de la función deriva del fin u objeto de la misma, han creído indispensable determinar previamente ese fin u objeto, para de ahí obtener los caracteres diferenciales de aquélla. Y así unos, con la doctrina que en cierta época predominó en Alemania, sostienen que la jurisdicción tiende a tutelar el derecho subjetivo; ^(10 bis) en tanto, otros afirman, con la doctrina corriente en Italia, que la jurisdicción procura la actuación del derecho objetivo; ⁽¹¹⁾ y no falta quienes encuentran que por la jurisdicción se consigue la tutela de los derechos subjetivos, aunque el fin inmediato es el defender el derecho objetivo. ^(11 bis)

Pero, la determinación del fin de la función, no siempre ha

(10 bis) GERBER, *Grundzuege des deutschen zivilprozessrechtes*, pág. 1. MANFREDINI, *Corso di diritto giudiziario civile*, pág. 372, Bologna 1898. SIMONCELLI, *Lezioni di procedura civile*, pág. 4, 122, y sig., 1902-1903. V. E. ORLANDO, *Primo trattato completo di diritto amministrativo ital.*, v. III p. 163, 1923.

(11) WACH, *Handbuch des deutschen civil proces*, pág. 1 y 2, 1885. SCHMIDT, *Lehrbuch der deutschen civil proz.*, pág. 1 y 2, 1898. RASELLI, *Giurisdizioni y amm.*, pág. 14 y 15. CHIOVENDA, *L'azione*, 1904. JELLINEK, *System der oeffentlichen Rechte, Allgemeine Staatslehre*, pág. 555, 1914.

(11 bis) MORTARA L., *Comm.*, 1º pág. 23, 4ª edic. También para conciliar las opiniones, CARNELUTTI dice: "Puesto que la composición de la litis tiene lugar mediante la integración del derecho objetivo o puesto que la integración del derecho objetivo se resuelve en el reconocimiento de un derecho subjetivo, no hay dificultad en poner en el conocimiento y en la tutela del derecho subjetivo el fin del proceso". *Lezioni II*, pág. 141, 1931.

contribuido a despejar el camino para dar con el criterio distintivo entre jurisdicción y administración. En primer lugar, según se infiere de lo antedicho, no se ha conseguido uniformar opiniones acerca del fin de la función jurisdiccional; y en segundo lugar, los criterios propuestos no están exentos de fallas que la crítica ha hecho notar.

A los que conciben la jurisdicción como actividad con que el Estado provee a la tutela de los derechos subjetivos, se le objeta que esa protección no constituye propiamente su fin, y que no siempre la actividad jurisdiccional presupone un derecho *amenazado o violado* (como sería necesario para que constituyese una defensa de los derechos subjetivos); basta que exista inseguridad o duda sobre la existencia del derecho para que el conflicto de intereses se produzca y autorice la intervención judicial. A los que consideran la jurisdicción como función dirigida a obtener la actuación del derecho objetivo, se le objeta que ello no es característico de la jurisdicción ni constituye su fin, puesto que tanto el Estado como los particulares están sometidos al derecho; y en consecuencia deben aplicar la norma jurídica, para conformar sus acciones a ella, en cada caso concreto. ⁽¹²⁾

Dichos criterios, como se ve, no sirven para distinguir las dos funciones que venimos estudiando, más aún, han contribuido a que se niegue la existencia de caracteres diferenciales entre ambas. Es lo que ha ocurrido con la escuela vienesa de la "Stufentheorie", cuyos exponentes principales, ⁽¹³⁾ sostienen que si la jurisdicción tiene por objeto *realizar* el derecho objetivo, igual propósito se encuentra en la función administra-

⁽¹²⁾ Encauzando la cuestión más acertadamente, el escritor SCIALOGA, *Giustizia Amministr.*, pág. 61, 1901, ha encontrado el criterio diferencial en la prevalencia que en los actos administrativos se da el momento de la *voluntad* y en los actos jurisdiccionales al del *juicio*, ya que en los actos de administración como en los de jurisdicción se puede encontrar un juicio lógico y un acto de voluntad. Mas, como lo observa Roco, puesto que ninguno de estos dos elementos son característicos de una u otra función, no puede servir para diferenciarlas.

⁽¹³⁾ MERKL y Kelsen.

tiva, la que no constituye sino una etapa de la realización del derecho, como otra etapa constituye la jurisdicción misma. ⁽¹⁴⁾

4º Puesto que no es posible concebir la jurisdicción sino con relación a la norma jurídica, muchos son los autores que entienden que los caracteres de aquélla surgen de la naturaleza y caracteres de ésta. ⁽¹⁵⁾ Y como la norma jurídica tiene una función de garantía, se entiende que está compuesta de dos elementos: el elemento principal o mandato dirigido a las personas en general que se encuentran en una situación dada, a quienes impone observar una determinada conducta; y el elemento secundario u orden dirigida al Estado para que, llegando el caso, haga observar la disposición principal, lo que importa a su vez obligar al autor de la inobservancia, a acatar los actos que el Estado realice para proveer a la dicha actuación. Es decir que, la jurisdicción, tendría por objeto la actuación de la *sanción* que la norma jurídica contiene, proporcionando o determinando lo que el Estado debe hacer a ese fin. ⁽¹⁶⁾

Puede objetarse a los que así conciben la jurisdicción, que no es eficaz para distinguirla de la función administrativa.

⁽¹⁴⁾ Otro inconveniente originado por la concepción de que la jurisdicción sea actuación del derecho se encuentra en las reacciones producidas en la doctrina. Así la escuela del derecho libre sostiene que el juez crea el derecho, lo que conduce a perder la línea de distinción entre la función legislativa y la jurisdicción nacional.

F. INVREA sostiene que la mayor parte de las sentencias no actúan en el derecho (objetivo o subjetivo), sino que se limitan a hacer una declaración (ascertamento) cumplido el cual cesa la actividad del juez. Según dicho autor sólo se puede considerar que actúan al derecho esas sentencias cuya declaración tiene por sí sola el efecto de hacer efectivo el derecho, como serían las sentencias absolutorias, las que al rechazar la demanda hacen desaparecer la amenaza o el obstáculo, que impedían el ejercicio del derecho. *La servitu del Giudicato en Rivista di diritto proc. civ.*, VIII, p. 223, 1930.

Pero la actuación del derecho a que se refieren los autores, no es la realización *en forces* del derecho, sino la aplicación de la norma jurídica o si se quiere, la declaración, de cuales el derecho en el caso concreto según lo establecido por la ley.

⁽¹⁵⁾ REDENTI, *Proc. Civ.*, pág. 50, 1909-1910. LANCIOTTO ROSSI, *La funz. del giud.*, pág. 241 y sig., 1924.

⁽¹⁶⁾ ROSSI, *ob. cit.*, p. 268; SATTA SALVATTORE, *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, en *Riv. di Dir. Proc. Civ.*, pág. 201, Nº 3, Anno XVI.

Esta, en efecto, también aplica la norma jurídica y por tanto hace efectiva la sanción que la misma supone. Tan es así, que los mismos sostenedores de la tesis enunciada, encuentran que ambas funciones tienen caracteres comunes, viéndose en la necesidad de considerar otros aspectos relacionados con el órgano que ejerce la función, con los poderes y deberes de los mismos o con la naturaleza de la actividad que desarrollan para llegar a establecer los caracteres diferenciales. ⁽¹⁷⁾

Independientemente de ello, cabe observar que el concepto de sanción supone infracción o inobservancia, lo que no siempre ocurre para que funcione la jurisdicción. Esta en efecto, puede ponerse en movimiento a consecuencia sólo de la incertidumbre o la duda acerca de la aplicación de la norma jurídica. Además, hay casos en que la jurisdicción no parece hacer efectiva sanción alguna, como ocurre cuando se desestima la demanda o se declara la nulidad de procedimiento, aun cuando puede sostenerse que implícitamente se actúa la sanción que contiene la norma jurídica aplicada por el juez al rechazar las pretensiones del actor.

5º Teniendo en cuenta la forma como esa actividad se desarrolla, se han encontrado otros criterios de distinción más seguros. Chiovenda en primer término, afirma que la característica de la función jurisdiccional es la *sustitución* de la actividad pública a la actividad ajena. "Esta sustitución tiene lugar, según dicho autor, de dos maneras correspondientes a los dos estados del proceso, conocimiento y ejecución: a) En

(17) Ob. cit., pág. 261 y sig.

Ugo Rocco, combatiendo esa tesis, dice que, no todas las actividades del Estado determinadas a aplicar sanciones pueden reunirse bajo una categoría única característica y diferenciada en la que puedan comprenderse todas las actividades jurisdiccionales y únicamente ellas. Hay, en efecto, actividades destinadas a aplicar sanciones que no son actividades jurisdiccionales (las desarrolladas para conservar el orden, la tranquilidad y salubridad pública), así como hay actividades jurisdiccionales que no están destinadas a aplicar sanciones (sentencias declarativas). "La sentencia de mera declaración, dice, lejos de constituir una sanción por el hecho objetivo de la inobservancia de una norma jurídica no contiene siquiera la *enunciación* de una sanción. La declaración de ésta se tendrá tan sólo en la sentencia de condena con la orden de conformar la propia conducta con el derecho declarado y con la expresa conminatoria de la ejecución forzosa... *Derecho Proc.*, pág. 19, 1939, edic. española.

el conocimiento, la jurisdicción consiste en la sustitución definitiva y obligatoria de la actividad intelectual del juez a la actividad intelectual no sólo de las partes, sino de todos los ciudadanos al afirmar existente o no existente una voluntad concreta de la ley concerniente a las partes. . . . b) En cuanto a la actuación definitiva de la voluntad declarada, si se trata de una voluntad que no puede cumplirse más que por los órganos públicos, esta ejecución en sí misma no es jurisdicción: así no es jurisdicción la ejecución de la sentencia penal. Pero cuando se trata de una voluntad de la ley, que debe cumplirse por la parte litigante, la jurisdicción consiste en la *sustitución* de la actividad material de los órganos del Estado a la actividad debida, sea que la actividad pública tenga sólo por fin constreñir al obligado a obrar, o que atienda directamente al resultado de la actividad debida". (18)

En el mismo sentido que el autor nombrado, pero con algunas variantes, se han pronunciado Rocco Alfredo, (19) Rocco Ugo, (20) Piero Calamandrei, (21) Galante (22) y entre nosotros Jofré y Couture. (22 bis) Y cabe observar que algunas de estas variantes llegan a ser de tal importancia que hasta pueden diferenciarlas fundamentalmente. En efecto, mientras para Chiovenda la actividad sustituida no es sólo la de las partes" sino la de las partes y la de todos los ciudadanos en el afirmar existente o no existente una voluntad de la ley concerniente a las partes"; para la mayoría de los autores nombrados la sustitución que encuentran, es de la actividad de las partes solamente, siendo de notar que entre ellos también existen diferencias de criterio. Así, Calamandrei expresa que en el proceso de conocimiento "el órgano jurisdiccional sustituye la propia actividad intelectual a la activi-

(18) CHIOVENDA, *Principi di dir. proc. civ.*, pág. 296, 1913; *Instituzioni di dirit. proc. civ.*, II N° 140, 1939.

(19) ALFREDO ROCCO, *Sent. Civ.*, pág. 7 y sig.

(20) HUGO ROCCO, *La autorità della cosa giud.*, pág. 223 y sig., 1917.

(21) PIERO CALAMANDREI, *Limiti fra giur. e amm. en Studi sul Proc. Civ.*, pág. 230.

(22) GALANTE, *Lezione de Diritto Proc. Civ.*, pág. 262, 2ª edic., 1909.

(22 bis) JOFRE Y COUTURE, *Curso sobre el C. de Org. de los Tribunales*, pág. 249 y sig., 1936.

dad intelectual de las partes para determinar la existencia de la voluntad de la ley que les concierne"; y en el proceso de ejecución, "el órgano jurisdiccional sustituye la propia actividad ejecutiva a la actividad del obligado para obtener coactivamente la actuación de aquella voluntad de la ley que el obligado rehusa actuar espontáneamente". Ugo Rocco, a su vez, encuentra que en el proceso ejecutivo el órgano jurisdiccional sustituye la propia actividad a la del acreedor y no a la del obligado como sostienen los demás autores. Galante por su parte, entiende con Mortara, que el magistrado sustituye la falta de consentimiento del ciudadano, pronunciando un consentimiento forzoso en lugar y nombre de aquél.

Entendida la sustitución como la *misma* actividad que las partes han debido cumplir y no han cumplido y que por ello es realizada por el Estado, puede sin duda ser objetada, puesto que no se conforma con la realidad de las cosas. La verdad es que la actividad que ejerce el órgano jurisdiccional es, por su naturaleza, diversa de la que han debido desarrollar las partes, a tal punto que sólo el Estado la puede ejercer. ⁽²³⁾ La de éste es siempre pública, la de las partes es de carácter privado. Por lo demás, el Estado no realiza lo que los particulares debieron realizar ni aún en el procedimiento ejecutivo, a menos que se trate de actos en que es posible ejecutarse por terceros.

Pero Chiovenda no ha dicho precisamente que la actividad jurisdiccional sea de la misma clase o naturaleza que la sustituida, sino que es una actividad ejercida en sustitución de otros al afirmar la existencia e inexistencia de la voluntad de la ley o al cumplir la voluntad de ésta cuando no lo han hecho las partes. Y en estos casos puede encontrarse sustitución de actividad, en el sentido de que el Estado hace algo en

(23) Rossi, *ob. cit.*, pág. 255. Nota nº 5. Igual sentido F. INVREA, en *La servitu del giudicato*, ya citado. Este autor sostiene que en lugar de la sustitución de la actividad ajena, el elemento característico de la jurisdicción o de la sentencia, es la *imposición* de la declaración hecha por el juez en favor de una parte y a cargo de la otra. Sin embargo, nos parece que esa imposición, y por consecuencia, la sujeción del vencido a la sentencia, sirve para explicar la naturaleza de ésta, pero no para caracterizar la función de dictarla.

lugar de los que debieron hacer las partes o pudieron hacer otros.

Tal vez más precisión haya en decir que la actividad jurisdiccional es *ajena* a la de las partes, en cuanto es la actividad de un tercero en el conflicto. No se ejerce para satisfacer intereses propios, sino intereses de otros que, si bien están tutelados por el derecho, no han podido ser satisfechos directamente por los interesados mismos. Y esto es claro, porque la jurisdicción no se manifiesta sino cuando ha habido conflicto de intereses entre partes, a quienes les está vedado satisfacerlos por su propia mano.

La condición de ser actividad de un *tercero* no se encuentra en la Administración. Esta procede siempre como interesado directo, obra en causa propia y por su sola cuenta. Por eso se ha calificado de *primaria* a la actividad administrativa, y de *secundaria* a la jurisdiccional, con lo que se quiere expresar que aquélla es ejercida *originariamente* por el propio interesado, o sea *directamente*, en tanto que en la jurisdicción siempre se está en presencia de una actividad ejercida por cuenta de otro, o lo que es lo mismo, como *tercero*. Ello explica el aforismo: *Nadie puede ser Juez en causa propia*. (24)

El Estado como organismo que actúa y se desenvuelve en otra esfera que la de los particulares, tiene intereses que les son propios. Para alcanzarlos directamente, se vale de la administración que se identifica así con el Estado mismo, a tal punto que los actos del poder administrador, se consideran

(24) El profesor SALVADOR SATTA, que ve en la jurisdicción la función del Estado dirigida a hacer efectiva la sanción que la norma jurídica contiene cuando lo que ésta dispone no ha sido voluntariamente cumplido por los interesados, encuentra que nadie que no sea el Estado puede ejercerla eficazmente. Pero antes explica que esa sanción que, en último término importa restablecer el derecho violado o desconocido, no puede ser aplicado por el propio interesado, porque daría ocasión a serios desórdenes, y sobre todo porque del mismo modo que el derecho nos viene de afuera, así nuestra razón o sea la pertenencia de nuestro derecho, debe sernos reconocida de afuera por un *tercero*. *Dalla conciliazione alla giurisdizione*, ya citada.

Es decir que, para dicho autor, la intervención del *tercero*, es característico de la jurisdicción, y más aún, que éste tercero no puede ser otro que el Estado, porque es él quien establece el derecho.

actos del Estado. Procede de idéntica manera que los particulares para conseguir los bienes de la vida, en cuanto pueden ser directamente conseguidos, es decir, siempre que no medien obstáculos que se opongan a ello.

Por la función jurisdiccional, en cambio, el Estado interviene para satisfacer sus intereses o los de los particulares que no han podido alcanzarse directamente. Se trata de una actividad ejercida en asunto ajeno, sean interesados los particulares o los particulares y el Estado. Y ello así, precisamente, porque, como los hemos hecho notar, hay conveniencia pública en no dejar a los mismos interesados, la facultad de remover los obstáculos que se oponen a la satisfacción de los intereses particulares que el derecho objetivo protege.

6º Partiendo en distinto punto de vista, reconoce igual fundamento la teoría que hace radicar la esencia de la jurisdicción, en la resolución de un conflicto de intereses. Y decimos que reconoce igual fundamento, porque en el fondo, cuando se resuelve un conflicto de intereses jurídicamente protegidos, como tercero, y ese tercero es el Estado, éste procede ejercitando una actividad en sustitución a la que las partes debieron ejercitar para hacer actuar el derecho, que es el fin de la jurisdicción. Si no hubiera un conflicto entre partes, la intervención del Estado como tercero, no tendría razón de ser, como tampoco la tendría la sustitución de actividad, que sólo se explica y justifica en cuanto por ese medio se resuelve el conflicto.

En el fondo, ese ha sido el criterio común y corriente con que se ha considerado la jurisdicción, aunque no siempre se la haya definido con precisión. ⁽²⁵⁾ La existencia de un conflicto de intereses es lo que determina el ejercicio de la función; si no hay conflicto, la actividad jurisdiccional no tiene razón de ser. Pero indudablemente, como ya dijimos, no se puede definir la jurisdicción con el solo enunciado de su presupuesto o elemento capital, sino que debe ser completado

⁽²⁵⁾ HAURIU, *Les éléments du contentieux*, f. 36, París 1905. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. 11, pág. 312, 1923.

con otros. Si el conflicto no tiene carácter jurídico, si la resolución no es dictada por el Estado, si éste no interviene como tercero, es decir sin el carácter de parte interesada, la función a que nos referimos no es jurisdicción.

Algo parecido enseña el profesor Carnelutti, para quien toda la función de gobierno contempla los conflictos de intereses y los compone; sólo que la legislación lo hace en forma general y abstracta, la jurisdicción en forma singular y concreta, y la administración como parte directamente interesada. Se distingue así la jurisdicción de la administración, en que la primera es una función ejercitada por una autoridad que no es parte en las relaciones jurídicas y en las situaciones jurídicas que la misma considera, mientras que la segunda es interesada en la relación o situación jurídica sobre las cuales recaen sus actos; la autoridad administrativa es uno de los interesados en el conflicto y la jurisdiccional está sobre los sujetos en conflicto. ⁽²⁶⁾

En suma, tanto Carnelutti como Chiovenda consideran que para establecer las diferencias entre jurisdicción y administración es necesario tener en cuenta la posición del órgano que ejerce la función. Ambos entienden que, siendo el fin de la jurisdicción la actuación de la ley, el Estado interviene en los conflictos de intereses como tercero imparcial, no como parte interesada; sólo que para el uno el órgano jurisdiccional sustituye su actividad a la de las partes en conflicto, y para el otro obra frente o sobre las partes sin que pueda hablarse de sustitución de actividad.

Pero haya o no sustitución de actividad —punto sobre el cual es posible ponerse de acuerdo sobre todo si se da a la palabra sustitución el alcance que le hemos señalado más arriba—, es lo cierto que ambos procesalistas coinciden en la determinación de los elementos que integran el concepto de jurisdicción. De la consideración de los mismos, resulta su naturaleza y por ende, sus caracteres distintivos. Es una función que ejerce el Estado, cuando entre dos partes media un

⁽²⁶⁾ CARNELUTTI, *Lezioni*, vol. 11 pág. 106 y sig., 1931. *Sistema*, vol. 1 pág. 217 y sig., 1936.

conflicto de intereses, para resolver dicho conflicto como tercero imparcial, con el fin de procurar la actuación de la ley.

La realización del derecho puede ser un fin común a todas las funciones del Estado, pero por la jurisdicción se lo hace en determinadas circunstancias (cuando media un conflicto de intereses entre dos partes), y en determinada forma (como tercero imparcial).

Es claro que esta concepción que es la tradicionalmente aceptada, no se aviene con los principios que gobiernan los países totalitarios, en que el Estado absorbe, por así decirlo, todo el derecho. En ellos el ordenamiento jurídico no consulta el interés de los particulares, sino el del Estado, razón por la que los derechos subjetivos no merecen protección sino en cuanto lo permite el interés del Estado mismo. De ahí que el conflicto de intereses de los particulares no se presente como presupuesto necesario para el ejercicio de la jurisdicción, porque la realización del derecho o sea la observancia del orden jurídico preestablecido pueda y deba hacerse de oficio. En tales casos el Estado no interviene como tercero sino como interesado directo. ⁽²⁷⁾

Pero esa pretendida evolución del concepto de jurisdicción, sólo posible como se ha dicho en los regímenes totalitarios, conduce necesariamente a su identificación con la Administración. La función jurisdiccional propiamente dicha, la

(27) La literatura alemana de los últimos tiempos registra muchos trabajos enderezados a dar al concepto de jurisdicción un significado más en consonancia con la idea nacional socialista. Todos ellos tienden a reconocer en el juez facultades suficientes para prestar su actividad de oficio, aún en situaciones contenciosas, si así lo exige la voluntad del Führer. El órgano jurisdiccional, según ese régimen, no es un funcionario independiente e imparcial, sino un ejecutor de lo dispuesto por el Jefe del Estado. ROTHENBERGER, *Die Stellung des Richters im Fuehrerstaat*, publicado en *Deutsches Recht* p. 1831, 1939; y *Rechterliche Unabhangigkeit un Dienstaufsicht*, publicado en *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht*, pág. 637, 1937; Igualmente RATZ, *Die Verhandlungsmaxime. Ein Beitrag zur Zivilprozessreform*, publicado en *Archiv fur zivil proc.* 282, CXLIII; los intereses particulares no determinados en ejercicio de la jurisdicción por el Estado nazi ni puede hablarse de derechos subjetivos; el proceso civil por tanto no tiene razón de ser y debe sustituirse por la jurisdicción voluntaria. BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit*, publicado en *Zeitschrift der Akademie fur Deutsches Recht*, pág. 583, 1938.

que siempre se ha considerado por tal, desaparece para confundirse con la administrativa, puesto que en todos los casos, el Estado obra en la misma forma y con igual objeto: como interesado directo y para hacer observar el ordenamiento jurídico preestablecido. Y siendo así, más valiera reconocer entonces, que, en los países totalitarios, la jurisdicción no existe como función independiente, sino que constituye una faz de la función administrativa. (28)

Vº Pero según se ha visto, para que la función se ejercite, es necesario un determinado orden de cosas, que constituyen sus presupuestos necesarios o condición de su existencia. Entre esos presupuestos, dijimos que se encontraba el conflicto de intereses que a su vez supone imprescindiblemente la existencia

(28) Después de escrito lo que antecede, llega a nuestras manos la interesante obra de VINCENZO CORSINI, intitulada "*La Giurisdizione*", 1936, en la que dicho autor expone lo que entiende que debe ser la teoría fascista sobre nuestro asunto. Critica CORSINI los distintos criterios que se han dado para distinguir la jurisdicción, llegando a la conclusión que él debe buscarse en el "contenido sustancial" de la actividad inherente a la función misma, y no en sus elementos formales, abstractos, hipotéticos y ocasionales. Y según el autor, el contenido sustancial de la jurisdicción se encuentra en el carácter de su actividad, carácter inferido del doble objeto de la actividad misma; garantía de la observancia de la norma jurídica y aplicación de la norma jurídica en los casos particulares.

Pero por mucho que dicha teoría explique la desviación de la función jurisdiccional en el Estado fascista, no llega a determinar los caracteres que los distinguen de la función administrativa, puesto que en una y otra pueden encontrarse como objeto de su actividad una garantía de la observancia del derecho y una aplicación de la norma jurídica a casos concretos.

Ya se ha visto, en efecto, cómo la Administración aplica el derecho en casos particulares al igual que los demás órganos del Estado. Y en cuanto a la garantía de la observancia del derecho, también se encuentra con la actividad administrativa en todos los casos en que se realiza lo que la ley manda para que ésta sea atacada, siendo eso precisamente uno de los justificativos de su existencia.

Dice también nuestro autor que en la jurisdicción el derecho objetivo es el contenido de su actividad, mientras que en la Administración el derecho objetivo es el límite dentro del cual debe actuar. Pero no debe olvidarse que el derecho objetivo también es límite de la actividad jurisdiccional, como lo demuestran las normas procesales que regulan los actos de los sujetos del proceso, incluso del juez; y tampoco debe olvidarse que la función administrativa también tiene por objeto el derecho objetivo en todos los casos en que obra reglamentando la ley, y en los que decide las cuestiones jurídicas que suscita su gestión, como cuando resuelve si procede o no una jubilación.

de dos partes: una que pretende hacer efectivos sus intereses particulares protegidos por la ley, y otra frente a la cual se trata de hacer valer esa protección legal. Si así no fuera, no habría peligro alguno en dejar al particular que directamente consiguiera el bien que la ley le confiere; es porque hay dos partes, en campos opuestos, cuyo choque puede trastornar el orden social, que la norma jurídica necesita para concretarse, de la intervención de un tercero, o sea, el agente del Estado.

Se infiere de lo expuesto, que la llamada jurisdicción voluntaria es más bien función administrativa, aunque comprendiendo una categoría de actos que pueden distinguirse de la generalidad de los actos administrativos. Poco importa que se trate de actos encomendados a los órganos jurisdiccionales, porque, así como por razones especiales, la ley confiere a ciertos funcionarios administrativos facultades inherentes a la jurisdicción, así también atribuye a los jueces funciones propias de la administración. No obstante ser ejercida por los órganos jurisdiccionales, la llamada jurisdicción voluntaria no es propiamente jurisdicción.

Consistiendo la llamada jurisdicción voluntaria en la actividad que despliegan los órganos jurisdiccionales para completar, aprobar, o dar eficacia a algunos actos de los particulares, es una función eminentemente administrativa; sin embargo, median razones que aconsejan sean reservada a los jueces. Muchas veces éstos ofrecen mayores garantías de competencia en razón de la naturaleza de los asuntos, y otras, es más oportuna la intervención judicial que la administrativa, debido a que las materias son susceptibles de degenerar y convertirse en objeto de la jurisdicción. Efectivamente, una declaratoria de pobreza puede ser cuestionada y trocarse en asunto contencioso; el nombramiento de tutor puede ser discutido por desconocérsele la idoneidad que requiere la ley y constituirse así en materia de un pleito; una simple protocolización puede ocasionar una controversia sobre el impuesto a pagarse; una declaratoria de herederos puede ser objetada por un heredero excluido y formalizarse al respecto un juicio contradictorio, etc.

Con todo, hay impropiedad en llamar jurisdicción a esa intervención judicial, y mucho más en calificarla de *voluntaria*. No puede ser voluntaria una función que se ejercita de un modo *necesario* y como condición a la cual está subordinada la validez o legalidad de los actos de que son objeto. La denominación no corresponde pues a la naturaleza ni al carácter de la función, y si se conserva todavía en doctrina, lo es de un modo convencional y por mero respeto a la tradicional terminología.

Las legislaciones de los distintos países no están de acuerdo acerca de las materias que son objeto de la llamada jurisdicción voluntaria. Así, mientras en los Estados germanos es de jurisdicción voluntaria la materia notarial, en la generalidad de los demás Estados se trata de un oficio autónomo; en Italia incumbe a los órganos jurisdiccionales las facultades de acordar la personería jurídica a las sociedades, en tanto que entre nosotros es atribución administrativa, etc.

Se trata, por tanto, de una función cumplida en parte por los órganos jurisdiccionales y en parte por los administrativos, sin que por eso deje de ser función netamente administrativa.

Surge de lo expuesto, que conviene no confundir la función *jurisdiccional* con la función *judicial*. Si bien la primera es ejercida en general por agentes del gobierno especialmente encargados de ello por la ley, que constituye el orden judicial, puede, sin embargo, ser desempeñada por funcionarios administrativos, según se ha visto. La función judicial en cambio, es la desempeñada por los jueces aunque se trate de actos no jurisdiccionales, como son los de jurisdicción voluntaria.

La distinción tiene importancia práctica, porque son diferentes los efectos de las resoluciones de los jueces según sean dictadas en asuntos de jurisdicción voluntaria o contenciosa. En este último caso, aunque la resolución ponga término al procedimiento, no hace cosa juzgada; siempre es susceptible de reforma, unas veces a petición de los interesados y otras de oficio.

Por el contrario, en la jurisdicción contenciosa, la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia y cuando no es recurrible o ha sido consentida, hace cosa juzgada.

VIº Al determinar el concepto de jurisdicción, se ha visto que ésta es una *función pública*, es decir, inherente al Estado y si se quiere, al Gobierno, ya que algunos autores los identifican aunque se trate de dos instituciones distintas. En efecto, si la jurisdicción reconoce su origen en la necesidad de evitar la lucha privada y tiene por objeto, en las sociedades modernas, hacer efectivos los intereses que la norma jurídica tutela, aun contra la voluntad de los particulares que han violado el derecho, es evidente que no puede tratarse de una institución privada. Esa función debe ser desempeñada por un poder, una autoridad que pueda imponerse a los particulares, y ese poder, esa autoridad no puede ser otro que el Estado, que constituye la fuerza superior, la única organizada y capaz de afirmarse contra las voluntades individuales.

No es del caso averiguar de dónde le viene al Estado y en que reposa el poder compulsivo, la potencia de coacción que le concierne. Sólo interesa a nuestro objeto, constatar el hecho de que el Estado dispone de la mayor fuerza, para inferir de ahí la consecuencia de que sólo él puede hacer valer la norma jurídica contra la arbitrariedad y dar al Derecho la existencia real necesaria para mantener el orden en la sociedad. Por eso es que el Estado, no obstante su constitución posterior al derecho, es el órgano específico de éste.

Por no existir otro poder superior al Estado, es que resulta éste el único capacitado para ejercer la función jurisdiccional, y es en ese sentido que se puede decir que la jurisdicción es la manifestación más viva de la soberanía, esto es, de la *suprema potestas*, que en las repúblicas reside en el pueblo y en las monarquías en la persona del monarca. De ahí que, en la actualidad, no se admita, bajo ningún concepto, como lo dice Chiovenda, que instituciones o personas distintas del Estado instituyan jueces, como ocurría en otras civilizaciones, especialmente en favor de la Iglesia y de ciertas clases privilegiadas.

Antiguamente, cuando el poder soberano era considerado como el privilegio de un hombre, de una familia o de una casta, estos se atribuyeron como consecuencia de su autoridad suprema, la facultad de administrar justicia. En los estados absolutos, el monarca es el supremo dispensador de la justicia, y actualmente en las monarquías democráticas, la justicia se reputa emanada del Rey y es administrada por los jueces que él designa, si bien con independencia absoluta. En las repúblicas como la nuestra, la jurisdicción es un atributo específico de la soberanía popular, habiéndose elevado a la categoría de poder independiente y autónomo.

Casi siempre la jurisdicción ha estado unida al poder público y muchas veces ha servido para justificarlo. Aun en el período feudal, en el que se multiplicaron las jurisdicciones con la aparición de los fueros o privilegios a favor de determinadas personas o gremios y en el que el poder central es amenguado por el de la Iglesia y las Corporaciones, el Rey aparece como el gran justiciero. "Y no es solamente la Iglesia escribe M. Luchaire, quien hace del Rey el gran justiciero. El feudalismo laico ha reconocido que la raíz y el fruto del oficio real es la justicia y la paz. El juramento prestado por Felipe I^o y sus sucesores a su advenimiento al trono, les obliga a conservar a cada uno la justicia que le es debida, a dar a cada cual su derecho y a poner al pueblo en posesión de sus derechos legítimos. ⁽²⁹⁾

Pero en el Estado moderno, el carácter de función pública de la jurisdicción, encuentra su justificación en el hecho de que el Estado es quien de ordinario crea o instituye el derecho, pues no sería propio que, luego de imponer la obligación de observarlo, no asegurase su realización, cuando los particulares no lo hicieren voluntariamente. Como autor de la ley debe hacerla actuar removiendo los obstáculos que lo impidan en caso de conflicto entre dos partes; de lo contrario, el derecho dejaría de ser tal, y el Estado carecería de razón de ser.

⁽²⁹⁾ LUCHAIRE, *Histoire des inst. monarch.*, I, pág. 40; SUMNER MAINE, *El antiguo derecho*, pág. 2, edic. españ.; DUGUIT, *Trans. del der. priv.*, pág. 57, 1912.

VII^o Como consecuencia del carácter de función pública inherente a la jurisdicción, ésta lleva involucrada la potestad necesaria para llenar su objeto. Comprende así el *imperium* aunque no con la extensión que tenían los magistrados romanos, y supone hasta el empleo de la fuerza para constreñir, en ciertos casos, a la ejecución de la norma o para hacer sufrir las consecuencias de su violación.

El poder jurisdiccional comprende, entonces, no solamente el de *decisión* que es esencial y caracteriza la función, sino también otros que llamaré *implícitos* por ser necesarios para el ejercicio de ésta, como los denominados de *coercición*, de *dirección*, ⁽³⁰⁾ de *documentación*, etc.

La decisión o lo que es lo mismo, la resolución de la litis, es el acto jurisdiccional por excelencia, que resume en sí la función misma. Es por medio de ella que el juez cumple su misión de declarar el derecho aplicable en el caso concreto que le ha sido sometido, sea sobre el fondo del asunto, sea sobre los requisitos procesales necesarios para poder considerar el fondo de la cuestión.

Pero naturalmente, para llenar esa función primordial, necesita realizar otros actos cuya extensión depende del tipo de procedimiento adoptado por la legislación. El poder de realizar esos actos tiene también carácter jurisdiccional, porque son necesarios para que se realice el fin de la jurisdicción. Así, puede intimar la comparecencia de las partes al juicio, compeler a los testigos que concurran a prestar declaración, emplear la fuerza pública para practicar embargos, realizar secuestros, efectuar desalojos y en general para desapoderar al deudor de la cosa debida. Puede preparar, dentro de los límites que le marca la ley, el material de conocimiento, aplicar correcciones disciplinarias y dirigir el procedimiento.

VIII^o Considerada la jurisdicción en toda su integridad conceptual, es amplia e ilimitada como la fuente de que emana. Conoce de la materia del derecho privado como de la del derecho público, ya que el derecho privado y el derecho pú-

(30) Rossi, *ob. cit.*, pág. 290.

blico no son más que una clasificación de la norma jurídica, cuya actuación en el caso concreto, asegura la jurisdicción para hacer efectivos los intereses que aquélla tutela. No hay cuestión jurídica que revista los caracteres de contienda entre partes, que escape a la jurisdicción; ella despliega su actividad siempre que se cuestione sobre la existencia o extensión de una situación de derecho subjetivo o siempre que se trate de averiguar si un derecho objetivo ha sido o no violado por un acto público o privado, sea que se trate o no de producir efectos jurídicos. Por eso es que se ha incorporado a los códigos, la obligación impuesta a los jueces de fallar, no pudiendo dejar de hacerlo, so pretexto de silencio u obscuridad de la ley.

Para concebir con exactitud la extensión que corresponde a la jurisdicción, es menester hacer abstracción de los órganos, autoridades y agentes que en el hecho ejercen la función jurisdiccional. Hay que considerar a ésta como función del Estado y no de los órganos especiales, comprendiendo por tanto, no sólo la que desempeña la autoridad judicial que, es la especial y fundamentalmente encargada de la jurisdicción, sino también la que, aunque eventualmente, ejercen las autoridades administrativas y legislativas. Es así que se puede afirmar que todos los miembros del Estado están sujetos a la jurisdicción: gobernados y gobernantes, y estos últimos, no sólo por sus acciones civiles, sino también por las realizadas en ejercicio de sus funciones públicas, pudiendo hacerse efectiva la responsabilidad contra el agente que ha ejecutado el acto o contra la entidad que representa. ⁽³¹⁾ Hasta el rey en las monarquías está sometido a la jurisdicción.

Todo esto, no significa otra cosa que el reconocimiento del ordenamiento jurídico de las sociedades modernas y la subordinación de todos los agregados sociales a la norma jurídica o regla social. El Estado hace la ley; pero no puede realizar un acto de compulsión, un acto administrativo o juris-

(31) M. HAURIOU, *Précis de droit adm.*, pág. 62, 1919; L. DUGUIT, *Transfor. de derecho público*, pág. 331.

diccional, sino dentro de los límites establecidos por la misma ley. En virtud del mismo principio, el Estado es justiciable ante sus propios tribunales. Puede ser parte de un proceso; puede ser condenado por sus propios jueces, quedando obligado como un simple particular a ejecutar la sentencia pronunciada contra él". (32)

Los extranjeros no escapan a la jurisdicción del Estado dentro de los límites territoriales de éste, como que están sometidos a las leyes del lugar donde se encuentran. La jurisdicción, al igual que la ley, es, como ya hemos dicho, una manifestación de la soberanía y como ésta, es amplia e ilimitada. A ella están sujetos todos los habitantes, sean nacionales o extranjeros, puesto que estos últimos ya no son considerados en ninguna nación civilizada como enemigos ni como seres privilegiados. No siempre se ha entendido así, sin embargo, a juzgar por las continuas e injustificadas intervenciones diplomáticas que, so pretexto de amparar supuestos derechos de extranjeros que han estado comprometidos en procesos judiciales, han llevado a cabo las naciones fuertes contra las débiles. (33)

Es natural que siendo la jurisdicción un atributo de la soberanía, se extiende solamente hasta donde ésta alcanza en ejercicio de su dominio, esto es, hasta los confines territoriales del Estado, y fuera de ellos, en los sitios y casos en que el derecho internacional admite, como en alta mar sobre los buques que llevan su bandera o pasan por aguas de su exclusivo dominio. (34) Y cuando se admite en determinados casos la extraterritorialidad de la ley, como cuando se reconoce eficacia a la actividad jurisdiccional de los órganos del extranjero, no se hace otra cosa que respetar el derecho interno que permite se aplique la ley extranjera y se tengan por válidos los pronunciamientos jurisdiccionales de otro Estado. Es decir que la extraterritorialidad de las leyes y sentencias extranjeras, no tiene lugar por el hecho de ser leyes y sentencias, que sólo

(32) L. DUGUIT, *Manual de derecho const.*, edic. españ., Madrid.

(33) AGUSTÍN DE VEDIA: *Soberanía y justicia*, pág. 1 y sig., 1903.

(34) JOAQUÍN V. GONZÁLEZ, *Manual de la constitución argent.*, núm. 599.

tienen eficacia dentro del lugar donde han sido dictadas, sino porque ha mediado la voluntad del Estado donde incidentalmente se trata de aplicar. De manera que, si esa voluntad no se manifiesta expresamente, sea de un modo general, sea en forma restringida, no puede tener, dentro del Estado, eficacia alguna la actividad jurisdiccional extranjera. Por eso es que se ha llegado a sostener que cuando se aplica el derecho extranjero, se lo hace como derecho nacionalizado y cuando se reconoce validez a las sentencias extranjeras, se lo hace igualmente como sentencia nacionalizada. ⁽³⁵⁾

IX. Pero como la jurisdicción presupone la existencia de la norma jurídica, a la clasificación más o menos sustancial de ésta, se hace corresponder en la práctica una cierta categoría de jurisdicción. Es decir que se ha llegado a distinguir o clasificar la jurisdicción según la naturaleza de las leyes que se tenga que aplicar. Así, como consecuencia de la distinción del derecho objetivo en privado y público, se clasifica a la jurisdicción en privada y administrativa; de la diferencia existente entre las normas meramente restitutorias y las represivas, se llega a distinguir la jurisdicción civil de la penal; y de las otras clasificaciones de la ley, se han hecho derivar las llamadas jurisdicciones especiales, entre las que se destacan la jurisdicción mercantil o comercial y la jurisdicción del trabajo u obrera.

a) A la jurisdicción ordinaria del derecho privado, que se ha reconocido en todos los tiempos, se ha incorporado últimamente la jurisdicción administrativa. Ella es de relativa reciente data. Hasta no hace mucho, sólo se consideraba objeto de la jurisdicción las relaciones de derecho privado ocurrido entre los particulares. Ha sido recientemente y a medida que ha ido cimentándose la organización jurídica de las sociedades, que se ha concebido el Estado ajusticiable. Desaparecido el carácter de inatacable e indiscutible atribuido a los actos de los gobernantes, han caído éstos bajo la acción jurisdic-

(35) CHIOVENDA, *ob. cit.*, pág. 303.

cional del Estado. En ese sentido puede decirse con Duguit, que el Estado moderno se ha convertido en un Estado de derecho, en un *Reischtstaat*, según la expresión alemana.

La jurisdicción administrativa que, es la que corresponde sobre los actos ejercidos por los agentes del gobierno, se considera hoy como una necesidad en todos los pueblos libres para defender a los gobernados de los abusos de los gobernantes. Sin embargo, su formación ha sufrido un lento proceso. Su germen se encuentra indudablemente en Inglaterra, donde primero se reglamentó la autoridad de los reyes para obligarlos a respetar los derechos de sus súbditos. Luego creció en Estados Unidos con la implantación del principio de la responsabilidad de los agentes de gobierno, la limitación del poder de sus autoridades, el recurso de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos y ordenanzas contrarias a la constitución. Por último, alcanzó su más amplio desarrollo en la Francia actual, donde en el hecho, todos los actos de los gobernantes pueden ser materia de juzgamiento. En efecto, León Duguit ha demostrado que la evidencia de los casos concretos, que el Consejo de Estado ha conocido de todos los actos administrativos, aún de aquéllos calificados en doctrina como discrecionales.

En la actualidad puede hablarse de una jurisdicción administrativa amplia, o mejor dicho, puede afirmarse, que la actividad administrativa es también objeto o materia de la jurisdicción. Sea que esta función se la encomiende a la justicia ordinaria o que la desempeñen tribunales especiales administrativos, siempre se estará en presencia de una verdadera jurisdicción. A esa conclusión llegan aún los que consideran a los tribunales administrativos formando parte de la administración e independiente del orden judicial, como el profesor alemán Otto Mayer, quien después de establecer que la noción de la justicia administrativa tiene su origen en la noción de la justicia civil y que una y otra proceden de igual forma y cuentan con los mismos elementos, dice: "el resultado final es la identificación de la justicia administrativa con

la jurisdicción, en el sentido estricto de la palabra, es decir, la declaración de lo que es derecho en el caso individual. ⁽³⁶⁾

b) Ya se ha dicho que de la profunda y sustancial diferencia entre las normas jurídicas civiles y las penales, en cuanto a su sanción, la una puramente restitutoria de orden normalmente patrimonial y la otra esencialmente aflictiva y represiva, de orden eminentemente personal, se ha hecho seguir la distinción de la jurisdicción civil y penal. Y en realidad tienen su característica: mientras en la primera el Estado procura la satisfacción de intereses privados tutelados por el derecho; en la segunda trata de satisfacer el interés público de punir las acciones delictuosas aplicando la norma penal que las tutela. Es decir que, el interés del Estado al aplicar la sanción civil, se presenta como un interés reflejo, secundario, respecto al interés directo y primario que el Estado manifiesta mediante la aplicación de la pena con ocasión de la violación de la norma jurídica penal. ⁽³⁷⁾

Pero, no obstante la distinta categoría de interés que el Estado tiene en el ejercicio de una y otra jurisdicción, la función es siempre en esencia la misma. Siempre la jurisdicción se presenta como "la actividad del Estado sustituida a la actividad de aquéllos a quienes la norma jurídica prescribe, para la tutela de determinados intereses, determinada conducta no observada por ellos". El hecho de que el interés público de punir, constituya, según se ha visto, un interés directo del Estado, no hace que al aplicar la ley penal desaparezca la característica de la jurisdicción consistente en la sustitución de aquéllos a quienes la regla jurídica se dirige, ya que igual situación puede presentarse cuando el Estado es parte en las cuestiones civiles. La sustitución existe, pero es propiamente una sustitución de órganos: los órganos jurisdiccionales del Estado se sustituyen a los órganos administrativos del mismo.

Con todo, conservan ambas jurisdicciones caracteres propios que los distinguen entre sí. Ellos se perciben sobre todo

⁽³⁶⁾ OTTO MAYER, *Le droit administratif allemand*, ed. franc., t. 1, pág. 207, 1903.

⁽³⁷⁾ ROCCO, *Sent. Civ.*, pág. 26, ya cit.

en la forma de poner en movimiento la función, pues mientras la jurisdicción civil actúa por iniciativa privada, la penal se mueve de oficio. Como consecuencia de ello, en el proceso civil prevalece la disposición de las partes, y en el penal los poderes del juez.

La distinción de las referidas jurisdicciones ocasiona cuestiones interesantes que a su turno trataremos. En primer término, todo delito puede dar lugar, además de la acción penal a la acción civil por indemnización del daño causado; en segundo término, una cuestión pendiente ante el juez penal puede influir sobre la decisión o contienda civil o viceversa. En esos casos la ley ha disciplinado la relación de una y otra jurisdicción, y como no hacen a la función misma, la trataremos más adelante.

c) Las jurisdicciones conocidas con el nombre de especiales, no tienen hoy el carácter que en otras épocas, en cuanto no se consideran ya como instituidas en beneficio particular de un gremio, una clase o determinadas personas, sino que responden a razones de conveniencia práctica, sobre todo a las que derivan de la división del trabajo y la especialización de ciertas disciplinas jurídicas. Los comerciantes no pueden así, considerar como un privilegio suyo la jurisdicción mercantil, como los obreros tampoco podrían apreciar de esa manera los tribunales del trabajo, cuando son éstos admitidos.

Cuando el derecho mercantil constituyó disciplina aparte del civil, pretendió una jurisdicción propia, fundado en la necesidad de que los que la ejerzan dispongan de una preparación especial sobre la materia, y en la creencia de que la naturaleza de los negocios comerciales exigía una más rápida dilucidación de sus contiendas. De la misma manera, hoy que el derecho industrial ha adquirido un cierto desarrollo que le da un carácter de especial manifestación jurídica, exige también jurisdicción aparte, que la sustraiga de los procedimientos largos, pesados y costosos de los tribunales ordinarios.

Como se ve, esta clasificación o fraccionamiento de la jurisdicción, sólo existe y se manifiesta en la vida práctica, en relación a los órganos que la ejercen. Pero la función

sigue siendo la misma: conserva su carácter y amplitud, y es siempre una en su esencia. De ahí que se haya consagrado la unidad de jurisdicción como uno de los cánones del derecho procesal. Por eso fuera más apropiado hablar de jueces ordinarios y especiales que de jurisdicción ordinaria y especial.

X. La necesidad de ordenar el ejercicio de la jurisdicción, ha impuesto su distribución racional entre los órganos especiales creados para que, en concreto, ejerzan la actividad jurisdiccional que incumbe al Estado. En las sociedades modernas de complicada organización, no es suficiente ni siquiera concebible un solo juez; por el contrario, se requiere muchos en relación con la cantidad de la población, extensión de territorio, número ordinario de controversias, etc. Cada uno de ellos ejerce la función dentro de los límites que impone la división del trabajo; y ello es lo que determina el concepto de competencia que, técnicamente, difiere del de jurisdicción.

La competencia es la capacidad del órgano del Estado para ejercer la función jurisdiccional; y la jurisdicción es por el contrario, la función misma, o sea, la actividad que despliega el Estado para satisfacer los intereses tutelados por el derecho, cuando la norma jurídica no ha sido o podido ser cumplida. No se trata de un juego de palabras, ni es que la jurisdicción represente un concepto amplio de carácter abstracto y la competencia el mismo concepto llevado a casos concretos, como se ha dicho. ⁽³⁸⁾ Eso equivaldría a equiparar los dos conceptos, es decir, que la competencia sería la jurisdicción misma pero desempeñada por determinado juez, lo que no puede admitirse.

La limitación de la jurisdicción, en cualquier órgano que se encuentre investida, sea del orden judicial sea del orden administrativo, no constituye la competencia, sino que la determina, lo que es cosa bien distinta. La parte de jurisdicción que ejerce determinado juez, no es la competencia del

(38) LUIS MARTÍN Y HERRERA, *Concepto de jurisdicción y competencia en la Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, pág. 668, B. A., 1921.

mismo, porqué la jurisdicción aunque esté limitada o fraccionada, es siempre una función, una actividad y la competencia no pasa de ser un poder, una facultad.

Ha contribuido indudablemente a confundir los conceptos, el empleo indistinto que nuestras leyes han hecho de las palabras jurisdicción y competencia; ⁽³⁹⁾ pero no está justificada la crítica que se ha dirigido a la expresión: "incompetencia de jurisdicción" que usan los artículos 73 inc. 1 y 270 de la ley núm. 50 y los artículos 84 y 488 inc. 1 del Cód. de Proc. Com. Se ha dicho que no se entiende ese engarce de dos palabras sinónimas; que si la excepción de que tratan las disposiciones citadas tiende a declarar la falta de jurisdicción de determinado juez para entender en cierto asunto, como por sí solo el vocablo incompetencia encierra este pensamiento resultan inútiles las palabras "jurisdicción". ⁽⁴⁰⁾ Sin embargo, ya se ha visto que las palabras no son sinónimas ni expresan el mismo pensamiento. Tan es así, que puede un juez ser competente para entender en un asunto y no ejercer jurisdicción propiamente dicha, como ocurre cuando conoce en los juicios llamados de jurisdicción voluntaria. ⁽⁴¹⁾



⁽³⁹⁾ LUIS MARTÍN Y HERRERA, *Concepto de Jurisdicción y Competencia*, en la *Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, pág. 668, B. A., 1921.

⁽⁴⁰⁾ Cód. Civ., art. 100; Cód. de Proc. Proc., art. 1, Ley Nac., núm. 48, art. 2 inc. 4; Cód. de Proc. Pen. de la Cap., art. 45 y 73, ley nº 50, 197 y 43.

⁽⁴¹⁾ Véase Capít. XII.

ORIGEN Y EVOLUCION DEL CONCEPTO

SUMARIO: I. EL DERECHO ROMANO CUNA DE LA *iurisdictio*; TIEMPOS ARCAICOS. — II. LA *iurisdictio* EN EL PROCESO *per legis actionem*. — III. LA *iurisdictio* EN EL PROCESO FORMULARIO. — IV. *Imperium* y *iurisdictio*. — V. LA *iurisdictio* EN EL PROCESO EXTRA ORDINEM; LA COGNITIO. — VI. EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO EN EL DERECHO CANÓNICO. FORMACIÓN DOGMÁTICA DEL CONCEPTO.

I. Como es sabido, el vocablo *iurisdictio* es de origen romano. Sin embargo, al principio no ha tenido la misma acepción que en la actualidad. Ha ocurrido con la *iurisdictio* lo que con otros conceptos jurídicos, que, a través del tiempo, ha sufrido una transformación en su significado y extensión. Ello no obstante, la *iurisdictio* siempre ha sido una función vinculada a la de administrar justicia.

Los testimonios más antiguos respecto al término *iurisdictio*, están contenidos en fragmentos epigráficos de leyes del siglo VII. Antes de esa época y aún estando ya formado el *ius civile*, no parece que se haya conocido el vocablo.

De la edad preestatal, nada se conoce sobre el particular, por falta absoluta de fuentes, pero se supone que el proceso debió revestir los caracteres de una lucha privada, la que ya en una época más avanzada, debió terminar haciendo intervenir a la divinidad. Así, pues, ni en los tiempos menos arcaicos de Roma, hubo una *iurisdictio* en el sentido que más tarde tuvo el término para los romanos. La intervención en la litis jurídica de parte del Estado, fué asunto de los órganos religiosos.

Parece en efecto, que durante la monarquía, el colegio de los pontífices asistía al rey, "supremo magistrado y supremo sacerdote". Por medio de dicho colegio, el Estado interviene en la litis privada a fin de hacer obligatorio el arbitraje; pero la función por él ejercida no puede ser definida como una *iurisdictio*. En esa época no existía un verdadero *ius* y el colegio, en realidad, intervenía para pacificar a las partes, no

para un *ius dicere*. La fórmula mediante la cual las partes hacían valer sus pretensiones, tenía carácter sacerdotal; era como un responso, como una revelación de la voluntad de Dios.

“La misma naturaleza de la función de los pontífices, dice de Martino, en cuanto se funda sobre elementos religiosos y rituales, no admite considerarlo como un aspecto de la iurisdictio. De ésta es solamente su origen remoto. Y como el *ius civile* se formó lentamente destacándose del *ius sacrum* y del *fas*, así la iurisdictio del magistrado se afirmó más sólidamente a medida que el *ius* emancipándose de todo vínculo religioso, alcanzaba su autonomía. Y como sería un contrasentido o sería querer conceder demasiado a la Roma arcaica admitir que antes de ese tiempo se hubiese establecido una distinción entre la religión y el derecho civil, entre el *ius* y el *fas*, así sería temeridad pensar que el magistrado civil hubiese tenido la tarea de decir un *ius* que en gran parte no existía. Sólo cuando el Estado se libértó de todo vínculo religioso se puede hablar de una iurisdictio”. (1)

II. Consolidado el *ius civile* como norma de conducta social, e instituída la pretura como magistratura con función específica, debió nacer la *iurisdictio*. (2) Las fuentes, en efecto, presentan al Pretor como al magistrado judicial por excelencia; él encarna a la administración de justicia durante la República y primeros tiempos del Imperio aunque no fuera un juez; y su función especial es la que se ha conocido en tiempos más adelantados como *iurisdictio*.

Según los pocos textos de que se tiene noticias bajo el sistema de la *Legis Actiones*, la función del Pretor se circunscribía a lo que significan las palabras que debía pronunciar

(1) MARTINO, *La Giurisdizione nel diritto romano*, pág. 51, 1937.

(2) Lógicamente no se puede pensar en la posibilidad siquiera, de que antes de haberse formado el derecho civil (*ius civile*) existiera la *iurisdictio* si ha de estarse a la etimología de la palabra. Si ello significa mostrar el derecho, es evidente que no ha podido usarse sino después de la formación del derecho, porque no se podía mostrar lo que no existía. Históricamente el *ius* es posterior al *fas* (reglas religiosas) y al *mores* (costumbre).

en el procedimiento *in iure*: *do, dico, addico*. (3) Y todo hace suponer que en el *dico* a que se refiere Varrone nació el *ius dicere*, pues en un principio debió equivaler a *iurisdictio*. Uno y otro término significan declarar, mostrar, indicar el derecho. Así lo evidencia la raíz latina *dic* que significa mostrar. De ahí se puede inferir que los romanos emplearon la expresión *iurisdictio* para significar que el magistrado tenía la función de mostrar o indicar el derecho. Esto es lo que sostiene F. de Martino.

Sin embargo, no están los romanistas de acuerdo al respecto. Hay quienes piensan que la *iurisdictio* no era la función sustancial ejercitada por el Pretor, sino el modo formal de manifestación de ésta; (4) la *iurisdictio* sería el acto de pronunciar la "Verba legítima" porque los romanos se habrían referido a ese acto expresando que el magistrado *dicebat ius*.

Para otros, el *ius dicere* (5) era un acto preliminar que precedía la constitución de la relación procesal. De ello habría derivado poner el término *ius* para designar el tribunal y más tarde, *iurisdictio*, para indicar la entera constitución del proceso. Con el andar del tiempo el *ius dicere* habría perdido su significado primitivo y se habría extendido a toda la actividad que debía ejercer el magistrado *in iure*, empleándose también el correlativo *iurisdictio*.

Pero no parece aceptable ninguna de las antedichas doctrinas; la primera, porque los textos no autorizan a suponer que durante la *legis actio* se definiera la función pretoria como un *ius dicere*, menos aún si se tiene en cuenta que pronunciar las palabras legítimas no es decir el derecho, y los romanos no empleaban términos que no expresaran una situación real; la segunda, porque resulta inexplicable que

(3) L. L. VARRONE, 6. 30: *Dies nefasti, per quos dies nefas fari praetorem "do dico addico" itaque non protest agi, necesse est aliquo uti verbo, cum lege qui peragitur*. Muchas de estas fórmulas han sido conservadas: *Suis utrisque superstitibus istam viam dico*. La *addictio* era pronunciada en caso de *in iure cessio*. La *datio* se aplicaba al nombramiento del juez.

(4) LAURIA, *Iurisdictio*, en *It. Bonfante II*. pág. 479.

(5) BEKKER, *Aktionem*, t. II.

una función introductiva diera el nombre a toda la actividad del magistrado.

Los recientes estudios realizados por de Martino, lo conducen a sostener que en la arcaica *legis actio*, un *ius dicere* constituía un específico acto del magistrado dirigido a manifestar el derecho. Ello es fácil concebir si se acepta el carácter sacerdotal que originariamente debió tener lo que hoy llamamos función jurisdiccional, porque ante la ignorancia y temor de los contendientes, el sacerdote o el pontífice, debía ser quien manifestara cuál era la norma aplicable, esto es, cuál era la voluntad de los dioses, o el *mos maiorum*.

A la objeción que podría hacerse de que la *legis actio* presupone un esquema fijo e inmutable que hace superflua la intervención del magistrado, el citado autor contesta: La *legis actio* no es más que un instrumento procesal concedido para la tutela del derecho, o mejor, el modo de ser de la acción judicial. Como todos los instrumentos procesales de todas las épocas y de todo derecho, la *legis actio* lleva en sí la exigencia fundamental que el magistrado reconozca o no reconozca fundada la pretensión. Aunque la tarea del pretor se debiera limitar al control de la identidad entre la *legis actio* y la fórmula legislativa correspondiente, aun ello importaría una evaluación respecto a la existencia jurídica de la acción. Por otra parte, de Martino no está muy convencido de que en el procedimiento de la *legis actio* todo se redujese a pronunciar palabras solemnes según un inmutable esquema legislativo, como resultaría de los recuerdos de Gaio. ⁽⁶⁾ Es bien difícil admitir que todo el proceso terminase con esas declaraciones solemnes. Probablemente antes de llegar a ello, debía preceder un debate más movido y realístico, a continuación del cual el magistrado declarara el derecho aplicable, aunque fuese el indicado por la *legis actio*.

De todas maneras, parece tener fundamento la creencia de que bajo la *legis actio* el magistrado tenía una función llamada *iurisdictio* o *ius dicere*, y que tal función no podía

(6) MARTINO, *Inst. IV*, II.

consistir sino en una actividad lógica desarrollada con el fin de mostrar el derecho a las partes, admitir la acción al actor y dar un programa oral en el que se reconocía o no la admisibilidad jurídica de la pretensión. (7)

III. Dicho concepto de la *iurisdictio* se mantiene durante la época clásica, o sea, bajo el proceso formulario. Como ocurrió en los tiempos de la *legis actio*, la *iurisdictio* es una función propia del Pretor, ejercida en el procedimiento *in iure*, que consiste técnicamente, en la determinación del derecho que autorizaba la acción. En un sentido más general, comprendía también la emisión del edicto y los demás actos de la primera faz del proceso: *actionem dare, iudicem dare, iudicare iubere*.

Todos esos actos fundamentales del proceso *in iure* que, en definitiva respondían a un fin común, esto es, instituir un *iudicium*, designar un juez y declarar el derecho aplicable, fueron designados en los últimos tiempos, con la palabra *iurisdictio*, posiblemente debido al nombre del acto principal y característico: la declaración del derecho.

Pero lo que en esta época se perfila con claridad, es el fundamento de la función del magistrado. Esta en efecto, aparece como una función pública, estatal, que reconoce su base en el *imperium* del representante de la autoridad.

Sin embargo, algunos romanistas, Wlassak (8) por ejemplo, sostienen la estructura y naturaleza privada del proceso

(7) CRANWELL R. E., explicando el alcance de *Dico*, dice que con ella se alude a la jurisdicción del magistrado, para conocer de un asunto, ya por razón de la materia, ya por el del lugar o ya por el de la nacionalidad de algunas de las partes. *Las Legis actiones*, pág. 62 y siguientes, 1909. Es decir, que el citado autor entiende que el *Dico* comprendía la facultad de entender en una litis o sea lo que hoy se conoce como competencia; pero ello no está corroborado por los textos ni lo autoriza la etimología de la palabra.

El mismo CRANWELL reconoce que el sustantivo *iurisdictio* fué formado por los términos *ius dicet, ius dicebat* que emplearon los autores y las leyes para referirse a la función del Pretor; y siendo así, el *dico*, que reconoce la misma raíz que *dicet* y *dicebat* no podía aludir a la competencia sino a la actitud de expresar o manifestar el derecho, como lo dejamos dicho.

(8) WLASSAK, *Litis-Kontestation*, 1889-92; *Prozess formel*, 128, n° 6, 1924.

en la época clásica. Según el autor citado, la *fórmula* sería obra del actor, quien la entregaba al demandado, el que a su vez le agregaba lo que creía pertinente. En su preparación, ambos litigantes seguirían las prácticas de la jurisprudencia y las enseñanzas de los juristas, sin que el pretor las pudiera evitar. Por tanto, la obligación de juzgar de parte del juez, se fundaba en el *iudicare iubere*, es decir, en la orden que daba el magistrado, y que constituía un acto independiente de la fórmula misma.

Pero, de Martino refuta la concepción del citado autor. ⁽⁹⁾ “Si puede ser cierto, dice, que el magistrado no tuviera poderes para constreñir a las partes a aceptar la fórmula, no es menos cierto que las partes no podían desenvolver el proceso con una fórmula diversa de la admitida por el órgano jurisdiccional”.

“Si el actor, agrega, no quería que en la fórmula se insertase la *exceptio* concedida al demandado, todo podía hacer menos conducir el proceso con una fórmula diversa. Igualmente, si el demandado no aceptaba la fórmula redactada en el modo requerido por el magistrado, podía abstenerse de defenderse, pero no podía obligar a la autoridad jurisdiccional a satisfacer sus deseos”.

La fórmula puede, de todas maneras, considerarse un acto del magistrado, porque sin su intervención ella carece de valor. En ella, por lo demás, el magistrado reconoce la norma que tutela la relación jurídica en cuestión, instituye el *iudicium*, establece cómo puede ser concedida la acción, cómo el *ius civile* puede ser interpretado y el derecho reconocido. La fórmula podrá ser redactada por el actor y por el jurista que él ha elegido; pero eso, como dice Wlassak, no quita que la fórmula esté expuesta a todos los cambios que la defensa del demandado y la intervención espontánea del magistrado puedan determinar. Luego, no es sino un programa de fórmula, un proyecto, y si bien la fórmula definitiva puede ser idéntica a la propuesta, también puede no serlo, de donde la única fórmula definitiva es la que emite el magistrado.

(9) F. DE MARTINO, *ob. citada*, pág. 190 y sig.

El carácter publicístico del proceso, resulta claro del *iudicium dare*, porque si el magistrado no concedía la acción, no había juicio ni menos sentencia. Y un poder semejante no puede concebirse sino en manos de quien ejerce la autoridad pública.

Lo mismo puede decirse. del *iussus iudicandi*, sea éste un acto independiente de la fórmula, o sea que forme parte de la misma. Se trata de un acto de voluntad, o mejor dicho, de autoridad, que autoriza al juez a juzgar la litis, vale decir, a dictar sentencia.

IV. Al decir que la *iurisdictio* se fundaba en el *imperium*, va de suyo que admitimos que se trata de dos conceptos distintos. *Imperium* era el poder del magistrado, la potestad soberana de mando, y la *iurisdictio* la función que en su virtud el magistrado ejercía. Luego, el *imperium* es un concepto más amplio que el de *iurisdictio*, puesto que éste era una emanación de aquél.

Sin embargo, se ha discutido mucho sobre si los juristas romanos distinguieron ambos conceptos, porque algunos textos de las fuentes, no son muy claras y se prestan a la duda; pero afirma la existencia de la distinción, el hecho de que hubiera funcionarios que tenían *imperium* y no ejercían jurisdicción, y magistrados que tuvieran la *iurisdictio* y carecían de *imperium*. Entre estos últimos, se encuentran los ediles o magistrados municipales que ejercían su ministerio por delegación del Pretor a quien correspondía el *imperium*; y entre los primeros, figuran los cónsules, que en los últimos tiempos de la República, conservaban el *imperium* pero no ejercían jurisdicción. ⁽¹⁰⁾

El magistrado que ejercía la *iurisdictio* tenía sin duda *imperium*, pero no como consecuencia de aquélla (*officium iurisdictionem*), sino en virtud de su carácter de funcionario público, de autoridad pública. El *imperium* era poder de

(10) BETTI, *Diritto romano*, 42 n° 1, 43; JOBBÉ-DUVAL, en *Studi Bonfante*, III, 163; LAURIA en *Studi Bonfante*, II, 481; DE MARTINO, *ob. cit.*, pág. 255.

mando, de gobierno, que comprendía el ejercicio de facultades discrecionales, las que con el tiempo fueron reglamentándose para evitar abusos, pero que no por eso perdieron su carácter soberano. De ahí que se haya podido decir que "la *iurisdictio* no es más que un aspecto, una función específica del *imperium*.⁽¹¹⁾

El *imperium* perteneció en un principio al rey, que era la suprema autoridad de la Roma primitiva; pero de él pasó, seguramente, a los demás magistrados entre quienes se fué distribuyendo el poder. Según ello, el *imperium* de los cónsules, el de los dictadores y pretores y no es sino continuación del *imperium regium*. Por tanto, el *imperium* pretoriano, sucesor del *imperium* consular, es "virtualmente idéntico" al que tenía el rey.

Y puesto que el *imperium* suponía la plenitud de los poderes soberanos, el magistrado al ejercerlo, no sólo podía decir, declarar el derecho existente, sino que también podía crearlo. Así explican algunos autores la formación del derecho pretoriano, aun bajo el rigor de las *legis actiones*.⁽¹²⁾

(11) BETTI EMILIO, *La creazione del diritto nella "iurisdictio" del pretore romano*, en *Studi di diritto processuale in onore de GIUSEPPE CHIOVENDA*, p. 76, 1927.

(12) El autor antes citado dice que los testimonios de GAIO (IV, 11) no deben tomarse en el sentido de que en el sistema de las *legis actiones* los magistrados no fueran capaces de ejercer la *iurisdictio* de un modo diverso al que dichas leyes marcaban. Y agrega: "Pero de todos modos por mucho tiempo el magistrado debió ser llamado a acordar su tutela en forma de acción: y eso con respecto a personas que no teniendo la ciudadanía romana, no eran, por eso mismo, admitidos a valerse de la *legis actio*.... El creciente desarrollo de las relaciones comerciales con los extranjeros no debió tardar en hacer surgir controversias y en hacer sentir la necesidad de un instituto procesal adaptado a sus decisiones. Ahora bien ¿cómo se provee a formar el proceso de ciudadanos con peregrinos y de peregrinos entre sí? Evidentemente ni el proceso ni el derecho servían a ese fin, destinados como estaban a regular solamente las relaciones y los negocios internos de los pertenecientes a la civitas. Cuando más relativamente a aquellos extranjeros que pertenecían a algún Estado amigo de Roma, la tutela jurisdiccional sobre territorio romano podía ser objeto de acuerdos internacionales. Pero es claro que tales acuerdos, para tener actuación en el interior del Estado debían ser apreciados por el magistrado romano para determinar la concreta modalidad de la tutela concedida. En todo caso, hubiesen o no acuerdos internacionales previos, lo cierto es que el supremo moderador y el protector natural de los extranjeros, que invocaba la tutela jurídica sobre el territorio de Roma, era el magistrado romano. Tal posición

V. Cuando la reforma de Diocleciano abolió el proceso bipartito cancelando, por así decir, el proceso formulario, el concepto de la iurisdictio sufrió un cambio en el proceso de la cognitio y llegó hasta identificarse con ésta. Pero como el procedimiento de la cognitio existió para unos cuantos asuntos en la época clásica al lado del proceso formulario, hay que distinguir la función que el magistrado desempeñaba en estos casos de la que ejercía el Pretor.

La iurisdictio del Pretor en la época republicana y clásica era, en efecto, distinta de la cognitio del magistrado. Aquella estaba ligada a la institución del proceso y a la obligación de encomendar la decisión a un juez, mientras que éste se encontraba libre de ese vínculo. Además, era diferente el espíritu que animaba las dos funciones. No obstante que la iurisdictio pretoria era el órgano creativo de la aequitas, el Pretor era el intérprete del ius civile y por lo tanto, estaba más o menos constreñido a obrar dentro de los límites del antiguo derecho. En cambio la cognitio, podía, siempre que fuese necesario, actuar la aequitas sin vinculación alguna al ius civile. ⁽¹³⁾

De manera que iurisdictio y cognitio eran las expresiones de dos sistemas, de dos procesos diversos, un tanto opuestos, que poco a poco se fueron identificando. ⁽¹⁴⁾

Como el funcionario imperial declaraba el derecho aunque lo tuviera que crear, al ius dicere puro y simple del magistrado republicano, se contrapone un ius dicere *extra ordinem* y se llega hasta hablar de una iurisdictio extraordinaria. Pero no por eso se definía como iurisdictio toda la

derivaba de aquella general potestad de mando y de decisión que es el *imperium*. Porque si en favor de los *cives* y en garantía de su libertad, la potestad del magistrado en el régimen republicano había sufrido múltiples limitaciones por efecto de leyes y del derecho consuetudinario, ningún vínculo ella encontraba respecto de los extranjeros. Frente a éstos ella se manifestaba siempre en toda su ilimitada energía (pág. 81).

⁽¹³⁾ F. DE MARTINO, *La Giurisdizione*, pág. 295 y sig., ya citada.

⁽¹⁴⁾ Sobre la identificación de ambos conceptos en los últimos tiempos del Imperio no cabe duda; pero no hay uniformidad de opinión respecto a que eso ocurriera en la edad clásica; BEKKER, *Aktionem*, II, 190; LAURIA, *Iurisdictio* 484 n° 15, 528.

función del magistrado en el nuevo proceso; el *ius dicere* era una parte de aquella función, pero no la absorbía por completo, ni la llegó a caracterizar. Otra cosa ocurrió en el procedimiento formulario, porque si bien la *iurisdictio* no era toda la función que ejercía el Pretor, es indudable que el *ius dicere* era el acto principal que necesariamente precedía al *iudicium dare* y al *iudicare iubere*; y por lo tanto, siendo la base, el antecedente lógico de la restante actividad del magistrado, pudo imponer el nombre a toda ésta, como ocurrió en realidad.

En el proceso de la *cognitio*, un *ius dicere* en el sentido técnico formulario, no hubo en realidad, puesto que el magistrado no tenía necesidad de establecer y manifestar la norma aplicable antes de admitir la acción. El funcionario conocía directamente de la *litis*, sin necesidad de enviar a las partes a un *iudex*. En esa *cognitio*, podía haber un *ius dicere*, pero no como necesario o imprescindible sino cuando tenía que aplicar nuevas normas.

Pero abolido el sistema formulario, el proceso de la *cognitio* que, para casos especiales funcionó al lado de aquél, se generalizó y fué puesto en vigencia oficialmente, aunque, según parece, conservando el nombre de extraordinario ⁽¹⁵⁾ que debió tener al principio por oposición a la forma de procedimiento tradicional. Bajo este sistema, la *iurisdictio* pierde la importancia técnica que tuvo al principio, para revestir un carácter excepcional, ya que, como se ha visto,

(15) El concepto "extra ordinem" ha tenido siempre un valor procesal característico. Sea que haya nacido en el derecho sustancial y de allí haya pasado al proceso o viceversa, lo cierto es que la expresión es usada en las fuentes más frecuentemente con relación al derecho procesal, tanto para referirse al modo de hacer valer la pretensión cuanto para aludir al modo de juzgar.

De todas maneras, el cambio de proceso constituyó un hecho que sin duda correspondió al cambio de las condiciones del mundo romano, la vastedad del imperio, la necesidad del control, la multiplicidad de los órganos administrativos debieron hacer normal un procedimiento que en origen fué sólo excepcional. Sus características son: a) la desaparición de la fórmula; b) la unificación del proceso bajo un único juez del principio al fin; c) la normalidad de la apelación. M. BELLAVITIS, *Diritto Proc. Civil*, pág. 11, 1935.

sólo excepcionalmente el magistrado se veía en la necesidad de declarar la norma aplicable. Sin embargo, el término sobrevive en los textos de los últimos tiempos del imperio para designar una actividad que no era prominente ni caracterizaba un sistema.

VI. El tiempo se ha encargado luego de cambiar la fisonomía del concepto, dándole una acepción que varía de la originaria. Hoy designa una función que no corresponde a la etimología de la palabra o no le conviene filológicamente. Ello se debe en gran parte a la obra del derecho canónico, que exhumó las instituciones jurídicas, o mejor dicho, la terminología jurídica de los romanos sin mayor examen de las fuentes.

Durante el medioevo, la iglesia católica se valió del proceso judicial como instrumento de dominación política, dándole un amplio desarrollo. Elaboró entonces una doctrina jurisdiccional para proteger en un principio los intereses espirituales y más tarde los intereses patrimoniales y el estado personal de los fieles. La jurisdicción así, tuvo un amplísimo significado, pues comprendía la *potestas ius dicendi*, esto es, que abarcaba la potestad legislativa, la ejecutiva y la judicial. ⁽¹⁶⁾

Este concepto amplio pasó al campo estatal, sobre todo cuando el príncipe retenía en sus manos la suma del poder público. Pero primero la delegación de funciones que aquél se viera obligado a hacer en sus lugartenientes, y después la

(16) A. DEL VALLES, *Valore ed efficacia della giurid. eccles. per il dir. ital. en Rivista di dir. proc. civ.*, p. 305 y sig., 1925.

En la constitución de la Iglesia no se encuentra una separación o contraposición de órganos, que permita una división subjetiva de su actividad. El régimen de la Iglesia ha sido en todos los tiempos un régimen despótico. El poder legislativo, administrativo y judicial ha reconocido siempre su jefe en el Papa. Si bien es cierto que han creado órganos con la función de juzgar, esos órganos o tribunales no son ni han sido nunca soberanos; su actividad ha sido ejercida por delegación y por tanto ha estado y está actualmente expuesta —en los países donde aún subsiste— a que el pontífice se avoque el conocimiento de la causa. A. DE VALLE, *ob. cit.* p. 312, CONSTANTINO JANNAcone, *La Giur. e la Comp. Giud. Cont. Canónica*, 1937.

separación de órganos entre los que se distribuyó la actividad pública, hizo que la jurisdicción recobrase parte de su anterior significado, en cuanto se refirió sólo a la administración de la justicia. De esta manera se fué formando poco a poco el concepto técnico actual de que ya nos hemos ocupado en otro lugar.

CAPITULO III

DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: NECESIDAD DE PRECISAR EL CONCEPTO DE LA LLAMADA JURISDICCION VOLUNTARIA. — II. IDEA DEL INSTITUTO, RAZÓN DE SU EXISTENCIA. — III. NATURALEZA JURÍDICA DE LA JURISDICCION VOLUNTARIA; CRITERIOS DE DISTINCIÓN, SU EXAMEN. — IV. ELEMENTOS QUE LA CARACTERIZAN. — V. MATERIA QUE COMPRENDE LA JURISDICCION VOLUNTARIA.

I. Si bien la mayoría de los códigos de procedimientos modernos no clasifican expresamente los juicios en contenciosos y de jurisdicción voluntaria, en la práctica se suele referir a esa clasificación para determinar la naturaleza de ciertos actos procesales y muy principalmente, para fijar los efectos de algunas resoluciones judiciales. De ahí que convenga establecer los caracteres distintivos de unos y otros.

Generalmente, se llama jurisdicción voluntaria a la actividad judicial desarrollada con otros propósitos que el de obtener la “justa composición de una litis” (para adoptar la expresión de Carnelutti). Es decir que, comprende todos los procesos que no contienen un litigio propiamente dicho, pero en los que, por razones especiales, la ley exige que intervengan los jueces. Estos así, ejercen una función particular del Estado determinada por presupuestos o condiciones también particulares fijadas por la ley.

Preciso es reconocer sin embargo, que no hay uniformidad de criterio sobre la sustancia del concepto de la jurisdicción voluntaria. Existe al respecto una cierta incertidumbre, que aumenta cuando se trata de establecer los límites diferenciales entre jurisdicción voluntaria y contenciosa. Y ello así, no sólo porque ambas tienen de común el nombre y el órgano que las ejerce, sino también porque puede ocurrir que se encuentren en la una algunos elementos consustanciales de la otra. Por eso, algunos autores como Weismann, por ejemplo, niegan toda diferencia sustancial entre jurisdicción

voluntaria y jurisdicción contenciosa, entendiendo que en todos los casos es idéntica la función del juez.

II. Contribuye en gran parte a dificultar la exacta comprensión del instituto, la expresión "jurisdicción voluntaria". Parecería, en efecto, que se tratase de una verdadera jurisdicción, sólo pendiente, en su ejercicio, de la "voluntad" de las partes o del juez. Sin embargo no es así; mientras la palabra "jurisdicción" sola o acompañada de los calificativos "civil" "penal" "comercial" "administrativa", indica la función jurisdiccional propiamente dicha, la misma palabra toma otro significado en la expresión "jurisdicción voluntaria".

Es sin duda una función estadual, en cuanto el Estado y sólo él la ejerce con el propósito de integrar o dar eficacia a ciertos estados o relaciones jurídicas; pero no por ello es una función propia y exclusiva de los jueces. Estos la ejercen en los casos en que la ley lo dispone, pero no porque sea de su esencia; podría ser desempeñada por el poder administrador, como lo es en ciertos países respecto de algunos asuntos que en otros se encomienda a la magistratura.

Es bien sabido que la actividad jurisdiccional del Estado no es absorbida totalmente por los jueces, esto es, por los miembros del poder judicial. Por razones especiales, buena parte de ella es desempeñada por funcionarios administrativos, aunque en forma limitada, como ocurre en casos particulares, con la Caja de Jubilaciones y Pensiones, Municipalidad, Dirección de Ferrocarriles, Aduana, Contaduría de la Nación, etc. De la misma manera, cierta parte de la función administrativa es ejercida por los jueces, en virtud de que el legislador los ha creído en mejores condiciones para ello, sea por la naturaleza estrictamente jurídica de los asuntos o porque éstos son susceptibles de convertirse fácilmente en contenciosos u ocasionados a incidentes de ésta índole.

De manera que, lo que ocurre, es que el Estado que tiene órganos específicos para el ejercicio de sus funciones fundamentales, los emplea en ocasiones, para otro objeto que para el que están destinados. No por ello se desnaturaliza la función misma; ésta sigue siendo la misma cualquiera sea el

órgano que la ejerza. No sirve entonces para determinar el carácter o naturaleza de la jurisdicción voluntaria, el hecho de que sea desempeñada por los jueces, como tampoco sirve el hecho de que para manifestarse, se empleen las formas procesales.

Las formas procesales constituyen, sin duda, "el medio elegido por el Estado para la obtención de los fines jurisdiccionales", pero no se confunden con ésta, como lo ha demostrado algún autor. (1) Si normalmente los fines jurisdiccionales se obtienen mediante el empleo de las formas procesales, excepcionalmente éstas pueden utilizarse para obtener otras de índole administrativa; todo depende de que el legislador lo encuentre conveniente para satisfacer el interés general. El interés general o razones especiales, pueden aconsejar estas desviaciones, sin que se produzca trastorno. De ahí que de la naturaleza del medio empleado, no pueda necesariamente inferirse la naturaleza del fin, y por ende que, del empleo de las formas procesales en la "jurisdicción voluntaria", no deba llegarse a la conclusión de que ésta tiene fines jurisdiccionales o es jurisdicción propiamente dicha.

Desde antiguo se ha reconocido a los jueces la facultad de intervenir en los asuntos llamados de jurisdicción voluntaria, pero no como función propia, sino anexa a la que le es propia. Eso puede inferirse del pasaje de Heinecius, quien después de establecer que la jurisdicción se divide en contenciosa y voluntaria, agrega: *quum que jurisdictio in sola notione consistat, sequitur ut ea tantum in decernendo et judice dando sit posita: ut, simul ac aliqua vis et coactio accedit, statim sese exerat imperium, ut non exsequuntio, sed sententia sit extremum in jurisdictione.* (2)

Es así que, la doctrina clásica enseña que la jurisdicción voluntaria *est magis imperii quam jurisdictionis*; y que la contenciosa *est magis jurisdictionis quam imperii*. Es decir que, la jurisdicción voluntaria es más bien actividad ejecutiva o administrativa que jurisdiccional. Tal lo han entendido la

(1) CORTESÍA DI SEREGO, *Il Proc. senza lite*, p. 129, 1930.

(2) HEINECIUS, *Cam. ad Pandect*, lib. II, tit. 244.

mayoría de los autores aún en épocas en que no se percibía claramente la distinción de esas funciones fundamentales del Estado (Loyseau-Traite des offices; Henrion de Pansey, Traite de la autorité judic. en France, t. XVII etc.).

III. Pero se ha entendido que para determinar la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria, es necesario establecer sus caracteres diferenciales. Con ese objeto la doctrina ha suministrado diversos criterios de distinción, fundados en su mayoría, en las características más notorias, muchas de las cuales resultan insuficientes o incompletas. Entre las principales, pueden señalarse las siguientes: 1º En la jurisdicción contenciosa el juez no actúa por regla general sino a petición de parte; en la voluntaria en cambio el juez obra de *oficio* o sea por mandato de la ley; (3) 2º en la jurisdicción contenciosa se procura la satisfacción del derecho *subjetivo* de las partes, en tanto que en la voluntaria se persigue más bien la actuación del derecho objetivo; (4) 3º en la jurisdicción contenciosa el juez cumple su función por medio de *sentencias* y en la voluntaria provee con decretos o simples órdenes; (5) 4º por la jurisdicción contenciosa se garante o restablece derecho lesionado; por la voluntaria se tiende a dar garantías contra una lesión futura; (6) 5º la jurisdicción contenciosa se ejerce en asuntos en que existen intereses controvertidos a proposición de partes; en la voluntaria en los que las partes están de acuerdo; (7) 6º la jurisdicción contenciosa se pone en movimiento ejercitándose la *acción* por las partes, mientras que en la voluntaria basta el requerimiento de un interesado; (8) 7º la jurisdicción contenciosa procura la actuación de relaciones existentes, en tanto que la voluntaria tiende a la

(3) SANZOGNE, *Manuale della proc. giudiz. in affari civile non contenziosi*, Milano 1856, 2ª ediz. PONCET, *Traité des Jugem.* 22. 30. BOUJEAM, *Traité des actions*, l. I, c. I § 32. BOCHEMEN, *introductio in jus*.

(4) MORTARA, *Comm. II*, p. 539 y sig.

(5) SAREDO, *Del Proc. in camera di Cons.*, t. I, c. II Sec. 1ª, nº 38.

(6) GLUCK, *Ausfuhrerklaerung der Pandekten*, t. III, § 193.

(7) MATTIROLLO, *Diritt. Giudiz. Civ.*, t. I, nº 6.

(8) ATILIO GAGLIO, *Sui limiti differenziali tra giurisd. contenc. e volunt.* en la *Rivista di Diritt.*, nº 6, p. 521, Publ. año XII.

constitución de estados jurídicos nuevos, o coopera al desenvolvimiento de relaciones existentes.

Las distintas fórmulas propuestas, que sin duda dependen del punto de vista con que cada autor encara el asunto o de la faz que del mismo contempla, demuestran que existen diferencias fundamentales entre los dos institutos; pero, naturalmente, no todos los criterios indicados son suficientes por sí solos para caracterizar una y otra jurisdicción. A muchos de ellos, si no a todos, se les pueden hacer serias objeciones, como veremos a continuación.

a) Decir que la jurisdicción contenciosa siempre se ejerce a petición de parte, mientras que la voluntaria procede de *oficio*, no importa establecer la característica fundamental de cada instituto, sino señalar una condición de su ejercicio. No se trataría, según ello, de distintas actividades, sino de una misma puesta en movimiento a impulsos de diferentes sujetos: las partes o el juez.

Aparte de todo esto, el pretendido postulado no sería exacto, por lo menos respecto de nuestro procedimiento. Muchos de los llamados juicios de jurisdicción voluntaria no podrían promoverse de *oficio* sino a petición de parte, como ocurriría con las protocolizaciones, rectificación de partidas, mensuras, carta de pobreza, etc.

b) La fórmula basada en la naturaleza del derecho que se procura actuar, sólo sirve para renovar la cuestión tan debatida sobre el fin de la función jurisdiccional. Y tratándose de una cuestión que la doctrina no ha conseguido solucionar todavía, no puede servir para establecer las diferencias de los institutos de que nos venimos ocupando. Esto fuera de que, la corriente moderna, se inclina por la tesis contraria a la que sirve de base al criterio referido, puesto que se viene sosteniendo que la jurisdicción propiamente dicha o sea la contenciosa, tutela el derecho objetivo, aunque con ocasión de satisfacer el derecho subjetivo del particular. ⁽⁹⁾

Pero, de todas maneras, puede encontrarse también en la

⁽⁹⁾ CHIOVENDA, *ob. cit.*, p. 63-68. A. ROCCO, *La sentenza Civile*, pág. 12, *ob. cit.*

llamada jurisdicción voluntaria tutela de derecho subjetivo, lo que probaría que no constituye un carácter distinto y propio de la jurisdicción contenciosa. Tal se percibe en los juicios sobre nombramiento de tutor, curador, mensura, sucesiones, etc.

c) Que en la jurisdicción contenciosa el juez cumple su función específica por medio de sentencias y en la voluntaria con simples decretos, órdenes o mandatos, es exacto en cierto modo; pero tal fórmula no expresa la idea en forma completa. Siempre queda por establecer la naturaleza jurídica de la sentencia y del decreto y la determinación de sus caracteres diferenciales. Es, decir que casi importa reproducir el problema, problema que se complica si se tiene presente que hay sentencias que contienen y son en sí mismas decretos o mandatos, como ocurre con las sentencias de condena y las llamadas constitutivas.

d) La noción de la jurisdicción voluntaria fundada sobre la falta de lesión actual de un derecho subjetivo (puesto que sólo tendería a garantizar lesiones futuras), es menos aceptable que las anteriores. Entra en la órbita de la jurisdicción contenciosa también la garantía de los derechos en litigio contra lesiones futuras. El embargo preventivo y otras medidas precautorias, tienen sin duda carácter jurisdiccional, en cuanto por ellas se presta la asistencia judicial en favor de una parte contra o frente a otra, para hacer efectivos los intereses que el derecho tutela.

e) Tampoco escapa a la crítica el criterio que hace derivar el carácter contencioso de la jurisdicción, de la existencia de intereses controvertidos.

Si bien es cierto que la jurisdicción contenciosa, como su nombre lo indica, supone por lo general, la existencia de intereses controvertidos, puede faltar este elemento sin que por ello la actividad judicial ejercida deje de tener carácter jurisdiccional. La controversia propiamente dicha, o sea la discusión u oposición a las pretensiones del actor por parte del demandado, no es necesaria para que exista litigio. ⁽¹⁰⁾ Una prueba

⁽¹⁰⁾ CHIOVENDA, *Princip.* p. 69. ROCCO A., *La sent. Civ.* p. 10; RANELLETTI, *Diritt. Amm.* I., p. 168; CALDA, *Il concet. di giurisd.*, p. 4; GALLI,

de ello lo da el proceso seguido en rebeldía, el que malgrado la falta de contestación del demandado, se persigue y define con una sentencia, como si hubiera sido controvertido.

f) Si en la jurisdicción contenciosa se ejercita una acción y en la voluntaria no, es un criterio que no llega a ser suficiente para caracterizar los dos institutos. Es muy discutible que en la jurisdicción voluntaria el recurrente no ejercite una acción; ello dependerá del concepto que de la acción se tiene. Y si éste concepto es discutible, no puede servir de base para resolver la cuestión que nos ocupa, puesto que nos llevaría al planteamiento y solución de un problema previo, cual es precisamente el de determinar el carácter y naturaleza de la acción. Esto sin desconocer naturalmente, que podría aceptarse el criterio enunciado, adoptando el concepto clásico de la acción, esto es, *ius persequendi iudicio quod sibi creditur deberi*, que supone la existencia de dos partes en campos opuestos.

g) Mejor acogida, sin duda, ha tenido el criterio de Wach, adoptado sustancialmente por Chiovenda y según el cual los actos de la jurisdicción voluntaria tienden a la *constitución* de estados jurídicos *nuevos* o cooperan al desarrollo de relaciones *existentes*, mientras que la jurisdicción contenciosa procura la *actuación* de relaciones *existentes*. Sin embargo, no se ha librado de algunas objeciones.

Se le ha objetado en primer término, que también por la jurisdicción contenciosa se llega a la constitución de nuevos estados jurídicos, como ocurre con las sentencias llamadas constitutivas, ⁽¹¹⁾ y que por tanto, ese efecto de la actividad judicial, no puede constituir por sí solo el límite diferencial de las dos jurisdicciones. A ello contesta Chiovenda que la sentencia constitutiva contiene la actuación de un derecho a la constitución de un estado jurídico, derecho que correspon-

Il Concetto di Giurisd. n. IV ya cit.; C. DE SAREGO, *Il proc. senza lite*, p. 27 y sig.; E. J. COUTURE, *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*, p. 65, ya citada.

(11) GIOVANNI CRISTOFOLINI, en *Studi di Diritt. Proc. in onore de G. CHIOVENDA*, p. 381 y sig.

de a un sujeto contra otro, mientras que la constitución o desenvolvimiento de estados jurídicos que tienen lugar en la jurisdicción voluntaria, no actúa un derecho de un sujeto con otro. Pero a ello se le observa que no siempre la sentencia constitutiva contiene la actuación de un derecho a la constitución de un nuevo estado jurídico, y no siempre en los actos judiciales de jurisdicción voluntaria está ausente el derecho a la constitución de un nuevo estado jurídico, (no puede negarse que sólo le es dable ocurrir a la justicia pidiendo la actividad judicial para formar o completar una relación jurídica u homologar un acto jurídico, al que tiene derecho a obtener ese efecto jurídico).

Sin embargo, tales objeciones pierden su importancia ante la aclaración de Chiovenda de que la *constitución* del nuevo estado jurídico en la jurisdicción contenciosa, es un efecto de la declaración judicial y tiene lugar, en consecuencia, en favor de una parte contra otra. De manera que, donde más bien falla la fórmula es en el enunciado, en cuanto necesita ser completada por otros elementos que tal vez sean más característicos, como lo es el de la existencia de dos partes y por ende de un conflicto de intereses.

h) Carnelutti, terciando en el debate, sostiene que donde se encuentra la distinción de los dos institutos, es en el medio con el cual se manifiesta la función. Ese medio es en la jurisdicción contenciosa, un *comando*, una *decisión* enderezada a eliminar el conflicto con el sometimiento del interés inferior al interés prevalente; y en la jurisdicción voluntaria sólo se tiene un acto completamente realizado por el juez en virtud de una disposición legal que así lo establece, para que el interesado obtenga el efecto jurídico buscado. En el primer caso, el juez *juzga* o *decide*; en el segundo *asiste*, *controla*, *sustituye*. ⁽¹²⁾

En esta forma el citado autor parece salvar las objeciones hechas a Chiovenda, porque lo que en definitiva expresa, es que en la jurisdicción contenciosa, hay resolución de un

(12) CARNELUTTI, *Revoca di liquidatore in sede di giurisdiz. volut.* en *Studi di Diritto Proc.*, t. I, p. 496, 1925.

conflicto de intereses, sea que esa resolución contenga una sentencia declarativa o vaya unida a la constitución de un nuevo estado, mientras que en la voluntaria no se resuelve nada, sino que se realizan actos para completar la voluntad de un interesado.

Con todo, no se puede desconocer que esos diversos medios con que la función se manifiesta, son la consecuencia de algo preexistente que determina la realización de actos distintos. No es arbitrariamente que el juez en unos casos dicta sentencia y en otros meros actos complementarios de la voluntad del particular. Debe haber una razón, una causa, un factor o elemento; y en ese factor o elemento es sin duda donde en definitiva debe encontrarse la distinción.

IV. En nuestro concepto, la raíz de la diferencia entre las dos funciones se encuentra en la materia objeto de la actividad del juez. Lo demás no es sino una consecuencia. En efecto; en la jurisdicción contenciosa, lo que se somete a la consideración del juez, es el conflicto de intereses que se desea solucionar; en la jurisdicción voluntaria, lo que se lleva al magistrado es un pedido de la realización de un acto que la ley considera necesaria para dar vida a una nueva relación jurídica o producir un determinado efecto jurídico. En un caso hay una litis, en el otro no. Eso es todo.

De esa diferencia fundamental, nacen las otras. Si lo que se pide al juez es la solución de una litis, lógico es que el juez dicte a su turno una *sentencia*, una decisión para liquidar o componer el conflicto; por el contrario, si no hay intereses en pugna y sólo se pide un determinado acto de parte del juez, es natural que éste se limite a realizar el acto requerido. Como consecuencia de ello, a su vez, se tiene que los efectos de la actividad judicial sean distintos en uno y otro caso: en el primero, por lo mismo que pone fin a un litigio, hace cosa juzgada entre las partes; en el segundo, como no se resuelve nada, no hace cosa juzgada sino que constituye o da nacimiento a un nuevo estado jurídico o desarrolla un estado jurídico existente. Otra derivación natural, es que sea

distinto el número de intervinientes del proceso, o mejor dicho, *de partes*. En la jurisdicción contenciosa se requiere la intervención de dos partes: una a favor del cual se debe hacer el pronunciamiento y otra frente o contra la cual se dicta, porque todo conflicto supone dos intereses diversos, pertenecientes a dos sujetos distintos. En la jurisdicción voluntaria, en cambio, no interviene sino una sola parte, porque la relación procesal tiene lugar en interés único del recurrente.

Nótese que no hablamos de controversia o contradicción, que no es necesaria para que exista litis, sino de conflicto de intereses. La falta de contestación u oposición a la demanda, no quita al conflicto el carácter de tal; éste existe siempre que haya un interés tutelado por el derecho objetivo, que no ha sido satisfecho por la resistencia u oposición del obligado o debido a la incertidumbre de la tutela. Y naturalmente que el conflicto a que nos referimos, es el que se le somete al juez para su decisión y no a cualquier otro que pueda sobrevenir fuera del proceso. Por eso nada tiene que hacer el conflicto que, según Carnelutti, también considera el juez cuando ejerce la jurisdicción voluntaria, conflicto que no resuelve sino que examina "para conocer si el acto que debe realizar en interés de una parte es o no conforme a derecho, para según ello cumplirlo o abstenerse de hacerlo". Lo que no es materia del proceso no puede tener influencia sobre él ni servir para caracterizarlo.

Es tan sustancial y predominante el contenido del proceso, que cada vez que un particular requiere la actividad del juez, debe éste examinar si está o no en presencia de una litis, porque de ello dependerá no sólo la clase de actividad que ha de prestar sino también si debe o no prestarla. Y ésta es precisamente una de las derivaciones más interesantes de la distinción que hemos establecido, porque si bien siempre que se plantee una litis el juez debe conocer de la misma cuando concurren los presupuestos procesales del caso; no siempre que se reclame la intervención judicial en función de control o tutela, para vigilar, autorizar, homologar o proveer a la

formación de una relación jurídica, esa intervención debe concederse. La primera es función propia del juez, porque para ella ha sido instituido como órgano específico; la segunda es actividad accidental o de excepción que sólo puede otorgarse cuando la ley lo manda.

Esto, que no ofrece dudas en doctrina, no parece muy comprendido en la práctica. Se han dado casos en que los tribunales han prestado su asistencia para otro objeto que el de componer una litis sin que exista disposición legal que la autorice. Pueden señalarse, entre otros, las informaciones que suelen producirse para justificar los servicios administrativos cuando por cualquier circunstancia no constan en los libros de las reparticiones públicas. En tales casos los jueces no sólo dan curso a las informaciones, sino que las aprueban, creando así un nuevo estado jurídico al margen de la ley.

V. Surge de lo expuesto, que la materia de la jurisdicción voluntaria es imprecisa y variable; depende del arbitrio del legislador. De ahí que varíe de país a país y de momento a momento. Entre nosotros los asuntos sobre que versa dicha jurisdicción están determinados en el Código Civil, de Comercio, Cods. de Procedimientos Civiles y en leyes especiales. Y hay algunos que lo han sido en cierta época y después han dejado de serlo, tal como ha ocurrido en la Provincia de Buenos Aires con las informaciones sobre posesión treintañal que, antes se producían judicialmente aun sobre bienes privados del Estado, mientras que ahora se exige que se produzcan ante el poder administrador (Cod. de Proc. art. 782 y Decreto reglamentario de 7 de Septiembre de 1931).

Sin embargo, los autores suelen agrupar los asuntos aludidos en tres categorías:

1º *Actos constitutivos de derechos*, que comprenden las declaraciones judiciales de voluntad concernientes: a) a los mismos sujetos jurídicos (const. y administ. de sociedades); b) a los nacimientos y fin de ciertos derechos individuales y de familia (legitimación, interdicción, tutela, curatela, etc.).

2º *Actos de documentación* que corresponde: a) reconocimiento de sujetos jurídicos (rectificación de partidas, registro de sociedades; b) nacimiento de derechos individuales (derechos de autor, patente de invención, marca de fábrica, registro de comerciantes, otorgamiento de personería jurídica).

3º *Actos de policía judicial*, como secuestros, facción de inventario y otros actos de seguridad.

Bien se puede ver de los asuntos señalados precedentemente, que muchos de ellos no son entre nosotros materia de jurisdicción voluntaria (patente de invención, marca de fábrica, derechos de autor, otorgamiento de personería jurídica etc.); es decir, no se deben cumplir por intermedio del juez, sino de la autoridad administrativa.

Por tanto, la jurisdicción voluntaria, no es propiamente jurisdicción; no está comprendida en la función que específicamente corresponde a los jueces. Estos pueden intervenir en tales asuntos, pero no porque sean de la esencia de su actividad, sino porque el legislador ha entendido que hay conveniencia en ello. Se explica así que no haya normas o reglas fijas para determinar los asuntos administrativos en los que pueden intervenir los jueces.

La conveniencia en distinguir la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, se percibe cuando se presenta la necesidad de establecer si debe o no prestarse la actividad judicial. Porque no se ha tenido ello presente es que, en más de una ocasión, los jueces han sido distraídos con menesteres que no son de su incumbencia. Tal cosa ha ocurrido, por ejemplo, cuando se dictaron las leyes 11.317 y 11.357 en que se exigió a la justicia una intervención que no autorizaba la naturaleza de los asuntos que le eran sometidos. Fué necesario que los procesos se multiplicaran y recargasen de trabajo a los jueces, para que éstos se avocasen al estudio de la cuestión y se convenciesen de la improcedencia de su intervención.

En efecto, la función jurisdiccional, en principio, no debe prestarse sino en los asuntos contenciosos, o sea, en los que suponen la existencia de un conflicto de intereses, porque son los

que determinan y justifican el ejercicio de dicha función; cuando no hay litis, puede ser procedente la intervención del Estado para crear, completar u homologar una situación jurídica cualquiera, pero no hay razón para que esa intervención tenga lugar por medio de los jueces, desde que no se trata de una actividad jurisdiccional sino administrativa la que se requiere. Es la Administración, la que debe prestar su asistencia en esos casos.

Surge de lo expuesto, que los jueces no intervienen en los asuntos llamados de jurisdicción voluntaria sino cuando expresamente la ley así lo establece, porque el legislador puede encontrar conveniente o necesaria esa intervención. Son, pues, circunstancias especiales, razones de orden circunstancial las que pueden determinar la competencia judicial en tales situaciones, y no otras que hagan a la esencia de la función jurisdiccional misma. En cambio, siempre que haya un conflicto de intereses, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, puede exigirse el ejercicio de la jurisdicción.

Si la ley no dispusiese, por ejemplo, que la rectificación de partidas se hiciese ante los tribunales, ¿qué razón habría para ocurrir a ellos? ¿Acaso todo lo relativo a inscripción de nacimientos, matrimonios y defunciones no es tarea administrativa? Lo mismo podría decirse del enrolamiento, de la matrícula de comerciantes, rubricación de libros de comercio, etc.

Hay error, pues, en afirmar como generalmente se hace, que lo que es acto administrativo según unas legislaciones es acto jurisdiccional según otras; no hay tal, la materia o contenido de la llamada jurisdicción voluntaria, es netamente administrativa, sólo que en unos países se confía su conocimiento a los jueces y en otros a los órganos administrativos. Lo contrario importaría confundir lo jurisdiccional con lo judicial, que, si bien ordinariamente se identifican, no son la misma cosa, como lo hemos visto en otro lugar. ⁽¹³⁾

Podría tal vez interpretarse erróneamente lo que antecede, si no agregase que el hecho de que la jurisdicción volun-

(13) Capít. I pág. 31.

taria no sea estrictamente jurisdicción y por lo tanto, función propia de los jueces, no quiere decir que necesariamente deba retirarse de su conocimiento los asuntos de esa naturaleza que la ley les ha confiado. Es posible que haya conveniencia en quitarles competencia en algunos de ellos, pero no puede negarse que, en la mayoría de los casos, la intervención judicial está justificada.

CAPITULO IV

DEL ORGANO DE LA JURISDICCION

SUMARIO: I. ORGANO DE LA JURISDICCION, SU PROCESO DE FORMACION. — II. CARACTER DE AUTORIDAD PÚBLICA. — III. INDEPENDENCIA FUNCIONAL DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA. — IV. ¿ES UN PODER PÚBLICO?. — V. POSICION DEL PODER JUDICIAL FRENTE A LOS OTROS PODERES — CONFLICTOS DE PODERES — CUESTIONES POLÍTICAS. — VI. CONTRALOR JUDICIAL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. — VII. PROCEDIMIENTO EN LA NACION Y EN LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES.

I. Siendo la jurisdicción una función del Estado, debe tener y tiene un órgano por el cual se manifiesta. Ese órgano está formado por una determinada categoría de funcionarios, los jueces, que, en las sociedades modernas, constituyen la autoridad judicial independiente de la legislativa y de la administrativa.

Antes de que el Derecho y el Estado hubieran cumplido su ciclo de formación histórica y adquirido todos sus caracteres diferenciales, existió sin duda una justicia, pero una justicia indiferenciada, sin organizar, pues las sanciones no se aplicaban por un órgano especial, sino por toda la comunidad, y en el seno de la familia por el *pater-familia* que ejercía una función en la que se confundían las atribuciones estatales y las domésticas. Recién cuando la sociedad se organizó definitivamente bajo el régimen de ordenación jurídica, y el Estado adquirió todo su desenvolvimiento, la función de la justicia se define y adjudica a un órgano especial, el juez, que actúa en forma definida y según ciertas reglas.

Parece comprobado que, primeramente el Estado intervino como pacificador, adoptando la costumbre del arbitraje que encontró ya establecida en las sociedades preestatales y que llegó más tarde a imponerse con carácter obligatorio y permanente. Después se creó la institución de los jueces, pero como meros mediadores, simplemente para evitar la lucha privada, impidiendo a las partes hacerse justicia por sí mismos, y sin que sus decisiones tuvieran fuerza coactiva y fueran

ejecutables. Por último, cuando la autoridad pública se refuerza y se completa la formación del derecho, el juez constituye el órgano específico de éste y no sólo dicta la sentencia, sino que hace obligatoria su ejecución.

II. Este proceso que apenas esbozamos, es el resultado de una lenta y gradual elaboración, que fuera muy interesante seguir en sus detalles, pero que no cabe dentro de los límites reducidos de este trabajo. Sólo interesa a nuestro objeto señalar el hecho observado por Summer Maine, de que "siempre que en las sociedades primitivas tropezamos con un personaje que se parezca a lo que llamamos "un rey" lo encontramos aunado a la administración de justicia". ⁽¹⁾ Es decir que la historia nos demuestra que los pueblos han considerado en todas las épocas el ejercicio de la justicia como el signo más cierto del poder. Por eso es que, como lo observa Coumoul, ⁽²⁾ la justicia nunca ha sido completamente delegada; al contrario, siempre la ha retenido el soberano, sea el rey, la aristocracia o la democracia, estimándola como la parte más importante y esencial del poder público.

En la India que es una de las civilizaciones más antiguas de que se tiene noticia, se encuentra en los cuerpos legales, como el Código de Manú, "que el rey se sienta en el trono de la justicia rodeado de brahmanes ilustrados que lo asesoran". Igual cosa sucedió en las antiguas civilizaciones occidentales, pues, según todas las informaciones que de esos tiempos se tiene, los reyes eran necesariamente jueces, si bien, como en la India, eran asesorados por juristas profesionales.

Entre los hebreos, según la escritura, los jueces son presentados como héroes que también ejercen la autoridad militar, debido a lo cual decreció la actividad judicial en épocas de Saúl y de David, para cobrar mayor importancia en el reinado de Salomón. En las democracias griegas, el pueblo se reserva para sí el conocimiento en último término de las controversias públicas y privadas como una prerrogativa de

(1) SUMNER MAINE, *El antiguo derecho*, pág. 142, edic. españ.

(2) COUMOUL, *Traité du pouvoir judiciaire*, pág. 39, 1911, 2ª edic.

su soberanía; así en Atenas conocían en apelación de las resoluciones del Areópago y del Consejo de los cuatrocientos.

En Roma los reyes primitivos tuvieron incontestablemente, entre sus prerrogativas, el poder de juzgar, y cuando éstos fueron desalojados, dicho poder fué transferido a los cónsules y de éstos a los pretores quienes tuvieron la plenitud de la jurisdicción civil en virtud de ser representantes del pueblo, pero éste se reservó la justicia criminal por considerarla como la expresión mayor de la autoridad suprema. (3) En los pueblos Teutones, el Tribunal de los Cien, que parece haber existido bajo la Ley Sállica, reconoció en el rey una autoridad subsidiaria para hacer ejecutivas sus resoluciones.

Pero no solamente los pueblos de la antigüedad sino también los que le sucedieron históricamente, vieron siempre en la justicia el atributo más importante de la autoridad. Cuando la complejidad de los asuntos del Estado hizo que se delegara la administración de la justicia en funcionarios especiales, se reconoció no obstante al rey, al emperador, la jurisdicción supletoria o suplementaria, como parte esencial de su soberanía. (4) Y así, cuando en la edad media en razón de la descentralización del gobierno, los señores feudales se consideraron soberanos en sus feudos y retuvieron la justicia como cosa propia, transmitiendo el derecho de administrarla por herencia, reaccionaron los reyes, tratando de reivindicar para sí lo que significaba el signo más alto del poder. Es más que probable que con ese objeto, Felipe Augusto, rey de

(3) Observa MOMMSEN que, por efecto de la organización autocrática del Estado Romano el emperador quedó espontáneamente convertido en juez supremo de casaciones y apelaciones. Sin que se dictase ley alguna que expresamente lo convirtiese en la jurisdicción superior, de todas las partes del imperio acudían a él en demanda de justicia. *Derecho Penal Romano*, t. I, libro II, cap. IX, pág. 282 y libro III, cap. VIII, pág. 448, edic. españ., Madrid.

FUSTEL DE COULANGES explicando cómo en las Galias se implantó la apelación bajo el Imperio Romano, dice que ello se debe a que la administración de justicia se ejercía por una serie de diligencias desde el príncipe hasta el juez pedáneo, *La Gaule Romaine*, liv. II, chap. XI, pág. 320 y sig.

(4) En el siglo XII y XIII es cuando la delegación se hace corriente. En España el ejercicio de la jurisdicción se delegó en jueces alcaldes y regidores; en Francia en los bailios, prebostes y senescales; en el Imperio Germano en los burgraven y landrichter; en Inglaterra en los aelderma.

Francia, estableció el recurso por denegación de justicia ante la corte de los señores y de éste a la corte del rey, y después San Luis suprimió los combates judiciales y concedió una apelación directa a su corte de toda jurisdicción señorial. ⁽⁵⁾

El hecho que señalamos, repetido incesantemente en la historia, evidencia el carácter de autoridad que ha tenido en todas las épocas el órgano de la justicia, haya sido éste el príncipe mismo o sus delegados, derivado ello de la naturaleza de la función ejercida. Esta ha sido siempre una función social, encaminada, como ha estado, a regir la conducta de los individuos de la vida en común, para facilitar las existencia de todos; y lógicamente, no pudo ser llenada en un principio, sino por la autoridad, fuera ésta militar o política, porque al logro de ese objeto, es casi seguro, respondió su creación.

III. Naturalmente, a medida que la administración de justicia fué diferenciándose y distinguiéndose de las demás funciones fundamentales de gobierno, ha ido replegándose en los órganos que la ejercían; y como ha existido siempre una tendencia a fraccionar las funciones del Estado, de lo que es prueba evidente y palpable la separación de la iglesia cuyas funciones fueron por mucho tiempo llenadas por aquél, la justicia fué adquiriendo cierta autonomía que, necesariamente, había de rematar en su erección como rama separada e independiente de gobierno. El primer paso dado en ese sentido debió constituirlo la delegación hecha por el príncipe de parte del poder jurisdiccional en otros funcionarios, en razón de la imposibilidad material de cumplir personalmente toda

⁽⁵⁾ En un principio a la época de las invasiones de los bárbaros, las asambleas generales administraban ellas la justicia por derecho propio; pero cuando se organizaron las naciones, los monarcas recobraron la potestad de juzgar, que ante la imposibilidad de ejercerla personalmente las delegaban en los condes, duques y marqueses, si bien reservándose el derecho de conocer de los asuntos en grado de apelación. En el reino visigodo dice MARTÍNEZ MARINA que "el soberano ejerce privadamente en todas las provincias el alto señorío de justicia y el supremo imperio por medio de magistrados políticos, civiles y militares que en tiempo de los godos y en los primeros siglos de la monarquía legionense, se llamaban *duques y condes*, títulos de oficio y no de honor como al presente... *Ensayo sobre la legislación y principales cuerpos legales*, pág. 67. 1845.

esa tarea. Esa delegación debió ser en un principio, parcial e incompleta, pero sin duda sirvió para indicar la posibilidad de la existencia de una autoridad en cierta manera separada de la real, puesto que debía ser representada por otros que el príncipe mismo.

Sin embargo, para llegar a lo que se ha dado en llamar independencia del poder judicial, ha debido pasarse por un lento y gradual proceso de elaboración. Mucho hubo que andar antes de que se percibiera claramente la incompatibilidad psicológica, hoy tan nítida entre el oficio de juzgar, el de administrar y el de dictar la ley. Por largo tiempo no se reconoció la exigencia de la separación orgánica de la función jurisdiccional. El pretor romano, al publicar el edicto por el cual anunciaba, al hacerse cargo de su puesto, la solución que daría a las cuestiones nuevas, ejercía, en realidad, funciones que hoy son de la incumbencia exclusiva de la rama legislativa de gobierno; ⁽⁶⁾ y los justicias señoriales de la edad media, como los justicias reales que le sucedieron, al disponer de poderes de policía, ejercían actos esencialmente administrativos ⁽⁷⁾ que en la actualidad se consideran incompatibles con la función jurisdiccional.

Pero, paso a paso, la evolución se ha operado, siguiendo el proceso de todos los organismos que marchan de lo simple a lo complejo, hasta que el órgano jurisdiccional cobró toda la independencia necesaria para el mejor desempeño de sus funciones. Así, cuando la Constitución de los Estados Unidos de 1789 y la francesa de 1791, sancionaron el principio de la separación de poderes, ya hacía tiempo que en Inglaterra existía el orden judicial centralizado y como rama autónoma de gobierno, que, no obstante ser administrada en nombre del rey, constituía el baluarte de las libertades populares frente a las pretensiones anticonstitucionales de los reyes. ⁽⁸⁾ Producto de un proceso sociológico perfectamente explicable, la división de los poderes de gobierno no debe considerarse,

⁽⁶⁾ GARSONNET ET CÉSAR BRU, *Traité de Procédure*, t. I, pág. 21, 1912.

⁽⁷⁾ HAURIU, *Précis de droit administratif*, f. 5, pág. 54, París 1919.

⁽⁸⁾ SUMMER MAINE, *ob. cit.* pág. 166.

pues, como la obra exclusiva del pensamiento individual de Montesquieu, quien más bien fué el teorizador de lo que ya existía en el hecho y exigía el sentimiento público. Su mérito principal reside en haber elevado el hecho a la categoría de principio político y de haber logrado, con su difusión, la incorporación formal a la mayoría de las nuevas constituciones democráticas.

En efecto, en el siglo XIX los Estados emprendieron la tarea de llevar a la realidad la teoría de la división de los poderes, convencidos de que constituía una excelente garantía de libertad. Las funciones del Estado debían repartirse entre órganos diversos, los cuales procediendo en una forma autónoma e independientes unos de los otros y debiendo observar los límites rigurosos trazados por la ley, presentarían al Estado uno en su esencia y fraccionado en su ejercicio, para hacer difícil toda usurpación. De esta manera, por lo demás, se daba una mayor seguridad a los derechos individuales garantizados eficientemente por el órgano de la jurisdicción que, sustraído a las corrientes mudables de la administración y de la política, podía afirmar y mantener el imperio y observancia de la ley.

IV. No obstante ello, mucho se ha discutido entre juristas y publicistas acerca de si el orden judicial constituye realmente un poder o si es una dependencia del ejecutivo. Entre nosotros, la cuestión no tiene mayor importancia, puesto que tanto la constitución nacional como la de las provincias, han aceptado expresamente el principio de la división tripartita del poder que —según Estrada— germinó desde los primeros pasos de nuestra emancipación. Sólo desde el punto de vista doctrinario puede interesarnos la discusión, si bien pensamos que no pueden invocarse razones valederas en contra de la existencia de un poder judicial, entendido éste como rama autónoma de gobierno.

Si la división de poderes responde a la distinción de las funciones jurídicas fundamentales del Estado, no hay razón para desconocer un poder correspondiente a la función jurisdiccional que, como se ha visto anteriormente, es indispen-

sable para el mantenimiento del organismo social; y si obedece a la distinción de los órganos de gobierno con energías propias para desenvolverse autónomicamente, no se ve por qué no ha de ser un poder el orden judicial que está formado por una magistratura independiente e inamovible. Esto último nadie lo discute; la independencia funcional del magistrado es un valor entendido en teoría y en la práctica, porque no se concibe la justicia sin esas garantías.

Y siendo así ¿en virtud de qué razones se desconoce la existencia del poder judicial? Pueden agruparse en dos categorías las objeciones formuladas al respecto: las que hacen al papel de la justicia como función del Estado y; las que se refieren al concepto sobre el poder público.

Dicen los primeros que, el espíritu no puede concebir en la constitución de las sociedades modernas más que dos poderes: aquél que hace la ley y aquél que la ejecuta; de suerte que no hay lugar para un tercer poder al lado de los dos primeros. ⁽⁹⁾ Según ello, la misión de la administración y de la justicia es, en esencia, la aplicación de la ley elaborada por el poder legislativo. *Ejecutar*, cumplir el mandato legal, la norma jurídica, es la función que complementa la función declarativa del Derecho: mediante las dos tiene lugar la realización del Derecho que es el fin del Estado. De ahí que el gobierno se distribuya en dos ramas, llamadas: poder ejecutivo y poder legislativo.

Pero es indudable que esta tesis no llega a establecer claramente los caracteres diferenciales de los distintos poderes de la soberanía. Aplicar la ley o ejecutarla, como se dice, no puede ser misión exclusiva de un poder; constituye por el contrario un deber de todos los poderes públicos, incluso del legislativo y de todos los habitantes del país. Pueblo y gobierno están sometidos a la ley y deben aplicarla. Tal es la consecuencia lógica de la ordenación jurídica de las sociedades modernas, erigidas en Estado de Derecho.

Por lo demás, el régimen de la legalidad en que vive el

(9) Véase T. DUCROQ, *Droit Administratif*, pág. 54, ed. 1879. GARSONNET, *ob. cit.*, t. I, pág. 12.

Estado moderno, no permite dejar al arbitrio del Poder Legislativo, la facultad de dictar cualquier ley. Este se encuentra también ligado al derecho y debe observar las leyes *constitutivas* anteriormente elaboradas. Por lo menos, tal ocurre en Estados Unidos de Norte América y en la Argentina, países en los que el Congreso y las Legislaturas provinciales no pueden dictar determinadas leyes, y quien debe juzgar de su validez, es la administración de justicia. Tan grande facultad es lo que más evidentemente muestra el carácter de poder público de que se encuentra ésta investido.

La división de los poderes de gobierno fundada en la distinción entre las funciones de dictar la ley y la de aplicarla, es tan inconsistente, que lo mismo que sirve para sostener la existencia de un poder ejecutivo al cual se encontrara sometido el orden judicial, puede servir también para sostener la existencia de un poder judicial al que se subordinara la administración. Tal vez tuviera así mejor aplicación la teoría, puesto que, aplicar la ley es más oficio de juez que de administrador.

Fácilmente se percibe que los que consideran la autoridad judicial como una dependencia del poder ejecutivo, obedecen al prejuicio tradicional de tener a la justicia como un atributo de la persona del soberano, sea rey o emperador. Lo pone así de manifiesto Merlin cuando dice que el poder ejecutivo supremo, reside exclusivamente en la mano del monarca, por lo que no dejar al monarca el poder judicial, importa separar una cosa del todo de la que forma parte. ⁽¹⁰⁾ A reforzar esa creencia contribuye la afirmación que contienen algunas constituciones monárquicas, de que la justicia se administra en nombre del rey.

Los que así piensan, viven todavía los días ya pasados del absolutismo; olvidan que al poder del rey ha sucedido el del pueblo en quien reside la soberanía. Si antes pudo aceptarse la retención en manos del príncipe, no sólo de la justicia sino de la facultad legislativa, hoy no se concibe siquiera, porque en las democracias en lugar del poder personal se

(10) MERLIN, *Répertoire, Vº Pouvoir judiciaire*.

eleva "la autoridad del derecho", que es la expresión de la voluntad general.

No puede, por tanto, darse importancia alguna a las objeciones apuntadas, que desconocen los progresos de la civilización y de la ciencia moderna y que olvidan las transformaciones fundamentales operadas a través de la historia respecto de la fuente del poder que se atribuye Estado para establecer y mantener el orden jurídico y realizar el ideal de justicia a que aspira la humanidad. Mucho más solidez tiene la segunda categoría de las objeciones que antes señalamos.

Duguit es el representante de esta última tendencia, y la fuerza poderosa de su argumentación ha hecho, sin duda, necesario una revisión de la teoría de la soberanía, como las de otros conceptos del derecho público. Dice tan reputado autor que, en la doctrina de la soberanía nacional, la voluntad del pueblo puede ser representada por muchos órganos de representación, pero si hay muchos órganos de representación, la soberanía no puede ser dividida en muchos elementos y no se puede atribuir con el nombre de poder, a cada uno de estos órganos, un elemento parcial de la soberanía, la cual permanece y no puede menos de permanecer, a pesar de esta división, única e indivisible. "La soberanía es en efecto, agrega, la voluntad de la Nación persona; toda persona es indivisible; toda voluntad que de ella emane lo es también". Este concepto de un poder soberano uno y trino a la vez, que sin dejar de ser uno se descomponen en tres poderes independientes, es un concepto metafísico, análogo al misterio cristiano de la Trinidad y que ha seducido a los espíritus a veces quiméricos de los hombres de la Asamblea del 1789, pero que es inadmisibles cuando se trata de una constitución verdaderamente positiva del derecho público". (11)

Como se ve, Duguit no se limita a negar la existencia del poder judicial, sino que también desconoce que haya un poder ejecutivo y otro legislativo, y como esa negación proviene del concepto que del poder público tiene, no encuentra

(11) DUGUIT, *Manual de derecho constituc.* pág. 155, 1921, edic. española.

inconveniente en reconocer que en el derecho actual existe una separación de poderes; sólo que "lo que hoy se llama separación de poderes no es sino una colaboración de órganos de representación y una repartición de funciones".

Colocada la cuestión en ese terreno, llega un momento en que las dos concepciones se tocan y concilian, en cuanto se le reconoce al orden judicial un lugar en el gobierno equivalente en importancia y autoridad a la rama ejecutiva y legislativa y con capacidad para desenvolverse con independencia. Lo que funda la oposición o crítica de Duguit, es más que todo la terminología usada que, sin duda, no corresponde a los conceptos que se quiere expresar. En efecto, concebido el poder público en su sentido más amplio, como capacidad para obrar y energía para realizar su fin, se confunde con la idea de soberanía, que se define como "el poder supremo y fundamental del Estado" ⁽¹²⁾ y, en consecuencia, no se aviene con el fraccionamiento que se pretende hacer. Pero en el régimen constitucional moderno, los poderes públicos son los órganos de autoridad entre los cuales se distribuyen las funciones fundamentales del Estado, sin que ellos constituyan o absorban toda la soberanía, como lo prueba el hecho de que en muchos Estados como el nuestro, se reserva a la conciencia popular la ejecución de ciertas funciones estables, v. gr.: la reforma de la constitución.

Concebido así el poder público o los poderes públicos, para emplear el lenguaje del derecho constitucional de nuestros días, no puede haber inconveniente en aceptar la división tripartita; por el contrario, hay verdadera conveniencia práctica en su adopción, porque, como lo reconoce Posadas, ⁽¹³⁾ responde a la necesidad de defender las libertades individuales frente a las extralimitaciones del poder público. Demasiado han sufrido los pueblos las consecuencias de los excesos de los gobernantes, para que no estén advertidos de la urgencia de contenerlos por medio de "frenos y contrapesos". Y la administración de justicia erigida en poder público ha sabido,

⁽¹²⁾ GINER, *Estudio jurídico y político*, pág. 209.

⁽¹³⁾ POSADAS, *Tratado de Derecho Político*, pág. 244, 1915.

más de una vez, hacer efectiva la limitación de los otros poderes de gobierno, anulando leyes, decretos y órdenes que salían de la órbita trazada a su acción por la carta fundamental. ⁽¹⁴⁾

De todas maneras, lo que interesa es dejar sentado que el orden judicial constituye un poder público conforme a la nomenclatura del derecho constitucional moderno. Los títulos para tan alta dignidad los encuentra en las razones ya expresadas y más que todo, dice Coumoul, en el sentimiento mismo de la justicia que es uno de los más vitales y más profundos del alma humana; un sentimiento innato y sagrado.

V. Ahora bien, no obstante que, históricamente, como se ha visto, el poder judicial debe su existencia a la diferenciación de las funciones del Estado encarnadas por ley de división de trabajo en órganos o magistraturas propias, y no obstante que, doctrinariamente, encuentre su justificación en la necesidad de fraccionar el poder para evitar toda usurpación, es lo cierto que, en el hecho, ni reúne en sus manos toda la actividad jurisdiccional, ni se encuentra siempre en un pie de perfecta igualdad con respecto a los demás poderes. Por razones históricas, de ambiente o meramente accidentales, se ha llegado a tolerar o admitir derechamente en ciertos casos, que parte de la función jurisdiccional sea ejercido por otros poderes además del judicial, así como también se ha roto el equilibrio igualitario de los tres poderes, unas veces en favor del poder ejecutivo, como ocurre entre nosotros, que por la misma constitución tiene facultades exorbitantes que no se justifican en nuestros tiempos; otras veces, en favor del legislativo, tal como sucede en todos los gobiernos parlamentarios; y otros, en favor del poder judicial que, como en Estados Unidos, ejerce un verdadero control sobre los otros poderes. ⁽¹⁵⁾

⁽¹⁴⁾ S. C. DE LA PROV., t. 4º pág. 398 Ser. 4 y sentencia dictada por dicho tribunal en la causa seguida por los doctores Julio Sánchez Viámonte y Tomás R. García sobre inconstitucionalidad del decreto del P. E. de 17 de Setiembre de 1904.

⁽¹⁵⁾ E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, p. 2 y sig., París 1921.

Conviene, entonces, fijar la verdadera posición del poder judicial frente a los otros poderes.

Para ello debe, ante todo, tenerse presente que el orden judicial constituye el órgano especialmente encargado de ejercer la función jurisdiccional del Estado, y como ésta es ilimitada, según se ha visto, al poder judicial incumbe, en principio, dirimir todas las cuestiones que puedan suscitarse entre partes, incluso las que ocurran entre los poderes públicos entre sí o entre un poder público y los particulares. Es decir que el poder judicial viene a estar colocado entre el ejecutivo y el legislativo sirviendo de límite entre ellos. De otra manera no podría hacerse efectiva la separación de la rama ejecutiva y legislativa de gobierno, ni sería posible obtener el restablecimiento del derecho violado por el gobernante que es lo que primero y fundamentalmente debe procurar el Estado.

En efecto; sentado que para mantener el orden jurídico en que viven las sociedades modernas no es posible dejar sin solución ningún conflicto que pueda suscitarse, ¿cómo se resolverían los que se originasen entre los poderes públicos? ¿Podría el ejecutivo por sí y ante sí decidir de la invasión del legislativo sobre su esfera de acción o viceversa? Dejar al uno o al otro tan importante atribución, no sólo importaría asegurar el predominio de uno de los poderes sino que traería por consecuencia trastornos de importancia. En manos del poder legislativo, sería consagrar el imperio de la irresponsabilidad y el de la parcialidad consiguiente a las asambleas numerosas y siempre más obedientes a los intereses de partido que a las conveniencias generales; y como atribución del ejecutivo, podría llevarlo a la tiranía, que tanto daño ha causado a la humanidad.

Es sólo la judicatura, equidistante de los otros poderes y consagrada exclusivamente a ejercer su sagrado ministerio, la que, libre de influencias políticas del momento y con la independencia que le garante la inamovilidad, puede y debe conocer de las contiendas de los poderes públicos. Desempeñándose así no hace otra cosa que llenar su fin dentro del

marcó de sus atribuciones, pues a ella le está reservado el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado que no reconoce límites y es ineludible para facilitar la convivencia social. Los conflictos políticos no dejan de ser tales conflictos por tener lugar entre los poderes públicos. Por lo tanto, existe respecto de ellos la misma necesidad de solucionarlos que respecto de los particulares y la conveniencia de que lo sean en igual forma, por los mismos medios y con idénticas garantías. Así lo han entendido algunos estados, entre otros, la Provincia de Buenos Aires, cuya Constitución estatuye expresamente en su art. 149 inc. 2º que la Suprema Corte "conoce y resuelve originaria y exclusivamente en las causas de competencia entre los poderes públicos de la Provincia y en los que se susciten entre los tribunales de justicia con motivo de su jurisdicción respectiva". ⁽¹⁶⁾

Se ha creído ver en tan importante facultad, un avance injustificado del poder judicial sobre los otros poderes, y no han faltado los calificativos duros para condenarlo. El doctor Luis V. Varela, cuya versación y autoridad en materia constitucional es conocida, ha criticado con crudeza ese precepto de la constitución, apoyándose sobre los siguientes principios que reputa inconvencionales: 1º Que en todo gobierno representativo ninguno de los tres poderes tiene supremacía sobre los otros; 2º que cada uno de los poderes tiene derecho a interpretar por sí mismo el alcance de sus atribuciones y que posee las facultades expresas o implícitas de emplear todos los medios conducentes al ejercicio de aquellos derechos; y 3º que le está vedado al poder judicial dirimir cuestiones de naturaleza política. ⁽¹⁷⁾

Pero el estudio sereno y desapasionado del asunto, conduce necesariamente a otras conclusiones.

Cuando se dice que ninguno de los poderes públicos tiene supremacía sobre los otros, se quiere significar que.

⁽¹⁶⁾ Igualmente la CONST. DE LA PROV. DE CÓRDOBA, art. 132.

⁽¹⁷⁾ LUIS V. VARELA, *Plan de reforma de la Constitución de Buenos Aires*, t. 1, pág. 74 y sig., 1907. En el mismo sentido JUAN A. GONZÁLEZ CALDERÓN en *La Función Judicial*, pág. 142 y sig., 1911; y C. DE LA VEGA, de la *Revista Argentina de Ciencias Políticas*, t. 11 pág. 88 y siguientes.

circunscribiéndose cada uno a llenar la función que ha determinado su existencia, no tiene ni mayor ni menor preponderancia que los demás. Dictando la legislatura leyes de procedimiento que deben observar los jueces en la tramitación de las causas judiciales, no realiza acto de supremacía sobre el poder judicial, como no lo hace el poder ejecutivo nombrando el personal de la magistratura. De la misma manera, no sale de su esfera de acción, el poder judicial cuando entiende de los conflictos de los otros poderes, porque precisamente esa es su misión. Si alguna preponderancia o supremacía puede resultar de ello, se deberá a la naturaleza de la función misma, que es, sin duda, fundamental para la existencia del Estado.

Naturalmente, no se perciben estas cosas con claridad cuando se las aprecia a través del antiguo concepto absolutista del poder público, que lo consideraba arbitrario, discrecional irresponsable y fuera del alcance de la ley. Con semejante criterio, es claro que resulta un contrasentido el recíproco control de los poderes públicos; pero si como lo señala la ciencia moderna, el Estado está sometido al derecho puesto que debe procurar su realización a toda costa, los órganos del Estado deben ajustar los actos a la norma jurídica lo mismo que los particulares, y por ende son justificables al igual que éstos. Dado el ordenamiento jurídico en que viven las sociedades actuales, nadie escapa a la acción de la ley y de los tribunales. Ese es el principio democrático y jurídico más fundamental de cuantos forman el cimiento sobre que reposa el Estado.

De ahí que no deba considerarse una regla absoluta la de que los poderes públicos tienen el derecho de interpretar por sí mismos el alcance de sus atribuciones, porque sería reconocer en los gobernantes facultades omnímodas y arbitrarias inconciliables con el gobierno representativo. Los poderes públicos tienen y deben tener la más completa libertad de acción para desempeñarse; en el ejercicio de las funciones que les son propias pueden y deben obrar con prescindencia de los otros. La rama legislativa no tiene por qué

supeditar la confección de las leyes a la voluntad del poder ejecutivo, como sin embargo ha ocurrido, ni éste tiene que someter su gestión administrativa al criterio de los otros poderes: cada uno debe bastarse a sí mismo en cuanto sea necesario para llenar su fin. Pero como al procurar la satisfacción de su propio interés o al ejercer sus actividades públicas, puede chocar con la de los otros poderes o con el interés de los particulares, y como en el sistema de prohibición de la autodefensa en que vivimos, nadie puede hacerse justicia por sí mismo, resulta que es necesaria la intervención de un tercero para hacer efectivo el interés que consagra la norma jurídica. Ese tercero no puede ser otro que el poder judicial creado al efecto.

Se observa, empero, que el órgano jurisdiccional del Estado no debe intervenir en estos casos, sino cuando haya que asegurar la satisfacción de intereses *privados* tutelados por el derecho y de ninguna manera cuando se refiera a intereses de carácter político; y como los conflictos de los poderes públicos son esencialmente políticos, no pueden llevarse al conocimiento de los tribunales. Así lo ha consagrado en numerosos fallos la Suprema Corte Nacional, ⁽¹⁸⁾ sea porque no ha tenido a mano un precepto expreso de la constitución que lo autorice a ello como el ya citado de la Prov. de Buenos Aires, sea porque abrigara el temor de empañar la majestad de la justicia si se proporcionaba a los magistrados la oportunidad de complicarse en las luchas apasionadas de los partidos. Fuera de esas razones meramente circunstanciales, el señalado criterio parecería más bien responder a la idea de que la jurisdicción sólo ampara los derechos individuales; se ha pensado que el Estado ha sido creado para proteger y garantizar los derechos naturales del hombre y que a éstos debe su asistencia jurisdiccional, excluyendo a los derechos políticos que no son anteriores al Estado sino coetáneos de éste. Pero es que aun bajo esta doctrina, se admite la actividad jurisdiccional del Estado en asuntos políticos, sólo que ejercidos

(18) S. C. N., *Serie IV*, t. 111, pág. 438; t. III, pág. 420.

por poderes políticos en lugar de serlo por el especialmente creado para ello. Por lo demás, los derechos individuales no son la única razón de ser del Estado ni la jurisdicción se agota con procurar su cumplimiento o satisfacción.

El conocimiento de las cuestiones políticas por parte de la judicatura, no es una novedad. Ya en Suiza, antes de la Constitución de 1848, el tribunal federal resolvía los conflictos de derecho público sea entre los diversos cantones, sea entre los cantones y el poder federal, sea entre los cantones y los particulares. ⁽¹⁹⁾ Ello ha hecho decir a Jules Coumoul que en el país citado y en Estados Unidos de N. América, el poder judicial ha sido considerado como el árbitro natural entre las altas personalidades políticas. ⁽²⁰⁾ Y no lo ha sido sólo en esos países; también en Brasil, la judicatura ha jugado un rol semejante. En 1914 la Suprema Corte intervino en un recurso por el cual se discutía la legitimidad de dos gobiernos en el Estado de Río de Janeiro; ⁽²¹⁾ y posteriormente el Juez Dr. Kelly, resolvió favorablemente el pedido del doctor Seabrá, gobernador del Estado de Bahía, para que se le reconociera como futuro vicepresidente de la República por muerte de la persona elegida para el segundo término de la fórmula encabezada por el doctor Bernardes. ⁽²²⁾

Entre nosotros, a pesar de la renuncia que, en el orden nacional, han hecho los jueces de la facultad de conocer de cuestiones de carácter político, muchas veces han entendido en ellas por mandato expreso de la ley. Tal ocurre con el derecho de votar, que debe ser amparado contra la acción de los particulares y de la autoridad (ley 8871), lo que demuestra por lo menos, que no hay razón sustancial que justifique la eliminación de las cuestiones políticas en los debates judiciales. ⁽²³⁾

⁽¹⁹⁾ A. SOURIAU, *L'évolution de la juridiction fédérale en Suisse*, pág. 243 y sig., 1909.

⁽²⁰⁾ JULES COUMOL, *ob. cit.*, pág. 81.

⁽²¹⁾ ASSIS DE CHATEUBRIAND: *La situación política del Brasil*. La Nación, Bs. As., 23 de Julio de 1922.

⁽²²⁾ La Nación, Bs. As., 23 de Junio de 1922.

⁽²³⁾ Las cuestiones políticas a que nos referimos, son las de carácter contencioso que no pueden ser solucionadas unilateralmente por uno de los poderes en conflicto. Excluimos, por tanto, las que por su naturaleza

Así lo van entendiendo los mismos poderes públicos, como lo ha puesto de manifiesto la contestación que el P. E. Nacional ha dado por intermedio del Ministro de Relaciones Exteriores a la reclamación diplomática formulada por el Ministro de Italia para que se hiciera justicia, con motivo de la muerte del súbdito italiano Juan Miglioli ocurrida en San Juan. ⁽²⁴⁾ Por dicha comunicación, se hace presente que, no obstante la ley de amnistía dictada por la legislatura del referido Estado provincial a favor de los intervinientes en el suceso político que ocasionó la muerte de Miglioli; los tribunales podían aun conocer del hecho dejando sin efecto la referida ley si se oponía a la constitución.

El sometimiento de los poderes públicos al Derecho, es ya una realidad, o por lo menos se procura que lo sea. Lo ponen así de manifiesto la evolución y transformación que sobre todo en Francia ha sufrido lo contencioso administrativo, habiéndose llegado a admitir el recurso por exceso de poder o desviación de poder, y lo evidencia también muy principalmente, la evolución del derecho constitucional americano, que ha reconocido la acción contenciosa contra las leyes, decretos y ordenanzas de los poderes públicos, siempre que se opongan a la constitución. Ya no hay poderes arbitrarios, y los gobernantes, sean legisladores o miembros del poder ejecutivo, deben ajustar sus actos a la ley y ante todo a la constitución. Naturalmente, esa facultad de conocer de la legalidad de los actos de los otros poderes, se ha reservado al poder judicial por ser inherente a la función jurisdiccional que éste ejerce.

VI. En efecto, en la evolución de las sociedades políticas se ha llegado a lo que se ha dado en llamar período legislativo,

o por disposición legal caen excepcionalmente bajo la acción exclusiva de un solo poder, como ocurre, por ejemplo, con los relativos a la legalidad de los títulos o diplomas invocada por los legisladores electos, cuyo juzgamiento corresponde a las cámaras respectivas. Todo dependerá del régimen o sistema político seguido, puesto que las llamadas facultades discrecionales de los poderes públicos son apreciadas de distinta manera según la organización que se hubiere adoptado. Esos actos políticos son los que los legisladores consideran ajenos al contralor judicial. THAYER, *Harvard Law Review*, Vol VII; HITCHNOCK, *Chief Justice Marshall*.

⁽²⁴⁾ 16 de Marzo de 1923.

porque el derecho se manifiesta, por lo general, aunque no únicamente, por medio de leyes positivas. Estas leyes son de distinta categoría según la organización de los Estados. Entre nosotros como en Estados Unidos de N. América, se distinguen dos clases fundamentales: las constitucionales y las ordinarias. Las primeras consagran los principios superiores del derecho, y las últimas las demás reglas jurídicas que rigen la sociedad. Como es natural, estas últimas deben conformarse a las primeras, las cuales no pueden modificarse ni derogarse por el legislador ordinario. Si a pesar de ello, éste incurre en semejante transgresión, vale decir, viola el derecho dictando leyes inconstitucionales, entonces el Estado, por medio del órgano especial, o sea la judicatura, procura, en el caso concreto que le es sometido, el imperio de la ley fundamental, tratando de hacer efectivos los intereses que ésta tutela.

Es claro que en Inglaterra, donde no se conoce la distinción entre leyes constitucionales y leyes ordinarias, puesto que el parlamento inviste los poderes constituyente y legislativo a la vez, no se percibe fácilmente la forma o el medio práctico de reprimir la violación del derecho cometido por el legislador. Puesto que todas las leyes tienen la misma importancia por ser formuladas por el mismo órgano, no puede sostenerse que unas sean superiores a las otras. Sin embargo, como en la práctica es posible que se presenten leyes contradictorias o que contraríen el derecho objetivo, la "common law", los jueces han debido necesariamente resolver ese conflicto cuando se les ha presentado, suspendiendo la aplicación de ciertas leyes.

El derecho no está todo contenido en la ley; hay ciertos principios jurídicos fundamentales que están en la conciencia general y que tal vez por lo mismo, no han sido consagrados en actos legislativos. Esos principios constituyen el derecho objetivo anterior a la ley al cual ésta debe subordinarse. De ahí que no obstante que el parlamento inglés haya sido considerado omnipotente, al punto de haberse dicho de él que "todo lo puede menos convertir un hombre en mujer", no puede sin embargo, dictar ciertas leyes. El aserto se demuestra con

sólo plantear, como ya se ha hecho, las siguientes cuestiones: ¿Podría una ley prescribir, con el fin de seleccionar la raza, la muerte de todos los niños deformes, o suprimir la libertad de conciencia pronunciando la pena de muerte contra los que profesaran, o no profesaran determinadas doctrinas, o restablecer la esclavitud, o dar a determinados ciudadanos poderes arbitrarios sobre la vida y libertad de los demás, u otros casos parecidos?

Dichas cuestiones se resuelven por sí solas, y llegado el caso, no habría tribunal que aplicara leyes semejantes. El poder legislativo, malgrado el lugar preponderante que se le adjudica generalmente, debe conformar sus actos al derecho. El poder absoluto de las asambleas políticas, ha dicho el juriconsulto Dubs con motivo de discutirse la Constitución Suiza de 1874, será también condenada por el porvenir, como lo ha sido en nuestros tiempos el poder absoluto de los gobiernos de otras épocas. ⁽²⁵⁾

Se ha considerado durante mucho tiempo como una especie de dogma, que los tribunales no pueden negarse a aplicar, en el caso a ellos sometido, una ley que contrarie lo dispuesto por la Constitución del Estado. En un principio este criterio debió obedecer indudablemente a la concepción imperialista del gobierno, que no admitía la revisión por nadie de los actos del poder público; pero en la época contemporánea, se lo hace derivar del principio de la separación de los poderes: habría, se dice, una manifiesta invasión del poder judicial en los dominios de los otros poderes, si el primero pudiera negarse a aplicar las decisiones de los otros, sobre todo del legislativo.

El argumento es inconsistente, y el profesor Duguit que no se ha mostrado muy entusiasta partidario del contralor judicial de la constitucionalidad de las leyes, lo ha rebatido con éxito. Interesa, por eso, transcribir su razonamiento: "El tribunal que se niega a aplicar una ley porque la juzga inconstitucional, dice, no se entromete en modo alguno en el ejercicio del poder legislativo: no suspende la aplicación de la ley

(25) Citado por COUMOUL, *ob. cit.*, p 83.

que queda intacta en todo su vigor, lo único que hace es no aplicarla en el caso que le está sometido. Precisamente porque el órgano judicial forma un tercer poder distinto, independiente de los otros e igual a ellos, no puede obligársele a aplicar una ley que juzga inconstitucional. Los americanos lo han comprendido perfectamente; el principio de la separación de los poderes les ha conducido lógicamente a reconocer a los tribunales el derecho de apreciar las leyes. Imponer al poder judicial la obligación de aplicar una ley inconstitucional es declararle inferior al legislativo, ésto es, colocarle bajo su dependencia y violar el principio de la separación". (26)

El principio de la separación de poderes no sufre mengua alguna con la atribución conferida al poder judicial de decidir la inconstitucionalidad de las leyes. Los jueces no se adjudican, por ello, facultad legislativa, no formulan la ley, tampoco impiden que las haga el poder legislativo como le venga a bien hacérselas: se limita a resolver un conflicto entre leyes, conflicto que debe decidirse en la forma que lo prescribe el Derecho que, en este caso, está consagrado por la constitución, porque la "constitución, como lo dice Tocqueville, domina a los legisladores como a los simples ciudadanos". Es la primera de las leyes y no puede ser modificada por una ley común. Es entonces, justo que los tribunales obedezcan a la constitución con preferencia a todas las leyes. (27)

Se trata del ejercicio de una facultad esencialmente judicial. La facultad de juzgar, se ha dicho con razón, contiene la de examinar los títulos que invocan las partes, de apreciar su autenticidad, regularidad y valor legal. Y la ley es el primer título que contiene y vivifica a los otros; luego, puede ser examinada por el juez y ser declarada su ilegalidad o ineficacia si así correspondiere. Eso más o menos ha resuelto el tribunal de Casación de Rumania en el pleito seguido entre la ciudad de Bucarest y una compañía de tranvías. "Considerando, dice el fallo aludido, que cuando una ley invocada en una contienda es contraria a la constitución, el juez, ante ese

(26) DUGUIT, *Transf. de derecho público*, pág. 173, edic. española, Madrid.

(27) TOCQUEVILLE, *La démocratie en Amérique*, t. 1, p. 160, París, 1848.

conflicto no puede abstenerse de juzgar: que como en el caso de contradicción entre dos leyes ordinarias es derecho y deber del juez interpretarlas y decidir cuál de las dos debe aplicarse, es también su deber decidir cuando de una de estas dos leyes sea la Constitución; considerando que en estos límites no se podrá discutir al poder judicial el derecho de comprobar la constitucionalidad de una ley; pues en efecto, este *derecho resulta en primer lugar, natural y lógicamente de la naturaleza y de las atribuciones de este poder*, que consiste en aplicar las leyes y por tanto la ley constitucional; que no existe en la Constitución ninguna disposición que prive de este derecho al poder judicial”, etc. ⁽²⁸⁾

No es necesario, entonces, que la Constitución del Estado contenga una disposición expresa que autorice a la judicatura para decidir sobre la constitucionalidad de las leyes; esa facultad es inherente a su naturaleza y por lo tanto puede y debe ejercerla llegado el caso. Tal es la tesis sostenida en Francia por los reputados escritores Paul Beauregard y Gaston Gezé por los años 1895 y 1912 respectivamente. ⁽²⁹⁾ “Los tribunales, según ellos tienen competencia para zanjar los conflictos entre disposiciones contradictorias de las leyes. Toda ley inconstitucional choca con las prescripciones opuestas de la ley fundamental. Los tribunales tienen el deber de inclinarse ante los mandatos de la ley superior y de rehusarse a aplicar las disposiciones contrarias a la ley inferior”.

El profesor de la universidad de Lyon, Mr. Eduardo Lambert a quien pertenecen las líneas transcritas en el párrafo anterior, después de un estudio prolijo del contralor judicial de la constitucionalidad de leyes en E. Unidos de N. América, llega a la conclusión de que en Francia no es necesario ni siquiera conveniente reformar la Constitución para reconocer en el orden judicial el derecho de comprobar la constitucionalidad de una ley. “Si algunos hablan, dice, de inscribirlo en nuestra constitución, es por exceso de escrúpulo. A decir

⁽²⁸⁾ Fallo publicado por la *Rev. de droit*, public. 9, 2, p. 365 y sig.

⁽²⁹⁾ P. BEAUREGARD Y G. GEZÉ, *Monde économique* du 17 de nov. 1895 y *L'inconstitutionnalité des lois en Roumanie*, *Revue du droit*, p. 140 y sig., 1912.

verdad, no es necesario. No figura en ninguna parte en el texto oficial de la constitución federal americana. Se ha des-
envuelto como una de las atribuciones naturales de la función
judicial. Las proposiciones de la ley introducidas en su favor
en nuestra Cámara de Diputados no tenían otro fin que recor-
dar a nuestros jueces al ejercicio de uno de los deberes nor-
males de su magistratura que, bajo la influencia de tradiciones
añejas de tiempos revolucionarios, se habían deshabituado a
llenar". (30)

Esos principios han sido consagrados en casi todas las cons-
tituciones de los estados americanos y van siendo reconocidos
también por los tribunales europeos, aunque no existan tex-
tos expresos que lo consagren. (31)

VII. Es de advertir que, por lo general, cuando se reco-
noce a los tribunales la facultad de apreciar la constituciona-
lidad de una ley, lo es por vía de recurso o de excepción y no
por demanda contra la ley. Es decir que los tribunales no pue-
den anular una ley, sino dejar de aplicarla por inconstitucio-
nal en el caso de que se trate. Tal es la forma como proceden
nuestros jueces de la nación ante quienes no se puede deman-
dar la inconstitucionalidad de una ley, decreto, etc., sino ale-
gar esa inconstitucionalidad como defensa incidentalmente en
pleito, salvo los que menciona el art. 101 de la Constitución.
La jurisprudencia extranjera es casi uniforme en ese sentido.

(30) E. LAMBERT, *Le gouvernement des juges*, p. 225, París, 1921.

En el mismo sentido se pronuncia MESTRE quien dice: "En presencia
de la importante jurisprudencia sobre el control de legalidad que tiene
por efecto neutralizar los avances inconstitucionales del ejecutivo, creemos
que no puede decirse que Francia no tenga jurisdicción constitucional
desde que la Corte de Casación reconoce a nuestros tribunales, de todos
los grados, el derecho y el deber de no tener en cuenta alguna las reglas
por las cuales el ejecutivo hubiera ultrapasado sus poderes constitucio-
nales. Las razones para aplicar estas mismas soluciones a la constitucio-
nalidad de las leyes son idénticas". MAURICE HAURIU, *Recherches sur
l'exception d'illegalité en Melanges*, p. 597.

En contra: BLONDEL, *Le controle juridictionnel de la constitutionnalité
des lois*; DUEZ, *Le Controle juridictionnel de la constitutionnalité des lois
de France*.

(31) En 1890 fué admitido por el Tribunal Supremo de Noruega y
en 1893 por el Tribunal Urbano de Cristiania. Ya se ha visto también
que igual decisión tomó el Tribunal de Casación de Rumania.

Pero algunos estados han ido más lejos. La Provincia de Buenos Aires, como ciertos estados de la Unión, admite la acción contenciosa contra la ley. El art. 157, inc. 1º de la Constitución de la Provincia citada, confiere a la Suprema Corte jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre la materia regida por la Constitución y se controvertan por parte interesada. De manera que aquí, la ley, decreto, ordenanza, etc., puede ser llevada a los tribunales como si fuera un acusado, según la expresión del duque de Noailles.

La diferencia entre la judicatura de la nación y la de la provincia en lo referente a la atribución de conocer en la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, etc., son bien notorias. En el orden nacional, la cuestión puede plantearse ante los jueces inferiores como defensa o excepción incidentalmente y no como objeto principal o único del litigio, y la Suprema Corte sólo conoce en grado de apelación y en última instancia. En la Provincia, en cambio, si bien también pueden y deben los jueces en general entender de las defensas de inconstitucionalidad que las partes aleguen en los litigios comunes; tiene además la Suprema Corte atribuciones para conocer en las demandas que ante ella se promuevan con el objeto único y principal de que se declare la inconstitucionalidad de una ley decreto, ordenanza, etc. En la Nación la cuestión puede ventilarse entre particulares; en el orden provincial cuando se acciona contra la ley, debe siempre sustanciarse con el poder público o autoridad de quien emana el acto impugnado.



CAPITULO V

DEL ORGANO DE LA JURISDICCION

(Continuación)

LA JURISDICCION Y LAS CAMARAS LEGISLATIVAS

SUMARIO: I. EL PODER LEGISLATIVO Y EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. — II. VIOLACIÓN DE LOS FUEROS PARLAMENTARIOS; a) LA MÁXIMA: *Quando les aliquid concedit, concedere videtur, et illud sine que res ipsa esse non potest*, SU ALCANCE; b) CASOS JURISPRUDENCIALES DE LA NACIÓN Y EXTRANJEROS; c) VERDADERA DOCTRINA; d) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA MATERIA; LA LEY PENAL. — III. LA JURISDICCIÓN POLÍTICA DE LOS CUERPOS LEGISLATIVOS, SU CRÍTICA.

I. Hemos visto en el capítulo precedente, cómo la jurisdicción ha venido concentrándose en un órgano propio, y cómo la autoridad judicial ha ido ensanchando paulatinamente el campo de su actividad, pero sin haber llegado a ejercer toda la función jurisdiccional del Estado. Esta, en efecto, se encuentra dispersa en parte, y ejercida, aunque en una porción mínima, por los otros órganos del gobierno.

II. Debido a circunstancias históricas, sin justificación actual en la mayoría de los casos, tanto la autoridad legislativa como la administrativa, ejercen aún actos jurisdiccionales. Entre los más importantes y menos justificados, pueden anotarse los ejercidos por las cámaras legislativas de algunos países, las que se han considerado munidas de atribuciones para juzgar y castigar los desacatos contra el cuerpo o sus miembros, por actos cometidos dentro o fuera del recinto de sus deliberaciones. Y hemos dicho de algunos países, porque en la mayoría de los Estados, las asambleas parlamentarias no se han arrogado esa jurisdicción. Se trata, en efecto, de una institución nacida en Inglaterra durante la lucha del Parlamento con la Corona; de ahí pasó a las asambleas coloniales y se incorporó luego a las prácticas reglamentarias de los Estados Unidos, de donde nosotros la hemos tomado sin mayor examen.

Es de observar, empero, que, como si se hubiera querido no comprometer los principios institucionales del Estado moderno, ninguno ha consagrado en forma expresa en sus esta-

tutos fundamentales, la facultad de las Cámaras para juzgar y castigar la violación de las inmunidades parlamentarias. En Estados Unidos que, después de Inglaterra, es el país donde mayor desarrollo ha tomado la doctrina de las garantías parlamentarias, apenas si reconoce la Constitución la inviolabilidad e inmunidad personal de los legisladores; garantías éstas aceptadas como necesarias universalmente, para asegurar la independencia personal política de los miembros del Congreso. Ha sido, fundándose en los llamados "poderes implícitos" de las ramas del parlamento, que se ha reconocido a éstos la facultad judicial o jurisdiccional ya enunciada.

a) Se ha dicho que una gran máxima domina la materia de los poderes implícitos: "*Quando lex aliquid concedit, concedere videtur et illud sine quo res ipsa esse non potest*". Es decir que, cuando la ley concede algo, se entiende que concede; pero sólo en la extensión necesaria, sin la cual la cosa misma no podría existir. De ahí que se haya pretendido justificar el poder de juzgar y castigar el desacato, porque es necesario a la autoridad legislativa para el más conveniente ejercicio de sus funciones propias.

Pero por mucho que esta doctrina haya sido sostenida por los viejos parlamentos autoritarios y absolutos de otras épocas, y se encuentre auspiciada por la opinión de ilustrados publicistas y hasta consagrada por autorizados fallos judiciales, hoy no cuenta con el apoyo de los más grandes pensadores y ni siquiera con el favor de la opinión pública.

Los poderes públicos deben tener y tienen, ya lo hemos dicho, ciertas facultades que, aunque no se consignan expresamente en las leyes o en la Constitución, les son indispensables para llenar su fin. Sin ellas, podrían las autoridades encontrar comprometida su existencia o hallarse en la imposibilidad de cumplir las funciones para las que han sido creadas. Por eso, la Constitución Argentina, entre otras, en su art. 67, inc. 28, reconoce al Congreso atribuciones para "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la Constitución".

Ahora, el alcance o extensión de esos poderes, debe estar delimitado por las razones mismas que las determinan o justifican. Es decir, que sólo serán admisibles en cuanto sean indispensables y hasta donde sean necesarios. Así ver. gr.: el Congreso o cada una de sus ramas en su caso, podría arbitrar los medios para seguir deliberando o llenar su función legislativa cuando su local hubiera sido clausurado por otro poder o fuerza extraña, tal como procedió la Cámara de Diputados en 1880, que trasladó su sede a Belgrano, o como pudo proceder el Congreso en Enero de 1908 a raíz del golpe de estado del presidente Figueroa Alcorta; podría también disponer de la fuerza pública para libertar a un legislador indebidamente detenido; o apresar al que obstaculiza el libre acceso de los congresales al local de sus deliberaciones, o al que simplemente impidiera la libre emisión de la palabra o del voto a un miembro de la corporación, como generalmente se procede con las barras tumultuosas o meramente groseras. En una palabra, las atribuciones de las Cámaras no pueden ir más allá de la remoción del obstáculo que obstruya su funcionamiento o dificulte su conservación.

De ello se infiere, que esos poderes o facultades implícitas, no constituyen propiamente una prerrogativa exclusiva de las Cámaras, sino que son también patrimonio de los poderes ejecutivo y judicial, en cuanto que, como poderes públicos, deben estar capacitados para apartar el impedimento que obstaculice el cumplimiento de sus fines constitucionales. Y del mismo modo que no por esa razón los otros poderes podrían juzgar y castigar por sí y ante sí el desacato a su autoridad, tampoco lo pueden las Cámaras separadamente ni el Congreso mismo sin trastornar los principios de la libertad y del gobierno representativo, aceptados universalmente. Así lo entendió el Congreso Argentino, que apenas constituido, se apresuró a dictar la ley del 14 de Septiembre de 1863, por la que atribuye a la justicia federal el conocimiento del delito de desacato contra la autoridad legislativa.

b) De ahí, que cuando, por primera vez, se llevó el asunto al Senado, con motivo del incidente ocurrido en 1864 en que

el Senador Martín Piñero fué afectado por una publicación injuriosa que el Mayor Benjamín Calvette hizo en El Pueblo, dicho cuerpo entregó a la justicia el juicio y castigo del desacato. La facultad jurisdiccional de la Cámara nadie la pretendió; sólo se dudó de si correspondía el juzgamiento a los Tribunales por tratarse de un delito cometido por medio de la prensa. ⁽¹⁾

Llevada la cuestión a los Tribunales, el Juez Dr. Heredia resolvió que el delito no era desacato sino de abuso de libertad de imprenta; pero la S. Corte revocó la resolución ordenando la devolución de los autos para que el juez "poniendo en ejercicio su jurisdicción proceda en la causa y resuelva lo que corresponda por derecho". ⁽²⁾

La Cámara de Diputados en el año 1877, en el caso del diputado Pedro L. Funes, injuriado por el doctor Héctor F. Varela, resolvió de acuerdo con el informe de la Comisión de legislación que, "el Procurador fiscal de Sección acuse ante el Juzgado que corresponda a Don Héctor F. Varela por el delito de desacato contra los privilegios e inmunidades de la Cámara cometidos en la persona del diputado Don Pedro L. Funes". ⁽³⁾ La misma resolución tomó el Senado en 1881, considerando el despacho de la comisión de peticiones que habían mantenido encarpetado desde 1875 el asunto del Senador Don Luciano Gorostiaga, asaltado en territorio de la Provincia de Santiago del Estero e impedido de asistir a las sesiones. ⁽⁴⁾

Sin embargo, no han faltado casos, entre nosotros, en que las Cámaras se han considerado facultadas para castigar el menosprecio a su autoridad, directamente y sin la intervención judicial. En la Provincia de Bs. Aires la Cámara de Diputados arrestó a los doctores José María y Ricardo Gutiérrez, pero el Juez Dr. Zaballá, haciendo lugar al recurso de *habeas corpus* interpuesto por los arrestados, ordenó su libertad. También la Cámara de Diputados de la Nación ordenó el arresto

(1) Diario de Sesiones, sesión de 21 julio 1864.

(2) Lo contrario resolvió el mismo tribunal en el caso del senador Zapata. *Fallos*, t. 28, pág. 406.

(3) Diario de Sesiones, sesión de 26 Mayo 1877.

(4) Diario de Sesiones, sesión de 28 Diciembre de 1881.

de Don Luis de la Torre por violación del secreto parlamentario; y si bien la S. Corte reconoció la jurisdicción parlamentaria, lo hizo, contra la opinión autorizada del Procurador General Dr. Tejedor y contra el voto luminoso del Dr. Laspiur.

A su turno, el Senado Nacional se arrogó facultades judiciales con motivo de la agresión cometida en 1881 en la persona del senador Civit, abofeteado en la vía pública por el estudiante Teófilo Saa, hijo de Don Juan Saa, de cuya actuación pública hizo, el citado senador, apreciaciones desfavorables. Enterada de la agresión, la Cámara se avocó el conocimiento del asunto y pronunciándose sobre su jurisdicción conforme al despacho de la Comisión respectiva, Saa fué juzgado y condenado.

Insistió en ese temperamento el Senado en 1885 cuando el Senador Zapata fué ofendido por un artículo publicado por Don Eliseo Acevedo en el diario "El Debate". La Cámara decretó el arresto del ofensor; pero conviene hacer notar que llevado el asunto a los Tribunales, la Suprema Corte declaró: "Que el Senado Nacional no es autoridad competente para juzgar el delito de desacato previsto y penado por la ley nacional penal del 14 de Septiembre de 1863". (Fallos, t. 28, p. 406).

En 1887 la Cámara de Diputados mantuvo la misma jurisprudencia, ordenando el arresto del director de "El Quijote", Don Eduardo Sojo, por injurias cometidas por la prensa; y en 1893 dicha Cámara decretó la prisión de Don Manuel Láinez, director de "El Diario" por violación de secreto parlamentario. Ambas detenciones fueron levantadas antes de que se discutiera la cuestión en los Tribunales, adonde ocurrieron los interesados interponiendo recurso de *habeas corpus*.

c) Desde entonces al presente, las cámaras no han insistido en mantener esa jurisdicción. En 1908 cuando el Presidente Figueroa Alcorta clausuró el Congreso por medio de la fuerza, impidiendo el acceso de los legisladores a la casa, no tomó medida jurisdiccional alguna contra los autores morales o materiales del hecho. En cambio, el senador M. Láinez ocurrió a la justicia federal querellándose con el coronel Ca-

laza, a cuyas órdenes estaban las fuerzas armadas que impidieron a dicho legislador penetrar al Congreso. Planteada la cuestión de competencia, los tribunales reconocieron la suya en primera y segunda instancia, porque no se llevó el asunto a la Suprema Corte.

Más tarde los tribunales conocieron del desacato que se imputó al Fiscal Federal Dr. Benito Nazar Anchorena por retar a duelo al diputado Dr. Rodolfo Moreno a causa de ciertas críticas que contra dicho funcionario hizo el nombrado legislador, desde su banca. En Junio de 1921 la Cámara Federal de La Plata reconoció su competencia para entender en la querella instaurada por el diputado Matías Sánchez Sorondo contra Don Adrián Sánchez, propietario del diario "El Cronista" de Chascomús, en cuyas columnas apareció un suelto injurioso para el legislador, por opiniones vertidas por éste en la Cámara. Y por último, en Marzo de 1922, la Cámara Federal de la Capital se pronunció en la causa contra Don Atilio Larco por haber desacatado a una comisión parlamentaria negándose a declarar como testigo. ⁽⁵⁾

Pero ni en las discusiones, muy elocuentes por cierto, pronunciadas en las Cámaras en ocasión de tratarse los asuntos antes expresados, ni en los fallos de nuestros tribunales, se ha fijado con precisión las verdaderas ideas y principios que rigen la materia. Casi siempre se ha procedido obedeciendo a razones circunstanciales y sin dar a la cuestión toda la importancia que en sí tiene.

Generalmente, cuando se ha reconocido la jurisdicción de los Tribunales de Justicia para conocer del menosprecio a las inmunidades parlamentarias, se lo ha hecho en virtud

⁽⁵⁾ En el caso del asesinato del Senador Bordabehere perpetrado en la sala de sesiones, la justicia federal tomó intervención para juzgar el hecho, sin que la Cámara adoptase resolución alguna en defensa de sus fueros.

Las legislaturas provinciales, en cambio, han menudeado las sanciones penales creyendo velar por sus prestigios. En Septiembre de 1925 la Legislatura de Santiago del Estero impuso una pena de arresto al director de Obras Públicas de dicha provincia por considerar ofensivas a su dignidad unas publicaciones realizadas por dicho funcionario; y en 7 de Agosto de 1935 de la Cámara de Diputados aplicó la pena de arresto al Dr. Juan J. Cooke por haber hecho apreciaciones acerca de la conducta de algunos de sus miembros.

de autorizarlo expresamente la ley del 14 de Septiembre de 1863, y no porque se entendiera que a ellos correspondía en principio. De manera que, si dicha ley no hubiera sido dictada, se habría admitido, seguramente, que la jurisdicción correspondía a las Cámaras, como se ha sostenido cuando el desacato no era de los enumerados en la ley.

La Suprema Corte Nacional en la sentencia dictada en el caso de Lino de la Torre que hemos recordado, decía: "Se arguye con el art. 28 del Reglamento de la Cámara de Diputados y con la ley penal de 1863... La ley penal habilita, sin duda, a los tribunales para conocer en los casos definidos y penados. Pero de esto no se sigue que la jurisdicción de los tribunales les excluya la que corresponda a cada Cámara. Podría dudarse si se tratara de alguno de los desacatos enumerados en la ley... Esa ley no comprende disposiciones de una Cámara respecto de sus sesiones secretas. La cuestión es, entonces, establecer si la jurisdicción conferida a los tribunales para reprimir ciertos y determinados actos de desacato contra el Congreso, previstos en la ley, excluye absolutamente los de las Cámaras para corregir cualesquiera otros casos no previstos. Evidentemente, no los excluyen".

Y en el fallo dictado en la causa seguida contra el periodista Eliseo Acevedo, que es el último dictado por la Suprema Corte, estableció que: "El senado Nacional no es autoridad competente para juzgar el delito de desacato previsto y penado por la ley penal del 14 de Septiembre de 1863". Agregando: "La causa, pues, de la prisión ha sido uno de los hechos previstos y penados como desacato por la ley penal de 1863 en su art. 3 inc. 2º, y la Corte está llamada a resolver si la Cámara de Senadores es competente para juzgar ese hecho. Es, precisamente, el caso que al fallar en 1877 el del editor de "El Porteño", reservó la Corte expresamente, diciendo que no estaba entonces sometido a su jurisdicción".

Como se ve, según la más alta autoridad judicial del país, la facultad de los tribunales para entender en los juicios por desacato al Congreso, proviene de la ley. Es ésta la que le acuerda jurisdicción y por lo tanto, la que puede quitársela.

En cambio, a las Cámaras legislativas, les correspondería esa atribución, de derecho; su jurisdicción nacería de la Constitución o de su propia soberanía, como alguna vez se ha dicho, o de la fuerza de las cosas como también se ha pretendido en ocasiones.

Semejante criterio, sólo parece tener su explicación en la norma de conducta que se ha trazado el superior tribunal, de no rozar en lo más mínimo a los otros poderes públicos, con lo que, indudablemente, ha evitado muchos conflictos enojosos; pero con lo que no ha contribuido, en manera alguna, al restablecimiento de la verdad institucional. Y de esta manera, no obstante habernos dado una organización eminentemente democrática y liberal, hemos reconocido, en la práctica, nada menos que por medio del órgano judicial, que entre nosotros existen y se justifican los poderes arbitrarios.

En principio, la jurisdicción corresponde y debe ser ejercida por la administración de justicia, porque es precisamente el órgano creado para ejercer esa función. Y si en el hecho parte de la actividad jurisdiccional es ejercida por los otros poderes, lo es por excepción, y en virtud de razones circunstanciales. Siendo así, no puede admitirse que, originariamente, tengan las Cámaras legislativas facultad para juzgar y castigar la violación de los fueros parlamentarios y que, excepcionalmente, la posean los dos tribunales. Mal pueden tener esa atribución cuando, como ya se ha dicho, en la hora actual se reconoce que existe hasta una incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de legislar.

La jurisdicción misma se encuentra desautorizada cuando se la pretende ejercida por las legislaturas para castigar el atentado a su autoridad. Ya hemos visto, que en su esencia, la jurisdicción supone la sustitución de la voluntad de un tercero a la voluntad de las partes, para procurar así la satisfacción de un interés tutelado por el derecho que no se ha podido o querido cumplir. Y en el caso que nos ocupa, no habría sustitución de voluntad ni intervención de un tercero, sino que una de las partes, las Cámaras, directamente y por su propia cuenta, procurarían la satisfacción de su

interés. Es decir, que se estaría en presencia de un acto unilateral y de fuerza, que importa, más bien, la negación de la justicia.

Ha sido, pues, desvirtuado el concepto, sin justificación alguna. Y decimos sin justificación, porque no se ha demostrado, en ningún caso, que los poderes jurisdiccionales importen una defensa necesaria a los cuerpos legislativos. Para impedir cualquier obstrucción al desempeño de sus funciones de gobierno, les basta con las facultades disciplinarias. Las atribuciones judiciales les están completamente de más: la falta de juzgamiento y castigo de las transgresiones de las inmunidades parlamentarias, no afectan la existencia del cuerpo ni compromete su funcionamiento. Las Cámaras no pueden tener en ello otro interés que el de la sociedad en general, de que no queden impunes los hechos antisociales o delictuosos.

Se ha dicho, sin embargo, que existe un interés público afectado que obliga a las legislaturas el ejercicio de facultades jurisdiccionales; pero no se expresa en qué consiste. El solo interés que se descubre, es el de hacer sentir directamente el peso de su autoridad por espíritu de venganza o de mera prepotencia. De no ser así, no se ve por qué se ha de sus- traer a los tribunales el conocimiento de esa clase de delitos.

La fuerza moral que los legisladores necesitan para amparar los fueros y cuyo apoyo reclamaba el diputado Mansilla en 1887, no se consigue ciertamente con el ejercicio de poderes arbitrarios. Una autoridad así ejercida, lejos de afirmarse y de ganar en el concepto público, se desprestigia ante la conciencia general, que la supone, lógicamente, dominada por la pasión.

“Oh, nada hay que perturbe tanto la serenidad del juicio —decía el diputado Portela rebatiendo a su colega ya nombrado en un debate memorable— como la pasión de la ira”.

“Recuerda Suetonio, agregaba, que César condenó a Caius Rabirius, quien apeló ante el pueblo, y dice Suetonio —ganó su causa no tanto por la justicia que podía asistirle— quizá

no le asistía ninguna, sino porque el pueblo vió la aspereza y la ira que había puesto César para juzgarlo”.

Y la ira es indudablemente la pasión que domina a los legisladores empeñados en conseguir inmediatamente y por mano propia la reparación de los agravios inferidos a su autoridad. Sólo así se explica que las legislaturas hayan podido hacerse justicia por sí mismas.

A falta de razones en qué apoyar esas facultades jurisdiccionales atribuidas a las Cámaras, se ha pretendido entre nosotros hacer valer los precedentes parlamentarios judiciales de Inglaterra y Estados Unidos. Pero los precedentes no valen por ser tales precedentes, sino por la doctrina que contienen; y bien se ve que poco o nada aprovechable pueden tener las resoluciones de los parlamentos arbitrarios de otras épocas.

Sin embargo, ha evolucionado también la jurisprudencia extranjera y poco a poco se ha dejado a los tribunales el conocimiento de los delitos contra las inmunidades parlamentarias. Muchos de los casos llamados clásicos así lo comprueban.

En la conocida causa *Stockdale vs. Hausard*, el Parlamento inglés tuvo que ceder a la resistencia del juez que no quiso desentenderse del proceso, porque existía una ley que le daba competencia general para conocer en casos semejantes. ⁽⁶⁾

Con motivo del célebre proceso *Burdett vs. Abbot* se planteó la cuestión de si la Cámara tenía una jurisdicción criminal general para juzgar y castigar como parte de sus propios privilegios, resolviéndose en sentido negativo. ⁽⁷⁾ En el caso *Queen vs. Paty*, lord Ellenborough, contestando a lord Holt que había sostenido los poderes de la Cámara para poner en prisión a cualquiera que hubiera injuriado a sus miembros, se expresó así: “encarcelar por crímenes será cuando se trate de un juicio político, (*impeachment*), porque de otra

⁽⁶⁾ ERSKINE MAY, *Traité des lois privilèges proced et usages du Parlement* t. 1, p. 149 y sig., 1909.

⁽⁷⁾ MAY, *ob. cit.*

manera, sería reconocer a la Cámara una jurisdicción criminal que, por cierto, no he pensado en atribuirle". ⁽⁸⁾ Y en el caso Killy vs. Carson, el juez Park dijo: "El poder de castigar a cualquiera por mala conducta como menosprecio de su autoridad y sentenciarlo por el hecho de tal menosprecio y la medida de ese castigo como cuerpo judicial irresponsable para la parte acusada, cualquiera que pueda ser el hecho, es un carácter diferente y de ninguna manera es esencialmente necesario para el ejercicio de las funciones de una legislatura local ya sea representativa o no. Todas esas funciones pueden ser bien ejecutadas sin necesidad de este extraordinario poder y con el auxilio de los tribunales ordinarios para investigar y castigar los insultos e interrupciones por menosprecio (contempt)".

En el ruidoso caso Doyle con Falconer que Paschal titula: "Un gran caso en favor de la libertad" se dió un paso adelante. El tribunal que entendió en el juicio, que lo era el "Privy Council Appeal" compuesto por los más eminentes jurisconsultos de Inglaterra, estudiando el alcance de la máxima: "Quando lex aliquid concedit, concedere videtur, et illud sino quo res ipsa esse non potest, dijo: "La cuestión, entonces, queda reducida a lo siguiente: el poder de castigar y arrestar por desacato cometido en su presencia, es necesario a la existencia de una corporación para el más conveniente ejercicio de las funciones que está llamada a ejercer. Es menester distinguir entre el poder para castigar por desacato que es un poder judicial, y un poder para reconocer cualquier obstrucción a las deliberaciones y acción propia de un cuerpo legislativo, durante sus sesiones cuyo último poder es necesario para su propia conservación... pero hay una gran diferencia entre este poder y el poder judicial de dictar sentencia penal por ese delito. La facultad de remover para garantía de su propia seguridad es una cosa y el derecho de infligir castigo, es otra". ⁽⁹⁾

⁽⁸⁾ Caso citado por PASCHAL.

⁽⁹⁾ PASCHAL, en *Digesto de Derecho Federal*, de N. A. CALVO, t. II, p. 121, 1888.

En Estados Unidos también se ha hecho algo por la buena doctrina, como lo demuestra el caso *Kilbonn v. Thompson* comentado favorablemente por Hare, en que la Suprema Corte negó a las cámaras la facultad de castigar por desacato. ⁽¹⁰⁾

La evolución de la jurisprudencia extranjera que acabamos de recordar, aun en Inglaterra que es la cuna de los privilegios parlamentarios, pone en evidencia que los poderes jurisdiccionales de las Cámaras, con respecto a las infracciones que nos ocupa, no pueden existir en los estados modernos, porque contrarían las bases de toda organización democrática. El despotismo de los gobernantes no tienen justificación en la hora actual. "Es ahora regla admitida, decía Paschal comentando el célebre caso *Anderson contra Dum*, la de que no existen bajo el gobierno de los Estados Unidos (ni de Estado alguno agregamos nosotros), poderes arbitrarios. Todos los funcionarios obran bajo el imperio de la Constitución y de las leyes, y si éstas no amparan los actos de aquéllos, no quedarán ellos justificados. Los hombres no pueden ser juzgados por delitos imaginarios y no definidos, ni ante otros tribunales que los establecidos por la ley".

d) Entre nosotros, la Constitución es el más formidable obstáculo con que han debido tropezar los sostenedores de los poderes jurisdiccionales de la Cámara. Aparte del principio de la división de los poderes aceptado como de esencia de nuestro régimen político, la Carta fundamental consagra otros principios que serían vulnerados si se reconociera a las legislaturas la facultad de castigar la violación a los fueros parlamentarios. El Doctor Montes de Oca los resume en una página llena de verdad constitucional, cuya reproducción consideramos conveniente. "Por lo demás, dice el citado publicista, el sistema según el cual las Cámaras son competentes para castigar por desacato, pugna con algunos de los principios que garanten la libertad personal de los individuos y que reconoce el art. 18. Dispone que ningún habitante de la

(10) CLARK HARE, *American Constitutional law*, t. II, p. 855.

Nación Argentina puede ser penado sin juicio previo. La palabra juicio, lo sabemos ya, trae aparejada la idea de juez, de tribunal de justicia: éste es un sentido terminológico y su acepción científica. No puede pues suponerse que sin juicio, propiamente dicho, se castigue a un particular. Hay más. Según esa disposición, el juicio debe ser fundado en la ley anterior al hecho del proceso y arrogándose las cámaras el castigo de los desacatos, sean cuales sean sus privilegios, aplican una represión totalmente arbitraria. Si hemos combatido los bills of attainder del Parlamento inglés, según los cuales se inflinge a los autores de delitos comunes o políticos una pena especial, inventada para el caso ¿cómo no hemos de combatir las facultades de las Cámaras para castigar por desacato?”.

“El principio según el cual no hay pena sin ley anterior es el palladium más precioso de las libertades modernas. Reconociendo las prerrogativas de las Cámaras con la extensión que le dan sus sostenedores, se viola ese principio indiscutido ya”.

“Nadie puede ser sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Las Cámaras no son jueces, no pueden imponer penas por delitos que inventen: son tribunales especiales que se irrogan competencia para juzgar las cuestiones en que ellas supongan heridos sus privilegios”. (11)

Felizmente, la verdad va haciéndose camino en el país, más que por obra de los jueces— a quienes en realidad correspondía la defensa de sus facultades jurisdiccionales— por la actitud observada en los últimos tiempos por las Cámaras, las que, como ya se ha visto, han dejado a los Tribunales el juzgamiento y represión de los delitos por desacato a su autoridad. Esa actitud ha sido refirmada en forma solemne, al dictar el nuevo Código Penal, en el que se han incorporado todos los delitos que pueden cometerse contra la autoridad legislativa, incluyendo aun los meros desórdenes en las sesiones de las Cámaras, cuya inmediata represión fué siempre llevada a cabo por éstas.

(11) MONTES DE OCA, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 226, 1896.

Pero no ha de verse en el nuevo Código Penal ni en la ley del 14 de Septiembre de 1863, una delegación o renuncia de facultades, como alguien ha pretendido. No puede delegarse ni renunciarse lo que no se tiene, y las Cámaras nunca tuvieron, por derecho, esos poderes, aun cuando los hayan ejercido. *La lex et consuetudo parlamenti* de la Gran Bretaña, invocada también en Estados Unidos, no ha sido sino una de las manifestaciones del absolutismo de los gobiernos del pasado y, por lo tanto, carecen de fundamento jurídico en la hora presente.

No es, pues, una renuncia de facultades lo que suponen esas leyes penales, sino un reconocimiento, por parte del Parlamento, no sólo de la competencia de los Tribunales para conocer de las violaciones de las inmunidades parlamentarias, sino también de la carencia de su parte de atribuciones para castigar por sí mismo el atentado a su autoridad. De no ser así, se habría abstenido de calificar el hecho de delictuoso y de fijar la pena con que debe castigarse al autor, porque ello importa someterlo a los tribunales, o sea al órgano creado al efecto.

Y no se diga que ese reconocimiento no significa desconocer su pretendida jurisdicción propia. En la actualidad no se concibe la existencia y ejercicio de una jurisdicción concurrente, porque a ello se opone la institución de la cosa juzgada y sobre todo el principio consagrado como una garantía de todos los habitantes, de que nadie puede ser juzgado más de una vez por el mismo delito, principio de justicia superior que se contiene en la vieja máxima: non bis in idem.

Muchos serían los trastornos de orden jurídico, político y social que aparejaría la aplicación de la doctrina de la jurisdicción alternativa o concurrente, que el senador C. Pellegrini encontró tan natural y que el senador A. del Valle defendió con calor cuando en el Senado se planteó la cuestión en el caso ya recordado del Senador Civit. Un fallo de los Tribunales podría ser desconocido por una decisión contraria de carácter jurisdiccional, dictada por una Cámara Legislativa, lo que crearía una situación sin solución jurídica posible, porque emanando ambos pronunciamientos de autoridades igual-

mente competentes, ostentaría iguales títulos para imponerse y ejecutarse. Aparte de ello, se quitaría a las decisiones judiciales el valor y efecto que le atribuyen las leyes, sin adicionar prestigio alguno a la sentencia del Cuerpo legislativo, la que ante la conciencia pública, aparecería desprovista de razón y de justicia, por lo mismo que es contraria a la dictada por la autoridad judicial.

III. De manera, entonces, que la atribución de que se han creído investidos los Cuerpos legislativos de algunos países para juzgar y castigar el menosprecio o desacato a su autoridad, va desapareciendo por injustificada e innecesaria. En cambio, ha hecho camino y se ha consagrado en casi todas las Constituciones modernas, la llamada *jurisdicción política* del Parlamento, que consiste en la facultad atribuida a éste de enjuiciar a los más altos funcionarios públicos, los legisladores, inclusive; de separarlos de sus puestos y, en algunos países, hasta de condenarlos por delitos comunes.

Bien que esa facultad se refiera a la actividad puramente política de los funcionarios públicos, se trata de una verdadera jurisdicción, cuya incompatibilidad con la función legislativa no se ha percibido claramente, debido a la creencia, ya rebatida en líneas precedentes, de que los asuntos políticos escapan al conocimiento de los tribunales ordinarios. Sólo así se explica, en nuestro concepto, que en la realidad se conserve esa justicia especial, poco científica, y violatoria del principio de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. ⁽¹²⁾

(12) El distinto criterio con que los Estados han organizado dicho tribunal político, está demostrando que no es de su esencia que sea desempeñado por las Cámaras legislativas. En Grecia, por ejemplo, la Alta Corte se compone de 12 miembros elegidos a la suerte, en sesión pública, por el presidente de la Cámara de Diputados entre los de la Corte de Casación y los presidentes y jueces de las Cortes de Apelación. En Baviera, el tribunal se compone de un presidente y 6 miembros de la Corte Suprema, a los cuales se agregan 12 jurados. En Suecia, la Alta Corte está compuesta por el presidente de la Corte de Apelación, los presidentes de las Administraciones y cuatro miembros de los más antiguos del Tribunal Superior.

En los países en que se ha dejado a las Cámaras legislativas el juzgamiento de los funcionarios públicos, han ejercido la función con reco-

Tuvo, sin embargo, esa prerrogativa, un origen honroso: nació en Inglaterra en 1376, bajo el reinado de Eduardo III, y fué su objeto hacer efectiva la responsabilidad de los miembros del Ministerio. Pareció inconsecuente a los Comunes que, en un régimen de responsabilidades, quedaran impunes las infidelidades de los mandatarios públicos, y consiguieron que se les reconociera el derecho de compeler a los componentes del gobierno a presentarse a la Cámara de los Lores para responder a las acusaciones que contra ellos hiciera la Cámara popular. De esta manera se distribuyó la justicia política entre los dos cuerpos legisladores, asumiendo uno el rol de acusador y el otro el de Alta Corte, distribución que han adoptado casi todos los Estados en los que rige el sistema bicameral.

Al pasar a América el *impeachment*, que así se llama en los países anglosajones la institución que nos ocupa, ha sufrido una alteración en cuanto a sus alcances. Mientras en Europa y especialmente en Inglaterra y Francia, el pronunciamiento de la Cámara convertida en Alta Corte de Justicia, versa sobre el fondo del asunto y la interdicción política es sólo una consecuencia de la sentencia y no su único objeto, en los países americanos que han seguido el juicio político implantado en Estados Unidos, tiene únicamente por efecto la destitución del mal funcionario, quien debe responder civil y criminalmente de sus actos ante la justicia ordinaria.

Pero estas diferencias, por mucho que sirvan para caracterizar el sistema que podríamos llamar americano, no conducen, necesariamente, a la conclusión a que llegan los que tratan de conciliar el juicio político con el principio de la separación de poderes. La función que en estos casos ejercen las Cámaras, no deja de ser una jurisdicción propiamente dicha,

mendable parquedad. El Senado francés, *vr. gr.* sólo se ha constituido en Alta Corte en tres sonadas ocasiones: para juzgar al general Boulanger, a M. Caillaux y a M. Malvy. En el célebre caso de M. Cachin, que ha sido el último que se le sometió a su consideración, se declaró incompetente.

Según BRYCE en Estados Unidos, el Senado ha intervenido como alto tribunal, sólo en seis ocasiones, *La República Norteamericana*, t. I, p. 175 traduc. de BUYLLA y POSADA, Madrid.

para constituir, como se ha pretendido, un procedimiento administrativo, encaminado a separar al mal funcionario. El resultado obtenido, no determina la naturaleza de la actividad; ésta sigue siendo una actividad jurisdiccional, por más que, por medio de ella, se consiga lo que en la generalidad de los casos, por medidas administrativas. Y por cierto que no es éste el único caso en que tal cosa ocurre debido a la amplitud de la función jurisdiccional.

La confusión de ideas al respecto proviene, más que todo, del falso concepto que se tiene de la naturaleza de la materia, objeto de la jurisdicción. Se encuentra, en efecto, muy generalizada la creencia de que los asuntos políticos no pueden motivar el ejercicio de la función jurisdiccional, como si estas cuestiones escaparan a la acción del derecho. Y así es casi unánime la opinión que atribuye el carácter de actos jurisdiccionales a los ejercidos por las asambleas parlamentarias cuando juzgan a los funcionarios públicos por delitos comunes, y se lo quitan cuando conocen de las infracciones puramente políticas.

Pero nosotros hemos visto en capítulos anteriores, que la extensión de la jurisdicción es tan amplia como la fuente de que emana, y que no hay cuestión jurídica que, en principio, escape a su acción, porque siendo ella una consecuencia lógica de la ordenación jurídica de la sociedad, debe ponerse en funcionamiento siempre que exista la necesidad de mantener el imperio del derecho. De ahí que, con razón se ha dicho “que no puede haber sujeción a la jurisdicción, sino donde haya sujeción a la ley”, y viceversa: “que solamente donde haya sujeción a la ley, hay sujeción a la jurisdicción”. Y siendo así, para que las cuestiones políticas estuvieran al margen de la actividad jurisdiccional del Estado, sería menester que escaparan al derecho, vale decir, que rigiera respecto de ellas la arbitrariedad, lo que no es concebible siquiera.

Por tanto, pues, ni la circunstancia de ser funcionarios públicos las partes que intervinieron en el juicio político, ni la de ser política la causa que le da origen, ni la de tener ese

mismo carácter el tribunal elegido y el resultado que se procura, quitan a la institución su carácter jurisdiccional, a pesar de la opinión contraria del distinguido constitucionalista Dr. Manuel A. Montes de Oca. ⁽¹³⁾ La jurisdicción comprende todas las personas: gobernantes y gobernados, sean éstos nacionales o extranjeros, y todos los asuntos jurídicos, tenga o no carácter político, cualquiera que fuese el órgano que ejerce la función. Las asambleas parlamentarias podrán o no ser las más indicadas para entender en el juicio político; pero lo cierto es que las facultades que sobre el particular le confieren las leyes, son facultades jurisdiccionales. Lo mismo sería si ellos fueran conferidos a un tribunal especial ajeno a las cámaras y al orden judicial, como el Jury de Enjuiciamiento de Magistrados instituido por la Constitución de la Prov. de Bs. As., Mendoza y Córdoba.

Entendemos, sin embargo, que la atribución jurisdiccional conferida a las Cámaras legisladoras o a cualquier otro cuerpo político, como lo es el Jury de Magistrados de la Prov. de Bs. As., no es científica ni corresponde a los principios dominantes en la organización del Estado moderno. Desde luego, contradice la división tripartita del poder público y organiza una jurisdicción especial y extraordinaria, violatoria de la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley. No se encuentra ella justificada ni siquiera por los propósitos que se han tenido en vista al instituir la, si hemos de aceptar con Duguit que ha entrado en las previsiones de sus fundadores que sea un tribunal menos imparcial que los tribunales ordinarios. "Este es el pensamiento, dice el citado autor, que ha guiado a los iniciadores de la idea, de confiar el juicio sobre infracciones políticas cometidas por hombres políticos, a una Asamblea política, a una Asamblea que de hecho, las más de las veces, se halla compuesta por adversarios políticos de aquéllos a quienes ha de juzgar, y que, por consiguiente, se encuentra en la imposibilidad absoluta de juzgar imparcialmente a los acusados que comparecen ante ella y cuya suerte queda prejuzgada

(13) M. A. MONTES DE OCA, *Derecho Constitucional*, t. II, p. 239 y siguientes, ya cit.

desde el momento mismo en que se acuerda su acusación y comparencia”.

Las asambleas parlamentarias, son asambleas políticas en toda la extensión de la palabra y, por ende, ellas están desprovistas de las condiciones o cualidades en que se funda la austeridad y prestigio de la justicia. Muchas de sus virtudes, son el inconveniente más grande para que ejerzan jurisdicción. La pasión, que es el sentimiento que impera en las deliberaciones legislativas, muchas veces en bien de los asuntos en discusión, es incompatible con la imparcialidad que requiere el oficio de juzgar.

Cuando se trata de hacer efectiva la responsabilidad de los funcionarios públicos, se necesita la misma serenidad de ambiente, pureza de intenciones, imparcialidad de juicio y sentimiento de la justicia que cuando se trata de juzgar a los particulares. No se comprende, entonces, cómo pueda sostenerse la conveniencia del juzgamiento por las asambleas políticas, si éstas llevan el sino de teñir todos los asuntos con los tintes vivos de la pasión y la vehemencia, que suelen producir la ofuscación de los cerebros, la deformación de las ideas y hasta la exageración del lenguaje.

“Yo busco entre vosotros a los jueces y no veo más que acusadores”, decía Lanjuinais a la Convención, sosteniendo la incompetencia de ésta para juzgar a Luis XVI, y a fe que tenía razón. La pasión partidista o la pasión democrática o la del bien público si se quiere, había enardecido los ánimos y colocado a aquella asamblea en condiciones poco propicias para ser imparcial. Las razones que el citado orador hizo valer, aun resuenan con eco de profunda verdad, aunque fueran expresados en defensa de una testa coronada. Dirigiéndose a los convencionales les decía: “Vous ne pouvez rester juges de l'homme désarmé, duquel plusieurs d'entre vous ont été les ennemis directs et personnels; vous ne pouvez être juges, applicateurs de la loi, jurés de jugement, ayant tous, ou presque tous ouvert votre avis. Suivons une loi simple, naturelle imprescriptible; elle veut que tout accusé soit jugé avec tous les avantages que la loi du pays lui assure. *J'entands parler de*

salut public, ce sont donc des idées politiques et non des idées judiciaires que l'on vous appelle à discuter. Y'ai donc raison de vous dire que vous ne deviez pas vous montrer ici comme juges, mais comme législateurs. Si vous suivez les principes de l'ordre judiciaire, vous ne pouvez confondre en vos personnes, des rapports incompatibles que ne peuvent exister chez une nation humaine et éclairée”.

Debido al origen y forma de la representación conferida a los legisladores, no gozan éstos de la independencia que reclama toda magistratura. Por mucho que quieran sustraerse a las acechanzas de los partidos que representan, no pueden desoír sus exigencias; y como siempre que se trata de juzgar a un funcionario público, hay intereses políticos en juego, las resoluciones que al respecto toman las cámaras, no son sino el reflejo del sentimiento del partido dominante, el que no siempre está con la verdad. Los partidos políticos actúan en la arena candente de la liza democrática y se encuentran expuestos al choque de los intereses encontrados, que puede conducir a situaciones de violencia de las que, muchas veces, los legisladores son sus ciegos instrumentos.

La dificultad de dar con un tribunal apropiado que entienda en el juicio político, ha servido para explicar y justificar la jurisdicción atribuida al Parlamento sobre la materia. Descartados los tribunales ordinarios por considerárseles inhabilitados para entender en los asuntos políticos y dictar resoluciones que tengan ese carácter, se ha creído ver en la Cámara Alta las condiciones necesarias para administrar la justicia política, puesto que los senadores, según Story, si bien son representantes del pueblo, se encuentran más alejados de éste que los diputados, y pueden obrar con más independencia.

Pero se advierte, sin esfuerzo, que la dificultad de dar con un tribunal apropiado, sólo existe en la imaginación de los que consideran a la materia política incompatible con las funciones de los jueces ordinarios. Nadie ha demostrado, en efecto, que tal incompatibilidad exista. El peligro que habría de que los jueces se encontrasen complicados en los vaivenes de los

partidos políticos, no es mayor ni menor que el que puede haber de que obedezcan a las influencias de los gobernantes o que se dejen guiar por consideraciones de interés personal, en los asuntos de orden civil, comercial y criminal, que los particulares someten a su consideración. La independencia de la magistratura no puede depender de la naturaleza de las cuestiones llevadas a los Tribunales. El mal juez, lo mismo trafica sus funciones con un propósito de lucro que para congraciarse con los que detentan el poder o recibir los halagos del aplauso popular.

No se ha notado que tropiecen con mayores dificultades los tribunales ordinarios cuando se les ha dejado el juzgamiento de ciertos funcionarios públicos, como ocurre en Bélgica, Dinamarca, Italia, Rumania y Sajonia, Estados en los cuales la cámara popular puede acusar a los ministros ante el Superior Tribunal. ⁽¹⁴⁾ En ninguno de ellos, los tribunales se han complicado con las miserias y ruindades de la baja política ni se ha sentido comprometida la majestad de la justicia. Tratándose de una función netamente jurisdiccional, ha pasado la atribución conferida, con una especialidad de ciertos jueces y de ninguna manera como institución desvinculada con el orden judicial.

En algunos países, tales como Grecia, Hungría y Servia, el juicio político debe sustanciarse ante tribunales especiales, los que por ser temporarios, resultan a la par que tribunales de excepción y por tanto, antidemocráticos, jueces irresponsables, y por consecuencia, sin autoridad moral. El Jury de Enjuiciamiento de los Magistrados creado por la Constitución de la provincia de Buenos Aires, pertenece a esta categoría, aunque sólo conozca de las acusaciones contra los jueces, excepción hecha de los miembros de la Suprema Corte, que son enjuiciables ante el Senado como el gobernador, los ministros, el vicegobernador y algunos otros funcionarios, para cuyo nombramiento se requiere el acuerdo de algunas de las Cámaras.

⁽¹⁴⁾ Constitución de Bélgica, art. 90; Const. de Dinamarca, art. 69; Const. de Italia, art. 47; Const. de Rumania, art. 101.

En la práctica, el jurado ha estado siempre dominado por la agrupación política que detenta el Poder. Cuando ha sido necesario integrarlo con abogados de la matrícula, se lo ha hecho, casi siempre, con criterio estrecho de partido, de modo que su veredicto se ha resentido de parcialidad, conforme lo han exigido los intereses políticos de la agrupación a que pertenecían la mayoría de los jurados. Ese inconveniente lo han notado y más de una vez denunciado, los que han tenido que intervenir como acusadores en el enjuiciamiento de algunos magistrados. ⁽¹⁵⁾

Pero de todas maneras, como el expresado Jury sólo entiende en el enjuiciamiento de los magistrados, puede afirmarse, que en la República Argentina, tanto en el orden nacional, como en el de las provincias, existe la llamada justicia parlamentaria, cuya competencia está limitada en razón de las personas y de la materia.

Según el art. 45 de la Constitución Nacional, sólo están sometidos al juicio político el Presidente, Vicepresidente, sus ministros y los miembros de la Suprema Corte y demás tribunales inferiores de la Nación; los demás funcionarios públicos son enjuiciables directamente ante la justicia ordinaria, sin el previo desafuero o separación del cargo. No sucede así en Estados Unidos donde, como es sabido, el juicio político comprende a todos los funcionarios civiles, sin excepción.

El mismo art. 45 de la Constitución determina la materia objeto de la jurisdicción parlamentaria, cuando dice que el derecho de la Cámara de Diputados de acusar a los funcionarios ya nombrados "ha de ser en las causas de responsabilidad que se intenten contra ellos (los funcionarios) por mal desempeño o por delitos en ejercicio de sus funciones, o por crímenes comunes, después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de la causa por mayoría de dos terceras partes de sus miembros presentes". Es decir, que si bien el pronunciamiento del Senado "no tendrá más efecto que des-

(15) Nota Colegio de Abogados de Mendoza, publicado por La Nación.

tituir al acusado y aun declararlo incapaz de ocupar ningún empleo de honor o confianza o a sueldo de la Nación”, como reza el art. 52 de la Carta fundamental, las causas que dan origen al juicio pueden ser no solamente de carácter político, sino también de naturaleza criminal. De manera que las Cámaras deben conocer de esos crímenes: la de diputados, para resolver si procede la acusación, y la de Senadores, para dictar el fallo.

Naturalmente, semejante procedimiento que, sin duda puede conducir a la situación anómala de que los tribunales ordinarios no encuentren cometidos los delitos que las Cámaras dieron por existentes, desautorizando así a éstas, no llega a los extremos del que regía en Portugal y se encuentra, todavía, en vigor en Francia. Es sabido que en este último país, el Senado se constituye en Alta Corte de Justicia para juzgar al Presidente de la República por delito de alta traición o usurpación de derecho común, a los ministros por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones de cualquier naturaleza que sean y a los particulares por los “atentados contra la seguridad del Estado”, según lo dispone la ley constitucional de 16 de Julio de 1875. En este último caso, el P. E., es quien aprecia si el delito debe substraerse al conocimiento de la justicia ordinaria para llevarla ante el Senado. Felizmente, dicha Cámara sólo en tres ocasiones se ha constituido en Alta Corte de Justicia: para juzgar al general Boulanger, a M. Caillaux y a M. Malvy. Ultimamente se declaró incompetente para juzgar a M. Cachin y demás coacusados por el gobierno de M. Millerad, dando una prueba de cordura en medio de la confusión de ideas y crisis de principios en que se debate Francia después de la guerra de 1914.

La Constitución Argentina, siguiendo a la mayoría de la Constitución de los Estados extranjeros, no reglamenta el juicio político, es decir, no fija las reglas del procedimiento a seguir en enjuiciamiento. Se limita a tomar algunas precauciones a manera de garantías de los acusados. Tales son: la publicidad del juicio, la libertad de defensa y la exigencia de que, para

la acusación como para el fallo, concurren dos terceras partes de la totalidad de los votos.

Los defectos de la institución pueden apreciarse, entre nosotros, por los resultados que ha dado en la práctica. Jamás se ha puesto en movimiento el pesado mecanismo del juicio político contra el Presidente o Vicepresidente de la Nación, ni aún contra los ministros, no obstante no existir en el país el régimen parlamentario; sólo se ha dirigido contra el Poder Judicial, más bien, contra los jueces, cuando no han contado con el apoyo del P. E.



CAPITULO VI

DEL ORGANO DE LA JURISDICCION

(Continuación)

LA JURISDICCION Y LA ADMINISTRACION

SUMARIO: I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. — II. LA PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DEL INDIVIDUO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN; SUS ANTECEDENTES MEDIATOS. — III. CRITERIO CON QUE SE HA EJERCIDO EL CONTRALOR DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS. — IV. ÓRGANO A QUIEN COMPETE EL EJERCICIO DE LA JURISDICCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA. — V. TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS, EXAMEN Y CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS QUE SE ADUCEN EN SU APOYO. — VI. ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL - DERECHO COMPARADO. — VII. TRIBUNALES ESPECIALES DENTRO O FUERA DEL ORDEN JUDICIARIO.

I. Así como el órgano legislativo de algunos países, según lo hemos visto en el Capítulo precedente, se ha creído investido de facultades jurisdiccionales, así también la Administración se ha atribuido parte de la función jurisdiccional del Estado, ejerciendo la función administrativa o contencioso-administrativa. No es sin embargo admitida en todas partes esa colaboración directa del órgano administrativo en el ejercicio de la función reservada al orden judicial, pero es tan grande el desarrollo alcanzado en algunos países, que su influencia se ha sentido en casi todo el mundo con más o menos intensidad. Debido a ello y no obstante las garantías que en la práctica se concede día a día a los administrados, se ha mantenido hasta el presente una verdadera confusión en las ideas respecto a lo contencioso-administrativo.

II. La protección jurisdiccional del individuo contra la administración, ha alcanzado su mayor desarrollo en la Francia contemporánea, en cuanto prácticamente se ha llegado a someter casi toda la actividad administrativa a la acción del Derecho, aun cuando la función jurisdiccional, a este respecto, se haya desnaturalizado en principio, como veremos más adelante. De ahí, sin embargo, no ha de inferirse que tenga su origen en ese país lo contencioso-administrativo. En otro lugar dijimos, que por el contrario, se encontraban en Inglaterra los

antecedentes más remotos de la institución, pero bien entendido que no con el carácter que hoy tiene, sino en cuanto allí, antes que en ninguna otra parte, existió la posibilidad de reclamar de los actos de los gobernantes.

Es sabido que durante mucho tiempo el gobierno era omnipotente y sus actos indiscutibles, ya fuera porque se considerara que el poder público residía en la persona que lo ejercía quien a su vez lo había adquirido por el derecho divino o sobrenatural, ya porque se viera en todos los actos de la autoridad una manifestación de *imperium* o de soberanía. Y es indudable que sólo cuando esta concepción imperialista del poder público fué desapareciendo y se garantizó a los particulares contra la arbitrariedad de los reyes, pudo germinar la contencioso-administrativo, que supone la sujeción del Estado a la ley y la responsabilidad de éste por los actos de los gobernantes. Mientras no fué posible cuestionar la legalidad o justicia de los actos de la administración, no ha podido pensarse siquiera en una jurisdicción administrativa. Históricamente, ésta debió aparecer después que lo contencioso-administrativo existió, esto es, después que pudieran controvertirse los actos de la administración.

De manera, pues, que si bien lo contencioso-administrativo ha obtenido el más completo desarrollo y tomado su verdadero carácter en Francia, fué preparado por los progresos del derecho público anglosajón. La Magna Carta, el Bill of Rights y el acta de Habeas Corpus que reglamentaron la autoridad de los reyes en beneficio del pueblo, le despejaron el camino. Y cuando Francia instituyó la jurisdicción administrativa, se encontraba ya en cierta manera regulada por el derecho la actividad del Estado, de modo que entre éste y los particulares era posible la existencia de relaciones de derecho privado y de derecho político, como lo era desde hacía tiempo en Inglaterra y después en Estados Unidos.

III. Pero no por eso desapareció por completo el concepto tradicional de la autoridad como "poder soberano". Ha seguido, por el contrario, dominando a través del paulatino progreso del derecho público y en especial del administrativo. De

ahí que la jurisdicción contencioso-administrativa haya sido en sus comienzos, y conserve todavía en algunas partes, el carácter de jurisdicción especial fundada sobre el privilegio de la administración. Aún se considera que ésta necesita una jurisdicción especial, como los señores de otras épocas, porque su importancia, grandeza y diferencia fundamental con los administrados, no le permite descender ante la justicia ordinaria como un litigante cualquiera.

Es así que en un principio, la jurisdicción contencioso-administrativa fué ejercida por la Administración misma. En Francia se entregó al Consejo de Estado, pero el Consejo de Estado era el Consejo del Rey, por medio del cual éste ejercía los poderes reunidos en su persona, entre los cuales estaba el poder judicial. El monarca había delegado en los cuerpos judiciales la administración de la justicia ordinaria, pero se reservó ejercerla para ciertos asuntos, sobre todo para los concernientes a la administración pública. El Consejo de Estado era "el órgano de la justicia retenida, es decir, de aquella que el príncipe se reservaba ejercer como lo juzgaba conveniente según lo exigían las circunstancias, las necesidades del gobierno y la lógica del principio que no admite límites a la autoridad real". (1) Conservó ese carácter la institución, a través de los distintos gobiernos que se sucedieron en Francia, hasta que la ley del 24 de Mayo de 1872 le dió la organización que hoy tiene. Desde entonces, se considera desterrada la justicia retenida y vigente la justicia delegada, puesto que según el art. 9 de la expresada ley, el Consejo "estatuye soberanamente sobre los recursos contencioso-administrativos".

IV. Sin embargo, la jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por jueces administrativos, constituye una excepción al principio constitucional moderno que adjudica a la judicatura el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado. Tal excepción que no se encuentra suficientemente justificada, por cierto, tiene empero su explicación en el concepto tradicional de "poder soberano", "poder público", atribuído a la

(1) COUMOU, p. 102, *Traité de Pouvoir Judiciaire*, París 1911. DE LA GRASERIE, t. III, p. 922. *De la justice en France*, París, 1914.

rama ejecutiva de gobernar; concepto tan arraigado que se manifiesta aún en los países en que la justicia ordinaria, constituye un poder, como ocurrió en la República Argentina, donde hasta no hace mucho tiempo la ley exigía la venia previa del Congreso para demandar a la Nación en su carácter de poder público. La autoridad, según ese criterio, no puede ser juzgada sino por sí misma, y cuando lo es por otro, lo ha de ser con su consentimiento. Es decir, que todavía se piensa y procede como en las épocas del absolutismo; sólo que en aquel entonces el soberano era el monarca y hoy se pretende que lo sea el Estado.

Con todo, no puede desconocerse el progreso alcanzado en el terreno de la práctica más que en el de la doctrina. No obstante el preconceito tradicional que hemos señalado, en el hecho, la administración ha dejado de ser un poder discrecional para someterse al régimen de la legalidad. La actividad de los agentes administrativos se encuentra regulada por el derecho, como lo está la de los particulares, y en consecuencia, la jurisdicción sobre lo contencioso administrativo existe en todos los Estados, aunque no se haya organizado con carácter especial. Esto es lo que conviene tener presente para evitar confusiones.

V. En efecto; se ha sostenido con alguna frecuencia que la jurisdicción contencioso-administrativa propiamente dicha, no existe sino cuando es ejercida por un órgano que forma parte de la administración; y semejante afirmación no sólo es errónea sino que también peligrosa. Es errónea, porque, como lo hemos visto, puede haber jurisdicción contencioso-administrativa aún con carácter especial con sólo tribunales ordinarios; y es peligrosa porque hace suponer que sin tribunales especiales, administrativos o judiciales, no hay la posibilidad de garantizar a los administrados contra la arbitrariedad de la Administración.

Antes de ahora hemos demostrado que la jurisdicción, como función fundamental del Estado, es una en su esencia e ilimitada en su extensión, y que la división o fraccionamiento que en la práctica se hace, lo es sólo en razón de la tendencia

a especializar las disciplinas jurídicas, y más que todo por la conveniencia que deriva de la división del trabajo. ⁽²⁾ De la misma manera que se ha dividido la jurisdicción en civil, comercial y criminal según sea la materia que especialmente se ha dejado al conocimiento de ciertos jueces, así también la jurisdicción contencioso-administrativa puede existir como jurisdicción especial dentro del orden judicial, tal como ocurre en la Provincia de Buenos Aires. En ese Estado existe una jurisdicción contencioso-administrativa especial, no obstante ser ejercida por la Suprema Corte que, es un tribunal ordinario aunque de la más alta jerarquía.

De manera, pues, que, como jurisdicción especial, ⁽³⁾ la de lo contencioso-administrativo puede existir indistintamente con tribunales administrativos o judiciales; pero también puede existir como jurisdicción ordinaria cuando lo contencioso-administrativo es entregada a los tribunales ordinarios como cualquiera otra materia del fuero común. Es en este sentido que puede afirmarse, como lo han hecho algunos autores, que lo contencioso-administrativo existe por el solo hecho de existir una Administración.

Si la jurisdicción no pudiera ejercerse sobre los actos administrativos sino cuando aquélla se hallase organizada con un carácter especial y como dependencia del poder administrativo, no podría decirse que lo contencioso-administrativo existe por sólo haber una administración. Lo contencioso-administrativo, como su mismo nombre lo indica, supone contienda, lucha (contendere) y jurídicamente, ella no puede existir sin juez que la dirima. La idea de lo contencioso es inseparable de la jurisdicción, aunque históricamente ésta sea una consecuencia de aquélla.

De lo dicho, se infiere que la jurisdicción contencioso-administrativa, no constituye una potestad inherente a la Administración pública y de la cual necesite para llenar su fin, como sin embargo se ha sostenido. Lejos de ello, resulta más bien una función incompatible con la actividad que le es propia. Lo demuestra la organización que los Estados han

(2) Capítulo I, pág. 41.

(3) Empleamos el término en la acepción vulgar y no técnica.

dado a la llamada *justicia administrativa*, la que es ejercida por tribunales independientes de la administración activa, no obstante el carácter de dependencia administrativa que se le atribuye. Se trata de funcionarios ajenos a la administración o a la función administrativa; y el calificativo de *personal consultivo* que se le da, no le quita su verdadero carácter judicial. La cuestión así queda reducida a un juego de palabras.

Se dice que la *jurisdicción administrativa* es un complemento natural de la función de administrar que corresponde a la Administración; pero nadie ha demostrado que lo sea en realidad. "Si la administración, dice Colmeiro, carece de potestad para explicar sus actos, decidir las reclamaciones que suscitaren sus providencias, resolver las dudas y dificultades relativas a su ejecución; si no pudiese remover los obstáculos que opusiesen a su marcha un interés legítimo o el derecho de un tercero, tampoco tendría libertad de acción; y sin ella en el orden político ni en el orden moral puede exigirse responsabilidad alguna. (4) Pero bien se ve que este autor atribuye carácter jurisdiccional a actos que no lo son. La ejecución previa a toda contienda, que se concede a ciertas decisiones administrativas, no a todas, no es inherente a la jurisdicción, como no lo es la facultad de ejercer el propio control. Y la facultad de separar los escollos que se opongan al ejercicio de la función administrativa, atañe a la administración como a los otros poderes en su caso, según se ha visto, sólo en cuanto es necesaria para llenar su fin. Luego, quedaría por demostrar precisamente lo que se da por demostrado, es decir, que el ejercicio de la jurisdicción es indispensable a la Administración, lo que no se consigue, porque lo desvirtúa el hecho de que en la mayoría de los Estados esa atribución es exclusiva del orden judicialio.

El esfuerzo realizado por los autores para justificar la jurisdicción administrativa como inherente a la Administración, resulta de todas maneras infructuoso. Las razones que se han dado no convencen, porque no hacen a la esencia de

(4) COLMEIRO, *Derecho administrativo español*, t. II, pág. 296, Madrid 1867.

la función, sino que se basan o en el carácter de autoridad superior que se atribuye al poder administrativo, o en circunstancias accidentales, como la que acabamos de examinar o la que estudiaremos a continuación.

Se ha dicho que en "la realización de las funciones administrativas, el poder Administrador, se ve, a veces, obligado a resolver o zanjar, con la autoridad de poder público que es, cuestiones de hecho y aun de derecho susceptibles de ser sometidos actual o ulteriormente a las decisiones de los Tribunales", ⁽⁵⁾ y que, por lo tanto, hay conveniencia en que sean tribunales administrativos y no judiciales los que deban conocer en lo contencioso administrativo. Pero fácil es colegir que la circunstancia de que la Administración, se vea, en ciertos casos, obligada a resolver las cuestiones que se susciten con los administrados, no justifica el ejercicio por su parte, de la función jurisdiccional en todo momento, porque de un hecho accidental no puede inferirse la existencia de una situación permanente. Una cosa es que por excepción puede tener la autoridad administrativa que hacer de juez en los conflictos en que se vea envuelta con los particulares, y otra muy distinta que ello constituya una actividad que le corresponda ejercer de ordinario como función propia. Además, cuando la administración dirime las contiendas a que nos hemos referido, no lo hace propiamente con carácter jurisdiccional, porque no puede erigirse en juez siendo parte; sólo resuelve una situación provisionalmente, diremos, sin perjuicio de la solución que en definitiva pueda dictar la autoridad judicial, si a ella se recurre. Se trataría así de una atribución excepcional tolerada en holocausto a los servicios públicos, cuyo funcionamiento debe el gobierno asegurar.

Ha contribuido, sin duda a complicar la cuestión, el reconocimiento o admisión del recurso administrativo de anulación, que tanto prestigio ha dado al Consejo de Estado francés. Según el art. 9 de la ley del 24 de Mayo de 1872, el Consejo de Estado estatuye sobre las demandas de anulación por exceso de poder contra los actos de las diversas autorida-

(5) BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. II, pág. 543, edic. 1921.

des administrativas; y naturalmente, en presencia de ese texto legal, se ha entendido que al reconocer tal facultad al Poder Judicial, es consagrar la supremacía de éste sobre la administración. Juzgar, en efecto, del valor de los actos administrativos cuando éstos no afectan ningún derecho particular, no es cosa que necesariamente deba competir a la judicatura, máxime cuando la decisión tiene un carácter general, *erga omnes*, puesto que el acto anulado es destituido de efecto legal para todo el mundo. Sin embargo, no tiene mayor importancia la objeción así formulada.

El recurso por exceso de poder no es lo que caracteriza la jurisdicción contencioso-administrativa, por más que haya contribuido en alto grado al desarrollo del derecho público moderno. Si bien constituye una facultad que puede conferirse a los tribunales ordinarios, no es de la esencia de su función especial; lo mismo podría pertenecer a la autoridad administrativa, pues incumbe a todo poder público controlarse a sí mismo y anular sus actos ilegales. En ese caso lo llamado contencioso-administrativo no es contencioso propiamente dicho, y por tanto, no es jurisdicción en su verdadera acepción. Tal vez considerando esa faz de la cuestión, es que Berthelemy ha podido decir que, "en realidad los tribunales administrativos son respecto de los actos y decisiones administrativas, lo que las cortes o tribunales de apelación respecto de las decisiones de los tribunales inferiores". ⁽⁶⁾

Conceptualmente, la jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por la administración misma, carece de sentido. La jurisdicción supone la intervención de la voluntad del Estado que, como tercero, se sustituye a la voluntad de las partes litigantes para obtener la satisfacción de un interés tutelado por el derecho que ha quedado incumplido. De ahí la máxima *nemo iudex in causa propria*, que sería desconocido en el caso que nos ocupa, porque una de las partes, la más fuerte, o sea la Administración, impondría su voluntad aunque lo fuera en beneficio de la otra.

Por eso, desde que la concepción científica de la jurisdic-

⁽⁶⁾ BERTHELEMY, *Traité élémentaire de droit administratif*, pág. 933, París 1916.

ción se abrió camino, no pudo admitirse la jurisdicción contencioso-administrativa ejercida por la administración misma. Cuando en Francia se creó el Consejo de Estado con atribuciones para resolver las dificultades que se suscitaran en materia administrativa de cualquier naturaleza que fuera, se inició un movimiento de opinión tendiente a obtener la supresión de lo contencioso-administrativo. A eso se debió, según Duguit, que la doctrina y la jurisprudencia se esforzaran en reducir los asuntos de incumbencia del tribunal Administrativo. Así fué que nació la distinción de los actos de *autoridad* y actos de *gestión*, para excluir estos últimos de la competencia administrativa. Y, si bien es cierto que con el andar del tiempo el Consejo de Estado ha extendido su competencia a casi todos los asuntos en que la administración es parte, operándose de esta manera una evolución en sentido contrario a la que hemos señalado, no lo es menos que la organización que se ha dado a dicho tribunal lo hace formar parte de la judicatura, cualquiera que sea la denominación que se le dé. Los jueces administrativos como los del tribunal francés, con independencia para desenvolverse autónómicamente, son verdaderos jueces y nada obsta, como dice Bulrich, (7) para que formen parte del poder judicial.

El principio de la separación de poderes ha servido también para justificar la existencia de tribunales administrativos. Si cada uno de los poderes públicos es autónomo y debe bastarse a sí mismo, se arguye, no puede admitirse la intervención de los jueces ordinarios en los pleitos originados con ocasión de los actos administrativos, porque importaría subordinar la administración al poder judicial. Nadie que no sea la misma administración, se agrega, puede analizar sus actos por ilegales que sean; lo contrario significaría reconocer al poder judicial el derecho de revisión respecto de los demás, lo que es atentatorio a su independencia.

El argumento circuló en Francia donde hubo una época en la que se llevó al extremo el principio de la separación de poderes, pues las leyes constitucionales, de 1790 y 1791

(7) BULRICH, *La responsabilidad del Estado*, pág. 282, Bs. Aires, 1920.

prohibieron a los jueces, "bajo pena de prevaricato, perturbar de cualquier manera que sea la función de los administradores ni citar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones", pero en la actualidad, el argumento carece de valor, no sólo porque muchas leyes han concedido expresamente a los tribunales ordinarios competencia para entender en asuntos en que la administración esté interesada, sino también porque la independencia absoluta de los poderes no existe.

Por lo demás, el poder judicial es el encargado de ejercer la función jurisdiccional del Estado. Su función es ésa; luego, ejerciéndola, no sale de su esfera de acción. Es por eso que el principio de la separación de poderes ha sido invocado con más acierto y razón por los que sostienen la jurisdicción única de la judicatura.

No existen, pues, razones verdaderamente jurídicas que fundamenten la separación de la jurisdicción ordinaria y la administrativa, entendida esta separación como función propia de la Judicatura y de la Administración respectivamente. Hauriou sostiene que, si las hay, y que éstas son de dos órdenes: las primeras, derivan del hecho de que a un género especial de asuntos corresponde lógicamente un juez especial, y las segundas, son la consecuencia de la situación de privilegio en que el poder público se encuentra con respecto a los particulares; pues si el Estado consiente en someter sus actos a un juez y corre el riesgo de una condena lo ha de ser a un juez distinto de los comunes, que por pertenecer a la misma administración y participar por tanto de la fuerza y poder de ésta, ha de construir una verdadera garantía para todos. ⁽⁸⁾ Veamos si, en efecto, estas razones revisten la importancia que se pretende.

Desde luego, la jurisdicción ordinaria no excluye la especialización de las disciplinas jurídicas. Los jueces ordinarios pueden tener limitada su competencia a determinada clase de asuntos según así lo exijan las circunstancias especiales, como se ha hecho en la mayoría de los países con respecto a los

⁽⁸⁾ HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public.*, pág. 997, edic. 1919.

asuntos civiles, comerciales, criminales, etc. Nada obsta entonces, para que la materia administrativa sea de la especialidad de ciertos jueces ordinarios. No debe de existir ningún inconveniente serio que se oponga a ello, cuando los Estados que han organizado su jurisdicción administrativa dentro del poder judicial, se desenvuelven sin otras dificultades que las que se derivan de las cuestiones de competencia propias también de los tribunales administrativos.

En cuanto a la otra razón señalada por Hauriou, es aun menos consistente. Ninguna institución puede racionalmente fundarse sobre la existencia de un privilegio. Esa distinción es odiosa y repugnante al Derecho, el cual es la razón por la que puede el Estado ser justiciable. La igualdad jurídica de los litigantes, es condición necesaria para el ejercicio de la jurisdicción, y esa igualdad no existiría si hubiera de reconocerse la prerrogativa en que se quiere apoyar la jurisdicción administrativa. Además, no debe reconocer mayor fundamento esa prerrogativa, cuando invariablemente se ha admitido el enjuiciamiento del Estado ante los tribunales ordinarios por los actos llamados de gestión. ¿Cómo es que en estos casos se deja a un lado el pretendido privilegio? ¿Acaso no es siempre el Estado o Administración la que litiga?

No se puede negar, sin embargo, que todavía está arraigada en la conciencia general, el sentimiento, más que la convicción, de la situación de privilegio del P. E. con relación a los particulares y aun a los demás poderes. Los tribunales mismos, se suelen sentir algo así como cohibidos ante la Administración litigante; sus decisiones trascienden a debilidad o temor hasta en el lenguaje. Así, es muy común entre nosotros, no obstante el carácter de poder público autónomo que la Constitución atribuye a los tribunales, hablar de *Superior Gobierno* para referirse al P. Ejecutivo, como si efectivamente se le reconociere superioridad y dominio. Pero con todo, un prejuicio semejante, por hondos que sean las raíces que todavía lo tengan en pie, no puede servir para justificar una institución desde el punto de vista científico ni jurídico, que es lo que se procura.

Duguit se sirve del apuntado preconcepto, no obstante hacerlo blanco de su crítica severa, para explicar la conveniencia práctica de los tribunales administrativos, más que para dar una razón jurídica que los justifique. "Los tribunales, dice, hasta los más altos, están aún poseídos de este temor supersticioso que durante largo tiempo ha inspirado la administración a los franceses y muchos se hallan muy cerca de considerar el acto administrativo como una cosa sagrada. No es de extrañar por esto que las gentes tengan poca confianza en los jueces ordinarios en cuanto un asunto toca de cerca o de lejos con una cuestión administrativa y que toda su esperanza esté en el Consejo de Estado que en muchas circunstancias ha sabido, mejor que el Tribunal de Casación, proteger al individuo contra la arbitrariedad administrativa". ⁽⁹⁾ Es, por tanto, el éxito real o aparente del Consejo de Estado francés y la pusilanimidad de los jueces ordinarios frente a la administración, lo que para el citado autor hace recomendable los tribunales administrativos; pero tal circunstancia de hecho, no convence que los beneficios obtenidos sean propios de la institución y no de otras circunstancias accidentales.

El Consejo de Estado ha gozado, en efecto, casi siempre, de un prestigio que no ha sido superado por ningún otro tribunal de Francia, pero ello se ha debido, más que todo, a las altas personalidades que lo han ilustrado con su sabiduría, su independencia y liberalismo. Nadie podría asegurar que con jueces incapaces o venales, el Tribunal hubiera dado el mismo resultado; por el contrario, todo hace suponer que hubiera degenerado en un instrumento de opresión, como lo ha sido en otras épocas. ⁽¹⁰⁾ Siendo así, fácil es colegir que el éxito no es de la institución sino de los hombres que la administran, y los hombres son un factor accidental en la vida de las instituciones. Estas deben reposar sobre bases más sólidas y duraderas como para que la intervención eventual de malos elementos no desvirtúe su naturaleza ni frustré los propósitos que han determinado su existencia.

⁽⁹⁾ DUGUIT, *Las transformaciones de derecho político*, traduc. español, Madrid.

⁽¹⁰⁾ COUMOU, *ob. citada*, pág. 173.

Hay una circunstancia que ha facilitado el desenvolvimiento del tribunal administrativo en Francia y que le ha conquistado las simpatías de ciertos espíritus innovadores. Ella es la que deriva de haber podido obrar con mayor libertad que los tribunales ordinarios, debido a que formando parte de la Administración, se le ha hecho participar de los poderes discrecionales que se atribuye al P. E. Llamados esos tribunales a dilucidar cuestiones de índole un tanto distintas de las que rige el derecho privado, han elaborado paulatinamente un nuevo derecho, el Derecho Público que se ha ido formando al margen de aquél. Es por eso que Houriou ha podido afirmar que el Derecho Público (se refiere al francés), es un derecho jurisprudencial pretoriano, es decir, formado y creado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, como los Pretores de Roma creaban el derecho privado en ciertos casos. Y naturalmente, este derecho generado e impuesto por las nuevas necesidades de la civilización, por los nuevos fines del gobierno moderno y las libertades de una época más adelantada, ha debido ser recibida con el aplauso unas veces, de los partidos avanzados que vislumbraron así la posibilidad de que en un porvenir no lejano obtuvieran sanción jurídica sus utopías, y otras, de los estatalatras, que acariciaron la posibilidad del triunfo de sus concepciones basadas sobre un sistema de concentración económica y política.

Pero por mucho que el Consejo de Estado haya sabido consagrar los progresos del derecho administrativo francés, no por ello se ha de cambiar su carácter de órgano jurisdiccional ni se le ha de reconocer una función creadora del derecho. El Derecho Público no debe exclusivamente su existencia a los tribunales administrativos, ni éstos han sido indispensables para el progreso de aquél. Muchos son los países que con sólo tribunales ordinarios han visto adelantar esa rama del derecho en una proporción mayor que otros que disponen de tribunales administrativos.

Los jueces ordinarios, como órganos de la jurisdicción, no deben necesariamente reducir su función a la aplicación del Derecho Privado. Puestos en el trance de resolver cues-

tiones entre el Estado y los particulares, no hay razón para que no lo hagan con la misma justicia que en los casos ordinarios. Si la ausencia de disposiciones legales de derecho público es lo que puede trabar su acción, no hay por qué suponer en situación distinta a los tribunales administrativos a no ser que se les considere armados de facultad legislativa.

En los países donde, como Francia, los tribunales administrativos han creado el derecho público, o mejor dicho, recogido del ambiente las normas jurídicas que todavía no han sido consagradas por la ley, los jueces ordinarios habrían hecho lo mismo si hubieran sido llamados a conocer en cuestiones semejantes. ⁽¹¹⁾ Las razones que determinan el proceder de aquéllos habrían movido igualmente a éstos a proceder de idéntica manera. Pero si así no hubiera sucedido, su inercia habría provocado la acción legislativa con lo que se habría ganado institucionalmente, porque es al legislador a quien en definitiva compete la función de dictar la ley.

Es un error considerar a los tribunales ordinarios como los guardianes de las libertades individuales únicamente. Su función no se concreta a procurar la satisfacción de los intereses garantidos por el derecho privado, ni es su misión beneficiar a los particulares en detrimento de los derechos del Estado tutelados por el derecho público. La actividad judicial debe tender a asegurar la actuación del derecho en cada caso, sea público o privado, en provecho del Estado o de los particulares según correspondiere, sin que ello entrañe peligro alguno, porque el derecho es unó en su esencia y no se concibe al derecho público en pugna con el derecho privado. Si en la práctica ocurre que una disposición legal de derecho público contradice otra de derecho privado, es porque una de las dos normas jurídicas no constituye derecho.

No hay razón, pues, para suponer a los tribunales ordi-

(11) Un caso, entre tantos, se tiene, en el fallo dictado por la Cám. Civ. 2ª de La Plata el 20 de diciembre de 1927 en el que resolvió la improcedencia de un embargo trabado sobre la pensión de los herederos del deudor, por tratarse de un asunto que no está regido por el derecho común sino por el derecho administrativo, debiendo por lo tanto aplicarse la ley provincial sobre la materia, cuyo art. 49 dice que, "la cuota embargada al jubilado no afecta la pensión o pensiones de sus herederos".

narios apegados al derecho civil como a una *summa scientiae* e incapacitados para comprender y aplicar el derecho administrativo. ⁽¹²⁾ Las distintas ramas del derecho no se excluyen sino que por el contrario se compenentran y corresponden, de tal manera que el derecho privado termina donde empieza el derecho público. La armonía entre las normas jurídicas de distinta naturaleza es necesaria y constituye la esencia del Derecho mismo. No es uno mejor ni superior al otro; los dos obran en distintos planos sin que exista la posibilidad de tocarse. El derecho público rige relaciones del Estado con los particulares, y el derecho privado, relaciones de los particulares o de éstos con el Estado cuando según la ficción admitida entre nosotros, el Estado obra como persona jurídica y no como autoridad pública. El derecho civil pues, nada tiene que hacer con las primeras, ni el derecho público con las últimas, porque no hay que confundir el orden público ni el interés público con el derecho público. Y si en la vida práctica nos encontramos conque muchas normas de derecho privado han desaparecido al par que han nacido otras de derecho público, ello se debe a que el derecho evoluciona y se transforma como la sociedad de la que emana y a la cual rige.

Es innegable que la diferenciación del derecho en público y privado es un hecho, que esa diferenciación ha sido beneficiosa para el progreso del derecho, y que ha contribuido felizmente a solucionar problemas que antes se consideraban insolubles; ⁽¹³⁾ es innegable así mismo, que, tal distinción ha traído como consecuencia, otra, la de los actos contractuales de derecho privado de los actos contractuales de derecho público; pero ello no quiere decir que porque tal distinción exista, los tribunales que han de conocer de los actos administrativos deban ser dependientes de la Administración y por lo tanto formen parte de la misma. Una cosa es que los actos de derecho público sean de naturaleza dis-

⁽¹²⁾ BIELSA, *Relaciones del Cod. Civil con el derecho administrativo*, pág. 34 y sig., 1923.

⁽¹³⁾ BIELSA, Discurso pronunciado en la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, el 20 de Agosto de 1936.

tinta de los de derecho privado, y otra cosa es que la función jurisdiccional ejercida respecto de éstos deje de ser jurisdiccional por tal circunstancia, para convertirse en administrativo.

El derecho público puede ser todo lo especial que se quiera, puede diferir sustancialmente del derecho privado, pero las litis que respecto de él se plantea, tiene carácter jurisdiccional, y ello basta para que sea de conocimiento de la judicatura. La especialidad del derecho, puede exigir tribunales especiales, esto es, con competencia especial, pero no jueces administrativos. Los tribunales ordinarios no están inhibidos de conocer del derecho público: el derecho penal es derecho público puro, como lo es el derecho constitucional, sin embargo son aplicados por los jueces ordinarios.

VI. La experiencia no parece haber aconsejado en todas partes la institución de los tribunales administrativos, puesto que en muchos países no los hay.

En Inglaterra no existe una jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo, ni mucho menos tribunales administrativos dependientes de la administración. Sin embargo, los ciudadanos lesionados por los actos administrativos, pueden reclamar de ellos ante la justicia ordinaria. Los reglamentos del gobierno central como las ordenanzas de las asambleas locales, pueden ser anuladas por los tribunales como *ultra vires*.

En los Estados Unidos, como en la República Argentina ⁽¹⁴⁾ y en la mayoría de los países sudamericanos, tampoco se han organizado tribunales administrativos. No obstante ello, existe la jurisdicción sobre lo contencioso-administrativo ejercida por la judicatura. En algunos de estos países, en Estados Unidos principalmente, el poder judicial ejerce un verdadero control sobre la Administración, no sólo rehusando la aplicación de actos administrativos ilegales, sino procediendo frente a ella, por vía de *injections y de defensas*. ⁽¹⁵⁾

⁽¹⁴⁾ La Prov. de Bs. Aires ha organizado la jurisdicción contencioso administrativa pero atribuyéndola a la S. C. que es el sup. tribunal.

⁽¹⁵⁾ COUMOU, *ob. cit.*, pág. 923.

Bélgica no conserva tribunales administrativos sino en materia de contribución directa, elecciones y actos electorales. ⁽¹⁶⁾ En todos los demás litigios cualquiera que sea su naturaleza y las personas que intervienen, son de competencia de los tribunales ordinarios. Estos no pueden anular los actos administrativos, pero los interpretan y no los aplican si los consideran ilegales. Esa facultad les ha sido conferida especialmente por el art. 107 de la Constitución de 1831. ⁽¹⁷⁾

Una organización parecida a la de Bélgica tienen los Países Bajos, Dinamarca, Suecia, Noruega, Grecia, etc.

En Italia se estableció la jurisdicción administrativa en 1890, pero se ha conservado de la legislación anterior (1865), la parte que confiere a los tribunales ordinarios la facultad de conocer de los actos administrativos no para anularlos sino para declararlos inaplicables si los reputase ilegales, en cada caso concreto que les fuera sometido.

Algunos países como Austria y Hungría tienen también tribunales administrativos pero con competencia reducida.

En España y Alemania, por el contrario, existe la jurisdicción contencioso-administrativa, del tipo francés, esto es, organizada con carácter especial e independiente del orden judicial.

En esta ligera excursión por las legislaciones extranjeras hemos podido ver que no en todos los países la legislación contencioso-administrativa es ejercida por la Administración misma y que tampoco es general que se haya organizado con carácter especial aun dentro de la judicatura. En muchos Estados existe la jurisdicción sobre lo contencioso administrativo sin que exista una jurisdicción especial de lo contencioso-administrativo. Interesa dejar ello bien sentado, porque a la par que demuestra que no son indispensables los tribunales administrativos, prueba que el ejercicio de la función jurisdiccional por parte del orden judicial es ilimitado y comprende a todas las personas y asuntos.

⁽¹⁶⁾ DE LA GRASSERIE, *ob. cit.*, t. 3, pág. 923.

⁽¹⁷⁾ COUMOUL, *ob. cit.*, pág. 162.

VII. La organización de la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter especial, ha hecho nacer una distinción de los actos administrativos susceptibles del contralor jurisdiccional, en dos categorías: los actos llamados de autoridad y los actos de gestión; y se ha considerado que sólo los primeros forman la materia de lo contencioso-administrativo y caen bajo la acción de los tribunales especiales; los demás se entiende que están sometidos a la jurisdicción común.

Esta distinción, que, según ya lo dijimos, tuvo sus primeras manifestaciones en Francia como resultado del esfuerzo que realizó la jurisprudencia y en especial la doctrina para devolver a la judicatura parte de la jurisdicción que había sido adjudicada al Consejo de Estado, se ha mantenido hasta el presente, sirviendo para justificar la jurisdicción contencioso-administrativa con carácter especial. No creemos, sin embargo, que haya razón suficiente para ello, como procuraremos demostrarlo.

Si la expresada clasificación de los actos administrativos fuera rigurosamente científica y no ofreciera dificultades en la práctica para determinarla, podría en cierto modo fundarse en ella la organización especial de la función contencioso-administrativa, porque al fin, respondería al propósito de constituir tribunales dotados de la competencia particular requerida por la especialidad de la materia; pero a la verdad, ni siquiera en teoría se ha encontrado un criterio cierto para precisar los caracteres distintivos de los actos de una y otra categoría, y mucho menos en el terreno de la aplicación donde los inconvenientes surgen más profusamente.

Las dificultades con que en la práctica se tropieza para determinar la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo son tales, que hasta autoriza la suposición de que al crear esa jurisdicción especial, sólo se ha tenido el propósito de impedir en lo posible, los procesos contra la Administración. En Francia que es donde los tribunales administrativos han extendido su jurisdicción en mayor grado, no resulta tarea fácil deslindar los caracteres del acto administrativo a los efectos de precisar la competencia. Muchos y

muy serios deben ser los inconvenientes cuando en la prensa y en el libro voces autorizadas han hecho sentir sus protestas.

"Es necesario estar mezclado a las cosas de la justicia, dice M. Hubert Valleroux, o haber tenido necesidad por sí mismo de hacer un proceso al Estado, que es en el fondo la misma cosa, para saber cuán desastrosa y cuán inferior es la situación del particular obligado a seguir un tal proceso. Nadie sabe de antemano a qué juez debe dirigirse. Puede parecer extraño que en Francia, cien años después de la Revolución de 1789, un ciudadano no sepa como obtener justicia. Y entonces ¿no tenemos jueces ni tribunales? Si ciertamente, tenemos un gran número, lo malo es que sean de muchas especies. Para un proceso contra un particular, nada de duda, pero si es un asunto del Estado o de una Municipalidad, se encuentra en presencia de dos jurisdicciones, la civil y la administrativa. ¿Cuál es la competente? En la mayoría de los casos tan difícil es decirlo, que aun las gentes competentes dudan y se dividen". (18)

Coumoul, por su parte, a continuación de las precedentes palabras, agrega: "La chose n'est pas simple en effet: il faut pour s'y reconnaître et s'y retrouver, des véritables techniciens, et ceux ci en font l'aveu. L'ensemble du droit administratif, disent-ils constitue una construcción técnica très intéressante pour le spécialiste, ayant le temps et la patience de l'étudier, mais qui est ignoré du public. La grande majorité des avocats eux-mêmes déclarent qu'ils n'y comprennent rien"... (19).

En la Provincia de Buenos Aires, que es el Estado argentino que ha organizado especialmente la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la base de la distinción de los actos administrativos según sean ejecutados por la administración como persona jurídica o como poder público, reina la mayor confusión de ideas al respecto. El mismo autor del Cod. de Proc. en lo contencioso administrativo, señala el hecho de que nuestros tribunales han cometido frecuentemente el error de confundir los actos de autoridad con los de gestión, citan-

(18) En *L'Economiste français*, citado por COUMOUL, 4 Febrero 1915.

(19) COUMOUL, *ob. cit.*, pág. 149.

do, para demostrarlo, numerosos casos concretos; ⁽²⁰⁾ pero cabe observar de paso, que la nueva ley, no ha conseguido disipar las dudas que antes se presentaban, y ni siquiera uniformar la jurisprudencia.

Las leyes de dicho Estado, por su parte, no siempre han acertado con la distinción. Entre otros ejemplos, podemos citar el art. 783 del Cod. de Proc. en lo Civil y Comercial, que establece que en las gestiones promovidas para probar la posesión treintañal, se considerará de carácter contencioso-administrativo y el juez se declarará incompetente, si resultase de los informes a que se refiere el art. 781 que la tierra no ha salido del dominio público o se dedujere oposición por la Municipalidad. Tal disposición legal importa un desconocimiento o abandono del criterio que informa la jurisdicción contencioso-administrativa según el código de la materia, porque cuando la Municipalidad o la Provincia pretende ser dueña de una tierra susceptible de prescribirse por los particulares, no procede como poder público sino como persona jurídica. Por eso es que la jurisprudencia un tanto vacilante, ha interpretado esta disposición en el sentido de hacerle aplicable sólo cuando se trata de bienes públicos del Estado, lo que no resulta muy claro, si se entiende que tales bienes no son susceptibles de prescripción. ⁽²¹⁾

No debe extrañarnos que tal confusión exista en el terreno de la aplicación, cuando, como se ha dicho, ni siquiera doctrinariamente se ha conseguido suministrar un criterio que sirva para distinguir los actos de autoridad de los actos de gestión. Los autores no han podido ponerse de acuerdo respecto a los caracteres distintivos de unos y otros actos, y muchos son los que han abandonado la clasificación por anticientífica y falsa. ⁽²²⁾ Duguit, después de tacharla de vaga, pues se advirtió, dice, que no había ni una de las actividades administrativas que no hubiera sido en una cierta época ejercida

⁽²⁰⁾ LUIS V. VARELA, *Introducc. al Cód. de lo Cont. Adm.*, 1913.

⁽²¹⁾ J. E. MALARINO, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, p. 53.

⁽²²⁾ MARIO PETTINI, *Dell'ordinamento giudiziario italiano in materia civile*, p. 34, Milano, 1912. ROMANO: *Princippi de diritto adm. ital.*, N° 666, Milano, 1912. BIELSA, *Derecho Administrativo*, t. I, p. 49, 1921.

por los particulares, y que no pudiera concebirse, aún como pudiendo ser ejercida por los particulares, repite las siguientes palabras del Comisario de Gobierno Mr. Teissier formulada ante el Tribunal de Conflictos en el asunto Feutry, el 29 de Febrero de 1908: "Esta distinción, decía, no tiene ninguna base legal, no descansa sobre nada real, y no responde en modo alguno a la realidad de los hechos. La verdad es que todos los actos realizados por el poder público y sus agentes para asegurar la gestión de los servicios públicos, constituyen aplicaciones de leyes y reglamentos administrativos... Se puede decir que jamás el poder público y sus agentes obran en las mismas condiciones que los particulares". ⁽²³⁾

Con efecto, en todos los momentos la administración conserva su carácter de entidad política. Sea que realice actos tendientes a obtener el cumplimiento de los servicios públicos, o que administre su patrimonio particular. La Administración en ningún caso constituye una persona jurídica, no obstante que las leyes confieren ese carácter al Estado con el que aquélla se suele confundir. No por el hecho de reconocérsele capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones de derecho privado se le habría de reconocer una doble personalidad como no la tienen los particulares por ser sujetos de derecho privado a la par que de derecho público.

La personalidad del Estado es siempre una y siempre política; y cuando realiza actos en conformidad con las normas objetivas del derecho privado, las realiza siempre teniendo en vista el interés general, el de la colectividad y para o con ocasión de satisfacer un servicio público. Los actos de la administración, como dice Pettini aunque revistan la forma de un acto privado tienen siempre un contenido político.

Pero sea como fuere, si de lo que antecede resulta que en la práctica es difícil sino imposible, en ciertas ocasiones, distinguir los actos de una y otra categoría, no puede admitirse esa clasificación para determinar la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo. Más de una vez las

⁽²³⁾ *Las Transf. del derecho público*, traduc. española, Madrid, pág. 248.

leyes se han salido de ese marco que ha pretendido trazarles la doctrina. En Francia son numerosas las leyes que establecen excepción a la regla según la cual las atribuciones contenciosas del Consejo de Estado serían limitadas a solo los actos llamados de autoridad. Hoy, puede afirmarse, que, en ese país, ni la ley ni la jurisprudencia tienen en cuenta para nada la distinción de los actos de gestión y de los actos de autoridad. ⁽²⁴⁾

En cuanto a la extensión del control jurisdiccional respecto de los actos de la Administración, no ha sido aún definida por la ley ni la doctrina. Sin embargo, hay casi unanimidad en considerar que existe una categoría de actos que escapan a toda jurisdicción. Estos son los llamados actos *discrecionales* por unos y actos de *gobierno* por otros. Hauriou que se inclina hacia esta última calificación, la hace derivar de la distinción existente entre el Gobierno y la Administración; pero como no desconoce las dificultades para determinarlos, encuentra conveniente enumerarlos taxativamente, sobre todo para asegurar su exclusión de la fiscalización jurisdiccional.

⁽²⁴⁾ COUMOUL, *ob. cit.*, p. 110 y sigts. DUGUIT, *Transf. de Der. Públ.*, pág. 247.

CAPITULO VII

DEL ORGANO DE LA JURISDICCION

(Continuación)

LA JURISDICCION Y LOS TRIBUNALES MILITARES

SUMARIO: I. LA JUSTICIA MILITAR, PROBLEMAS QUE PLANTEA. — II. NO FORMA PARTE DEL PODER JUDICIAL DE LA NACIÓN. — III. LOS TRIBUNALES MILITARES NO EJERCEN JURISDICCION; SU FUNCION ES ADMINISTRATIVA POR SER DE CARÁCTER DISCIPLINARIO. — IV. LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES MILITARES SE DETERMINA POR RAZÓN DE LA MATERIA Y NO DE LAS PERSONAS.

I. Relacionado con el problema que venimos estudiando, se encuentra el que se refiere a la llamada “justicia militar”.

Generalmente se habla de “jurisdicción militar” para referirse a la función desempeñada por los tribunales militares en procura del cumplimiento de los deberes que incumbe a los subordinados del Ejército y de la Armada. Pero, fácilmente se comprende que, tal función no es jurisdicción según la acepción técnica del vocablo, sino que más bien constituye una actividad netamente administrativa, sin que ello excluya la posibilidad de que esos tribunales ejerzan jurisdicción en circunstancias especiales.

Tanto en nuestro país como en Estados Unidos de Norte América, se ha discutido si la justicia militar forma o no parte integrante del Poder Judicial de la Nación; pero si dicha cuestión interesa a los efectos de deslindar la posición del Presidente de la República, carece de importancia a nuestro objeto, a menos que de ella pudiera resultar aclarada la naturaleza de la función que aquélla desempeña.

El problema para nosotros, es por tanto, de otra índole; él consiste en saber si los tribunales militares ejercen o no jurisdicción. Y tal problema no se resuelve con sólo aclarar si integran o no el Poder Judicial, porque si bien éste, o sea el orden judicial, es el órgano específico de la jurisdicción, puede, como ya se ha dicho, ejercer también la función administrativa (jurisdicción voluntaria), si así lo exigen circunstancias especiales. De manera que, no obstante resolverse la cues-

ción en sentido negativo, no por ello estaría excluida la posibilidad de que los tribunales militares pudieran ocasionalmente ejercer jurisdicción. Todos los órganos tienen una función particular que desempeñar, pero no toda la actividad que esos órganos despliegan es de la misma sustancia que la de la función que les es propia.

Sin embargo, si la conclusión de que la justicia militar está fuera del Poder Judicial de la Nación, estuviera fundada en la circunstancia de que no desempeña la función para la que éste último ha sido instituido, es claro que la cosa cambiaría de aspecto; pero es que en ese caso, la posición de los tribunales militares sería una consecuencia de la naturaleza de la función que desempeñan, y el problema habría que plantearlo a la inversa.

II. La cuestión que se ha debatido es otra; es puramente de orden constitucional. Lo que ha interesado saber es si la justicia militar forma parte del poder judicial, porque si así fuera, el Presidente de la Nación no podría intervenir en aquélla en virtud de la prohibición expresa del art. 95 de la Constitución. Y naturalmente, se ha encontrado en la carta fundamental disposiciones para sostener una y otra tesis. Por un lado, el art. 86 da al Presidente el carácter de Jefe Supremo de la Nación (inc. 19), y el de Comandante en Jefe de todas las fuerzas de mar y tierra (inc. 15), y además le concede la facultad de "disponer de las fuerzas militares marítimas y terrestres, de correr con su organización y distribución según las necesidades de la Nación (inc. 17) y de proveer los empleos militares (inc. 16), etc.; por otro, el art. 67, inc. 23 acuerda al Congreso la facultad de "fijar la fuerza de línea y de mar en tiempos de paz y guerra y formar reglamentos y ordenanzas para el gobierno de dicho ejército".

En presencia de esas disposiciones, unos han dicho: si corresponde al Congreso fijar la fuerza de mar y tierra y formar los reglamentos y ordenanzas, quiere decir que puede organizar los tribunales militares y dictar el código con arreglo al cual éstos deben proceder, y como no existe precepto constitucional alguno que considere a tales tribunales fuera del or-

den judicial, debe considerárselos formando parte del mismo. Los otros, en cambio, argumentan: si el Presidente es el Jefe Supremo de la Nación y el Comandante en Jefe de todas las fuerzas de mar y tierra y puede disponer de ellas y correr con su organización, etc., a él le corresponde la justicia militar, que está comprendida entre los poderes necesarios para hacer efectiva la atribución de comando supremo de la fuerza armada. Y se agrega que, si bien es cierto que el ejercicio del mando se halla supeditado a la reglamentación que dicte el Congreso, lo es también que esa reglamentación está limitada por la necesidad de no afectar en su esencia dicho poder. En consecuencia, la justicia militar “no guarda conexión alguna con el Poder Judicial de la Nación y el art. 95 de la Constitución nada tiene que hacer con el Jefe y la Justicia del Ejército, porque ese artículo se refiere exclusivamente a la no intervención del Jefe del Estado con el Poder Judicial independiente que la Constitución ha creado únicamente para asegurar la efectividad de los derechos que ella ha reconocido y garantido a los habitantes de la Nación”. (1)

Este último criterio, que es el aceptado por los pocos autores nacionales que se han ocupado del asunto, no sirve para resolver el problema que hemos propuesto. Nada dice sobre la naturaleza misma de la función, que es lo que nos interesa, aunque algo podría inferirse de la situación en que se coloca al órgano de la justicia militar. De manera que, para nuestro propósito, es indispensable determinar en qué consiste la actividad que despliegan los tribunales militares.

III. Se ha dicho que la justicia militar es una “jurisdicción disciplinaria”, para significar que es de orden interno de la administración militar, que “se refiere al régimen puramente orgánico del servicio público y que comprende al personal que debe desempeñarlo. (2) Su objeto es, por tanto, asegurar la eficacia de la fuerza armada manteniendo la disciplina en-

(1) J. M. BUSTILLO citado por C. RISSO DOMÍNGUEZ en su obra *La Justicia Militar*, t. 1, p. 53.

(2) C. RISSO DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, t. 1, p. 59

tre los agentes encargados de prestar ese servicio, y la materia de la "jurisdicción disciplinaria militar" está formada por "la simple violación de los deberes inherentes al empleo o estado militar, violación en que sólo los militares pueden incurrir. "Hay en ello, se dice, únicamente el simple quebrantamiento de la relación jurídica administrativa que liga al militar con esta institución o, en otros términos, una infracción contra la disciplina propia de esta clase de servicio público y no la violación de una norma jurídica relativa al orden público y social". (3) Por eso se llega a la conclusión de que, a la institución que nos ocupa, debe llamársele "jurisdicción disciplinaria militar", y no "justicia militar", porque para que esta expresión fuera bien empleada, sería menester que los tribunales militares "fueran competentes para conocer y decidir acerca de los derechos militares; y estos derechos conferidos por las leyes orgánicas militares (art. 14 y 17 de la ley 9675 y 16 y 18 de la ley 4856) se hallan precisamente excluidos de su conocimiento".

Fácil es advertir que las palabras precedentemente transcritas, acusan una cierta confusión de ideas, que conviene disipar. Las expresiones "jurisdicción" y "justicia", aparecen empleadas con otra acepción que las que técnicamente les corresponde.

Por lo pronto, si la justicia militar comprende únicamente la aplicación de sanciones represivas para mantener la disciplina entre los subordinados del ejército y la armada, la función que con este motivo desempeñan los tribunales militares, no es jurisdicción propiamente dicha. Se trata de una actividad netamente administrativa, que pertenece a todos los funcionarios superiores, incluso a los magistrados judiciales, para el mejor cumplimiento de su cometido. No constituye, pues, una función propia de una rama del poder público (ejecutivo, legislativo o judicial), sino que es accesoria o complementaria de la principal que les compete.

No se concibe una rama del gobierno cualquiera, organizada en forma tal que pueda ser trabada en su acción por el

(3) C. RISSO DOMÍNGUEZ, *ob. cit.*, t. 1, p. 71.

desorden de los empleados que la integran. Toda administración debe tener a su alcance los medios de prevenir las perturbaciones que en el orden interno pueden producirse. De ahí que, el superior jerárquico tenga sobre su inferior ciertas atribuciones de carácter disciplinario, que naturalmente varían según la categoría de los funcionarios y empleados y la coordinación y subordinación preestablecida entre ellos. Se trata de poderes implícitos inherentes a la función pública, que pueden ser ejercidos por todo el que ejerza autoridad; es lo que se conoce con el nombre de "poder de policía" que pertenece también a los funcionarios judiciales.

Es natural, entonces, que el poder administrador ejerza la represión disciplinaria sobre los subordinados. Y como la fuerza armada del país depende del Presidente de la Nación (art. 86, inc. 15 de la Constitución) que es su Comandante en Jefe, a dicho magistrado corresponde, en principio, el ejercicio de esa función, sólo que siéndole materialmente imposible ejercerla personal y directamente, se vale de órganos especiales creados para ello: los tribunales militares.

Como se ve, mientras dichos tribunales se limiten a reprimir infracciones a la disciplina, no salen de la órbita meramente administrativa. La calificación de "tribunales" que se les da, no convierte su función en jurisdiccional, porque ésta tiene una naturaleza y características propias que no siempre se encuentra en la desempeñada por los mismos órganos. En este caso, el órgano, o sea, el tribunal militar, no obra como tercero, sino como parte interesada; no sustituye su voluntad o la del Estado a las de las partes, sino que actúa directamente y por su cuenta para satisfacer intereses propios, los de la institución militar.

Tampoco confiere carácter jurisdiccional a la actividad de los tribunales militares, el hecho de que ella deba ejercitarse conforme las normas procesales semejantes a las establecidas para el ejercicio de la jurisdicción en materia penal de orden común, porque las formas procesales, ya lo decimos en otro lugar, si bien constituyen el medio por el cual se mani-

fiesta la función jurisdiccional, no son exclusivas de ésta; pueden también utilizarse y servir para fines administrativos.

La justicia militar, pues, entendida así con carácter represivo disciplinario, no es jurisdicción; no porque los tribunales que aplican las sanciones se desempeñan con autonomía e independencia del Poder Judicial organizado por la Constitución, sino porque la función que ejercen es de índole administrativa. Dichos tribunales no ofician como jueces sino como superiores jerárquicos, no resuelven un conflicto sino que aplican una sanción, no actúan el derecho sino que aseguran la eficiencia de un servicio público (el militar), no proceden como un tercero en causa ajena sino como parte interesada.

Pero si normalmente la cuestión es clara cuando se la considera a la luz de los principios que rigen la materia, puede aparecer dudosa en casos excepcionales, tales como los que pueden presentarse cuando las infracciones de que conocen los tribunales militares revisten también el carácter de un delito de derecho común. En esos casos, podría sostenerse que, en realidad, el tribunal ya no sólo corrige una falta de disciplina sino que también juzga de un hecho delictuoso, que ya no actúa como superior sino también como juez.

Sin embargo, la duda se desvanece si se tiene en cuenta que cuando excepcionalmente se admite esa competencia de la justicia militar, se lo hace porque se atribuye al hecho ilícito el carácter de infracción disciplinaria aunque haya responsabilidad penal también. Es decir, que, cuando el hecho importa una doble infracción, esto es, a la ley común y a la disciplina, se hace predominar la responsabilidad disciplinaria. De no ser así habría que admitir que en esos casos particulares y sólo en ellos, los tribunales militares ejercen jurisdicción.

Por lo demás, la doctrina y la legislación modernas, han consagrado el principio de que la justicia militar procede por razón de la *materia* y no *ratione personae*. En consecuencia, los delitos comunes, aunque sean cometidos por militares, deben pasar a conocimiento de los jueces del crimen, desapareciendo así la posibilidad de que intervengan en ellos los tribunales

militares, a menos que el hecho en sí afecte la disciplina o comprometa el interés del ejército.

IV. El Código militar vigente entre nosotros, no admite esos principios, y de ahí que, con razón, se le haya hecho blanco de severas críticas. El General C. Risso Domínguez, cuya competencia sobre esta materia es indiscutible, de acuerdo con las opiniones de Laloe, De Broglie, Vaudoncourt y otros, dice: "La ley general comprende a todos indistintamente; ella protege los intereses de la sociedad, reprimiendo las infracciones contra el derecho común. A la sociedad le es indiferente la condición o profesión que tenga el autor de una infracción contra la ley general; la criminalidad de un acto calificado como delito común no varía según sea éste cometido por un militar o por un civil; ambos tienen en relación a la sociedad los mismos deberes y obligaciones. La ley militar, en cambio, protege sólo el interés particular del Ejército; ella comprende únicamente aquellos hechos que afectan a la disciplina, constituyendo infracciones contra el deber militar, no pudiendo considerarse afectada por las infracciones contra la ley común que rige un orden distinto de relaciones". Y más adelante agrega: "Dentro de estos conceptos, no se explica, pues, que la jurisdicción militar comprenda el conocimiento de los delitos comunes cometidos por militares en actos del servicio militar o en lugares sujetos exclusivamente a la autoridad militar, como lo establece el Código vigente. La naturaleza de las infracciones no cambia por motivo del lugar o de las demás circunstancias en que han sido cometidas. Un delito que sea común en un sitio, lo será también en otro. Lo que interesa a los efectos de calificar la infracción es establecer sólo la especial índole de la norma que se ha violado", etc. (4)

Nuestros tribunales, por otra parte, aplicando el art. 16 de la Constitución Nacional, que abolió los fueros personales y lo dispuesto en la ley de 5 de Julio de 1823 que, aunque dictada para la Provincia de Buenos Aires ha sido aceptada "como disposición nacional", han declarado reiteradamente que,

(4) Ob. cit., p. 255.

“ningún militar goza ya del privilegio de ser juzgado por los tribunales militares, por razón de su estado, es decir, de su carácter militar o de individuo del ejército en causas civiles o por delitos que no impliquen violación de la ordenanza y cuyo juzgamiento corresponde a otra jurisdicción, según la naturaleza de dichos delitos” (S. C. N. fallos t. 9 p. 533; t. 16 p. 176; t. 14 p. 453; t. 27 p. 110; t. 25 p. 479; t. 52 p. 211; t. 54 p. 577; t. 101 p. 401).

CAPITULO VIII

DEL ORGANO DE LA JURISDICCION

(Continuación)

LA JURISDICCION Y LOS ARBITROS

SUMARIO: I. ¿Los árbitros ejercen jurisdicción? — II. EXAMEN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES. — III. NATURALEZA DE LA FUNCIÓN ARBITRAL SEGÚN LA DOCTRINA (OPINIONES DE CHIOVENDA, FEDOZZI, ROCCO, GALANTE, CODOVILLA, MORTARA, CARNELUTTI, SU EXAMEN CRÍTICO). — IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL LAUDO ARBITRAL.

I. Hemos visto que las cuestiones jurídicas surgidas entre los particulares, pueden ser sometidas a la decisión de otras personas que los jueces del Estado; es decir que, al lado del orden judicial existe, como ha existido siempre, la institución de los arbitros que actúa una veces con carácter voluntario, esto es, por iniciativa y voluntad exclusiva de los interesados, y otras impuesta por la ley. Entre nosotros, el Cód. de Proc. de la Capital, como los de la mayoría de las provincias, reconoce y reglamenta el juicio de árbitros y el de amigables componedores, y las leyes de fondo imponen en ciertos casos a las partes (art. 1627 del Cód. Civil y art. 448 del Cód. de Com.), la obligación de someter sus diferencias a la decisión arbitral.

Este doble juego de tribunales, ha debido plantear importantes cuestiones, entre las que interesa a nuestro objeto la relativa a la naturaleza de la función desempeñada por los árbitros. Y así se pregunta: ¿son órganos de jurisdicción los árbitros? o en otros términos: ¿ejercen éstos jurisdicción?

El asunto no tiene un interés exclusivamente doctrinario, como autorizadas opiniones lo han sostenido, sino que también cobra importancia en la práctica, sobre todo cuando es menester definir las relaciones jurídicas existentes entre las partes y los árbitros, ya sea para determinar el derecho de éstos a una remuneración si el laudo ha sido declarado nulo, ya para establecer sus obligaciones durante la sustanciación del pleito. Tampoco es un problema susceptible de plantearse

sólo en los países donde la ley exige la intervención judicial para dar fuerza ejecutiva al pronunciamiento, como ocurre en Italia (art. 24 del Cód. de Proc.) y en Francia (art. 1020), pues tal requisito no substraer a los árbitros del terreno puramente privado en que se han desenvuelto y llenado su cometido. Se trata de una cuestión vinculada a la relativa a la naturaleza y extensión de las funciones jurídicas del Estado moderno, y por ende, interesante en todas partes.

Entre las funciones del Estado, se ha incluido siempre tal vez como la más esencial, la llamada "función jurisdiccional", y la autoridad, cualquiera que haya sido, ha retenido en sus manos en todas las épocas, según hemos tenido oportunidad de hacerlo notar, la administración de la justicia como la manifestación más firme de su poder. No obstante ello, los árbitros no han dejado de funcionar en momento alguno. ¿Qué quiere ello decir? ¿Es que la jurisdicción está distribuida entre los jueces y los árbitros o es que éstos no ejercen jurisdicción? La confusión aumenta, si se tiene presente que la ley equipara el laudo arbitral a la sentencia de los jueces, acordándoles a uno y otro el mismo valor jurídico. ⁽¹⁾

II. Las semejanzas emergentes de la ley entre el arbitraje

(1) La mayoría de los procesalistas franceses se pronuncian por el carácter jurisdiccional de la función de los árbitros. De esta opinión son GLASSON et TISSIER *Précis de Proc. Civ.*, 2ª ed., t. II, Nos. 1855 y sigtes; P. CUCHE *Précis de Proc. Civ.*, Nos. 66 y 70; JAPIOT *Traité élémentaire de proc. civ.*, 2ª ed., Nos. 977 y 980; CREMIEU *Nota* en DALLOZ, 28, I, 173; PERO GARSONNET et CESAR BRU *Traité theorique et pratique de proc. civ.*, 3ª ed., t. VIII Nos. 220 y sigtes., se inclinan a sostener la naturaleza privada del arbitraje. Los autores de derecho público participan de esta opinión. DUGUIT, *Traité de droit Constitutionnel*, t. II, p. 422; JÉZE, *Principes généraux du droit administratif*, 3ª ed., p. 25.

En Italia también se encuentran divididas las opiniones. Mientras CHIOVENDA *Principi*, 3ª ed., p. 107 y sigts. y A. Rocco *La sentenza civile*, traduc. española, p. 52, sostienen el carácter privado de los árbitros, otros autores como MORTARA *Commentario*, t. III, p. 51-60, FEDOZZI *L'arbitrato nel diritto proc. civ. intern.*, GALANTE *Natura ed efficacia delle sentenze degli arbitri in Studi giuridici in onore de CARLO FADDA*, t. VI, p. 129, CARNELUTTI *Lezioni di diritto proc. civ.*, t. I, p. 25, 26, 139. CODOVILLA *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, p. 9, entienden lo contrario.

Entre nosotros, los profesores JOFRE, *Manual*, t. IV, p. 188 y CASTRO M., *Curso de Proc. Civ.*, t. III, p. 234, sostienen el carácter jurisdiccional de los árbitros; PODETTI, en cambio, se inclina por la tesis contraria, *Cód. de Proc. en materia Civ. y Com. de la Prov. de Mendoza*, t. III, p. 270.

y el juicio propiamente dicho, son evidentes. Concurren a la formación del juicio arbitral los elementos necesarios o factores constitutivos de la relación procesal completa: dos partes litigantes, una cuestión controvertida, y un tercero encargado de dirimirla. El litigio comienza, como todo juicio, a requerimiento de parte interesada y no de oficio (*ne ea iudex ex officio*); se substancia por los trámites del juicio ordinario a menos que se convenga otra cosa (art. 784 de la Cap. Fed.); y termina con un pronunciamiento que, como toda sentencia judicial, debe ser conforme a derecho y a lo alegado y probado (art. 787 del Cód. de Proc.) *iuxta alligata et probata*. Dicho pronunciamiento tiene la misma eficacia que la decisión de los jueces, puesto que, como ésta, lleva fuerza ejecutiva (art. 535), y hace cosa juzgada una vez consentida y ejecutoriada. El compromiso, lo mismo que la demanda interpuesta ante juez competente, interrumpe la prescripción (art. 3988 del Cód. Civil), y autoriza la litis pendencia o excepción de compromiso, según lo llama Chiovenda, como si se tratara de un pleito formalizado ante los tribunales.

Pero al lado de estas semejanzas, la ley establece diferencias fundamentales, las que indudablemente sirven para determinar la naturaleza de la función ejercida por los árbitros y el carácter que éstos tienen con relación al Estado. Tales diferencias hacen a la persona del que decide la litis, a la materia objeto de la controversia, a la extensión de los poderes del juzgador, y a las formas de la sentencia.

Desde luego, la ley no se cuida de la persona de los árbitros; basta que sean mayores de edad y se encuentren en pleno ejercicio de los derechos civiles, para que puedan llenar su cometido (art. 775 del Cód. de Proc.). En cambio, es rigurosa con respecto a los jueces, exigiéndoles título, experiencia, responsabilidad y sobre todo ciudadanía argentina, (Constitución Nacional, art. 97; ley 12 de Noviembre de 1886, arts. 1070 y 94; ley de 23 de Noviembre de 1891, art. 12; ley 16 de Octubre de 1884, arts. 12 y 34; ley 8 de Octubre de 1897, art. 1, inc. 1º; ley 12 de Enero de 1898, art. 12).

Esta primera diferencia nos suministra, desde ya, un cri-

JAIME TOSON VILLEGAS
DONACION

terio para resolver el problema. En efecto; si el Estado exige el requisito de la ciudadanía para desempeñar el cargo de juez, es porque ha considerado que la función que a éste compete, es propia de la soberanía y no puede permitir que sea ejercida por un extranjero. En cambio, como no atribuye ese carácter a la actividad que deben desarrollar los árbitros, no le interesa poco ni mucho la nacionalidad de éstos. Luego, hay que convenir que la ley entiende que la función que ejercen los jueces no es la misma que la que desempeñan los árbitros, o tienen, por lo menos, distinto carácter: la una pública y esencialmente privada la otra. Las consecuencias que derivan de esa distinción, las percibiremos más adelante.

Las diferencias, en lo que se refiere a la materia objeto de la controversia, están señaladas en el art. 768 del Cód. de Proc. Dicho precepto legal dispone que no pueden comprometerse en árbitros *bajo pena de nulidad*: las cuestiones que versen sobre el estado civil y capacidad de las personas; las referentes a bienes públicos o municipales; las que por cualquier causa requieran la intervención fiscal; las que tengan por objeto la validez o nulidad de las disposiciones de última voluntad, y en general todos aquéllos respecto de los cuales exista una prohibición especial, o en los que estén interesados la moral y buenas costumbres. De manera que la ley excluye del conocimiento de los árbitros, todos los asuntos de orden público o que interesen a la sociedad o que salgan del marco estricto del derecho privado (porro compromittere licet in causis privatis). Ello quiere decir que la actividad y capacidad de los árbitros es limitada, en tanto que la de los jueces es amplia, absoluta e ilimitada en principio.

Surge también de la ley otra diferencia fundamental, y ella consiste en la carencia, de parte de los árbitros, de la autoridad, poder, o fuerza coercitiva para hacer posible la realización de su fin. No obstante ser ejecutable el laudo, no pueden entender en la ejecución, ni tienen imperio durante la secuela de lo que llamaríamos el juicio, para hacer cumplir a las partes las obligaciones que nacen del compromiso arbitral. A diferencia de los jueces, no tienen propiamente la di-

rección de la litis, no pueden aplicar correcciones disciplinarias, ni requerir el auxilio de la fuerza pública en caso necesario, ni compeler a los testigos a prestar declaración, ni pedir a los jueces la cooperación indispensable para la realización de las diligencias de prueba. En una palabra, carecen de lo que se llama poderes coercitivos, que son tenidos como inherentes y esenciales a la función jurisdiccional.

Por último, la ley exime a los árbitros de la obligación de observar las formalidades que deben llenar los jueces, sobre todo al dictar sentencia (art. 217), demostrando así un especial interés en rodear de garantías las decisiones de éstos y dejando a la de aquéllos a la vigilancia exclusiva de las partes como asunto puramente privado. Reafirma con ello el Estado el concepto de que el laudo arbitral, malgrado su fuerza ejecutiva, no tiene el carácter de acto público, como que la ley de fondo no lo considera instrumento público, diferenciándolo de los actos judiciales hechos en los expedientes por los respectivos escribanos y firmados por las partes (art. 979, inc. 4º del Cód. Civil).

En resumen, de las señaladas diferencias legales, resulta que, entre nosotros, los árbitros no ejercen jurisdicción: 1º porque el Estado considera la función jurisdiccional como propia de su soberanía, y siendo así, no puede ser compartida por los particulares; 2º porque al reducir la materia objeto de la actividad de los árbitros, quita a ésta todo carácter jurisdiccional, puesto que es de la esencia de la jurisdicción ser amplia e ilimitada como la soberanía de que emana; 3º porque no reconoce a los árbitros las facultades o poderes indispensables para el ejercicio de la función jurisdiccional; y 4º porque considera al arbitraje como un asunto exclusivamente privado, no admitiendo en ningún momento carácter público al árbitro ni a los actos de éste.

III. La conclusión a que nos conduce la ley, es, en nuestro concepto, la que corresponde según los principios científicos que rigen la materia. Sin embargo, el punto se discute en doctrina, y muchas y autorizadas son las opiniones que sostienen la tesis contraria.

Pero, cabe observar, para una mejor inteligencia del asunto, que cualquiera que sea el carácter que los autores asignen al juicio de árbitros o al laudo arbitral, que es el acto de más trascendencia dentro de él y la finalidad del mismo, todos están de acuerdo, por lo menos teóricamente, en que la jurisdicción es una función estadual inherente a la soberanía y que la vía judicial es siempre un asunto público. La disidencia se plantea así, no en cuanto al carácter de la función misma, sino referente a la naturaleza y extensión de la actividad arbitral.

Partiendo de esa base, la cuestión se simplifica considerablemente, porque toda la dificultad se reduce a saber si el Estado delega parte de la jurisdicción en los árbitros o si por ministerio de la ley éstos ejercen un oficio público. En efecto, si la función jurisdiccional pertenece al Estado, no puede aparecer en manos de los particulares sino por delegación hecha a aquél. ¿Pero, es posible esa delegación o existe en el hecho?

En principio, según la doctrina constitucional corriente, sobre la que no consideramos oportuno emitir opinión, las funciones primordiales del Estado son atributos de su soberanía, indivisibles y absolutas. Luego, no pueden ser compartidas con los particulares. La ley no podría conferir a éstos, como sujetos privados, facultades legislativas o administrativas ⁽²⁾ sin trastornar el orden constitucional. Por la misma razón tampoco podría sustituir a los jueces por la institución de los árbitros.

Fedozzi ⁽³⁾, que es de los autores italianos que con mejor criterio han sostenido el carácter jurisdiccional atribuido a los árbitros, si bien no habla propiamente de una delegación de función, considera el arbitraje como un caso de asunción privada a una función pública autorizada, como es natural, por la ley. Para dicho autor, el árbitro obra investido de una función pública a semejanza de lo que ocurre cuando el particular procede a arrestar al individuo que sorprende in fragante

⁽²⁾ Art. 22 de la *Const. Nac.*

⁽³⁾ *L'arbitrato nel diritto processuale civile internazionale*, Palermo, 1908.

delito. Pero como bien observa Chiovenda ⁽⁴⁾ la ley (refiriéndose a la italiana) no confiere poder alguno a los árbitros, desde que no pueden examinar testigos si éstos no se prestan a ello, o practicar visitas oculares sin el consentimiento de las partes y de terceros.

Aparte de ello, el caso propuesto como simil, no sirve para probar lo que se pretende. El individuo que detiene a otro en el preciso momento de cometer un delito, no ejecuta una función pública: obra como particular, más que en ejercicio de una facultad, en cumplimiento de una obligación. Poder no tiene, porque no podría ordenar la detención del delincuente, su rol no es de autoridad sino de agente o auxiliar de la misma. No ejerce, en una palabra, una función pública, como no la ejerce el particular que corta la raíz del árbol del vecino (art. 2629 del Cód. Civil) introducido en su fondo, ni el constructor que retiene en su poder la casa de otro hasta que se le pague lo debido por la construcción misma (art. 3940), etc.

El árbitro, pues, es en todos los momentos un sujeto privado, y privados son los actos que como tal realiza, como es privado el compromiso arbitral cualquiera que sea la calificación jurídica que corresponda. Y siendo así, no es aceptable que se trate de un asunto que dé lugar a relaciones de derecho público, porque habría contradicción en los términos según lo hace notar Rocco. "Y no se diga, agrega dicho autor, que el oficio jurisdiccional de los árbitros es conferido por el beneplácito del Estado, no por la voluntad de las partes", porque cuando se afirma que un determinado efecto jurídico (en nuestro caso la concesión de la función) está ligado por el derecho objetivo a la voluntad privada, se afirma también necesariamente que de la declaración privada deriva aquel efecto jurídico. La ley interviene, es verdad, en este caso, pero como interviene en la constitución de cualquier otra relación jurídica, es decir, como causa mediata de la misma, es superfluo recordar que ninguna relación jurídica puede surgir sin que haya una norma jurídica y un hecho determinado, del cual

(4) Ob. cit., p. 110.

la norma haga depender el nacimiento de dicha relación. Si pues el hecho jurídico a que el derecho objetivo relaciona el nacimiento de un vínculo jurídico, es una declaración privada de voluntad, la relación no puede ser sino privada; y si por el contrario la relación jurídica de que se trata es una relación de derecho público, esto significa que el hecho jurídico de que nace es un hecho jurídico público. En efecto, la naturaleza de la relación es lo que califica el hecho jurídico de que se deriva. Esto sentado, o se renuncia a calificar como asunto jurídico puramente privado el que se ventila entre las partes comprometidas y los árbitros o se renuncia a llamar jurisdiccional y pública a la función de los árbitros que de dicho negocio, aunque sea por trámites legales, nace". (5)

No he resistido a la tentación de transcribir las precedentes palabras del distinguido profesor de la Universidad de Macerata, porque, en nuestro concepto, constituye la más sencilla y clara demostración que puede darse acerca del carácter no jurisdiccional del juicio de árbitros. No necesitó, por tanto, dicho autor, extenderse en otro orden de consideraciones, ni menos sostener para hacer la construcción del juicio arbitral como institución de derecho privado, que el laudo constituye un elemento de determinación de la voluntad privada, ya que ello es discutible, por ser al fin la obra de un tercero en cierto modo independiente de la voluntad de las partes. Le bastaba con demostrar que siendo privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y privado el laudo que dictan.

Pero si los árbitros son nombrados por las partes, dice Galante, su potestad, como la de los jueces, tiene base en la ley. Una vez designados, agrega, se convierten, respecto de las partes comprometidas, en una autoridad independiente todo menos privada. (6)

(5) *La Sentencia Civil*, edic. española, p. 52.

(6) V. GALANTE en *Studi Giuridici in onore di CARLO FADDA*, Vol. VI, p. 129. Más o menos lo mismo sostienen GLASSON et TISSIER, quienes dicen que los árbitros proceden como los jueces, y que si sus sentencias como las de éstos tienen autoridad de cosa juzgada, es porque aquéllos ejercen

Tal afirmación no es exacta, fuerza es decirlo. Ni la ley confiere ningún poder a los árbitros, ni éstos son autoridad en ningún momento. La única *potestad* de los árbitros, es la de resolver la controversia, y esto dista mucho de convertirlos en autoridad aun respecto de las partes, porque ni siquiera pueden dirigir la litis. La voluntad de las partes es la razón de su existencia; sin ella, no hay compromiso, ni controversia, ni árbitros, ni laudo. La ley sólo interviene para reglar esos actos como podría hacerlo con cualquier otro contrato privado. La fuerza ejecutiva concedida por la ley al laudo, constituye un acto posterior al juicio e independiente de él. Es una vez terminado éste, cuando ya las partes y el árbitro han concluido su cometido, que interviene el Estado para hacer ejecutable el laudo como también lo hace con otros actos esencialmente privados (art. 465 del Cód. de Proc.).

Codovilla sostiene que, en efecto la intervención de la ley para dar fuerza ejecutiva al laudo es *a posteriori* y que por ello la potestad jurisdiccional de los árbitros no viene de la ley sino de la voluntad de las partes. Estos son los que crean la jurisdicción, si bien en virtud de la facultad que les confiere la ley de someter sus controversias a la decisión de árbitros. En encargo de decidir el litigio, agrega, si no se quiere que sea una cosa sin sentido no puede ser sino encargo atributivo de jurisdicción. (7)

Naturalmente, si se acepta el criterio del citado autor, de que la jurisdicción es la facultad de resolver una controversia, no hay más remedio que llegar a la conclusión de que el oficio de los árbitros es jurisdiccional. Pero hoy ya no puede sostenerse semejante cosa. La controversia es un elemento de la jurisdicción, pero que no la integra por sí sola, puesto que

una especie de función pública. En vano se dirá, agregan, que el árbitro es un simple particular y que su nombramiento procede de los particulares; en realidad el arbitraje no existe sino por la voluntad y asentimiento del legislador; es él quien permite a los ciudadanos sustituir los árbitros a los jueces ordinarios, y desde el momento que los particulares no proceden sino con el permiso del legislador es necesario admitir que éste les ha reconocido "una suerte de función público provisoria" *ob. cit.*, n° 1864, p. 917-918.

(7) *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, Torino, 1915, p. 9.

son muchas las resoluciones de controversias efectuadas por instituciones científicas o culturales que no tienen carácter jurisdiccional. El concepto de jurisdicción es inseparable de la idea de Estado y de norma jurídica. Es la consecuencia de ésta, como que tiende a actuarla para satisfacer los intereses que la misma tutela, y no puede ser sino ejercida por aquél porque es el exclusivo tutor del orden jurídico.

Carnelutti interviene en la discusión, para sostener que el laudo arbitral tiene carácter jurisdiccional cuando es obligatorio para las partes comprometentes. De ahí que considere que los árbitros tiene poder jurisdiccional en Alemania y Austria y no en Italia, porque en este país se necesita del decreto del pretor no sólo para dar fuerza ejecutiva al laudo sino también para reconocerle eficacia obligatoria. ⁽⁸⁾

Como se ve, para el insigne procesalista, es la fuerza o valor del laudo lo que lo asimila a la sentencia y le da carácter jurisdiccional. Ambas no sólo contienen un juicio lógico, sino que también expresan un mandato o una orden, mandato u orden que no reconocen por fuente la voluntad de las partes sino la disposición de la ley. Pero no resulta difícil demostrar la inconsistencia del argumento.

La sentencia y el laudo arbitral son, en efecto, igualmente obligatorios, pero son actos de distinta naturaleza. La sentencia es un acto público, el laudo es un acto privado. El laudo es obligatorio para las partes, pero no por ser un acto de autoridad público, sino porque las partes lo quieren y la ley lo autoriza; y ya se ha visto que la jurisdicción es una función de soberanía que no puede ser ejercida sino por la autoridad pública.

Por mucho que la decisión arbitral sea obligatoria para las partes, el árbitro no es ni obra como un funcionario público, tampoco tiene autoridad pública, porque como lo hemos demostrado, esa potestad no se la pueden dar los litigantes. Y al argumento que hacen autores como Mortara ⁽⁹⁾, de que esa autoridad no le viene de las partes sino del Estado que lo

⁽⁸⁾ Arbitrato estero, en *Studi di Diritto Processuale*, p. 12 y sig.

⁽⁹⁾ MORTARA, *Commentario*, III, p. 52.

instituye como juez aunque los nombre las partes, se puede contestar diciendo que: la ley no atribuye esa cualidad a los árbitros, como no se la atribuye a los contratantes cuando dispone que "las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma" (art. 1197 del Cód. Civil).

La obligatoriedad de los actos no supone necesariamente que quien los ha dictado, tenga el carácter de autoridad pública, porque de lo contrario tendríamos que reconocer ese carácter en los contratantes, atento lo que dispone la disposición legal antes citada. La imperatividad u obligatoriedad deriva, en definitiva, de la ley, que quiere que se respete el acuerdo de voluntades de las partes. Y no por el hecho de derivar de la ley deja de tener el acto carácter privado.

Entre nosotros el laudo es obligatorio y ejecutable, sin que por ello sea un acto jurisdiccional. El laudo es ejecutable porque, como lo hemos dicho, la ley lo quiere en virtud de las mismas razones por las que ha dado fuerza ejecutiva al pagaré protestado o el crédito por arrendamientos, actos que, por cierto, no tienen nada de jurisdiccionales.

No tiene así mayor consistencia la objeción hecha por Carnelutti a Chiovenda, basada en que si "la jurisdicción consiste en la actuación de la voluntad de la ley mediante la sustitución de la actividad de los órganos públicos a la actividad de otro, sea en el afirmar la existencia de una voluntad de la ley, sea en hacerla efectiva" no se comprende por qué no han de tener carácter jurisdiccional actos como los del árbitro que en el sistema suizo sustituye su actividad a la de los contendientes para afirmar la existencia de una voluntad de la ley. Y decimos que no tiene consistencia, porque si bien existe en el laudo arbitral sustitución de actividad, la actividad que se sustituye no es la de un órgano público, como lo supone la definición de Chiovenda, sino la de un particular, por más que a dicha actividad la ley atribuya después fuerza obligatoria y ejecutiva. De manera que no es la clase de actividad que ejercita el árbitro lo que le quita carácter jurisdiccional, sino la calidad

con que este actúa: no obra como funcionario público sino como simple particular. Eso es todo.

IV. En la hora actual, en que el Estado ha tomado a su cargo la obligación de garantizar y asegurar la aplicación del derecho, no se concibe a la institución de los árbitros sino como tribunal de equidad. De ahí que no ejerza jurisdicción ni necesite de poderes jurisdiccionales para llenar su misión. No se le instituye para que ordene o mande algo, sino simplemente para que resuelva una dificultad. Al árbitro no se le demanda una condena, sino que se le encomienda una solución a la cual las partes prometen de antemano acatamiento. Sin esa promesa expresa o tácita, el arbitraje es inconcebible; la jurisdicción en cambio, se ejerce aún contra la voluntad de una de las partes. Por eso la sentencia del juez contiene siempre una orden o mandato.

Porque no siempre se ha tenido presente el verdadero carácter de la institución que nos ocupa, es que nuestras leyes no han reglamentado debidamente su funcionamiento. También debido a ello el arbitraje ha fracasado en la práctica. No obstante lo establecido en la ley respecto a la obligación de comprometer en árbitros ciertas cuestiones, muy pocas son las que se llevan a su conocimiento, y las que se someten a la decisión arbitral, son muy luego objeto de pleito ante los jueces del Estado. Es decir, que, en la práctica, las partes nunca se conforman con el laudo arbitral; no hay casi arbitraje que no haya sido cuestionado ante la justicia o que no haya originado cuestiones susceptibles de nuevos litigios.

Los que en nuestro país sostienen el carácter jurisdiccional de los árbitros ⁽¹⁰⁾, confunden el valor jurídico del laudo arbitral con su naturaleza jurídica. Tiene, en efecto, el laudo el valor de una sentencia judicial, en cuanto es ejecutable como ella, pero no por eso reviste carácter jurisdiccional. Para que lo tuviera, sería menester que fuera obra del Estado y no de un particular, como lo es en realidad.

Es cierto que la ejecutabilidad del laudo es un efecto o

(10) T. JOFRÉ, *Manual de Proc. Civ. y Pen.*, edic. 1923, t. IV, p. 188.

cualidad que le viene de la ley y no de las partes; pero es cierto también, según se ha visto, que la misma ley atribuye ese efecto a documentos privados que están muy lejos de tener sustancia jurisdiccional.

El laudo puede ser equiparado a una sentencia, la ley puede conceder a uno y otra los mismos efectos; más de ahí no ha de inferirse que tengan la misma sustancia jurídica. El uno siempre será un acto privado y público el otro; el laudo no dejará de ser la obra de un particular, en tanto que la sentencia es el producto de la actividad de un funcionario público.

No es exacto que la situación de los árbitros sea, como algunos han sostenido ⁽¹¹⁾, la misma que la de los jurados en los países donde éstos constituyen el orden judicial regular u ordinario. Tan no es la misma la situación, que, en dichos países, al lado de los jurados, funcionan los tribunales arbitrales como manifestación de la voluntad de los particulares para hacer resolver sus diferencias por quien se les ocurra.

No hay que olvidar que los jurados por más que puedan ser jueces accidentales o transitorios, es decir, sólo para los procesos para los que han sido nombrados, son verdaderos jueces del Estado. La forma de su designación y el tiempo de duración de su mandato, no hace al caso: ejercen una función pública, están investidos de autoridad y obran en nombre del Estado. No es esa por cierto la situación de los árbitros, que no pueden salir del terreno privado en que las partes los han colocado.

(11) JOFRE, *ob. citada*, p. 196 en nota.



CAPITULO IX

UNIDAD DE LA JURISDICCION

SUMARIO: I. IDEA DEL INSTITUTO. — II. ORIGEN COMÚN DE LOS PODERES JURISDICCIONALES. — III. UNIDAD JURISDICCIONAL EN LA LEGISLACIÓN PROCESAL. — IV. RELACIONES INTERJURISDICCIONALES. — V. DISTINTOS SISTEMAS, SU EXAMEN Y CRÍTICA. — VI. LA CUESTIÓN EN NUESTRA LEGISLACIÓN DE FONDO Y DE FORMA. — VII. CONOCIMIENTO DE LAS CUESTIONES JURÍDICAS NO PENALES LIGADAS AL HECHO PUNIBLE. — VIII. INFLUENCIA DE LA SENTENCIA CIVIL SOBRE EL JUICIO CRIMINAL. — IX. INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL SOBRE LA CIVIL: a) SENTENCIA CONDENATORIA; b) SENTENCIA ABSOLUTORIA; c) SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO; d) SOBRESEIMIENTO PROVISIONAL.

I. Es bien sabido que la clasificación que de la jurisdicción se ha hecho, tanto en doctrina como en la práctica, corresponde a las diferencias más o menos esenciales de la norma jurídica en cuanto a su naturaleza y objeto. Se ha entendido que cada categoría de reglas de derecho debe ser aplicada por jueces especializados en la materia, porque la experiencia ha demostrado las ventajas que derivan de la división del trabajo y la especialización. Cada función, dice Mortara, es ejercida por un órgano de modo tanto más perfecto cuanto mayor es la especialización de su ejercicio. Para obtener una buena administración de justicia, agrega, se necesitan personas adaptadas a la función porque la aptitud intelectual para la función jurídica civil no es la misma que se requiere para la penal. ⁽¹⁾ Y lo mismo puede decirse con respecto a las normas que tutelan otros intereses jurídicos.

Pero así como el derecho es, en esencia, uno solo en cuanto no se concibe, por lo menos en principio, dos reglas jurídicas en contradicción, así también la jurisdicción es una sola, considerada como función del Estado. Las distintas clases de jurisdicción no son sino distintas manifestaciones de una misma función ejercida por los mismos órganos, pero diversamente orientados. Todos reconocen un origen común, desde que son emanación del mismo poder estadual y respon-

(1) PRINCIPII DE PROC. CIV., Firenze 1890, p. 95.

den al mismo fin, que es el mantenimiento del orden jurídico en la sociedad.

II. Históricamente, la unidad jurisdiccional se manifiesta como una consecuencia de la confusión, uniformidad o identidad unitaria del derecho primitivo. Antiguamente no se percibía con claridad los caracteres distintivos de las normas jurídicas. Por eso las leyes eran un conglomerado de reglas de derecho civil, penal, procesal, etc., (tal es el código de Manú y la ley de Hamurabí), y los jueces aplicaban promiscuamente todas las reglas al resolver las cuestiones de distinto orden que les eran sometidas.

Aún en las últimas fases de la evolución social, cuando los fenómenos sociales y jurídicos se desarrollaron y complacaron considerablemente hasta determinar la división del derecho positivo, las distintas ramas en que este se fraccionó, aparecen relacionadas y vinculadas entre sí. Ferri refiriéndose a la separación del derecho civil y del penal, que es la que más se percibe, dice que es inútil buscar límite preciso e imaginario entre el fraude civil y el criminal, límite que no existe en sí, como lo prueba el hecho de que muchas acciones que antes se castigaban en el código penal ahora están consideradas en el código civil, y muchas acciones que hoy son delitos públicos, con el tiempo serán simples colisiones civiles cuando disminuya el sentido ético espíatorio que ahora informa el código penal. ⁽²⁾

III. En la organización y reglamentación que de las distintas jurisdicciones han hecho las leyes de los diferentes países, se notan manifestaciones evidentes de la unidad jurisdiccional. Algunas veces, aunque pocas, se permite al juez en lo civil o administrativo conocer de cuestiones de carácter penal, y otras se concede al juez del crimen competencia para entender en asuntos civiles o administrativos. En este último sentido sobre todo, nuestras leyes tienen numerosas disposiciones. Así, el Código Penal en su art. 29 dispone que

⁽²⁾ DERECHO Y PROCEDIMIENTO PENAL, edic. española, Madrid 1887, p. 97.

la sentencia condenatoria penal puede ordenar la indemnización del daño material y moral causado a la víctima, a su familia o a un tercero, fijándose el monto prudencial por el juez en defecto de plena prueba; y el Código de Procedimiento Penal de la Capital, autoriza a los jueces del crimen a resolver sobre el pago de las costas procesales (art. 143); a determinar la importancia de los honorarios de los abogados, procuradores, peritos y demás personas que hayan intervenido en las diligencias procesales, debiendo observar para ello las leyes de procedimientos civiles (art. 147); a trabar embargos sobre bienes del inculcado para garantizar la pena pecuniaria y la efectividad de las responsabilidades civiles (art. 411) a cuyo efecto observarán el Código de Procedimiento Civil en lo que se refiere al orden y a la forma de la traba (art. 413); a entender en el juicio por cobro de la fianza de resultas (art. 394); a decretar embargos de bienes pertenecientes a personas extrañas a la ejecución del delito, pero que se encuentran sometidas a la responsabilidad civil, y a conocer del incidente sobre irresponsabilidad que al respecto promuevan los embargados (arts. 425, 427 y 428); a intervenir en los juicios sobre ejecución de sentencia en lo que respecta al pago de las multas, cantidades pecuniarias, reparación de daños, indemnización de perjuicios, satisfacción de costas, etc.

IV. La posibilidad de que en la práctica se presenten a la decisión judicial cuestiones jurídicas de distinta naturaleza pero vinculadas o conexas entre sí, demuestra que las jurisdicciones no pueden vivir en una separación absoluta. Existe por el contrario, entre ellas, relaciones de interdependencia o de recíproca dependencia. En un juicio civil y durante su tramitación, pueden cometerse hechos delictuosos que sin embargo no influyan sobre la litis, como cuando una de las partes desacata una orden o mandato judicial o un depositario nombrado por el juez dispone de la cosa depositada, o los litigantes se injurian y calumnian en los escritos que presentan; puede también alegarse un hecho criminoso que destruya la acción civil ejercida, como cuando se sostiene la falsedad del documento en que aquélla se funda, o se afirma

la connivencia fraudulenta del tercerista con alguna de las partes que intervienen en el juicio principal. A su vez, en los juicios criminales suelen surgir cuestiones civiles de carácter formal o extrínseco, esto es, desvinculados con la cuestión principal, v. gr.: las relativas a la conservación y entrega de las cosas objeto del delito; y otras de carácter civil, comercial o administrativo que inciden sobre la decisión penal o sobre la acción misma, tales como las que se refieren a la posesión o propiedad en los delitos de usurpación, robo, hurto, etc. ⁽³⁾

Dichas relaciones jurisdiccionales o interjurisdiccionales como los llama Scadutto ⁽⁴⁾, han sido consideradas de distinta manera tanto en las leyes como en doctrina. Sin embargo, existe casi uniformidad en atribuir al juez de la causa, sea civil, comercial, penal, administrativo, etc., el conocimiento de las cuestiones jurídicas de otra naturaleza que la que determina su competencia, siempre que sean de carácter extrínseco, esto es, que sólo afecten al procedimiento.

V. En lo que se refiere a las cuestiones jurídicas que influyen sobre el fondo de la cuestión objeto del juicio, se han seguido dos grandes sistemas: el absoluto y el relativo. El primero admite o excluye absolutamente la competencia del juez penal para resolver la controversia de otra naturaleza jurídica; el segundo, por el contrario, admite o excluye parcialmente esa competencia. Pero en lo que hay casi uniformidad, es en no quitar al juez en lo penal el conocimiento de las acciones delictuosas aunque surjan y se aleguen en juicios que tramitan ante jueces de otra jurisdicción. Y decimos casi uniformidad, porque el Reglamento Procesal Austriaco y el Código de Proceso Civil Alemán admiten la posi-

(3) La facultad que las leyes procesales atribuyen a los jueces en general, de aplicar correcciones disciplinarias (multa, arresto) para mantener el buen orden en los juicios (art. 53 del Código de Procedimientos de la Capital Federal y art. 16 del Código de Procedimientos de la Provincia), no importa el ejercicio de la jurisdicción penal, sino el uso de facultades implícitas inherentes a los poderes públicos y necesarias para el lleno de sus funciones.

(4) FRANCESCO SCADUTTO, *La Giustizia Pen. y Cív.*, 1915, pág. 27.

bilidad de que los jueces civiles entiendan en cuestiones prejudiciales y apliquen el derecho penal llegado el caso. ⁽⁵⁾

De manera que, en general, las cuestiones prejudiciales son las de naturaleza distinta a la del objeto del pleito, que deben ser resueltas previamente a la cuestión principal y de las cuales depende la suerte de aquél. Así podría hablarse de cuestión prejudicial, penal o civil, según fuera en el proceso civil que apareciera la necesidad de resolver previamente un punto de derecho penal o en el juicio criminal que se requiriese la solución previa de una cuestión civil. Pero en el lenguaje que diríamos técnico legal, las cuestiones prejudiciales son sólo las de índole civil, comercial o administrativo que surgen en un proceso criminal y que deben ser resueltos antes que la cuestión penal.

La dificultad reside sólo en la determinación del juez competente, esto es, en saber si compete al juez del crimen el conocimiento de las cuestiones prejudiciales o si, por el contrario, debe dejarse a los jueces especializados su decisión. Las soluciones dadas por la doctrina pueden agruparse en los dos grandes sistemas ya indicados: el absoluto y el relativo o mixto.

El sistema absoluto, a su vez, puede dividirse en: libre y dependiente.

a) Según el primero, el juez debe resolver cualquier excepción conexa al delito, incluso las cuestiones prejudiciales. Se funda en la prevalencia que se atribuye a la justicia penal sobre las otras, y en la conveniencia de evitar la dilatación del proceso, cosa que no se consigue concediendo competencia a los jueces a quienes incumbe en principio el conocimiento de esas cuestiones especiales.

A este sistema se puede objetar que la dicha prevalencia no es estrictamente científica ni real, "sino exterior o política a causa de los intereses colectivos que entiende tutelar". Por lo demás, la justicia privada y la administrativa también contemplan el interés de la sociedad, y la penal igualmente tutela los intereses privados.

(5) MENESTRINA, *La Preguidiale nel proc. civ.*, Viena 1904, p. 127.

En cambio, puede haber conveniencia práctica en dejar a los jueces especializados la solución de los asuntos de su competencia. Para eso precisamente han sido instituídos. Convenir que el juez del crimen decida controversias que versan sobre materias ajenas a su especialidad es, alguien ha dicho, como dejar que un oculista intervenga quirúrgicamente en el estómago del enfermo.

b) Según el otro sistema absoluto, cada juez debe conocer en su especialidad, pero manteniendo una recíproca dependencia. Es decir que el juez de lo penal debe abstenerse de resolver las cuestiones prejudiciales; su conocimiento corresponde a los jueces especiales.

Pescatore ha dado los fundamentos de este sistema. ⁽⁶⁾ Tiende ante todo a evitar la confusión y desconocimiento de la cosa juzgada en materia civil, pues la sentencia penal tiene valor "erga omnes", y decidiendo cuestiones civiles podría hacerse valer aún contra los que no han sido parte en el juicio.

Pero, a ello se observa que no es cierto que la sentencia dictada en juicio criminal tenga un valor absoluto respecto de las cuestiones jurídicas no penales resueltas. No hace cosa juzgada sino en cuanto a la absolución o condena, pues los demás asuntos, sólo han sido tenidos en cuenta a los efectos de la represión.

Por eso la mayoría de los autores se deciden por un sistema ecléctico: conceden al juez de lo penal facultades para entender en cuestiones jurídicas de distinta naturaleza conexas al delito, al solo efecto punitivo, pero con exclusión de algunos que por razones especiales deben ser resueltas por el juez de la materia.

Scadutto criticando este sistema, dice que no tiene un fundamento serio ni lógico. No se explica por qué se ha de atribuir competencia al juez del crimen para conocer en asuntos civiles y se le ha de negar al juez civil atribuciones para entender en cuestiones de carácter penal. Esta diferencia no

(6) ESPOSIZIONE COMPENDIOSE DELLE PROC. CIVILE E CRIMINALE, Torino 1865, vol. II, Sez. III.

es científica, porque nadie puede negar que las cuestiones civiles son más complicadas y difíciles que las penales. Así, pues, hasta peligroso resulta confiar a jueces inexpertos o incapaces la solución de asuntos que no son de su competencia.

Como se ve, ninguno de los sistemas señalados sigue razones fundamentales. Procuran simplemente, por un lado, salvar los inconvenientes que traen aparejados la suspensión, fraccionamiento y dilatación del proceso con la remisión de los autos al juez competente, y por otro, huir de las decisiones injustas si se deja a los jueces el conocimiento de materias que no son de su especialidad. Por eso no son malos ni buenos en absoluto, sino que sus ventajas e inconvenientes dependen de circunstancias especiales y hasta accidentales. De ahí que cada Estado haya organizado u ordenado las relaciones interjurisdiccionales en forma diferente.

Prima facie parecería que, si la ley reconoce que como consecuencia del progreso y desenvolvimiento de la ciencia jurídica, conviene dividir la jurisdicción para obtener el mejor rendimiento que da la división del trabajo y la especialización profesional o científica, debería dejarse al juez competente el conocimiento de todas las cuestiones jurídicas de su especialidad. Pero es que, en situaciones especiales, esas ventajas no se perciben, o se tornan en inconvenientes, y no se ve entonces, por qué en esos casos excepcionales, no se ha de romper la regla, tanto más cuanto que, como hemos dicho, la separación de las jurisdicciones no es sustancial.

Cualquier sistema es bueno si mantiene la unidad de la función jurisdiccional. Lo que perjudica y debe evitarse es la contradicción. No hay nada que dañe más a la administración de justicia que el conflicto producido por resoluciones judiciales contrarias. El pueblo que no considera verdadero el derecho sino en cuanto lo aplica el juez, se desconcierta y duda ante el error y la contradicción judicial. Debe por ello impedirse que se rompa y perturbe la armonía funcional de la justicia. La verdad jurídica declarada o afirmada por una sentencia irrevocable, debe considerarse la expresión

soberana del Estado y no el pronunciamiento particular de un magistrado.

Veamos ahora cómo ha reglamentado nuestra ley las relaciones interjurisdiccionales.

VI. La materia ha sido tratada en forma incompleta en el Código Civil, el Penal y los de Procedimientos. Sus disposiciones hacen: 1º a la prejudicialidad civil y criminal; 2º a la influencia de la decisión criminal en el juicio civil y viceversa; y 3º al ejercicio de la acción civil de daños y perjuicios provenientes de un delito.

El art. 1104 del Código Civil dispone: "Si la acción criminal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión compete exclusivamente al juicio civil, no habrá condenación en el juicio criminal antes que la sentencia civil hubiese pasado en cosa juzgada. Las cuestiones prejudiciales serán únicamente las siguientes: 1º Las que versaren sobre la validez o nulidad de los matrimonios; 2º Los que versaren sobre la calificación de la quiebra de los comerciantes".

Como se ve, admite el Código la prejudicialidad civil limitada a las cuestiones que enumera. Sin embargo reconoce la posibilidad de hacerla extensiva a otras en el art. 1105, cuando dice que, "con excepción de los casos anteriores *o de otros que sean exceptuados expresamente*, la sentencia del juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal", etcétera.

Pero ¿cuál es la ley que debe determinar esas otras cuestiones prejudiciales? Es indudablemente que debe ser otra que la civil, la cual en rigor ni siquiera ha podido hacer lo que ha hecho, porque ha legislado sobre materia que no es de su incumbencia. (7)

La organización de los tribunales ordinarios, la distribución de la competencia, el procedimiento para el ejercicio

(7) O. MACHADO, *Com. del Código Civil Argentino*, t. III, fs. 381; MIGUEL AVALLE, *La acción civil*, artículo publicado en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 13, fs. 1064; JESÚS H. PAZ, en *Procedimiento Penal Argentino*. MALAGARRIGA y SASSO, *apéndice*, t. II, página 341.

de las acciones, son asuntos regidos por leyes llamadas de forma, que, entre nosotros, corresponde dictar a las Provincias. A éstas ha reservado la Constitución Nacional el poder legislativo al respecto, desde que no figura entre los poderes delegados al Congreso Nacional. Luego, son los códigos de procedimientos los que deben estatuir sobre el particular, y así lo han entendido la mayoría de las provincias, cuyas leyes sobre la materia, hasta contienen disposiciones contradictorias con las del Código Civil.

Sin embargo, las leyes de procedimiento de las provincias, han procurado armonizar en lo posible con lo dispuesto en el Código Civil sobre cuestiones prejudiciales, para mantener así, la unidad de legislación tan necesaria en todo Estado.

El art. 17 del Código de Procedimientos en lo penal de la Capital Federal y territorios nacionales, legislando sobre materia propia, establece "que si la acción legal dependiese de cuestiones prejudiciales cuya decisión competa exclusivamente a otra jurisdicción, no podrá iniciarse el juicio criminal antes que haya sentencia ejecutoriada en la cuestión prejudicial". Es decir que erepite casi literalmente el texto del art. 1104, el que forzosamente ha debido tenerse presente y al que debe haberse referido cuando habla de las "cuestiones prejudiciales". De no ser así, habría que convenir que según el citado precepto de la ley procesal, la mayoría de las cuestiones jurídicas relativas al estado de familia, derecho de propiedad, derechos reales, considerados casi universalmente como prejudiciales, deberían ser resueltos previamente por la jurisdicción; civil, dado que a ella corresponde en general su conocimiento, y a la jurisdicción penal sólo competería las causas criminales como lo dispone el código de la materia. ⁽⁸⁾

La duda o confusión no puede existir en la Provincia de Buenos Aires, porque el Código de Procedimiento Penal estatuye en su art. 15 que, "la competencia de los Tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver al sólo efecto de la represión, las cuestiones civiles propuestas con

(8) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS EN LO CRIMINAL, arts. 19 y siguientes.

motivo de los hechos perseguidos", y el art. 16 agrega que, "se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior las cuestiones a que se refiere el art. 1104 del Código Civil y 18 de la ley 4189 ⁽⁹⁾, de los que debe conocer la jurisdicción civil y comercial".

Pero, de todas maneras, no existe ninguna dificultad práctica en el orden nacional, debido a que la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de admitir como prejudiciales sólo a las consideradas tales por las leyes de fondo. ⁽¹⁰⁾ Ellas son las especificadas en el art. 1104 del Código Civil y art. 74 del Código Penal.

a) Señala en primer término como prejudiciales el art. 1104, las cuestiones relativas a la validez o nulidad del matrimonio. Forman éstas parte de las que rigen la familia, como las referentes al estado civil de las personas, cuestiones que tanto la doctrina como la mayoría de las legislaciones extranjeras han reconocido como estrictamente prejudiciales, en razón de su importancia dentro del orden social. Por eso se ha querido que sean consideradas y resueltas con todas las garantías de los tribunales especializados.

b) También indica el citado artículo como prejudiciales las cuestiones que versaren sobre la calificación de las quiebras de los comerciantes. Esta prejudicialidad se considera inexistente en la actualidad por haberse suprimido el juicio de calificación de la quiebra que prescribía el código de comercio anterior en su art. 1588 y al que se debe haber referido el inciso 2º del art. 1104.

Sin embargo, la correlación armónica del art. 176 del Código Penal, art. 1422 del Código de Comercio y art. 17 del Código de Procedimientos en lo Criminal, autorizan a sostener que puede considerarse como prejudicial la declaración de la quiebra.

En efecto, el art. 176 del Código Penal y siguientes, reprimen al quebrado "declarado en quiebra", lo que supone una declaración previa que no puede ser hecha sino por el

⁽⁹⁾ Hoy art. 74 del Código Penal.

⁽¹⁰⁾ FALLOS, C. del Crimen, t. 18, p. 365; t. 20, p. 48; t. 41, p. 413.

juez de comercio, que es el único competente para ello según el art. 1422 del Código de la materia; y como el art. 17 del Código de Procedimientos considera prejudicial a toda cuestión cuya decisión competa exclusivamente a otra jurisdicción, la declaración de quiebra debe considerarse prejudicial, desde que no la puede hacer el Juez del Crimen sino el de Comercio.

La doctrina ha considerado muy importantes los asuntos relativos a la quiebra, aconsejando sean regidos por una legislación especial. Por la misma razón ha reputado la declaración de quiebra una medida delicada y grave que sólo debe ser dictada por el juez especializado en la materia. "Se ha reservado dicha apreciación al tribunal de comercio que ilustrado por el conocimiento y hábito de los negocios comerciales, decía el relator a la ley francesa de 28 de mayo de 1838, puede pronunciarse con mejor conocimiento de la causa sobre este cúmulo de circunstancias, cuya apreciación es de suyo difícil y muy delicada". De ahí que entre nosotros y por lo menos en la práctica, se haya dejado siempre al juez de comercio la competencia exclusiva para dictar la declaración de quiebra.

c) El art. 74 del Código Penal, a su vez, introduce otra cuestión prejudicial. Dispone, en efecto, que no podrá intentarse la acción penal de adulterio mientras no se declare el divorcio por esa causal. Y aun cuando el precepto legal no dice que el divorcio debe ser declarado por el Juez de lo Civil, es indudable que esa ha sido la mente del legislador, y así lo han entendido los autores y la jurisprudencia. De otro modo, la disposición no tendría razón de ser.

De manera que no es sólo el Código Civil sino también el Penal quien determina cuáles son las cuestiones prejudiciales. Podría igualmente establecerlo cualquier otra ley, como se ha sostenido que lo hace la ley N° 428, por ejemplo, cuyos arts. 52 y 83 parecerían supeditar la acción penal de malversación de caudales públicos a la declaración previa de la Contaduría General de la Nación sobre la existencia del desfalco.

Pero sea que corresponda determinar las cuestiones prejudiciales a las leyes de procedimientos, como lo hemos afirmado, o a las de fondo como se ha sostenido por algunos, es lo cierto que dichas cuestiones son las únicas extrañas al derecho penal y vinculadas al delito que se sustraen al conocimiento de los jueces del crimen. Todas las demás pueden ser tratadas por estos sin esperar resolución del juez especializado en la materia.

Tal circunstancia, lejos de romper la unidad de la jurisdicción, la confirma, puesto que demuestra que la competencia de los jueces especializados no es absoluta. Y si las leyes dan a la justicia del crimen la exclusividad para entender en las cuestiones penales, no es porque la separación de la jurisdicción sea substancial, sino porque median razones de orden público que así lo aconsejan. Por lo demás, la dicha prevalencia mantiene firme el principio de la unidad jurisdiccional.

VII. El Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital Federal y Territorios Nacionales, no contiene ninguna disposición que expresamente autorice a la justicia de represión a conocer y decidir cuestiones jurídicas no penales ligadas al hecho punible; sin embargo, siempre los Tribunales se han considerado competentes para ello. ¿En qué se han fundado para seguir ese temperamento? En el principio generalmente aceptado de que el juez de lo principal lo es de lo incidental ⁽¹¹⁾, principio que implícitamente está comprendido en el art. 1104 del Código Civil, desde que admite la posibilidad de que las cuestiones prejudiciales a la justicia civil puedan ser resueltas por los jueces del crimen.

De manera que si en un proceso por hurto, por ejemplo, se discutiese la propiedad de la cosa que se dice hurtada y fuese necesaria la decisión previa al respecto, el juez de la causa podría conocer de esa cuestión y resolverla, como podría conocer de la existencia o inexistencia de una sociedad civil o comercial, si en un proceso por defraudación depen-

(11) HANS, *Principios generales de derecho penal belga*, t. 2, N° 1193; LARRAN, t. 5, N° 334; AGUILERA, *Cuestiones prejudiciales*, 1917, p. 87.

diere de ese punto el pronunciamiento en lo criminal. Por eso, todas las cuestiones jurídicas extrañas a la materia penal que tienen relación directa o indirecta con el hecho punible, caen necesariamente bajo la competencia de la justicia represiva; ellas deben o no ser resueltas por los jueces especializados según las circunstancias, sin que sea fácil determinar una regla general al respecto. Así, antes de la vigencia del nuevo Código Penal, se discutía si los jueces del crimen podían conocer en las acciones por daños y perjuicios emergentes del delito, como todavía se discute si tienen competencia para entender en la acción por reivindicación de las cosas robadas. ⁽¹²⁾

Para evitar confusiones en la práctica, dado que la prevalencia de la justicia represiva sobre las demás es generalmente aceptada, podría establecerse como principio, que incumbe a ésta, entre nosotros, el conocimiento de las cuestiones jurídicas de cualquier naturaleza siempre que la decisión sobre ellas sea necesaria para el pronunciamiento en lo criminal, excepción hecha de las cuestiones estrictamente prejudiciales. Como consecuencia, todos los demás asuntos extraños a la materia penal, aunque estén relacionados con el delito, deben ser tratados y resueltos por los jueces especializados, a no ser que la ley expresamente hubiese conferido competencia a la justicia punitiva, como en los casos previstos en el art. 29 del Código Penal.

Como la división de la jurisdicción no es sustancial, según lo hemos visto, no puede haber inconveniente en atribuir a los jueces del crimen competencia para entender en cuestiones no penales si median razones especiales que así lo aconsejan. Cuando en un proceso no es posible resolver sobre la existencia del delito sin antes decidir otra cuestión jurídica, es lógico que se le confiera al juez de la causa facultad para conocer de ésta, como debe tenerla también para conocer de los asuntos incidentales estrechamente vinculados con el principal; pero no se ve por qué ha de intervenir en todos

(12) JESÚS H. PAZ, trabajo citado, *Fallos Cám. de lo Criminal*, t. 24, p. 219; t. 17, p. 384; t. 41.

los juicios que se originen como consecuencia del hecho criminal, cuando éstos pueden ventilarse, sin perjuicio para nadie, ante el juez de la materia investido de competencia especial para ello. ⁽¹³⁾ Por eso es que entendemos que la acción reivindicatoria de las cosas robadas, debe interponerse ante el juez de lo civil.

Ahora, ¿cuál es el valor de las resoluciones tomadas por los tribunales del crimen sobre materias ajenas a su jurisdicción? Vale al solo efecto de la represión, contestan el art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España y el art. 14 del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires. Es decir, que sólo son eficaces para decidir sobre el delito y la culpabilidad de su autor, pero que ninguna influencia puede tener fuera de juicio; no autorizan la excepción

(13) El art. 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal Española expresa con claridad el principio que dejamos sentado, estableciendo que, por regla general, la competencia de los tribunales encargados de la justicia penal se extiende a resolver para el solo efecto de la represión, las cuestiones civiles y administrativas judiciales, propuestas con motivo de los hechos perseguidos, *cuando tales cuestiones aparezcan tan íntimamente ligadas al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación*. Dicho texto ha sido reproducido literalmente en el art. 14 del Código de Procedimientos Penales de la Provincia de Buenos Aires a excepción de la última parte que subrayamos, con lo que si bien se ha ganado en extensión se ha perdido en precisión. Con todo, como se refiere a cuestiones propuestas con motivo de los hechos perseguidos debe entenderse que son los nacidos en el curso del proceso con motivo de la substanciación del juicio.

La famosa acordada de la Corte de Casación Francesa de fecha 5 de noviembre de 1813, inspirada por la nota de su Presidente M. BARRIS, lo había dejado bien establecido en su art. 2º que dice: "Los tribunales criminales pueden y deben conocer de los contratos cuya violación caiga bajo la sanción del art. 408 del Código Penal. Cuando la existencia del contrato se negase ante ellos por la parte perseguida en razón de dicha infracción, aquellos tribunales deben juzgar la cuestión prejudicial de la existencia del contrato; es un principio admitido que todo juez competente para estatuir sobre un proceso de que está conociendo, lo es para conocer y resolver las cuestiones que se susciten incidentalmente en el mismo proceso aunque esas cuestiones estuvieran fuera de su competencia (L. a Cód. de judicis). Si no puede separarse la prueba del delito de la convención, la competencia en cuanto al delito que constituye la acción principal, lleva necesariamente consigo la competencia sobre el contrato cuya negación no es otra que la excepción a esta acción y como los Tribunales Criminales deben resolver en cuanto a los intereses civiles de las partes, deben tener facultad para juzgar sobre la existencia o validez del contrato a que se refiere esos intereses civiles".

de cosa juzgada; por lo tanto, la cuestión puede discutirse y resolverse en el juicio correspondiente ante el tribunal que tenga competencia por razón de la materia.

Se funda la expresada tesis, en la circunstancia de que la justicia represiva, en estos casos, *conoce* de tales cuestiones "para apreciar si por virtud de ellas queda despojado o no de su carácter punible el acto justiciable o demostrada la inocencia del presunto reo", pero no falla, como lo deben hacer los tribunales competentes, después de amplio debate y bajo las formas solemnes del juicio. Estos últimos resuelven el objeto de la litis declarando el derecho con carácter definitivo, mientras que los jueces del crimen, entienden de las cuestiones de orden distinto del penal, sólo para poder fundar su sentencia, respecto del hecho criminoso.

Naturalmente que dicho raciocinio, sólo se hace valer en lo referente a las cuestiones ligadas al hecho punible y sobre las cuales la ley no ha dado a los jueces del delito competencia para decidir en forma definitiva, como en el caso que contempla el art. 29 del Código Penal; sin embargo, no está libre de observaciones justificadas. No puede admitirse, en efecto, que los tribunales represivos absuelvan o condenen, sobre todo condenen, partiendo de la base que existe un derecho de orden civil, comercial, administrativo, etc., y que luego los tribunales de la materia respectiva, declaren la inexistencia de tal derecho; o viceversa, que la sentencia condenatoria penal desconozca la existencia del derecho, y que después la del tribunal competente afirme que existe. Semejante contradicción llevaría al espíritu de las gentes la impresión de que se ha condenado injustamente, o cuando menos, que una de las dos sentencias es injusta. Y ello naturalmente redundaría en desprestigio de los tribunales que necesitan afirmar su autoridad en la justicia si no real, por lo menos aparente de sus fallos.

Cuando el juez del crimen declara, o mejor dicho, reconoce la validez de un acto jurídico para basar sobre ello la sentencia, debe hacerlo ajustándose a lo que sobre el particular disponga la ley de la materia. Los códigos civil, comercial, de minería, etc., son los mismos cualquiera que sea el juez que

deba aplicarlos; el derecho es uno, y no se explica que pueda cambiar por el cambio de jurisdicción. Por la misma razón, la prueba que el juez debe hacer valer en tales casos, es la exigida por la ley que estatuye sobre la cuestión jurídica respectiva, sin que por ello invada jurisdicción ni se produzca una confusión del derecho; por el contrario, las normas civiles o comerciales en su caso, regirán los actos civiles o de comercio únicamente, y las reglas represivas se aplicarán tan sólo a los delitos; lo que varía es la jurisdicción en la cual tales actos son considerados. ⁽¹⁴⁾

En consecuencia, si los jueces del delito deben aplicar las leyes que rigen los distintos puntos jurídicos determinantes de la culpabilidad o de la inocencia y exigir los medios de prueba requeridos por dichas leyes, no hay razón para que su resolución al respecto no tenga el mismo valor que la dictada por el juez competente por *ratione materiae*. Contienda existe en el hecho, desde que el juez ha tenido que tratarla, y sentencia también existe, puesto que ha tenido que pronunciarse sobre una cuestión litigiosa. Sin embargo, como podría objetarse que de todas maneras faltarían las solemnidades del juicio contradictorio, no sería difícil obviar el inconveniente haciendo que la ley

⁽¹⁴⁾ AUBRY ET RAU, t. 8, p. 356 dicen: Cuando un acto que constata un crédito ha sido sustraído fraudulentamente o arrebatado por violencia al acreedor, la prueba testimonial de la subscripción, de la existencia y del objeto de ese acto es admisible. Al contrario, cuando un título debe haber sido suprimido por aquel a quien el acreedor pretende haberlo confiado a título de depósito o de mandato, la prueba testimonial de la supresión de este acto y de la existencia del crédito no es admisible sino en tanto que el hecho jurídico de la entrega se encuentre establecido conforme a las reglas del derecho común. En la misma corriente de ideas se encuentran DEMOLOMBE, DALLOZ, LAURENT Y FAUSTIN HELLE.—FRAMARINO comentando el art. 48 del Código Italiano de Procedimientos Penal, dice: "Los derechos civiles del ciudadano están regulados por leyes civiles; no existen sino en cuanto están regulados por las leyes civiles y dentro de las condiciones preestablecidas por dichas leyes, siempre que deba probarse la existencia de un derecho civil es preciso acudir a los criterios de las leyes civiles de donde se origina. Ahora, cuando se quiere imputar a un hombre la violación de un derecho civil, es necesario ante todo estar cierto de su existencia, si la existencia de éste no fuera cierta, se podría hablar de violación de un derecho natural, pero no de un derecho civil. *Lógica de las pruebas en materia criminal*, tom. 2º, pág. 112. En igual sentido se pronuncian RICCI, *Tratado de las pruebas*, tít. V y FOURNIER, pág. XXII. *Jurisprudencia civil*, t. 36 p. 233, 768, 105 y 343.

dispusiera que sobre la cuestión previa se forme incidente por separado el que deberá sustanciarse entre las partes interesadas por los trámites que corresponda. Indirectamente algunas legislaciones han llegado al mismo resultado: el art. 2 del Código de Procedimientos Penal de Italia, confiere al juez del delito la facultad, no la obligación, de diferir al juez de lo civil la resolución de las cuestiones civiles que surjan en el proceso, lo que implícitamente importa atribuir igual valor al pronunciamiento de uno y otro juez sobre las dichas cuestiones civiles. Nuestro Código Civil legisla sobre la materia en los arts. 1101 al 1106, pero en forma incompleta.

VIII. Respecto a la influencia de la sentencia civil sobre el juicio criminal, el art. 1105 establece una regla según la cual "la sentencia en el juicio civil sobre el hecho no influirá en el juicio criminal, ni impedirá ninguna acción criminal posterior intentada sobre el mismo hecho, o sobre otro que con él tenga relación", con excepción de los casos previstos en el art. 1104 o de otros que fueran exceptuados expresamente. Pero conviene hacer notar que la ley sólo se refiere al pronunciamiento sobre el hecho que pueda ser motivo de la acción criminal o de otro con el que tenga relación, y no a las decisiones sobre actos jurídicos que puedan influir o de los cuales puede depender la calificación del hecho inculcado. Lo que sobre estas cuestiones resuelva la sentencia civil, debe tener valor y aceptarse en juicio criminal, porque no habría razón alguna para autorizar una resolución distinta o contradictoria de la ya dictada por juez competente. Si en juicio civil contradictorio se ha resuelto acerca de la validez de un título de propiedad, por ejemplo, no puede pretenderse reabrir la discusión y provocar un fallo distinto sobre ese particular en un proceso criminal que la parte vencida en aquél promoviese. Tal vez eso es lo que haya querido estatuir el art. 1106, cuando dice que "cualquiera que sea la sentencia posterior sobre la acción criminal, la sentencia posterior en juicio civil pasada en cosa juzgada conservará todos sus efectos"; y digo tal vez, porque ello no resulta muy claro ni parecen haberlo entendido así los comentaristas de nuestro código civil.

Entendemos que la interpretación que le damos a este principio legal, es el que corresponde, dado que no se explica que la sentencia anterior civil conservara *sus efectos*, si pudiera ser desvirtuada por otra sentencia en lo criminal. No se justificaría semejante anomalía con sólo afirmar que las acciones civil y criminal persiguen objetivos distintos: el uno el cumplimiento de la obligación, el otro de la pena. Está bien que en el proceso criminal sólo se busca aclarar la existencia o inexistencia del delito y la individualización del autor, y que lo que ahí se resuelva es al solo efecto de la determinación de la culpabilidad o de la inocencia y no para declarar o reconocer derechos; pero cuando la existencia del delito depende de la naturaleza jurídica de un acto y ya se ha resuelto lo que en derecho corresponde en el juicio civil, no se ve por qué el juez de lo criminal no ha de tener en cuenta esa decisión dictada por el juez competente. ¿No resulta poco serio y hasta escandaloso que un contrato calificado como de *comodato* por la sentencia civil, sea considerado un *depósito* por la sentencia criminal? ¿Qué inconveniente habría en que la justicia repressiva aceptase y tuviera por válido lo resuelto por el juez de la materia? Se trataría de admitir la cosa juzgada en lo civil, siempre que concurren las tres identidades clásicas: *eadem personae, eadem res, eadem causa petendi*.

IX. Más clara, por haber sido mejor estudiada, es la cuestión relativa a la influencia de la sentencia penal sobre el juicio civil, comercial, administrativo, etc. Aun antes de la interesante polémica sostenida por los juristas franceses a que se refiere el autor de nuestro código civil en la nota puesta a los arts. 1102 y 1103, ya se admitía, como se admite ahora, el valor casi absoluto de la sentencia penal. Así lo establecen la mayoría de las legislaciones extranjeras, algunas de las cuales, como el Código de Procedimientos Alemán y el reglamento austríaco, llegan a establecer que la sentencia civil puede anularse o revocarse si es revocada o anulada la sentencia penal. ⁽¹⁵⁾

(15) Art. 530 y 534, 580 y 585, respectivamente.

El carácter de verdad absoluta y el efecto de inmutabilidad universal atribuida a la sentencia penal, radica en el objeto de la acción y naturaleza de la función jurisdiccional en materia criminal. Por medio de la acción penal, no se procura satisfacer el interés particular del damnificado, sino el de la colectividad, y el juez al dictar su pronunciamiento, trata de restablecer el orden social perturbado por el crimen y no de reconocer un derecho al lesionado.

No es que el interés público sea ajeno a la jurisdicción civil; no, ésta se ejerce también en vista de un interés general, cual es el de evitar la lucha privada y mantener la paz social que no existiría si cada cual hubiera de hacerse justicia por sí mismo. Lo que ocurre es que ese interés es indirecto, porque se satisface con ocasión de procurarse un interés privado tutelado por la norma jurídica. En cambio, en la jurisdicción penal, el objeto del juicio no es ya un bien de la vida perteneciente al particular damnificado, sino de la sociedad.

De manera que el fundamento de la fuerza obligatoria de la sentencia penal en las demás jurisdicciones, no hay que buscarlo en la concurrencia de las tres identidades clásicas de la cosa juzgada; es de su esencia tener valor *arga omnes*, porque la absolución y la condena, se dan más que en beneficio del procesado y de la víctima, en interés de la colectividad. De ahí que en el trance de evitar sentencias contradictorias, se haya optado por dar prevalencia a la penal, claro está que en lo que se refiere al hecho.

El Código Civil consagra la doctrina expuesta precedentemente. El art. 1102, dispone que “después de la condenación del acusado en juicio criminal no se podrá contestar en el juicio civil la existencia del hecho principal que constituye el delito, ni impugnar la culpa del condenado”; y el art. 1103 agrega, que “después de la absolución del acusado no se podrá tampoco alegar en el juicio civil la existencia del hecho principal sobre el cual hubiese recaído absolución”. Como consecuencia de ello, el art. 1101 establece que, “si la acción criminal hubiese precedido a la acción civil, o fuere intentada pen-

diente ésta, no habrá condenación del acusado en el juicio criminal", etc.

Por tanto, si la parte civil, después de dictada la sentencia penal condenatoria, quisiera accionar por nulidad de contrato o de escritura pública o por indemnización de daños y perjuicios, no tendría necesidad de probar el hecho generador del vicio o del daño, ni la culpabilidad del autor, más aún, no podría hacerlo aunque lo pretendiera, porque en el juicio civil debe atenerse al pronunciamiento criminal. Por la misma razón, tampoco podría pretender probar el hecho si en el juicio penal se ha declarado que no existe. Y para evitar, posiblemente, la prosecución de un juicio inútil, la ley va más allá, reconociendo que el ejercicio de la acción penal influye sobre el juicio civil, al disponer en el art. 1101 que no puede haber condena en el juicio civil hasta que no lo haya en el criminal, si la acción criminal hubiese precedido a la civil o fuere intentada pendiente éste.

De manera que, según la ley, el juicio civil debe paralizarse en cierto momento, cuando está en movimiento la acción criminal, lo que tiene su razón de ser, porque ejercitada ésta no puede detenerse: debe terminar con una sentencia. Y si en tal situación pudiera proseguirse la acción civil, se tendrían dos sentencias que al ser independientes, podrían contradecirse recíprocamente, produciendo el escándalo jurídico y social que se procura evitar. ⁽¹⁶⁾

La influencia del ejercicio de la acción penal sobre la civil se manifiesta así sólo cuando ésta se ejerce en juicio independiente del criminal. Cabe esta observación porque según el art. 29 del Código Penal y algunos códigos de procedimientos como el de Santa Fe, la acción civil por indemnización de daños y perjuicios emergentes del delito, pueden ejercitarse en el mismo juicio criminal y, en tal caso, como uno y otro pronunciamiento se dictan en la misma sentencia, ambas acciones marchan paralelamente sin que la una interrumpa el curso de la otra. Por lo demás, el art. 1101 autoriza esa interpretación,

(16) Según la jurisprudencia corriente, el juicio civil se paraliza cuando llega al estado de sentencia. *Jurisp. Argent.* t. VI, p. 328.

puesto que una de las situaciones previstas en dicha disposición legal no puede producirse en caso de ejercicio conjunto de las dos acciones. ¿Cómo podría, en efecto, hablarse de acción civil pendiente, si no se hubiera intentado ésta en su propia jurisdicción? Ante la justicia del crimen sólo puede ponerse en movimiento la acción civil conjuntamente con la penal; si se pretendiera hacerlo antes, no podría dársele curso por falta de competencia de parte del juez para entender en el juicio.

Suspendida la acción civil por estar pendiente la criminal, no recobra aquélla su curso hasta que no exista sentencia respecto de ésta. Y decimos sentencia y no condena como lo expresa el art. 1101, porque así lo ha entendido la jurisprudencia con buen criterio, dado que lo que ha querido el legislador, es asegurar la influencia del pronunciamiento criminal sobre el civil, haya condena o absolución, para evitar que se juzgue de distinta manera el hecho de que surgen las dos acciones ejercitadas. ⁽¹⁷⁾ Por otra parte, de aplicarse al pie de la letra el texto legal, podría mantenerse indefinidamente en suspenso el juicio civil si en el proceso criminal se decretara la absolución o el sobreseimiento.

Teniendo pues, presente el espíritu de la citada disposición legal, que, como lo hemos dicho y repetido, no es otro que el de alejar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios, se ha llegado a la conclusión de que la acción civil puede proseguirse cuando esa posibilidad haya desaparecido en absoluto, como ocurre en los casos en que la acción criminal se extingue por prescripción, muerte del procesado, amnistía, renuncia, retractación, subsiguiente matrimonio, etc. y cuando el proceso termina por sobreseimiento definitivo. No se tuvo el mismo criterio, por lo menos durante algún tiempo, respecto al sobreseimiento provisional; sin embargo, en la actualidad parece haberse uniformado la jurisprudencia en el sentido de autorizar la prosecución del juicio civil. ⁽¹⁸⁾

(17) CÁMARA CIVIL 1ª, Trabuco con Calafalti, 12 Diciembre 1922.

(18) CÁMARA CIVIL *en pleno*; Chauvin con Compañía General de Automóviles, 20 Mayo de 1919, y Camps de Paint Elena con Antonio Toscano, 24 Mayo de 1924.

Ahora, la sentencia criminal influye en distinta extensión sobre la civil, según que sea condenatoria o de absolución: cuando hay condena, la autoridad del pronunciamiento penal se extiende a la existencia del hecho y a la responsabilidad del condenado (art. 1102), y cuando media absolución sólo prevalece la sentencia en cuanto declara la inexistencia del hecho, si es que ella se funda en tal circunstancia (art. 1103). Y la razón es obvia: "la condena supone la existencia del hecho y la responsabilidad del autor": sobre una y otra cuestión ha recaído pronunciamiento, y es natural que por las razones que expresamos oportunamente, haya cosa juzgada, dado que la responsabilidad penal lleva implícita la civil. Pero otra cosa sucede con la absolución, que, si bien supone irresponsabilidad criminal, puede no excluir la responsabilidad civil.

La influencia de la sentencia absolutoria es, pues, más limitada y hasta nula en ciertos casos. La absolución como el sobreseimiento, en efecto, pueden dictarse aún reconociendo la existencia del hecho, si éste no constituye delito; en tal caso, la acción civil juega con toda independencia, y la decisión que al respecto recaiga, no tiene nada que hacer con la dictada en el juicio criminal. Sin embargo, en situaciones especiales, la sentencia absolutoria que no niega la existencia del hecho, ejerce autoridad sobre la de otra jurisdicción cuando se ha pronunciado sobre la existencia del daño. ⁽¹⁹⁾

El sobreseimiento no siempre influye sobre la sentencia civil. En primer término, conviene distinguir el sobreseimiento definitivo del provisorio, y luego, conocer las causas por las que aquél se ha dictado.

Según nuestra ley de procedimiento en lo criminal, el sobreseimiento definitivo procede: 1º cuando resulta con evidencia que el delito no ha sido perpetrado; 2º cuando el hecho probado no constituye delito; y 3º cuando aparecieren de un modo indudable exentos de responsabilidad criminal los procesados.

⁽¹⁹⁾ En tal caso, no es el pronunciamiento en lo criminal lo que en realidad produce la cosa juzgada, sino la sentencia sobre materia civil: la indemnización del daño civil; esto, naturalmente, en los casos en que puede hacerlo.

En el primer caso, es decir, cuando el sobreseimiento se ha dictado por resultar con evidencia que el delito no ha sido perpetrado, o lo que es lo mismo, que el hecho no ha tenido lugar, es claro que, en el juicio civil no se podría alegar su existencia, porque a ello se opone el art. 1103. Otra cosa ocurre cuando el sobreseimiento se ha dictado porque el hecho probado no constituye delito, o sea el segundo caso previsto por la disposición citada, porque el hecho en tal supuesto, no interesa al proceso criminal, y por tanto, no existe propiamente pronunciamiento sobre el hecho mismo. En tal caso, no puede haber inconveniente para que en el juicio civil se discuta la existencia del hecho y la responsabilidad de su autor. ⁽²⁰⁾

En la situación prevista en el inc. 3º del art. 434, la influencia del auto de sobreseimiento depende de la circunstancia de que se haya o no declarado la existencia del hecho. En el primer caso, no podrá alegarse en lo civil esa cuestión, en el segundo sí, debido a la falta de pronunciamiento en lo criminal.

Pero como se ha visto, la influencia de la sentencia en lo criminal sólo tiene lugar en lo referente a la existencia del

(20) Son así atinadas las observaciones del doctor ALFREDO ORGAZ, respecto de la aplicación al sobreseimiento, de la regla del art. 1103 del Código Civil por simple interpretación extensiva de la ley, *El sobreseimiento y la acción civil*, folleto 1940, Córdoba. Pero es evidente que no estando legislado el sobreseimiento en nuestro país a la fecha en que se dictó el Código Civil, la absolución podía dictarse por algunos de las causales que, por la ley procesal hoy en vigencia, procede el sobreseimiento definitivo. Basta leer la nota del codificador a los arts. 1102 y 1103, para comprobarlo.

La jurisprudencia ha declarado con marcada insistencia, que el sobreseimiento no equivale a la absolución a los efectos de la acción civil por indemnización del daño. CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisp. Argent.* t. 3 p. 810; t. 12 p. 514; *Gac. del Foro*, t. 73 p. 233; t. 101 p. 313; t. 111 p. 242; t. 114 p. 277; t. 115 p. 118; t. 115 p. 39; t. 118 p. 203; CÁM. CIV. 2ª, *Jurisp. Argent.* t. 8 p. 327; *Gaceta del Foro* t. 51, p. 274; *Jurisp. Argent.* t. 23 p. 904; t. 28 p. 657; *Gaceta del Foro*, t. 69 p. 160; *Jurisp. Arg.* t. 30 p. 163; *Gaceta del Foro*, t. 110 p. 9; t. 117 p. 280. Pero ello no quiere decir que, en circunstancias especiales, como lo decimos en el texto, no influyan en el juicio civil. Así en más de una ocasión, los tribunales han establecido que el sobreseimiento definitivo fundado en que se produjo el accidente por culpa imputable únicamente a la víctima, hace cosa juzgada en el juicio civil por daños, *Jurisp. Argent.*, t. 3 p. 173; t. 4 p. 122, *Gaceta del Foro*, t. 19 p. 193; t. 25 p. 139; t. 85 p. 231, t. 118 p. 210.

hecho y a la responsabilidad criminal; en lo demás, esto es, en lo atinente a la responsabilidad civil —cuando no ha sido motivo de pronunciamiento en lo criminal— juega libremente la competencia en lo civil.

La culpa civil y la culpa penal, la acción civil y la acción penal conservan su independencia, y la conservan aun cuando el juez del crimen se pronuncie sobre la responsabilidad civil en los casos en que puede hacerlo, porque una cosa es la competencia y otra la materia sobre la que puede ésta recaer. ⁽²¹⁾ Por eso cuando el juez del crimen se expide sobre la responsabilidad civil, debe hacerlo aplicando las reglas del derecho civil y no otras.

Reconocer la influencia que la sentencia en lo criminal tiene sobre la civil en lo referente al hecho, no importa desconocer la diversidad del derecho, sino reafirmar la unidad de la jurisdicción, que es cosa distinta. A la diversidad del derecho puede corresponder una diversidad de competencia, debido a las ventajas que ofrece la especialización, pero ello no obsta a que la competencia se unifique si hay conveniencia en tal cosa. ⁽²²⁾

En lo referente al sobreseimiento provisional, por lo mismo que no tiene carácter definitivo, no importa un pronunciamiento sobre el hecho. Siendo así, no debe impedir la prosecución de la causa civil ni su decisión con independencia de la criminal. ⁽²³⁾

⁽²¹⁾ Sobre el concepto de la culpa penal véase el interesante trabajo del doctor ENRIQUE V. GALLI intitulado *Culpa civil y culpa penal*, 1937, La Plata.

⁽²²⁾ En esos casos, la ley no hace, en definitiva, sino reglamentar la competencia, que no otra cosa importa establecer que en circunstancias especiales el juez del crimen conozca del hecho y el de lo civil de la responsabilidad civil que de ese hecho puede nacer. Y es claro que en tal caso, lo resuelto por la justicia penal debe influir sobre lo que se resuelva en lo civil. No es distinta la situación del jurado respecto al juez de sentencia, en las legislaciones que admiten esa dualidad de jueces.

⁽²³⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, en *Jurisp. Argent.*, t. 1 p. 188; CÁMARAS CIVILES EN PLENO, *Jurisp. Argent.* t. 14 p. 857; *Gaceta del Foro*, t. 53 p. 238; CÁMARA CIVIL 1ª, *Gaceta del Foro*, t. 102 p. 145; t. 115 p. 13; t. 117 p. 399; CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, t. 97 p. 58; *Jurisp. Argent.* t. 36 p. 1356; t. 38 pág. 303.

CAPITULO X

PODERES CONTENIDOS EN LA JURISDICCION

SUMARIO: I. PODER DE DECISIÓN; LA SENTENCIA. — II. ELEMENTOS DE LA SENTENCIA. — III. SU OBLIGATORIEDAD Y DIFERENCIA CON LA COSA JUZGADA. IV. EJECUTIVIDAD DE LA SENTENCIA. — V. PODER DE EJECUCIÓN Y PROCEDIMIENTO EJECUTIVO. — VI. IMPERIUM. — VII. LA COERCITIO.

I. La Jurisdicción tiene un modo especial y propio de manifestarse: la sentencia. Por eso se ha dicho que ésta es el acto jurisdiccional por excelencia, desde que resume y concreta la función jurisdiccional misma. Pero la sentencia es un acto complejo, cuya naturaleza conviene determinar para fijar la de sus efectos.

II. Se afirma en doctrina y las leyes procesales lo han consagrado casi unánimemente, que las decisiones judiciales, o mejor dicho, las sentencias, contienen dos elementos: una argumentación lógica y una orden o comando imperativo. ⁽¹⁾ Como obra de un ser humano, si bien investido del carácter

(1) Deliberadamente rehuimos decir que la sentencia contiene, además de un juicio lógico un acto de voluntad, para alejar las objeciones que se hacen a la expresión más que a la idea. El acto de voluntad puede hacer suponer discrecionalidad, cuando lo que se quiere dar es la idea de comando, orden o disposición, que es sin duda un acto de voluntad. El juez, como órgano del Estado encargado de declarar lo que es derecho en el caso concreto que le es sometido, está investido del poder de hacer esa declaración y de hacerlo como autoridad. Es decir, que al hacer esa declaración en la sentencia, manda, como manda la ley y como manda el decreto del poder administrador, sólo que las disposiciones son de distinta naturaleza y tienen distintos alcances.

Es cierto que, como arguye ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni publici*, p. 348, el juez no puede querer sino lo que quiere la ley, pero es también cierto, como lo hace notar CALAMANDREI, *La sent. sogg. cumpl. en Studi sul proc. civ.* V. II p. 214, que una vez que el juez ha hecho la declaración, ella tiene eficacia aun cuando el pronunciamiento sea *contra legem*. Y la sentencia tiene ese valor, precisamente porque se considera que esa es la voluntad del Estado manifestada por medio del órgano encargado especialmente para ello.

Sobre los distintos puntos de vista puede consultarse a CARNELUTTI, *Lezioni* t. 1 p. 174; CHIOVENDA, *Principii* 3ª edic. p. 109; MENESTRINA, *La Prejudiciale nel proc. civ.*, Viena 1904 N° 6-9. ROCCO A. *La sent. civil*, edic. españ. p. 42 y sig.

de órgano encargado de la función jurisdiccional del Estado, la sentencia es el producto de un trabajo mental, pero también lleva en sí una fuerza obligatoria de que carecen los juicios de los particulares.

Unas veces, la motivación, esto es, el desenvolvimiento del juicio lógico que el juez efectúa, va expresamente consignado en la sentencia, y otras veces se calla, pero la contiene implícitamente la parte dispositiva. Generalmente, las leyes de procedimientos exigen la expresa manifestación de los motivos en que se funda la decisión judicial, sobre todo para las sentencias definitivas.

Entre nosotros, no sólo lo disponen así las leyes de forma ⁽²⁾, sino que hasta se consignan en las constituciones de algunos estados provinciales ⁽³⁾ como uno de los principios básicos de derecho procesal.

Esa importancia justamente atribuída a los fundamentos del fallo, al punto de considerar su omisión una causal de nulidad, ha producido cierta confusión en las ideas respecto a la cosa juzgada. En efecto, con este motivo se hace resurgir la teoría brillantemente sustentada por Savigny ⁽⁴⁾ y aceptada con algunas reservas por Bonnier ⁽⁵⁾, según la cual las razones que determinan la conciencia del juez, son "el alma y el nervio de la sentencia", y que por lo tanto, a ellos se extiende la autoridad de la cosa juzgada.

Es otra, sin embargo, la doctrina moderna, si es que moderna puede llamarse, dado que coincide con la primitiva de los romanos.

Fácilmente se percibe que la exigencia legal de exponer expresamente los razonamientos o motivos en que se basa el pronunciamiento, no responde a que en ello resida el valor de la sentencia. La indicación de la ruta seguida, del método observado y, en general, del desarrollo que el juez da al juicio lógico sobre la cuestión controvertida, no aumenta ni dismi-

(2) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA PROVINCIA, art. 24; CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE LA CAPITAL, art. 217.

(3) CONST. DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, art. 178.

(4) TRATADO DE DERECHO ROMANO, pátafo 291.

(5) TRATADO DE LAS PRUEBAS, t. 11, p. 863.

nuye la fuerza obligatoria de la decisión. Esta le viene pura y exclusivamente de la ley, que, así como establece que las controversias no solucionadas amigablemente por los interesados, se sometan a la decisión de un juez nombrado por el Estado, atribuye eficacia al pronunciamiento que éste dicte sobre el particular. (6)

No es sobre la fuerza del razonamiento que se basa la indiscutibilidad de la sentencia firme. Muchas veces el juicio lógico del juez suele ser erróneo, y casi siempre es blanco seguro de los dardos de la crítica, como que, siendo obra de un ser humano, lleva en sí el sello de la imperfección y de la falibilidad. Y si sobre tan efímera validez del juicio de un particular, por sapiente que éste sea, no puede reposar la estabilidad de la sentencia, es forzoso encontrarlo en el carácter de funcionario público de la persona que lo emite, especialmente encargado por el Estado para ello.

El elemento variable de la sentencia, lo constituye precisamente la motivación, que es el trabajo realizado por el juez como hombre que razona y no como representante del Estado. Por eso los considerandos de las sentencias no son susceptibles de apelación, como lo tiene resuelto la jurisprudencia. (7) Es sólo la parte dispositiva, la parte estable de la sentencia, la que prevalece, por constituir la verdadera obra del funcionario encargado de afirmar la voluntad de la ley en el caso concreto.

Pero el "imperium" que sólo contiene la parte dispositiva, necesita una justificación. En una sociedad más o menos adelantada, escribe Menestrina (8), el "imperium" no gusta descender a los ciudadanos con la vestimenta ruda de una voluntad que se impone violentamente, y por eso en todo

(6) Pero no queremos decir con ello que es la ley aplicada o el derecho declarado lo que le da eficacia, sino la ley que manda que el juez pueda dictar resoluciones con ese carácter. No porque el juez decida según la ley, es la voluntad abstracta de ésta la que la sentencia manifiesta. Si así fuera, tendríamos que la sentencia firme podría quedar sin valor, si se demostrase que se ha dictado contra la ley o al margen de ésta.

(7) S. C. N. fallo público, por *Gaceta del Foro*, t. IV p. 289; C. Com., t. IV p. 260.

(8) LA PREGIUDICIALE NEL PROCESSO CIVILE, p. 27.

el campo de la actividad del Estado, busca la ayuda de un razonamiento que le dé una imponderable fuerza bien diversa, una fuerza que hable al alma, la convenza y le haga reconocer como justo lo proveído por la autoridad. Pero más que para mitigar la aspereza de la ley o de los mandatos judiciales, la exposición de motivos según lo afirma Chiovenda ⁽⁹⁾, se exige como una garantía para los habitantes, que así pueden controlar los actos de los magistrados y hasta obligarlos a que sus sentencias, confirmen en el hecho, la presunción de verdad que se les atribuye.

III. Resultado, pues, del mandato u orden que contiene la sentencia, es su obligatoriedad. Por ser imperativa, es obligatoria para las partes, quienes están sometidas a lo que ella dispone. Toda sentencia por el hecho de serlo, es obligatoria; sin esa eficacia carecería de objeto y razón de ser. La obligatoriedad, por tanto, no sólo es de naturaleza jurisdiccional sino que es un carácter esencial de la jurisdicción.

Pero nótese que hablamos de obligatoriedad y no de cosa juzgada, no porque aquélla se encuentre fuera del concepto de ésta, sino porque la cosa juzgada puede tener, según las legislaciones, mayor extensión, y parte de ella puede carecer de carácter jurisdiccional.

En efecto; es bien sabido que la cosa juzgada puede referirse a la obligatoriedad de la sentencia firme dentro del proceso en que se ha dictado, y fuera de él. En el primer caso, limita sus efectos a la relación procesal para la que se ha producido, y se llama cosa juzgada *formal* ^(9 bis); en el segundo caso sus efectos se extienden a las que pueden producirse entre las mismas partes y por la misma causa ante otro juez o ante el mismo, pero en otro proceso, y se llama cosa juzgada *sustancial*. La primera, o sea la cosa juzgada formal, es la esencial a la jurisdicción, porque como se ha visto, no se concibe la sentencia sin la imperatividad consiguiente

⁽⁹⁾ NUOVI SAGGI DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, p. 89.

^(9 bis) CHIOVENDA, *Principii*, pág. 910 y sig. CARNELUTTI llama cosa juzgada *material* a la *imperatividad* de la sentencia, y cosa juzgada *formal*, a la *inmutabilidad* de la misma.

en el juicio y respecto de las partes; pero puede concebirse un régimen procesal en que sea posible un nuevo litigio sobre el asunto que ha sido motivo de un pronunciamiento, ⁽¹⁰⁾, como parece que ocurre en el derecho musulmán, según lo afirma Resta. ⁽¹¹⁾

Sin embargo, conviene hacer una aclaración. La obligatoriedad de la sentencia de que hablamos, no es propiamente la cosa juzgada formal de la clasificación aceptada por Chiovenda, porque esta última se refiere a una calidad o efecto de la sentencia firme, o sea la que ya no puede discutirse; y nosotros entendemos que aún la sentencia recurrida es imperativa y obligatoria, ya que no por el hecho de ser susceptible de modificarse, cambiarse o anularse, deja de ser una manifestación de la voluntad del Estado emitida en función de soberanía.

Más o menos eso es lo que enseña Carnelutti ⁽¹²⁾ y lo que ha sostenido Liebman ⁽¹³⁾ no obstante aparecer sustentando tesis opuestas en la interesante polémica que ambos trabaron acerca de los conceptos "eficacia" y "autoridad de la cosa juzgada". ⁽¹⁴⁾ Los dos profesores están, en efecto, de acuerdo en que toda sentencia, aún la pendiente de gravamen, tiene valor, o sea: *eficacia* para Liebman e *imperatividad* para Carnelutti; pero disienten en lo que a la cosa juzgada se refiere. Mientras que para aquél la eficacia y la cosa juzgada son distintas, para éste imperatividad y cosa juzgada expresan el mismo concepto.

Tal vez la ley italiana que han tenido presente los polemistas nombrados, autorice la identificación de ambos institutos, pero no ocurre lo mismo en todas las legislaciones. Entre nosotros, la cosa juzgada supone indiscutibilidad e inmutabilidad, por lo que no puede aceptarse la identificación con

⁽¹⁰⁾ ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Efficacia ed autorità della sent.*, Milano, Giuffrè 1935, p. 25.

⁽¹¹⁾ REVOCA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI, Milano 1935, p. 112.

⁽¹²⁾ LEZIONI DI DIR. PROC. CIV., T. IV, n° 311.

⁽¹³⁾ Obra citada.

⁽¹⁴⁾ REVISTA DI DIR. PROC. CIV. 1935, 1, 205; 1936, 1, 237 y sig.; 1937, 1, 78 y sig.

el concepto de imperatividad, a menos que se sostenga que este efecto sólo es propio de las sentencias ejecutoriadas. Sin embargo, muchas son las disposiciones de la ley procesal que obligan a distinguirlos. La sentencia de trance y remate por ejemplo, puede ejecutarse, vale decir, es obligatoria, y ello no obstante no tiene fuerza de cosa juzgada (art. 500 del Código de Procedimientos Civiles); y en el mismo juicio ejecutivo, la sentencia que hace lugar a la ejecución, puede hacerse efectiva, aun cuando hubiera sido apelada (art. 501).

La sentencia recurrida es una verdadera sentencia, y como tal obligatoria, pero discutible y revocable; puede llegar a perder su eficacia si es revocada; mas puede tornarse inmutable si es confirmada. ⁽¹⁵⁾ De ahí que toda sentencia es obligatoria antes de adquirir la autoridad de la cosa juzgada; sólo que esa obligatoriedad puede ser provisoria o revocable cuando ha sido recurrida.

IV. El hecho de que por regla general las leyes sólo permiten la ejecución de la sentencia cuando ha pasado en autoridad de cosa juzgada, y el de que la apelación suspende la ejecutabilidad de la misma, ha dado asidero a la creencia de que carece de todo valor la sentencia pendiente de recurso. Pero aparte de que todo quedaría reducido a una cuestión de legislación —porque la ley puede disponer lo que mejor crea conveniente al respecto—, cabe observar que la ejecutabilidad es un concepto distinto del de la imperatividad,

(15) En el campo de la doctrina se han dado soluciones opuestas al problema relativo al valor de la sentencia dependiente de recurso: para unos se trata de un acto plenamente eficaz, MORTARA, *Commentario*, IV N° 116, RESTA, *Revoca degli atti adm.*, Milano 1935, p. 74; para otros el mero valor de una situación jurídica, CHIOVENDA, *Principii*, 952-3; *Istituzioni di diritto*, Proc. Civ., II, 1, N° 386; ALLARIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, página 39; CRITOFOLINI, *Rev. dir. proc. Civ.*, 1935, 1, 129. Con ciertas diferencias: VASALLI, *La sentenza condizionale*, N° 31; CALAMANDREI, *Casazione civile* II, 187; BIONDO, *Studi Iassaressi* 1928, 100. F. INVREA por su parte considera que antes de pasar en autoridad de cosa juzgada, la sentencia es una decisión sujeta a condición suspensiva, condición supuesta por la ley, como lo hace en otros casos, tales como los testamentos.

como lo han hecho notar más de un autor. ⁽¹⁶⁾ Si bien no es posible lógicamente la ejecución de una sentencia que no fuera obligatoria, nada obstaría para que siendo obligatoria no sea ejecutable. La ejecutabilidad supone la obligatoriedad de la sentencia, pero ésta no implica necesariamente aquélla.

Por de pronto, no todas las sentencias son ejecutables; no lo son las meramente declarativas, aun cuando hayan pasado en autoridad de cosa juzgada, porque su naturaleza no lo permite. Y siendo así, de aceptarse el criterio que criticamos, se tendría que sólo las llamadas sentencias de condena o condenatorias serían obligatorias, lo que no es posible admitir. Además, si como lo hemos recordado, las leyes acuerdan efecto *suspensivo* a la apelación, o lo que es lo mismo le reconocen la virtud de suspender el cumplimiento o ejecución de la sentencia, quiere decir que ésta, mientras está pendiente de recurso, no deja de ser sentencia y tampoco de tener eficacia, puesto que no se pueden suspender efectos que no han podido producirse.

Concebir la sentencia apelada como una mera *situación jurídica*, según la expresión de Chiovenda ^(16 bis) es, en nuestro concepto, desnaturalizar el acto, porque no por ser apelada la sentencia deja de constituir un juicio lógico y una orden o mandato imperativo emanado de autoridad competente. Y si el comando existe, porque toda sentencia lo contiene, ¿cómo es posible que puede quedar desvirtuado por la apelación? La mente se resiste a aceptar que un mandato del Estado pueda o no tener eficacia según que las partes a él sometidas lo quieran, es decir, según que hayan o no interpuesto un recurso. Más lógico es considerar que el mandato de autoridad existe, pero que es discutible y susceptible de ser revocado o modificado en todo o en parte.

La ejecutabilidad de la sentencia es, pues, una fuerza que nace más del contenido que de su naturaleza misma y que

(16) CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, p. 23.

(16 bis) CHIOVENDA, *Istituzioni*, t. II, N° 386.

puede considerarse inherente a la jurisdicción, si ésta interviene para procurar no ya el reconocimiento sino la realización del interés tutelado por el derecho. Por eso, dicha orden, mandato o condena, con ser un acto de imperio, tiene carácter jurisdiccional, desde que él ha sido reclamado por la parte y debe ser materia del pronunciamiento del juez. El que demanda por reivindicación, por ejemplo, reclama en definitiva una condena que ordene la devolución del bien reivindicado, como el que demanda por cobro de pesos pide que se mande efectuar el pago.

V. Desde ese punto de vista, puede decirse que la jurisdicción comprende el poder de decisión y el de ejecución: la decisión, que es el acto por el cual el Estado procede a la determinación del derecho aplicable al caso concreto cuando la satisfacción del interés tutelado por la norma jurídica no ha podido cumplirse por incertidumbre o insuficiencia de la misma; y la ejecución, que es la orden o mandato tendiente a la realización *en forces*, por medio de los órganos jurisdiccionales, del interés insatisfecho por resistencia del interesado.

Cuando la actividad jurisdiccional es requerida debido a que el interés no se ha cumplido por el obligado, está claro que los actos con que el estado responde deben ser encaminados a salvar la resistencia ofrecida. La actividad del Estado en ese caso, se dice que es de ejecución, en el sentido que procede coactivamente a sustituir la voluntad rebelde, que es la que falta para que se realice el interés, porque es sólo lo que está en litigio. Tienen así carácter jurisdiccional el mandamiento de ejecución y embargo, la sentencia de trance y remate, la orden de secuestro, etc.

Por ello, pienso con Mortara, que no todos los actos de ejecución revisten carácter jurisdiccional; no lo tienen los realizados por los alguaciles y agentes de policía, que no son agentes de la jurisdicción sino auxiliares de la misma. El acto jurisdiccional es el mandato o resolución, y no el hecho material efectuado como consecuencia de aquél. Lo que en el procedimiento ejecutivo se reclama, es precisamente esa resolución sin la cual no puede procederse coactivamente y que

sólo pueden dictar los jueces; la ejecución material por más que sea obligatoria y deba llevarse a cabo necesariamente, no le concierne. De ahí que para ejecutar sus órdenes, deba solicitarse el auxilio de la fuerza pública, que, por lo general, no está bajo su dependencia.

No cambia la situación el hecho de que los empleados o la policía misma dependen directamente de la administración de justicia, como ocurre en algunos países donde existe la policía judicial, porque no por ello dejan de ser simples ejecutores materiales de los mandatos de los órganos de la jurisdicción.

Es claro que existe conveniencia práctica en que todos los empleados ejecutores incluso la llamada policía judicial, dependan directamente de la administración de justicia, pero no porque tengan función jurisdiccional alguna, sino porque de esa manera se evitan los conflictos que alguna vez se han producido, sobre todo cuando ha habido interés en obstaculizar el cumplimiento de las órdenes dictadas por los jueces. (17) La policía, cualquiera sea la autoridad que la ejerza, es función esencialmente administrativa, como son de carácter administrativo muchos actos realizados por los mismos jueces. Ya hemos visto cómo la función no se desnaturaliza por no ser ejercida por el órgano especial que corresponda, pues el complicado mecanismo del gobierno y las exigencias de la administración pública, autorizan algunas veces a que determinada actividad

(17) El caso más sonado ocurrió en 1925 a raíz de la detención del diputado nacional Dr. Romeo David Saccone, dispuesto por el juez de instrucción Dr. Domínguez, a la que no se dió cumplimiento por haber encontrado el Poder Ejecutivo, que no llenaba los requisitos exigidos por los arts. 61 y 62 de la Constitución y 242 del Código Penal. En otro caso ocurrido en el mismo año, con motivo del pedido formulado por el Juez Federal de San Juan, Dr. Solar Ruiz, en el sentido de que se prestara el auxilio de las fuerzas nacionales para hacer efectiva la orden de prisión decretada contra un legislador provincial don Juan A. Arturo, el Poder Ejecutivo ordenó, ante la negativa del gobierno de la Provincia, se pusiera a disposición del juez la fuerza pública solicitada, en atención a lo dispuesto en el art. 13 de la ley de 14 de septiembre de 1867.

En igual sentido se pronunció el Poder Ejecutivo Nacional, también en el año 1925, cuando el Juez Federal de Corrientes ordenó la detención de un legislador provincial y el gobierno local no quiso prestar el auxilio de la fuerza pública.

sea desempeñada por otros órganos que los especialmente creados para ejercerla.

VI. Carece de fundamento, entonces, la afirmación hecha por algunos autores de que “no hay jurisdicción sin *“imperio”*”, concebido éste como potestad de proceder coactivamente para lograr el cumplimiento de las decisiones judiciales. El *imperium*, entendido así con ese alcance, no es un elemento constitutivo y esencial de la jurisdicción, sino un atributo propio del poder administrador. La circunstancia de que los órganos jurisdiccionales se encuentren investidos por las leyes de algunas facultades ejecutivas, no reconoce a éstos esencia jurisdiccional. La jurisdicción llena su cometido aún sin aquéllas facultades, sin que por eso se pueda afirmar, como lo hacen algunos, que en tal situación las decisiones judiciales serían ilusorias. El error está en creer que, si los órganos jurisdiccionales no realizan ellos mismos los actos materiales de ejecución, éstos, no pueden llevarse a cabo; no hay tal, para eso se ha instituido el poder llamado ejecutivo. Es, pues, inherente a ese poder la obligación de prestar su auxilio y el de la policía a su cargo.

Las sentencias deben cumplirse, es cierto, y precisamente, porque deben cumplirse es que el Poder Ejecutivo está obligado a procurar su cumplimiento. Si no realiza lo que en ese sentido debe prestar, no llena su misión, rompe la armonía que exige la coexistencia de los tres poderes soberanos del Estado, y se produce una situación catastrófica, parecida a la que tendría lugar si el Poder Judicial se negara a aplicar las leyes dictadas por el Congreso sin previa declaración de su inconstitucionalidad. La división de los poderes del Estado, que es división de las funciones fundamentales del mismo, no significa aislamiento o divorcio absoluto, sino por el contrario, recíproca cooperación y entendimiento: la legislación supone la aplicación de la ley por el órgano de la jurisdicción y ésta la ejecución por el órgano administrativo. Aisladamente, ninguno de ellos podría realizar íntegramente la función del gobierno.

Es evidente, entonces, que cuando una resolución judicial llega a una repartición administrativa, debe acatarse sin reservas, porque lleva el carácter de una orden de cumplimiento ineludible, contra la cual no pueden argüirse excepciones ni provocarse demoras. Las dudas que pueden suscitarse con respecto a los fundamentos legales, podrán ser formuladas posteriormente, si lo permite la ley y la naturaleza del pronunciamiento.

El imperium inherente a la jurisdicción es el que emana, no de la naturaleza de la función, sino del carácter de autoridad que tiene el órgano que la ejerce. Por ser esa actividad propia y exclusiva del Estado, es que los actos que en su consecuencia produce, sobre todo los que constituyen su función fundamental, tienen fuerza obligatoria y deben cumplirse. Pero no es indispensable ni de su esencia que sean ejecutados directamente por quien las ha ejercido. ⁽¹⁸⁾

La función es una cosa, y otra el órgano que la ejerce; la función jurisdiccional tiene sin duda, una sustancia especial y propia que la distingue de las demás funciones fundamentales del Estado, pero puede ser ejercida por otro órgano que el especialmente creado para que lo ejerza. En todos los casos, el órgano es un poder público y como tal, tiene autoridad para imponer, con fuerza obligatoria, sus resoluciones dictadas en los límites de sus atribuciones. Hasta ahí llega su imperio, sin que por ello pueda realizar los actos materiales necesarios para dar efectividad en el hecho a sus sentencias.

VII. La *coercitio* o poder de coerción, queda así reducida a la disposición, orden o comando que el juez dicta y que debe necesariamente cumplirse. Ese poder coercitivo va implícito en toda resolución, porque de lo contrario podría frustrarse la acción de la justicia; y él puede llegar hasta requerir el auxilio de la fuerza pública, sin por eso disponerla directamente.

⁽¹⁸⁾ En Francia los tribunales de comercio no tienen imperio, no conocen de la ejecución de sus sentencias (art. 442 del Código de Procedimientos).

Es natural que el Poder Judicial, como todo poder público, tiene facultades implícitas, esto es, la potestad necesaria para realizar todos los actos indispensables para llenar su función y remover todos los obstáculos que la dificulten. Puede así, dirigir el proceso, tomar las medidas necesarias para mantener el buen orden en los juicios, traer por la fuerza pública a los testigos, intimar depósitos judiciales y exhibición de cosas muebles, proceder al embargo de muebles, mandar sacar los expedientes que no hubiesen sido devueltos en tiempo, etc.

C A P I T U L O X I

DE LOS FINES DE LA JURISDICCION

SUMARIO: I. FINES DE LA JURISDICCION; a) CONCEPCION OBJETIVA; b) CONCEPCION SUBJETIVA; c) CONCEPCION DERIVADA DEL INTERES PROPIO DEL ESTADO; d) LA REALIZACION DEL DERECHO ES EL "FIN" DE LA JURISDICCION. — II. LA REALIZACION DEL DERECHO SE LLEVA A CABO POR MEDIO DE LA APLICACION DEL MISMO. — III. LA INTERPRETACION JUDICIAL NO ES CREADORA DEL DERECHO. — IV. EL PROBLEMA DE LAS LAGUNAS LEGALES. — V. LOS FINES DE LA JURISDICCION Y DEL PROCESO.

I. A esta altura de nuestro estudio, cabe considerar, aunque sea someramente, un problema que la doctrina plantea y que alguna vez ha tenido derivaciones de orden práctico: es el relativo al fin que la jurisdicción persigue.

Como función del Estado, la jurisdicción tiene una razón de ser, un objeto, una finalidad determinada. Su existencia, ha debido reconocer su origen en la urgencia de satisfacer una necesidad o de contribuir a satisfacer una o varias necesidades. Pero, así entendido el fin de la jurisdicción, no difiere sustancialmente del que persiguen las otras funciones fundamentales del Estado. Todas, en efecto, concurren en mayor o menor grado, aunque en distintas esferas, a asegurar el orden, la paz, la justicia, el bienestar general, etc.

Sería negarle contenido sustancial a la jurisdicción, establecer que su fin, por ejemplo, es el "bien público", como dicen unos, o el de evitar la lucha privada de los particulares, como sostienen otros, porque una y otra finalidad pueden encontrarse en las otras funciones estatales (Administración y Legislación). Es necesario, entonces, buscar en la naturaleza misma de la función su fin propio y particular, porque el hecho de que la jurisdicción sea uno de los medios de que se vale el Estado para lograr los fines comunes o generales a que nos hemos referido, no quiere decir que no pueda perseguir un fin por sí misma.

Cuando se observa que siempre que se pone en movimiento la actividad jurisdiccional es porque una regla jurídica

no se ha querido cumplir o no ha podido cumplirse por los particulares, se llega a la conclusión que la realización del derecho es lo que, en concreto, pareciera procurar la jurisdicción. Pero, ¿es el derecho objetivo o el derecho subjetivo lo que, en definitiva, la función persigue?

a) El derecho objetivo como afirmación de la voluntad del Estado tendiente a establecer y regular el orden jurídico de la sociedad, es obligatorio para todos. El Estado tiene interés en su fiel observancia, porque de ella depende el bienestar general, y, para conseguirlo en forma cierta, han instituido la jurisdicción, dado que, sin esa garantía, la norma jurídica no tendría razón de ser. En esos o parecidos términos argumentan los que consideran que el fin de la jurisdicción es la protección del derecho objetivo. ⁽¹⁾ Y a fe que tienen razón, porque es indudable que, por medio de la función jurisdiccional, se da efectividad a las disposiciones de la regla de derecho, cuando no ha sido cumplida o no ha querido cumplirse.

b) Pero ahondando el análisis del problema, se observa que, para poner en movimiento la jurisdicción, por lo general, no basta que exista una norma jurídica incumplida, sino que es necesario además que lo requiera una parte interesada en que se declare que su pretendido interés es el protegido por la ley. Y el Estado, en consecuencia, al ejercer su actividad jurisdiccional, lo hace para satisfacer el interés tutelado por el derecho en el caso particular propuesto. "La sentencia tiene siempre por objeto la declaración de la existencia o no existencia de un derecho subjetivo". ⁽²⁾ Y siendo así, no se puede negar que la jurisdicción protege el derecho subjetivo, aunque parezca impropio la protección de derechos subjetivos.

Nadie duda, dice Mortara, de la verdad de que el derecho subjetivo recibe tutela de la función jurisdiccional. Pero yendo al fondo de las cosas, agrega, ¿qué es esta tutela sino la mis-

⁽¹⁾ MORTARA, *Commentario*, t. 1, n° 16.

⁽²⁾ A. ROCCO, *La sentencia civil*, edición española, p. 65.

ma e idéntica que deriva de la ley?. (3) El derecho reconocido o declarado por la jurisdicción no es otro que el contenido en la norma jurídica. Luego, al tutelar el derecho subjetivo, no se hace sino tutelar el derecho objetivo. Es decir que, no obstante recibir aquél protección de la jurisdicción, no llega a constituir el fin principal de ésta.

c) Aceptado ese criterio, parecería innecesario proseguir el estudio del problema, por lo menos desde un punto de vista práctico. Si tanto el derecho subjetivo como el derecho objetivo reciben protección con la actividad jurisdiccional, de nada valdría establecer cuál protección es preferente. Pero es que de la prevalencia de un fin sobre el otro se pretende sacar consecuencias que influyen sobre el contenido de la jurisdicción misma. Así, los que consideran que el fin prevalente, es el de tutelar el derecho objetivo, desconocen carácter jurisdiccional al procedimiento ejecutivo, desde que todo él parece encaminado a la satisfacción del interés particular y no a la actuación de la norma jurídica, que ya habría tenido lugar en el procedimiento declarativo.

Para salvar esas dificultades, U. Rocco, prescinde de las dos concepciones señaladas, y enuncia otra, según la cual el fin de la jurisdicción no es tutelar uno u otro derecho, si no satisfacer un interés propio del Estado, que consiste en procurar la realización de los intereses privados tutelados por el derecho objetivo. (4) Ese interés propio del Estado, es al mismo tiempo un interés común de todos los asociados, porque a todos interesa que los fines garantidos por el derecho, sean conseguidos efectivamente. La satisfacción de ese interés particular, es pues, lo que se busca con el ejercicio de la función.

d) Pero el tal interés particular del Estado, se resume, en definitiva, en el interés de velar por la actuación del derecho objetivo y la tutela del subjetivo. La realización de los intereses privados de los particulares importa la satisfacción del

(3) Obra citada, t. I, nº 16.

(4) Ugo Rocco, *Derecho Procesal Civil*, edición española, año 1939, p. 63.

derecho subjetivo, y la circunstancia de que para asegurar los intereses particulares sea necesario que éstos se encuentren garantidos por la norma jurídica, supone la necesidad de la actuación del derecho objetivo, y por ende, la protección del mismo.

Es inútil querer prescindir del derecho para determinar el fin de la jurisdicción. El derecho es la materia objeto de la actividad jurisdiccional y con él debe estar relacionado el fin de la función. No será éste sólo el de obtener la actuación de la norma jurídica ni velar exclusivamente por la satisfacción del derecho subjetivo, pero es indudable que ambos aparecen garantidos por la jurisdicción. Y eso debe bastar para reconocer que todo ello constituye su fin. Podrá ser uno el fin inmediato y mediato el otro, el uno principal y el otro secundario, pero los dos son perseguidos por la jurisdicción.

Naturalmente que, el motivo inmediato del ejercicio de la actividad jurisdiccional, es el que determina su fin inmediato; pero ello no quita que tenga un fin ulterior, que no por ser ulterior deja de ser el más importante. Nótese que el interés del particular, que es lo que pone en movimiento la función, no es protegido por la jurisdicción sino en cuanto es tutelado por el derecho objetivo, lo que quiere decir que la actuación de éste es lo que interesa en definitiva.

II. Pero no está demás advertir que, cuando se sostiene que la jurisdicción tiene por objeto mediato o inmediato la realización del derecho, no se entiende con ello afirmar que esa realización no pueda llevarse a cabo sino mediante el ejercicio de la actividad jurisdiccional; una tal afirmación importaría tanto como negar la realidad social, que nos demuestra que, de ordinario, los particulares prestan voluntariamente fiel observancia a la norma jurídica. Lo que se quiere significar es que, como el Estado tiene interés en que se observe el orden jurídico que ha creado y con arreglo al cual vive, se vale de la jurisdicción como medio eficaz para asegurar su existencia cuando no ha sido cumplida o no ha podido ser cumplida por los interesados.

Es evidente que, una tal concepción, supone la preexistencia del derecho a la del juez, no obstante que históricamente el juez debe haber precedido al derecho. Pero, por ahora, sólo nos corresponde estudiar la institución tal como es y no como ha sido. Hoy el Estado es "la máxima expresión" del derecho y como tal, el órgano destinado a afirmar la existencia del derecho mismo. Por eso el juez, por medio de quien el Estado, en definitiva, llena ese fin, debe hacer efectivas las disposiciones que el derecho contiene.

Cómo la jurisdicción satisface ese propósito, no es asunto difícil de comprender. La realización del derecho, o si se quiere la actuación de la voluntad de la ley, según la expresión usada por algunos autores, no importa otra cosa que la aplicación de la norma jurídica cuando no ha sido cumplida o no ha podido ser cumplida por los particulares. Y esa aplicación, no es sino la confrontación entre el caso concreto y la hipótesis que contempla la regla del derecho, "a fin de deducir, dice Carnelutti ⁽⁵⁾, si el caso de cada uno está o no comprendido en ella".

Mas, esta operación, claro está, no siempre resulta fácil de llevar a cabo, porque la regla abstracta que contiene la norma jurídica, no es cosa que se pueda adecuar a cada caso concreto como quien llena con cualquier material un espacio vacío. Generalmente se requiere del auxilio de la interpretación que, ya es una actividad reflexiva y compleja a cargo del juzgador.

III. Interpretar, se ha dicho, es explicar, aclarar el sentido de algún acto. Por eso, la interpretación judicial, es una operación tendiente a desentrañar el contenido y significado de una regla de derecho. Poco importa el modo cómo haya de efectuarse o el procedimiento por medio del cual haya de realizarse la interpretación; lo que interesa a nuestro objeto, es destacar el hecho de que esa tarea corresponde al juez y que debe ejercerla en forma de hacer real y efectiva la actuación de la norma jurídica.

(5) SISTEMA DI DIRITTO PROCESSUALE CIVILE, t. 1, p. 18.

Todos los sistemas interpretativos pueden servir a ese objeto: los empíricos y los racionales. La ley no prefiere ninguno, porque el método de interpretación a emplearse en cada caso concreto, puede y debe variar según las circunstancias. Por lo general, es necesario utilizar más de un criterio interpretativo para descubrir o comprender el derecho aplicable. De ahí que no se pueda abominar de ninguno, no obstante que unas directivas pueden ser más aceptables y convenientes que otras; todo naturalmente, dentro de su esfera correspondiente.

De manera que, cualquiera sea el método empleado, el resultado es el mismo: la aplicación del derecho. Y decir la aplicación del derecho, es reconocer la existencia anterior del derecho declarado, porque no se puede aplicar lo que no existe. Con ello se evidencia que el juez no crea el derecho por más libertad de interpretación que tenga y por más errónea que pueda ser su decisión a la luz de la ciencia jurídica. Si toda errónea interpretación, en efecto, pudiera estimarse como una creación del derecho por el juez — debido a que, en tal hipótesis, no aplicaría en el hecho la norma jurídica vigente — en ningún caso habría propiamente aplicación del derecho, porque siempre existiría la posibilidad de que, con la mejor intención posible, el juez procediera torcidamente, ⁽⁶⁾ al aplicar la regla jurídica.

IV. Pero cuando sólo se tiene presente el derecho positivo, la afirmación de que el juez debe siempre resolver

⁽⁶⁾ Puede, sin duda, sostenerse fundadamente que, desde un punto de vista filosófico la interpretación sea creación, KELSER, *La teoría pura del derecho*, Madrid 1933 Cap. VII y que la creación sea interpretación MAX ASCOLI, *La interpretazione delle leggi*, Roma, 1928, p. 90; pero la realidad es que el orden jurídico establecido exige que se tenga al derecho declarado como el derecho vigente, porque sobre todo es necesario satisfacer la exigencia impostergradable de asegurar la certeza del derecho. Por otra parte, cuando el juez crea el derecho, según Kelsner, lo es dentro de la ley y no fuera de ella. "Se equivoca la escuela del Derecho Libre, dice Cossio, cuando cree que el juez puede operar desde el vacío prescindiendo de normas generales, porque no advierte que el acto de ejecución de una norma general es constitutivo de la noción del juez; juzgar no quiere decir decidir al azar o a capricho sino decidir por un principio regulador" *El sustrato filosófico de los métodos interpretativos*, en *Jurisprudencia Argentina*, 1940 p. 4.

según la ley, aplicándola fielmente en cada caso concreto, no parece revestida del fundamento y seriedad necesarios como para que sea admitido sin reservas. Por eso se ha discutido su validez, sobre todo, en presencia de las llamadas lagunas de la ley.

Ninguna dificultad, se dice, podría presentar en la práctica de la aplicación de éstos principios, si las leyes fueran lo suficientemente claras, justas, previsoras y comprensivas de todo derecho como para no dejar resquicio por donde se puede colar la duda; pero la realidad de la vida demuestra: que no siempre la letra expresa con verdad y exactitud la norma jurídica; que como por lo general la regla dictada contempla situaciones pasadas o presentes, es posible que no correspondan a la fluencia paulatina pero constante de las cosas; que siendo obra de los hombres tiene que ser imperfecta y por ende no comprende todos los casos jurídicos posibles; que todo el derecho no está ni puede estar contenido en el texto legal. Y siendo así, cabe preguntar entonces ¿cuál debe ser la actividad judicial frente a las fallas y claros de la ley?

Conocidas son las soluciones suministradas por la doctrina en los estudios practicados sobre la aplicación del texto legal, las fuentes del derecho y las lagunas de la ley. Naturalmente que estas soluciones dependen del concepto que del derecho, de la ley y de la función jurisdiccional se tiene. De ahí es que haya desde quienes, como Buguet y Blondeau, sostengan que el intérprete se ha de inspirar exclusivamente en la ley por estar todo el derecho contenido en ella y ser la única fuente de donde deben emanar todas las decisiones jurídicas, hasta quienes como Ehrlich, Zitelmann, Kohler, Reichel, De Buen Lozano y otros abogan por la conveniencia de dejar al libre criterio de los jueces la solución de las cuestiones jurídicas, por ser la única forma de obrar en consonancia con los hechos y reflejar la realidad de la vida. Como es natural, dentro de estas dos tendencias extremas, han aparecido criterios conciliatorios o intermedios como los de Geny, Lambert, Sanhoury, Brunetti, Del Vecchio, Maggiore, etc.

Puestos en el trance de decidírnos, lo haríamos por un sistema intermedio que, manteniendo el imperio riguroso de la ley, diera al juez la libertad suficiente para proceder con arreglo a derecho. Es decir, un sistema que hiciera que el juez fuera un verdadero juez, pero de ninguna manera un legislador, porque consideramos que existe una incompatibilidad psicológica entre el oficio de juzgar y el de dictar la ley, y porque hay conveniencia práctica en mantener separadas estas dos funciones fundamentales del Estado.

No es necesario para ello ni restringir la acción del juez, ni suponer en el legislador facultades que no puede tener. Una cosa es no reducir al juez a un autómatas, un mecánico aplicador de la ley, y otra muy distinta es dejarlo que oficie de legislador. Puede el juez proceder de acuerdo a derecho en los casos de silencio u obscuridad de la ley sin que por ello sea dado convertirse en creador del derecho. El juzgador no crea el derecho y ni siquiera lo suple aún en los casos llamados lagunas legales; cuando más, lo adapta según las circunstancias particulares de la causa.

Está bien que sea un error afirmar la omnisciencia del legislador, de creer que lo ha previsto todo y que puede preverlo todo, porque sabemos que en realidad, la fuerza de las cosas demuestra lo contrario. No solamente es humana la imprevisión, sino que, evolucionando sin cesar la vida económica y social, lo mismo que las ideas y costumbres, fatalmente el legislador de hoy tiene que dar atrás con respecto al de mañana.

Está bien que sea igualmente un error asignar al derecho un carácter exclusivamente lógico y racional, de pensar que todas las reglas jurídicas necesarias pueden salir de la cabeza del legislador como Minerva de la cabeza de Jupiter, dado que el derecho es una ciencia social, viviente, obra no sólo en la razón sino también en los sentimientos, ideas, ciencias, hábitos, etc., del pueblo; pero no por ello habremos de confundir el derecho con la ley ni al juez con el legislador.

Esta tesis puede aclararse estudiando la actividad judicial en las llamadas lagunas legales, es decir, en los casos en que

la cuestión no tiene solución en la ley o en que ésta da una solución que no es justa.

En una y otra hipótesis el juez debe fallar irremisiblemente. No le es permitido, disponen todas las leyes procesales, negarse a administrar justicia ni a retardarla bajo pretexto alguno (art. 20). Lo que interesa a la sociedad, ante todo y sobre todo es que se resuelvan cuantos conflictos se planteen, para evitar así la guerra privada, y se pueda mantener el conglomerado social.

Pero ¿cómo puede cumplir su función el juzgador si no tiene facultad de llenar esas lagunas? Sencillamente, aplicando el derecho no contenido en la ley pero vigente en el lugar donde se actúa. Y esto así, porque si la ley puede no contener todo el derecho, en cambio éste no puede ofrecer lagunas. Por eso es que hemos dicho, que en último término, el problema se resolvería según el concepto que de la ley y el derecho se tuviera.

El concepto derecho es mucho más amplio que el concepto ley. El derecho comprende a la ley como a la costumbre, al sentimiento de la justicia, al ideal de cultura, etc. La ley es, pues, una fuente o manifestación del derecho tal vez la principal, pero no es la totalidad del mismo. De ahí que si se puede hablar de lagunas legales no puede hablarse de lagunas jurídicas propiamente, porque lo que está fuera del derecho no es derecho en realidad.

Cuando el juez aplica una norma jurídica *proeter legem*, esto es, fuera de la ley o al lado, junto a la ley, en casos en que el derecho positivo omite regular una situación jurídica cualquiera, no crea el derecho nuevo. Aunque no lo perciba el juez, lo que hace, tal vez insensiblemente, es aplicar una regla ya existente en la sociedad, admitida por los miembros de la misma, incorporada al cuerpo del derecho vigente.

Si así no fuera, la decisión será injusta, porque tal carácter tiene lo que contraría al derecho que procura mantener el reinado de la justicia.

Pueden presentarse, naturalmente, situaciones catastróficas en las que no sea posible encontrar la norma jurídica apli-

cable, como ocurre en ciertas cuestiones internacionales; pero estos casos, dado la índole excepcional de los mismos, no tienen solución en los Tribunales. La razón de ello está precisamente en que no hay, por lo menos por el momento, un derecho internacional uniforme.

Existiendo en cambio, un derecho particular propio de cada pueblo, las cosas cambian. Entonces, la obligación de resolver el conflicto es ineludible, porque existe, tiene que existir una norma, una conducta aunque sea impuesta por la conciencia general, que regule el asunto en litigio. El juez en tal caso no hace más que buscarla, extraerla de donde se encuentre, sea de otras leyes, de las costumbres, del sentimiento propiamente, etc. Pero no la inventa, no puede inventarla, sino a riesgo de proceder contra derecho, porque su invento no constituiría derecho sino cuando haya sido aceptado como regla por la generalidad.

El ejemplo clásico del Consejo de Estado Francés no sirve para demostrar lo contrario de lo que venimos sosteniendo. El Derecho Administrativo de Francia no es un derecho jurisprudencial pretoriano como lo llama Hauriou para significar con ello que es creación del Tribunal aludido. No, ese derecho existía en la conciencia del pueblo francés; sólo que no estaba codificado, reunido en un cuerpo de ley escrita. De no ser así, no se le habría sometido a su consideración cuestión alguna, porque la actividad jurisdiccional sólo se ejerce para hacer efectiva la satisfacción del interés tutelado por el derecho; y si no hay norma jurídica, mal puede haber derecho vulnerado, interés o bien insatisfecho.

El progreso del derecho administrativo hemos dicho, no se debe al Consejo de Estado; no es creación de éste. La prueba más evidente de ello la dan los demás países donde no existe un tribunal semejante al francés ni armado de la libertad de éste, y donde sin embargo el derecho administrativo se ha desarrollado considerablemente. Las diferencias pueden atribuirse a razones de ambiente, grado de cultura, etc., y no a la inventiva de los miembros del tribunal referido no obs-

tante haber sido siempre los hombres más representativos de la república francesa.

La acción innovadora de los tribunales es más aparente que real. Aun en los países regidos por el derecho tradicional, más reacios al cambio por la resistencia de la costumbre, la justicia no ha tenido un rol de creadora del derecho, por el contrario, lo ha estabilizado y más todavía, ha llegado hasta estacionarlo. En Inglaterra, no obstante el espíritu individualista de la raza de su pueblo y a pesar del criterio subjetivo conque han procedido los jueces en la aplicación del derecho, éste ha permanecido estacionado más que en ningún otro país. Sólo en los últimos tiempos se ha percibido un notable progreso con el desarrollo y complicación de la vida económica y el problema de la llamada cuestión social, que han impuesto nuevos principios, o mejor dicho, nuevas líneas de conducta que los jueces aplican con discreción por haber entrado ya a formar parte de su derecho que, no por ser tradicional, deja de metamorfosearse y evolucionar con el tiempo.

Es cierto que los tiempos antiguos presentan con frecuencia al juez legislador. Para los egipcios, Isis y Osiris hacían leyes dictando fallos y administraban justicia dictando leyes, al decir de Letelier. En Grecia pasaba lo mismo con los Themitas que apoyaban sus fallos en supuestas reglas dictadas por la diosa Themis. Pero no debe olvidarse que se trata de tiempos remotos, de sociedades inorgánicas, sin diferenciar, en las que el jefe, rey o emperador, solía desempeñar la triple función de juez, administrador y poder legislativo. Además, no cabe duda que antes de la construcción científica del derecho y de toda distinción entre lo justo y lo injusto, ha debido presentarse a los hombres la necesidad de resolver los conflictos de los particulares, porque ello era indispensable para mantener la paz, el orden, la armonía social. Por ello es explicable que a falta de reglas jurídicas en que apoyar sus sentencias, los jueces las inventaran, si es que no las recogían de la masa amorfa de sentimientos, creencias e ideas reinantes en el medio ambiente en que actuaban.

El ejemplo clásico del Pretor romano, no es valedero. Se

le ha señalado como el prototipo del imperialismo judicial, como el juez legislador por excelencia porque al asumir la pretura publicaba una especie de manifiesto, un edicto, en que exponía los principios y las reglas que lo guiarían en el ejercicio de sus funciones. Sin embargo hay algo de exagerado en todo ello. El Pretor no legislaba al dictar sentencia por la sencilla razón de que no juzgaba; él sólo dictaba con anterioridad, en el procedimiento *in iure*, la regla jurídica a la que el juez sometería sus decisiones en el procedimiento *in iudicio*, lo que es cosa distinta. Por lo demás, el pretor no podía alterar el derecho vigente, como lo prueba la máxima *Praetor ius dicere potest, ius facere non potest*.

No pretendemos con ello desconocer que con el tiempo, tal vez insensiblemente, el pretor llegara a formar un derecho *ex-legen*: el *ius honorarium*. Sólo hemos querido significar que ese derecho no era propiamente jurisprudencial, desde que tenía su origen en el edicto, que era algo distinto de la sentencia misma.

Hemos compulsado la jurisprudencia del país en este medio siglo largo de vida legal que llevamos, y no hemos podido constatar ningún adelanto sobre la ley. Es cierto que nuestros jueces están ligados tal vez más que en ningún otro país a los textos legales, pero habrían podido romper las ligaduras si hubiera estado en sus entrañas esa función creadora que se les atribuye.

La Suprema Corte Nacional que es el más prestigioso tribunal del país, no sólo por el lugar y misión que la Constitución y las leyes le asignan, sino también porque siempre ha estado integrado con los jurisconsultos más caracterizados, constituye la fuerza conservadora más poderosa conque cuentan nuestras instituciones jurídicas. Sus fallos citados como innovadores y que han provocado el comentario público en los últimos tiempos, no sirven sino para demostrar que la ley puede aplicarse o interpretarse con un criterio circunstancial.

Cuando la Suprema Corte reconoció en 1922 la constitucionalidad de la discutida ley de alquileres, lo hizo contemplando la situación de emergencia porque atravesaba el país,

“la extrema opresión económica de los inquilinos debido a la ausencia de uno de los factores que regulan los precios en los negocios de locación de inmuebles, es decir, a la falta de ofertas de habitaciones y sobre todo como una medida transitoria y de corta duración”. Por eso cuando desapareció el estado de cosas extraordinario o anormal aludido, el mismo tribunal declaró inconstitucional la ley 11318. De manera que, en rigor, no hizo otra cosa que aplicar la ley con un criterio de circunstancias; interpretando su verdadero sentido y alcance que era, por otra parte, el que reclamaba el sentimiento público del momento.

¿Cuál es entonces el derecho creado o inventado por la Suprema Corte a este respecto? Francamente no lo percibimos.

El contralor judicial de la Constitucionalidad de las leyes admitidas en muchos países, no importa un reconocimiento de la facultad creadora del derecho atribuida a los jueces. Si bien supone dicho contralor la atribución de quitar valor a la ley en el caso concreto objeto de la decisión cuando contraría preceptos constitucionales, lo es precisamente para aplicar otra ley superior, la fundamental, la que debe observar en primer término o sea la Constitución. En el fondo, no hay sino una rígida aplicación de la ley, pero por su orden. Que ello pueda traer en el hecho una asunción de facultades legislativas por los jueces y por ende una creación del derecho, no lo creemos. En Estados Unidos, que, es donde con mayor amplitud se ha ejercitado la facultad de declarar la inconstitucionalidad de los mandatos legales, no sólo no se ha notado un adelanto en el derecho, sino que, por el contrario, se ha producido su paralización. Lambert en su notable trabajo “Le gouvernement des juges”, no obstante su inclinación a dar valor a la jurisprudencia, ha puesto de manifiesto cómo el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, en dicho país, ha servido para detener el progreso de la legislación social, o sea, el derecho obrero.

Nuestra jurisprudencia en derecho privado ha tenido sus cambiantes, pero han sido cambiantes de interpretación de los textos legales. Así, por ejemplo, aplicando el art. 187 del

Código Civil que imponía a la mujer la obligación de habitar con su marido, los jueces al principio llegaron hasta autorizar el empleo de la fuerza pública para obligar a la esposa a volver al hogar. Pero muy pronto los tribunales se negaron rotundamente a conceder semejante autorización. ¿Es que los jueces cambiaron el derecho? No, lo que hicieron fué dar la verdadera interpretación al texto, la que fluía de la letra y del espíritu de la ley y la que por lo demás, confirmaba el sentir común de las gentes. No es pues que crearan la norma jurídica; adaptaron la que contenía la ley a las modalidades de la hora, si es que el concepto de la familia y del vínculo conyugal no era el mismo que cuando se dictó el código.

Lo mismo puede decirse del cambio del *onus probandi* en los accidentes de trabajo, hecho por la jurisprudencia antes que se dictara la ley que consignaba la nueva regla. Ella existía ya en la ley de ferrocarriles, que, admitía la retroversión de la prueba para determinar la responsabilidad de las empresas ferroviarias. Además, ya se había hecho sentir entre nosotros un movimiento de opinión de marcada importancia que reclamaba la reforma o sea la legislación del derecho obrero. El principio estaba pues, incorporado, puede decirse a nuestro derecho.

No tienen tampoco carácter innovador del derecho, los fallos que admitieron la intervención judicial para impedir los fraudes en las quiebras, no obstante haber la ley anterior dejado a la acción independiente de los acreedores la solución del conflicto planteado por la situación del deudor. Es notorio el clamor público respecto a la insuficiencia de dicha ley de quiebras. Tanto en la prensa como en el libro se puso de manifiesto la conveniencia de reformarla. Los comerciantes la reclamaron con urgencia y muchos fueron los proyectos que confeccionaron con ese objeto.

Los jueces no han hecho otra cosa que ceder a la presión de los intereses afectados, intereses que por otra parte, no han sido descuidados en forma absoluta por la ley. No ha podido estar en el espíritu de ésta permitir que se cometan los abusos que la justicia ha tratado de evitar.

Nótese que lo que negamos, es la función creadora del derecho que se atribuye a la jurisprudencia, y no la libre aplicación del derecho vigente por parte de los jueces. Son dos cosas distintas: por aquélla se pretende hacer aparecer al juez como inventando una norma jurídica nueva, tendiente a suplir la laguna de la ley; por ésta sólo se le faculta para que desentrañe la regla de derecho aplicable al caso, esté o no en la ley. En un caso es la voluntad, el arbitrio del juez el que se aplica, si bien subsidiariamente, esto es, en un último extremo, cuando la ley calla; en el otro es siempre el derecho el que se impone esté donde estuviere: en la ley, la costumbre, o en cualquier otra parte.

Encontramos que la supuesta función creadora y la función judicial son incompatibles, contradictorias entre sí. El juez no ejerce su actividad funcional, sino para dirimir una cuestión jurídica, vale decir, cuando por voluntad de una parte o por cualquier otra circunstancia el derecho no se ha aplicado o podido aplicar normalmente por los interesados en un caso particular. Y ello, como es natural, supone la existencia anterior de la norma jurídica, porque de lo contrario no habría derecho sin aplicación. Por tanto, resulta innecesaria y hasta inconcebible la creación de una regla jurídica nueva, para ser aplicada en un caso en que precisamente se pide la aplicación de otra regla ya vigente, porque de no ser así, la cuestión no se habría suscitado.

V. Volviendo al punto central de este capítulo, sólo nos resta expresar que, el fin o fines de la jurisdicción se consiguen en el proceso, o si se quiere, por medio del proceso. Ello ha hecho que se identifique la jurisdicción con el proceso y se hable de fines del proceso como equivalente de los fines de la jurisdicción.

Pero, le diremos desde ya, la jurisdicción y el proceso no son la misma cosa. La jurisdicción es la función y el proceso es el medio por el cual se desarrolla la función. La jurisdicción es la actividad del Estado; el proceso es el conjunto de esa actividad y la de los particulares, o mejor dicho, es el resultado de ambas actividades, si se lo considera como un todo orgánico.

Es cierto que la jurisdicción no puede manifestarse sino en el proceso, pero de ahí no puede inferirse que se confundan ambas instituciones. La actividad jurisdiccional no constituye por sí sola el proceso, aunque sea fundamental y le imprima carácter y fisonomía. La jurisdicción se agota en el proceso, pero éste no debe su existencia sólo a aquélla sino también a la actividad de los litigantes.

Encontramos, por ello, fundada la objeción hecha por algún autor de que el proceso no tiene un fin por sí mismo. (7) Concurriendo en él dos actividades, puede descubrirse un fin en cada una de ellas o mejor dicho en los sujetos que las ejercen: el Estado y las partes litigantes. El fin del primero, puede serlo sólo el de la actuación del derecho objetivo, y el de los últimos el de la "tutela de los derechos subjetivos".

(7) U. Rocco, *ob. cit.*, p. 62.

CAPITULO XII

DE LA COMPETENCIA EN GENERAL

SUMARIO: I. CONCEPTO DE LA COMPETENCIA. — II. CRITERIO CON QUE ES REGULADA POR LAS LEGISLACIONES MODERNAS. — III. DELIMITACIÓN Y CLASIFICACIÓN DE LA COMPETENCIA EN DOCTRINA. — IV. DISTRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA SEGÚN LA LEGISLACIÓN NACIONAL. — V. LA COMPETENCIA FUNCIONAL O POR GRADOS: a) NO SUPONE NECESARIAMENTE LA JERARQUIZACIÓN DE LOS JUECES; b) NO IMPORTA SOMETIMIENTO DE UNOS JUECES A OTROS. — VI. LA COMPETENCIA POR VALOR. — VII. LA COMPETENCIA TERRITORIAL. — VIII. CARÁCTER DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA; NO SON ABSOLUTAS; SU PRORROGABILIDAD O IMPROPRIOGABILIDAD DEPENDE DE LO QUE ESTABLEZCA LA LEY. — IX. COMPETENCIA EXCLUYENTE Y NO EXCLUYENTE. — X. CONTENIDO DE LA COMPETENCIA. — XI. LA COMPETENCIA NO ES DELEGABLE. — XII. OPORTUNIDAD EN QUE EL JUEZ PUEDE PRONUNCIARSE SOBRE LA COMPETENCIA; CUANDO PUEDE HACERLO DE OFICIO Y CUANDO A REQUERIMIENTO DE PARTE. — XIII. MEDIOS DE ASEGURAR LA COMPETENCIA; CUESTIONES DE COMPETENCIA, TRIBUNALES QUE LA RESUELVEN. — XIV. EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE INCOMPETENCIA.

I. En otro lugar ⁽¹⁾, definimos la competencia como la capacidad reconocida a ciertos jueces para ejercer jurisdicción en determinados casos. Con ello, dejamos establecida la distinción entre jurisdicción y competencia, que no responde a un criterio de cantidad sino de sustancia o calidad. Es decir que, la competencia no es una porción o parte de jurisdicción, como algunos han sostenido, sino que es una cosa distinta. Técnicamente la jurisdicción es una función, y la competencia la aptitud para ejercerla; aquélla supone una actividad, ésta una facultad, o si se quiere, un poder para desarrollarla. ⁽²⁾.

El concepto de competencia contiene, sin duda, la idea de limitación, en cuanto supone una capacidad circumscripita a cierta actividad, y de ahí que se haya podido decir que es el límite de la jurisdicción; pero precisamente por ser el límite no puede ser la cosa limitada. Si la competencia fuera una porción de la jurisdicción, no habría una distinción sustancial entre una y otra figura; se trataría del mismo concepto

(1) Capítulo I y pág.

(2) BELLAVITIS, *Diritto Proc. Civ.*, nº 157, p. 166; GARSONNET CEZAR BRU, t. I, nº 461, edic. Troisième.

sólo que en distinta extensión, lo que no justificaría el empleo de dos vocablos diferentes, que en muchos casos importaría una superposición innecesaria y hasta contradictoria. ⁽³⁾

La competencia es un concepto relacionado con el sujeto que ejerce la jurisdicción; ésta en cambio, tiene que ver con la actividad que desarrolla el sujeto que la ejerza. La competencia supone necesariamente más de un sujeto con capacidad para ejercer la jurisdicción; ésta puede existir con solo un órgano que lo ponga en movimiento. En realidad, la competencia delimita o regula las relaciones de los tribunales entre sí, en lo que al ejercicio de la jurisdicción se refiere.

Por eso hay más propiedad en definir la competencia según lo hacen autorizados tratadistas ⁽⁴⁾, como la porción de poder jurisdiccional poseída por un magistrado. En efecto, una parte de poder para ejercer la función ya no es una parte de la función misma, sino algo que se necesita para ejercerla. Sin embargo, se puede observar que la potestad jurisdiccional no es fraccionable, en el sentido de que conserva toda su fuerza, cualquiera sea el juez que la ejerza; se posee en toda su extensión o no se posee, porque el poder jurisdiccional, como todo poder, es uno e indivisible; sólo cuando se tiene todo ese poder es cuando la jurisdicción funciona, y es evidente que el que tiene competencia puede desarrollar la actividad jurisdiccional, que es siempre la misma, cualquiera sea el órgano que la ejerza.

II. La multiplicidad de tribunales que las necesidades de la vida ha impuesto, es lo que explica y determina la competencia. Esta se regula según ciertos criterios que los legisladores de los distintos países tienden a uniformar. Sin embargo, cabe observar que el Estado moderno persigue a este respecto otros objetivos que los tenidos en cuenta en otras épocas. Antes, la competencia fué instrumento de dominación; hoy es medio de defensa social. El interés colectivo no era consultado en su reglamentación en aquel entonces; en la actualidad es

⁽³⁾ Como ocurriría con la expresión incompetencia de jurisdic.

⁽⁴⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, V. 1, n° 230; MORTARA, *Comment.*, V. 2, n° 1; CHIOVENDA, *Princippi*.

lo que en primer término se procura satisfacer, a tal punto que se ha llegado a considerarla de orden público. Antes se distribuía la competencia por razones de carácter meramente político; hoy tratando de obtener el mejor funcionamiento de la administración pública.

Sin ir más lejos, el doble grado de competencia implantado en los primeros años de la revolución por resolución de la asamblea nacional francesa, respondió más que a la necesidad de asegurar el acierto de las decisiones judiciales defendiéndose de la falibilidad de los magistrados, a la conveniencia política de jerarquizar el personal de la administración de justicia, como medio de mantener y afirmar el poder de la autoridad pública. ⁽⁵⁾

III. No obstante la aspiración unánimemente sentida, de no obstaculizar en forma alguna el acceso de los litigantes a los tribunales, contra lo que sin duda conspiran las cuestiones de competencia originadas por la diversidad de jueces, las civilizaciones modernas no pueden materialmente desenvolverse con un solo magistrado o una sola categoría de magistrados. La densidad de la población, el número crecido de litigios, la distinta naturaleza jurídica de éstos, los diversos lugares en que los mismos se suscitan, etc., exigen la distribución de los asuntos entre jueces de diferentes clases. Por tanto, la delimitación de la competencia es un problema de selección de magistrados o de determinación de los más idóneos; y ello naturalmente se consigue aprovechando las ventajas que derivan de la especialización, la repartición del trabajo, la subdivisión territorial, etc. Es así que los asuntos se distribuyen por razón de la materia, del valor, del grado de conocimiento, del territorio, por elección, etc.

Pero del punto de vista lógico, y siempre teniendo en cuenta la distribución de los litigios, la competencia se clasifica en: *necesaria* y *eventual*, según que las razones que operen sean o no constantes. Y como las razones constantes pueden variar según que se refieran a la litis o al proceso, la com-

(5) MORTARA, *ob. cit.*, v. II, n° 11.

petencia necesaria se divide: en *material* y *funcional*. Aquélla, a su vez: por razón de la materia, del valor y del territorio.

La competencia eventual, que es determinada por hechos accidentales, puede distinguirse también en tres categorías: por elección o convención, por conexión y por remisión. ⁽⁶⁾

Más general es la división de la competencia: en *material* o real y *territorial* o personal; la primera es la delimitada en atención a las condiciones objetivas del litigio; la segunda responde a razones meramente territoriales, y es establecida en beneficio de las partes.

La competencia material se distingue según cuatro criterios: grado de conocimiento, valor de la controversia, índole de la relación jurídica y continencia de la litis. La competencia territorial, a su vez, se distingue según razones permanentes y de excepción. ⁽⁷⁾

Pero, como según dicha clasificación, la competencia material comprendería a la determinada por otras razones que las condiciones objetivas de los litigios, como sería la competencia por grados, se ha destacado esta categoría de la material, y así ha nacido la clasificación ⁽⁸⁾ que responde a criterios afines agrupados en la siguiente forma: criterio objetivo, criterio funcional, criterio territorial.

IV. Nuestras leyes de la Nación y de las provincias, han organizado la competencia de los jueces según los criterios corrientes, distribuyendo los litigios: por razón de la materia, del valor, del grado de conocimiento y del territorio, sin perjuicio de admitir la competencia convencional o de elección. Pero debido a nuestro sistema institucional, existe en el país una más grande y fundamental división de la competencia: la *ordinaria* y la *federal*, como manifestación de las soberanías provincial y nacional respectivamente.

Por razón de la materia, nuestra legislación, casi unánimemente, ha dividido la competencia en: civil y penal. ⁽⁹⁾ En

⁽⁶⁾ CARNELUTTI, *Sistema*, t. I, p. 586.

⁽⁷⁾ MORTARA, *ob. cit.*, t. I, n° 4.

⁽⁸⁾ CHIOVENDA, *Principi*, Terc. par., Cap. terc. 36.

⁽⁹⁾ Salvo raras excepciones, las provincias han instituido tribunales civiles y penales por separado.

la Capital Federal y algunas provincias, existe también la competencia comercial separada de la civil ⁽¹⁰⁾; y muchas de éstas han destacado lo contencioso-administrativo con tribunales especiales pero dentro del orden judicial ⁽¹¹⁾; las demás lo reconocen con tribunales administrativos y con intervención ulterior de los tribunales civiles.

a) La conveniencia en la separación de la justicia penal de la civil es generalmente reconocida. La sustancial diferencia de la norma jurídica a aplicarse en uno y otro caso, derivada de la distinta índole de los asuntos objeto del proceso o sea del contenido de la norma, exige una aptitud y conocimiento especiales en el magistrado. Se explica así, que se haya distribuido los litigios civiles y penales entre jueces especializados en cada materia, porque tal circunstancia los hace más idóneos, vale decir, los coloca en condiciones ventajosas para administrar mejor la justicia, sin peligro de los conflictos de competencia, pues, la diversa naturaleza jurídica de las cuestiones, no se presta a confusión.

b) No puede decirse lo mismo de la competencia comercial. La materia comercial no difiere fundamentalmente de la civil, y la litis no adquiere características o modo de ser peculiar que exija una justicia especial. De ahí que aun con competencia comercial, sea frecuente que los tribunales civiles conozcan de cuestiones de que deban conocer los jueces de comercio y éstos de los que competan a los civiles. Y es fácil percibir que ello es ocasionado a conflictos de competencia que tienen lugar frecuentemente.

El doctor Antonio Bermejo, informando como diputado provincial el proyecto de Código de Procedimientos Civiles en 1880, decía: "La distinción entre los actos civiles y los actos comerciales, distinción en que esa competencia se origina, es algo que no está claramente establecido, ni en la doctrina, ni en la ley. Y si se tiene presente que lo que caracteriza a estos últimos es la intención, el ánimo con que se realizan, elemento

⁽¹⁰⁾ Algunas provincias han organizado la competencia comercial en 2ª instancia (Mendoza, Tucumán).

⁽¹¹⁾ Prov. de Buenos Aires, Mendoza, Córdoba.

puramente subjetivo y psicológico, se comprenderá más fácilmente, aún la dificultad de fijar una regla segura o un criterio exacto para determinar uno y otro”.

Tal vez por esa circunstancia, la tendencia de las legislaciones modernas es a suprimir la competencia comercial. No la tiene Inglaterra desde 1873, Italia desde 1880 y Alemania desde la última ley de organización de los tribunales (pues sólo autoriza al gobierno a instituir cámaras especiales). Y en los países donde aún subsisten esos tribunales, como Francia, mucho se discute acerca de la conveniencia de mantenerlos.

Con todo, conviene tener presente que la decadencia de la magistratura comercial, se debe también a que ha perdido el carácter que tuvo en un principio. Esta fué creada en la edad media más como privilegio de los comerciantes y para satisfacer intereses del gremio, que por razones jurídicas. Había además conveniencia en que fueran los propios comerciantes conocedores de los usos y costumbres mercantiles, los que dilucidasen sus conflictos, debido a la ausencia de un derecho comercial codificado. Por eso hoy que éste existe y ha aceptado el principio de que la ley comercial es aplicable a ambas partes litigantes siempre que el negocio sea comercial para uno de ellos, no tiene ya razón de ser la institución con el carácter de tribunal de excepción. ⁽¹²⁾

c) La autonomía del Derecho administrativo, parece cosa indiscutida. Su contenido es de derecho público, y por lo tanto, de naturaleza distinta a la del derecho privado. Ello hace que haya conveniencia en que la dilucidación de las cuestiones contencioso-administrativas sea entregada a técnicos especializados en la materia. De ahí que se encuentre plenamente justificada la competencia contencioso-administrativa.

Pero, la competencia contencioso-administrativa no supone

(12) El consulado de Buenos Aires creado por cédula de 30 de Enero de 1794, fué suprimido en 1862, después de haber sido desnaturalizado por ley de 21 de Octubre de 1875 puesto que, de las resoluciones del tribunal que procedía a verdad sabida y buena fe guardada, se concedió apelación a la Cámara del Crimen que era un tribunal de derecho (JOFÉ, *Manual*, t. 1, p. 80).

necesariamente la existencia de tribunales administrativos ⁽¹³⁾, es decir, dependientes de la Administración y extraños al orden judicial. Nada hay que autorice a trastornar el funcionamiento de los órganos del Estado, haciendo que unos ejerzan la actividad que en esencia corresponde a los otros. Dejando que el poder judicial se desempeñe dentro de la órbita que le es propia, no se afecta el interés del Estado que, precisamente ha repartido sus funciones fundamentales entre diversos órganos. En cambio, autorizando a la Administración a que oficie de juez, aunque sea en materia contencioso-administrativa, no sólo se permite el ejercicio de una función que no le corresponde, sino que se desnaturaliza la función misma, puesto que la jurisdicción sólo se concibe como actividad de un tercero y no de parte litigante.

Todas las ventajas propias de la especialización, pueden obtenerse con tribunales competentes, vale decir, con tribunales aptos para conocer originaria y hasta si se quiere exclusivamente, en materia contencioso-administrativas. El peligro que se ha querido ver, en que jueces familiarizados con el derecho privado conozcan de cuestiones de índole diversa, desaparece así en absoluto. En esa forma, en efecto, no prevalecerá el criterio civilista que se atribuye a aquéllos, y las cosas del Estado serán consideradas de acuerdo con las normas suministradas por el derecho público. Nadie puede sostener fundadamente lo contrario, a menos que consideren que para conocer de cuestiones contencioso-administrativas se debe ser empleado de la administración.

V. Aunque incorporada a casi todas las legislaciones, la competencia funcional ha sido siempre discutida. Se funda en la falibilidad humana, en la posibilidad del error judicial. Tiende, pues, a evitar en lo posible, la injusticia de los magistrados, haciendo que otros presuntivamente más idóneos revean la resolución recurrida.

Ya hemos visto que originariamente, la competencia por

(13) RAFAEL BIELSA, *Relación del Código Civil con el Derecho Administrativo*, pág. 34 y sigtes.

grados de conocimientos tuvo un carácter político; fué instituída so pretexto de enmendar los yerros, más que todo para mantener a los jueces sometidos a la autoridad del jefe del gobierno, la que se hacía sentir con mayor fuerza al conocer de los reclamos contra las resoluciones judiciales. En la actualidad, por el contrario, se ve en ella un remedio contra el error, un instrumento de control en manos de los litigantes, un medio de obtener una mejor administración de justicia.

Claro está que para que la garantía de la doble instancia resulte eficaz, es necesario que el tribunal de segundo grado ofrezca mayores seguridades de acierto en sus decisiones que el que intervino primero. Si así no fuera, no tendría razón de ser; es porque son más los jueces que conocen y deciden el asunto y porque se les considera más idóneos, que se suponen más justas sus decisiones. Y siendo esa la razón de su existencia, se ha observado, no sin motivo, que no se ve por qué no se ha de dar esas seguridades desde el comienzo del litigio, suprimiendo la segunda instancia por innecesaria.

La competencia funcional responde sin duda a loables propósitos, pero como pueden éstos conseguirse, según se ha visto, por otros medios menos onerosos y complicados, no tiene su existencia mayor justificación. La tendencia de las legislaciones modernas es, si no a suprimirlas, a reducirla en lo posible. Cada vez se restringe más la procedencia del recurso de apelación, ya sea limitando las resoluciones, ya exigiendo la reunión de requisitos para que proceda el recurso.

Nuestras leyes han admitido la doble instancia; pero es ya carne en los curiales que, en la práctica, el verdadero juez es el de apelación. Los litigantes ocurren a él casi en la totalidad de los juicios; nadie se conforma con el pronunciamiento de primera instancia, sabiendo que existe un tribunal de más autoridad que puede resolverlo todo y que tiene más probabilidades de cumplir con el principio de jurisprudencia que consiste en dar a cada uno lo suyo. Los mismos jueces de primera instancia han concluído por convencerse de que, habiendo quien puede enmendar sus yerros, no tienen por qué preocuparse de no cometerlos.

Prácticamente, en la actualidad, no obstante el sistema vigente, el tribunal superior resuelve en única instancia, dado que muy escaso valor tiene en el hecho el pronunciamiento del inferior. Las cámaras no están obligadas a rebatir los argumentos del juez, y cuando anula la sentencia de éste en el orden nacional, prescinde de ella en forma absoluta. Casi lo mismo ocurre cuando la revoca, puesto que resuelve sobre el fondo haciendo caso omiso de ella.

En virtud de todo ello, es que se ha preconizado la reforma del sistema, abogándose por la instancia única a base de un tribunal colegiado. Se ha pensado que, de esa manera, se obtendrá de una vez la sentencia, sin necesidad de tener que pasar previamente por dos etapas o grados de conocimiento.

El temor de que con la supresión del segundo grado de competencia se resienta la seriedad de los pronunciamientos, se disipa fácilmente si se tiene presente que por disposición de la Const. Nacional y de algunas provinciales, los asuntos de mayor gravedad son resueltos en única instancia por el Superior Tribunal. En efecto, el art. 101 de la Const. de la Nac. dispone que la Corte Suprema ejercerá jurisdicción originaria exclusivamente en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros y en los que alguna provincia fuera parte; y el art. 149 de la Const. de la Prov. recientemente sancionado, también dispone que el Superior Tribunal conoce originariamente para resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas o reglamentos que estatuyan sobre materia regida por la carta fundamental y se controviertan por parte interesada, etc.

a) Pero cuando se distribuye la competencia entre tribunales de distinto grado, no se jerarquiza necesariamente la administración de justicia. El juez que interviene en primera instancia, no es un subalterno del tribunal de alzada, ni éste es un superior jerárquico de aquél. Podrá serlo administrativamente o en materia de superintendencia, si la ley así lo dispone, pero no cuando conoce en grado de apelación.

El conocimiento que toma de la litis el tribunal de segunda instancia, no es para homologar o dar validez a lo hecho por el juez en primer grado, sino para completar la sustanciación del proceso. No interviene como revisor necesario de lo actuado ante el otro juez, sino en razón de su oficio o función, y eso cuando lo requiere la parte vencida. Se trata, en una palabra, de una distinta competencia por razón de la actividad que ejercen los jueces, y no de una graduación de éstos por su importancia. Por eso, dentro de su esfera, en ejercicio de su competencia diremos, tanta categoría tiene el juez de primera instancia como el de apelación.

Conviene no confundir el grado de conocimiento en que intervienen los jueces, con la graduación jerárquica de los mismos. Puede concebirse jueces de distinto grado con igual categoría, como ocurre en algunos países; todo depende de la organización que establezca la ley. Cuando el juez de alzada revoca una resolución recurrida, no manda al de primer grado a que proceda en determinada forma, sino que juzga como lo ha hecho éste; sólo que en otra oportunidad, en otra faz del proceso.

No siempre se ha tenido ello presente, y casos han habido, entre nosotros, en que las Cámaras de Apelaciones, perdiendo de vista su verdadera función, han pretendido imponer su voluntad o su criterio y hasta han dictado resoluciones que importan órdenes dadas a los jueces de primera instancia, órdenes que, como es natural, éstos se han negado a acatar. ⁽¹⁴⁾

Si la jerarquía de los jueces ha de medirse por sus atribuciones, tal vez hubiera que reconocer a los jueces de primera instancia un rango superior, pues es mayor su esfera de acción y por tanto sus facultades. Es cierto que la sentencia del tribunal de apelación prevalece sobre la recurrida, pero no porque emane de una autoridad superior, sino porque ése es el valor de su pronunciamiento, según la ley. La sentencia

(14) En la Provincia de Buenos Aires, la Cámara 2ª de La Plata, al revocar una sentencia del juez Dr. Molina Carranza por la que no había hecho lugar al desalojo por considerar inconstitucional el art. 602 del Cód. de Proc. en que se había fundado la demanda, dispuso volviesen los autos a 1ª Instancia para que el juez dictase nueva sentencia, a lo que el juez se opuso por las razones que se expresan en el texto.

de la Cámara no es una sanción contra el juez que se pronunció en primer grado, sino un pronunciamiento sobre la litis, pero con otro alcance que el dictado por este último.

b) La extensión de la competencia del juez que conoce en segundo grado, está naturalmente fijada por la ley. Entre nosotros no comporta necesariamente una revisión total del litigio, sobre todo cuando el recurso se concede libremente.

Desde luego, la segunda instancia no es imprescindible en todo proceso; éste puede terminar con la sentencia de primer grado si no es recurrible, y aún siéndolo, si no se ha interpuesto el recurso por el vencido.

Cuando la sentencia es apelable y se ha interpuesto el recurso, el tribunal de alzada sólo conoce de las cuestiones que le han sido sometidas. Esas cuestiones deben ser indicadas por el apelante en el escrito que, por mandato de la ley (art. 242 del Cód. de Proc.), tiene que presentar bajo apercibimiento de declararse desierto el recurso, si se acusare rebeldía. La cámara, por tanto, tiene limitado su campo de acción a lo que ha sido materia del recurso, pudiendo por ello coexistir las sentencias de ambas instancias: la de primer grado en todo cuanto ha sido consentida por las partes, y la de apelación en lo que se refiere a las cuestiones de hecho y de derecho decididas por el juez, pero que han sido apeladas y respecto de las cuales se han expresado agravios. ⁽¹⁵⁾

VI. La competencia por valor se justifica por razones político-sociales bien notorias. Ella tiende a dar a los litigantes

⁽¹⁵⁾ Esa doctrina ha sido sustentada por nuestros tribunales en numerosos fallos. Puede verse, entre otros, el de la Cám. de Apelaciones en lo Comercial de la Cap. Federal, dictado en 24 de Noviembre de 1932 en la causa Minerva Motors Sud Americaine contra Weil Hermanos publicado por *Revista Crítica de Jurisprudencia*, año 2º nº 6, pág. 139. En dicho fallo el Tribunal declaró desierto el recurso interpuesto contra sentencia definitiva y concedida en relación conforme al art. 1º por no haberse presentado memorial de agravios pues, "si bien el art. 241 del Cód. de Proc. hace referencia a la expresión de agravios que debe presentar el apelante cuando el recurso se concede libremente, el espíritu de la ley es manifiesta en el sentido de que tales agravios como ya se ha dicho deben ser inexcusablemente expresados contra toda sentencia definitiva para que sea posible un pronunciamiento en segunda instancia, y ello aun cuando el recurso se hubiera otorgado en relación, toda vez que lo contrario, como también se ha dicho, implicaría ejercitar una simple revisión ajena a nuestra legislación procesal", etc.

de asuntos de menor cuantía, que son los más numerosos, un medio eficaz, rápido y barato de obtener justicia, librándolos del procedimiento complicado y caro en que se mueven los tribunales que entienden en los juicios de más valor. Por eso la justicia de menor cuantía se administra generalmente por jueces legos, a verdad sabida y buena fe guardada, conforme a reglas procesales más simples y expeditivas. Ello ha hecho que se cifren muchas esperanzas acerca de su eficacia, sin que siempre se hayan confirmado en la práctica, pues, como ha ocurrido entre nosotros, tanto en la campaña y en las ciudades, la justicia de paz es deficiente y en ocasiones mala.

Pero la organización de la competencia por valor no está reglada de idéntica manera en todas partes, aunque reconozcan las mismas directrices generales. Así, la justicia de menor cuantía es o no letrada según las exigencias del medio ambiente lo permitan los recursos y demás circunstancias. Por esa razón, en el país existe una variada legislación al respecto. ⁽¹⁶⁾

La ley en cada caso establece las reglas de acuerdo con las cuales se fija la competencia por valor, pero es universalmente aceptado el principio de que las bases para la determinación del valor lo suministra la demanda.

La demanda es el elemento fundamental del proceso; ella fija el objeto del litigio y por lo tanto, la materia sobre que debe versar la sentencia. Se explica entonces, que sea ella la que se deba tener presente para determinar el valor de la litis, aunque no siempre es explícita al respecto o no siempre es posible que lo sea. En estos casos la ley o la doctrina suministra los criterios para llegar a la valorización: por presunción jure et de jure, por libre apreciación o por voluntad de las partes, etc. ⁽¹⁷⁾

VII. En ningún país más que en el nuestro tiene razón de ser la competencia territorial. Su dilatada extensión de te-

⁽¹⁶⁾ En la Capital Federal los jueces de paz son letrados, en la provincia de Bs. As. son legos; en Santa Fe son legos a excepción de los de la Capital y Rosario, que deben tener título de abogado; en Córdoba hay jueces de paz legos y letrados, etc.

⁽¹⁷⁾ Véase pág. 281 y sgts.

territorio exige que éste se divida en circunscripciones o distritos en cada uno de los cuales, jueces de igual grado ejerzan jurisdicción. Y naturalmente, esa distribución de jueces en distintos lugares dentro del Estado, obliga a precisar su competencia, a fin de que en cada caso, desempeñe su función el de mayor idoneidad.

Surge de ello que, el problema de la reglamentación de la competencia territorial, consiste en conseguir que la litis sea resuelta por el juez que se encuentra en mejores condiciones de servir a las partes, pues, en beneficio de ellas, es que se han distribuido los tribunales. Y es fácil percibir que el criterio más eficaz para lograr ese objeto es el de la vecindad de la persona que litiga o de la cosa litigiosa con relación al lugar sede del juez. Así se sigue en el primer caso el fuero personal y en el segundo el fuero real.

Pero, la determinación de la competencia, no siempre es cuestión sencilla, sea porque el conflicto jurídico o sea la litis, no se ha producido en el lugar en que se encuentran las partes, o porque éstas tienen distintos domicilios o porque no lo tienen donde se encuentra la cosa litigiosa o en donde entendieron que debía cumplirse la obligación, etc. Las cuestiones que surjan en cada uno de esos casos, no pueden ser resueltos sino de acuerdo a ciertas reglas que la ley establece y que estudiaremos en otro lugar. ⁽¹⁸⁾

VIII. Importando la competencia una distribución de la

⁽¹⁸⁾ La relatividad del concepto surge de la distinta forma como el problema es contemplado por las leyes procesales de los distintos países. En el derecho procesal francés se ha acogido el principio que los tribunales civiles están investidos de la plenitud de la jurisdicción (competencia) de derecho común y que por lo tanto pueden conocer de los asuntos que competen a los jueces especiales; pero que éstos carecen de capacidad para entender en los de competencia civil. En la legislación alemana en cambio, toda competencia es considerada de derecho común y está provista de la plenitud de poderes jurisdiccionales, por lo que las partes, en principio de común acuerdo pueden prorrogar de jurisdicción salvo casos excepcionales. En Austria, es permitido a las partes eliminar la competencia de un juez de distrito en lo comercial y pasarlo al de lo civil; pero no le es permitido la prórroga en los asuntos de competencia de los tribunales (cortes de justicia) de lo civil a lo comercial, aunque puede prorrogarse la competencia comercial a la civil. La legislación Holandesa concede en cambio a las partes la facultad de convenir libremente el juez ante quien deben dirimir sus litigios.

actividad jurisdiccional entre distintos jueces con arreglo a determinados criterios, la naturaleza de éstos fija el carácter de aquélla. Equivale ello a decir que será o no permitido ultrapasarse los límites establecidos por la ley, según que ésta haya o no considerado absoluta la regla de competencia prefijada. De ahí que se haya clasificado la competencia en absoluta y relativa: la primera no admite la prórroga o renuncia, la segunda sí.

Pero la determinación del carácter de la competencia, o mejor dicho de la regla que fija sus límites, debe resultar de los términos de la ley, porque substancialmente la competencia no es absoluta o no está en su esencia o naturaleza el que lo sea. Una determinada competencia puede ser improrrogable según una legislación y no serlo según otra; todo depende de que así lo haya querido y expresado el legislador. ⁽¹⁹⁾

El principio de la unidad de la jurisdicción, que ya hemos estudiado, no permite afirmar que la distribución de la competencia sea siempre de carácter absoluta. La prueba está que nuestra propia ley admite expresamente la prórroga de la competencia territorial; ⁽²⁰⁾ y lo mismo habría podido declarar respecto a la competencia por razón de la materia. ⁽²¹⁾ Y ello así, porque no está en la naturaleza de las cosas que la competencia sea necesariamente prorrogable e irrenunciable. El hecho de que haya legislaciones que no han establecido cierta distribución de competencia material, confirma el acerto. Esa distribución, v.g., no existe en la justicia de los Territorios Nacionales, en que los jueces conocen de los asuntos del fuero federal y ordinario en materia civil, comercial y penal.

El estudio de cada una de las clases de competencia o criterios de distinción de la misma, puede darnos la medida de su carácter y los límites de su importancia.

a) La competencia por materia es considerada de carácter absoluto; no puede ser renunciada ni prorrogada. La ra-

⁽¹⁹⁾ Según el Cód. de Proc. Civ. Italiano, la competencia *ratione materiae* es improrrogable; en cambio, lo es para el Cód. de Proc. Civ. Alemán, véase GOLDCHMIDT, p. 183.

⁽²⁰⁾ Art. 1.

⁽²¹⁾ La Ley de Enjuic. Civ. Española, admite la prórroga por razón de la materia, por valor y grado.

zón que se da es la de que, "cuando la ley atribuye a un juez un pleito con referencia a la naturaleza y a la entidad de éste, lo hace porque estima a aquel juez más idóneo que otro para pronunciar; y esta consideración de la ley no admite una apreciación contraria de las particulares". (22) Sin embargo, esa idoneidad no se percibe claramente cuando se destaca la competencia comercial de la civil, según ya lo hemos visto. Y la misma competencia penal no obsta al desempeño de la civil, a estar a lo dispuesto por nuestras leyes, que autorizan a los jueces a resolver las cuestiones incidentales de otro carácter que el penal, y las principales de indemnización de daños provenientes de los delitos. (23)

Pero la ley ha podido establecer su improrrogabilidad, como lo ha hecho entre nosotros, aunque sea en forma imprecisa, según veremos más adelante.

b) También se ha considerado característica de la competencia funcional la de ser de carácter absoluta. Sin embargo, en el hecho, puede ser renunciada la de segundo grado. Desde que ésta ha sido instituída como un derecho y no como una obligación para las partes, puede quedar ella eliminada prácticamente con sólo interponer el recurso de apelación.

Dentro de nuestro sistema de procedimiento, no es posible prescindir de la primera instancia, (24) porque la ley no provee de reglas para sustanciar el proceso ante el tribunal de apelación; pero puede concebirse un sistema en que se autorice a las partes a dirigirse directamente al juez de apelación. En el procedimiento oral ello no puede ofrecer dificultades. Todo, pues, depende del régimen legal establecido.

Entre nosotros, hay casos en que, prácticamente, se prescinde de la primera instancia, por lo menos en lo que al pronunciamiento se refiere. Tal ocurre cuando en la Capital Fe-

(22) CHIOVENDA, *Principii*, Parte 3ª, Cap. III, pág. 486.

(23) Véase Capítulo IX.

(24) Además el art. 1 del Código DE PROC. CIVIL de la Cap. lo prohíbe, y lo confirman los arts. 267 del mismo y el art. 306 del de la Provincia, al establecer que el tribunal no podrá fallar en segunda instancia salvo...

deral las Cámaras de Apelaciones anulan las sentencias del juez de primera instancia por vicios de forma de la misma, ⁽²⁵⁾ y cuando la Suprema Corte de la Nación, conoce por avocación sobre lo principal del pleito llevado en apelación para que resuelva una cuestión incidental. ⁽²⁶⁾

c) En cuanto a la competencia por valor, es más fácil percibir que no tiene carácter absoluto. Las leyes suelen contener disposiciones que importan admitir una prorrogabilidad implícita.

Como ya hemos dicho, la demanda es la que determina la competencia por valor, pero puede ocurrir que el monto de lo reclamado inicialmente, acrezca durante la sustanciación del juicio (vencimiento de nuevas cuotas), o que por el contrario, se reduzca por falta de comprobación necesaria. En ambos casos, las leyes y la jurisprudencia se han inclinado siempre a mantener la competencia del juez que lo fué originariamente, aun cuando en el hecho y al finalizar el proceso, el valor de la demanda haya salido de los límites prefijados por la ley.

Además, para distribuir la competencia por valor, las leyes no siempre contienen reglas absolutas respecto al monto de lo reclamado. Así, la ley 11924 confiere a los jueces de paz de la Capital Federal, competencia para conocer de la demanda por alquileres, cualquiera sea el número de mensualidades vencidas, cuando el alquiler mensual no exceda de trescientos pesos; en las demandas por cobro de sueldos o salarios cualquiera sea el monto de lo reclamado siempre que no exceda de \$ 10 diarios o \$ 300 mensuales; y de las demandas reconconvencionales aunque excedan de la suma de mil quinientos pesos, que es el límite fijado para la competencia por el art. 11 (inc. 3º 4º y 6º). Es decir, que admite que los jueces de menor cuantía conozcan de asuntos que por su valor deberían ser de la competencia de los jueces de 1a. Instancia.

De la misma manera, el art. 10 del Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, acuerda competencia

⁽²⁵⁾ LEY DE REFORMAS nº 4128, art. 25.

⁽²⁶⁾ LEY 50, art. 223.

a los jueces de 1.ª Instancia, para conocer de pleitos que por su monto correspondería a la justicia de paz, pues establece que cuando se demanda el cobro de pagos parciales o saldos de contratos, la competencia se determina por el valor del contrato respectivo.

Pero el caso típico de prórroga de competencia por valor, lo dan las demandas reconventionales. Las leyes por lo general, admiten que cualquiera sea el monto de dicha demanda, el juez continúe en el conocimiento de la litis, como lo dispone el art. 11 inc. 6 de la ley 11924. ⁽²⁷⁾ Otro caso típico lo suministran las acciones sobre las que se ejerce fuero de atracción, como ocurre en las sucesiones y concursos. ⁽²⁸⁾

d) La prórroga de la competencia territorial, es indiscutida. Nuestras leyes la admiten expresamente (art. 1, Cód. de Proc.). La razón que se da es la de que su prorrogación no afecta el interés público y en cambio satisface el de las partes.

Para que la prórroga sea admitida, la ley exige la conformidad de las partes. Esa conformidad puede ser expresa o tácita. La primera tiene lugar cuando las partes han elegido de común acuerdo el juez ante quien deben someter la litis en caso de producirse, aunque no sea el indicado por la ley; y la segunda, cuando se demanda ante el juez competente, o cuando se es demandado ante juez que no corresponde y no se alega la incompetencia.

Es sobreentendido que la prórroga autorizada por la ley, es la que se refiere a la competencia territorial establecida por el Estado a que la dicha ley corresponde.

⁽²⁷⁾ El art. 101 del Código de Proc. de la Capital Federal concordante con el art. 111 del Código de la Provincia de Buenos Aires, autoriza tácitamente la prórroga por valor de las demandas reconventionales, al establecer que el demandado puede deducir reconventiones, sin establecer limitación alguna a la competencia del juez de la demanda. *Fallo* S. C. N. t. 8 p. 168; CÁMARA CIVIL DE LA CAPITAL, t. 45, p. 268; t. 74, p. 26.

Hay otros casos en que la ley admite la prórroga, como el previsto en los arts. 462 del Código de Procedimientos de la Capital y art. 471 Código de Procedimientos de la Capital, que permite la traba de embargo preventivo ante jueces de paz por demandas cuyo monto exceda de su competencia.

⁽²⁸⁾ Código Civil, art. 3284; Código de Procedimientos de la Capital, art. 634; y Código de Proc. de la Provincia de Buenos Aires, art. 11.

IX. A la competencia absoluta se la suele llamar excluyente o exclusiva, ⁽²⁹⁾ pero no siempre son coincidentes estos calificativos. Según la terminología de nuestras leyes, la competencia exclusiva excluye la posibilidad de más de un tribunal con igual competencia, porque ningún otro que el especialmente designado al efecto puede conocer de determinada categoría de litigios. Así, es exclusiva la competencia que ejerce la Suprema Corte Nacional en los asuntos concernientes a Embajadores, Cónsules extranjeros y en los que alguna provincia sea parte (art. 101 de la Const. Nacional), y la que tiene la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires para conocer de los conflictos entre los poderes públicos (art. 149 Constitución Provincial).

X. El contenido de la competencia es, en principio, completa, en el sentido de que comprende la capacidad para conocer del fondo del litigio y de las cuestiones incidentales, cualesquiera sean. Así el juez competente para entender en un proceso, lo es para entender en las excepciones previas (presupuestos procesales), reconvencción y demás incidentes que se promuevan. Tiene capacidad para llevar a efecto sus resoluciones y hasta ordenar su ejecución. Sin embargo, esto último no reza para los tribunales de segundo grado que, por lo general, carecen de competencia ejecutiva.

También comprende la competencia, capacidad para resolver sobre la propia competencia, ya que ésta es un presupuesto necesario para poder decidir la litis. Si pudiera resolver el fondo del asunto y careciera de facultades para declarar su incompetencia, "faltaría la garantía suprema del ordenamiento judicial". Por eso se dice que todo juez tiene competencia sobre su competencia.

Pero esa capacidad, no supone necesariamente la de declarar de oficio la incompetencia. Una cosa es que el juez pueda conocer de su competencia y otra que pueda hacerlo sin requerimiento de parte. Esto es materia de reglamentación.

⁽²⁹⁾ KISCH W., *Elementos de Derecho Proc. Civil*, t. 13 p. 64, 1932, edic. española. GOLDSCHMIDT J., *Derecho Proc. Civil*, Cap. III, pág. 164, 1936, edic. española.

La ley puede fijar la forma y oportunidad en que la facultad ha de ejercitarse. El Código de Procedimiento Civil de la Capital, por ejemplo, dispone en su art. 3, que toda demanda debe interponerse ante juez competente, y siempre que de la exposición de los hechos resulte no ser de la competencia del juez ante quien se deduce, deberá dicho juez *inhibirse de oficio* sin más actuación. En cambio, la ley de enjuiciamiento española, sólo en dos casos autoriza a los jueces a declarar de oficio su incompetencia, que son los previstos en los arts. 74 y 491; en todos los demás, deben promoverlos las partes por declinatoria e inhibitoria.

XI. Debe tenerse presente, así mismo, que la amplitud de la competencia no llega hasta comprender la facultad de delegarla en otro juez o tribunal. La competencia le viene al juez de la ley, y sólo ella puede reconocerla investida en otro magistrado. La competencia no es atributo del que se pueda disponer a voluntad, sino que se tiene o no, según así lo haya reconocido la ley, y a ésta no se la puede suplantar porque es una manifestación de la soberanía del Estado.

De manera que, para explicar la indelegabilidad de la competencia, no es necesario ocurrir al art. 37 de la Constitución Nacional que prohíbe a los poderes públicos delegar las facultades que ella les ha conferido, ni al Código de Procedimiento Civil que en su art. 2 establece que no puede ser delegada la jurisdicción (léase competencia); basta con tener presente la naturaleza misma de la competencia. Los dichos preceptos legales refirman lo que surge de la esencia misma de la institución, y claro está, le dan fuerza legal.

Cuando un juez o tribunal competente no puede ejecutar por sí mismo un acto procesal, porque él debe realizarse fuera del distrito judicial a que pertenece, o fuera del Estado en que ejerce jurisdicción, ⁽³⁰⁾ tiene necesariamente que va-

(30) Puede ello ocurrir con motivo de haberse ordenado la absolución de posiciones de litigantes que no residan en el lugar del juicio, o declaración de testigos que se encuentren en las mismas condiciones, CÓDIGO DE PROC. DE LA CAPITAL, arts. 132, 136, 201, 250, o se manda practicar embargo, inventario, reconocimiento de forma, (C. DE PROC. CAP. FED., arts. 451, 468, 140, 466, etc.).

lirse de jueces auxiliares dependientes, o de jueces de otro Estado. En ninguno de esos casos, delega propiamente su competencia: en el primero, porque el comisionado no obra por imperio propio sino por orden de un superior; y en el segundo, porque sólo se requiere o solicita una actividad auxiliar que, según los casos, puede o no prestarse. Cuando la presta, el juez auxiliar ejerce su propia competencia en la diligencia en que interviene, porque si actúa es porque está facultado para ello por la ley.

Debido a nuestro sistema de gobierno y a la extensión del territorio del país, se hace de todo punto necesario la cooperación de los jueces nacionales y provinciales entre sí. Para hacer efectiva esa cooperación, las leyes de la Nación y de las Provincias contienen disposiciones reglamentarias. Ese carácter tienen: el art. 13 de la ley Nacional Nº 48, los arts. 99, 103, 118 y 139 de la ley Nacional Nº 50; los arts. 122, 136, 201 y 250 del Código de Proc. Civ. de la Capital Federal y los arts. 135, 147, 212 y 295 del Código de Proc. Civ. de la Provincia de Buenos Aires. En esta provincia, la ley de justicia de paz declara, además, (art. 14) que los jueces de paz son funcionarios inferiores y agentes de los Tribunales de Justicia; de manera que están obligados a prestar el auxilio judicial que se les requiera por los jueces y Cámaras de Apelaciones.

Generalmente se dice que, cuando el juez comisionado o exhortado presta el auxilio judicial requerido, obra por delegación del exhortante, pero no hay tal cosa. Para que obrase por delegación, sería menester que pudiese ejercer la misma competencia que el requirente; sin embargo, sólo puede realizar la diligencia encomendada: a ello se limita su competencia. Así, no puede conocer de las cuestiones de competencia que se plantease al exhortante, ⁽³¹⁾ ni admitir excepción alguna, ⁽³²⁾ ni resolver sobre la validez o proceden-

(31) JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 10, p. 783; t. 18, p. 607; t. 29, p. 673; *Gaceta del Foro*, t. 49, p. 158; t. 56, p. 439; t. 59, p. 430; t. 80, p. 189; t. 83, p. 331; t. 88, p. 46.

(32) JURISPRUDENCIA CÁMARA CIVIL, t. 1, p. 58; t. 14, p. 435.

cia de una medida de prueba, ⁽³³⁾ ni declarar la rebeldía de un citado a absolver posiciones, ⁽³⁴⁾ ni resolver sobre la procedencia de un embargo, ⁽³⁵⁾ ni para decretar una medida precautoria por haber reconocido la firma al deudor, ⁽³⁶⁾ ni para resolver sobre los incidentes que ante el juez exhortado se produzcan. ⁽³⁷⁾

Pero la prueba más palmaria de que el juez requerido no obra por delegación, está en que puede pronunciarse acerca de su competencia para prestar el auxilio que se le requiere. Y ello así, porque la prestación de la cooperación que se le pide, está supeditada a que la ley lo autorice a prestarla, y a que no se encuentre comprometida o invadida su propia competencia. ⁽³⁸⁾

XII. Los jueces son los principalmente obligados a respetar las reglas de competencia establecida por la ley. Sin embargo, hay legislaciones, según hemos visto, que no permiten a los jueces declarar su incompetencia sino en determinados casos. Entre nosotros, rige la regla contraria, por lo menos hasta cierta oportunidad del proceso. El art. 3 del Código de Proc. Civ. de la Capital Federal, estatuye que siempre que de la exposición de los hechos resulte no ser la demanda de la competencia del juez ante quien se la deduce, debe dicho juez inhibirse de oficio sin más actuaciones mandando que el interesado ocurra ante quien corresponda; y el art. 87 dispone que los jueces al abrir la causa a prueba en las cuestiones de hecho o al correr segundo traslado en las de derecho,

⁽³³⁾ CÁMARA COMERCIAL, t. 23, p. 104.

⁽³⁴⁾ CÁMARA CIVIL, t. 100, p. 61; t. 125, p. 132.

⁽³⁵⁾ CÁMARA CIVIL, t. 75, p. 29.

⁽³⁶⁾ CÁMARA CIVIL, t. 34, p. 337.

⁽³⁷⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 11, p. 318; t. 20, p. 3531; t. 23, p. 1005; t. 2, p. 734; t. 29, p. 341. *Gaceta del Foro*, t. 49, p. 321; t. 68, p. 227; t. 74, p. 164; t. 38, p. 104.

⁽³⁸⁾ Si un juez de paz de la Provincia de Buenos Aires exhortase a otro de al Capital Federal para que levantase un inventario de los bienes dejados por el causante de una sucesión, creemos que el juez exhortado, no estaría en condiciones de desempeñar la comisión, porque a diferencia de lo que ocurre en la Provincia, la ley procesal de esta Ciudad, no acuerda a los jueces de paz, competencia para realizar esas diligencias.

se pronunciarán expresamente sobre si la causa es o no de su competencia. La jurisprudencia a su vez, aunque no uniformemente, ha consagrado la regla de que la competencia *ratione materiae* puede ser declarada en cualquier estado de la causa. ⁽³⁹⁾

De manera que, según la ley, el juez puede pronunciarse de oficio acerca de su competencia, en dos oportunidades: al promoverse la demanda, y al abrir la causa a prueba o declarar la cuestión de puro derecho. Las partes, en cambio, sólo pueden alegar la incompetencia en un solo momento: dentro del término fijado para oponer excepciones previas (arts. 83 y 84 y art. 7 ley 4128). ⁽⁴⁰⁾

El art. 87 antes citado, establece que, una vez consentida la providencia por la que el juez se pronuncia sobre si la causa es o no de su competencia, las partes no podrán en ade-

⁽³⁹⁾ La jurisprudencia es en realidad contradictoria. En efecto, la CÁMARA COMERCIAL ha resuelto que la declaración de competencia hace cosa juzgada, v. *Jurisprudencia Argentina*, t. 3, p. 552; t. 4, p. 295; t. 13, p. 254; t. 16, p. 350; t. 20, p. 907; en otros casos ha dicho que puede y debe declararse incompetente de oficio, *Gaceta del Foro*, t. 123, p. 78. En cambio, las CÁMARAS CIVILES Y COMERCIALES EN PLENO resolvieron en cierta ocasión, que una vez declarada la competencia al recibir la causa a prueba, no puede volverse sobre ello. V. *Gaceta del Foro*, t. 124, p. 99, y *Jurisprudencia Argentina*, t. 55, p. 979. En este caso la mayoría del tribunal dijo: que el artículo 87 del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS se ha propuesto poner un límite a las cuestiones de competencia, fundado en la necesidad de hacer cesar en adelante toda incertidumbre sobre ese aspecto esencial previo de la litis, y de evitar las nulidades, demoras y perjuicios consiguientes a una declaración de incompetencia después de haberse tramitado el juicio; que, por tanto, consentida la resolución del juez que declara su competencia *ratione materiae*, ni las partes, ni los jueces superiores o inferiores pueden en adelante deducir o declarar la incompetencia, porque se opera una verdadera prórroga legal que impide de volver sobre la cuestión.

La CÁMARA DE PAZ, igualmente ha declarado que, si bien la jurisdicción territorial es improrrogable dentro de la Capital Federal (ley 11924, inc. 12), ello no significa que admitida por las partes la competencia de un juzgado, resulte viable declarar de oficio lo contrario, ya que el orden público no se encuentra afectado. Así resulta además de lo preceptuado por el art. 87 in fine del CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS y del argumento del art. 114 del Código citado que no establece distinción entre las cuestiones de competencia por razón de la materia, de las personas y del lugar. *Jurisprudencia Argentina*, t. 59, p. 1010, Septiembre 17 de 1937.

⁽⁴⁰⁾ Tal regla no rige para la justicia federal, pues por ser de excepción la competencia puede ser alegada en cualquier estado de la causa. Véase CÁMARA FEDERAL, en *Gaceta del Foro*, t. 129, p. 260.

lante deducir incompetencia ni los jueces declararla de oficio. La disposición es terminante y no hace distingos de ninguna clase. Sin embargo, nuestros tribunales han declarado, en más de una ocasión, que dicho precepto legal se refiere sólo a la competencia *ratione personae*. En su apoyo se citan algunos fallos de la Suprema Corte de la Nación, en los que ha sustentado el principio de que la competencia *ratione materiae* es irrenunciable, pero refiriéndose a la justicia federal. ⁽⁴¹⁾

Contribuye sin duda a sustentar esa tesis, el art. 1 del Código de P^{ro}c., que dispone que la jurisdicción (léase competencia) conferida a los jueces de la Capital es improrrogable, exceptuándose la territorial, que puede ser prorrogada de conformidad de partes. Se ha entendido, en efecto, que si las partes sólo pueden prorrogar la competencia territorial, están inhibidos de consentir la competencia *ratione materiae* distinta a la fijada por la ley.

Pero a ello se ha objetado que el pronunciamiento dictado por el juez en la oportunidad del art. 87 citado, hace cosa juzgada y que, por lo tanto, aunque sea improrrogable la competencia *ratione materiae*, la decisión del juez hace imposible la ulterior declaración de incompetencia. ⁽⁴²⁾ Por grande que sea la necesidad de mantener inalterable los límites de la jurisdicción, se ha dicho, debe primar el principio de la autoridad de la cosa juzgada, porque ella tiene por efecto consolidar de un modo inconcuso una verdad mediante la cual el supuesto de ella se convierte en absoluto.

No creemos, sin embargo, que pueda invocarse la cosa juzgada en el caso previsto en el art. 87 antes citado. La cosa juzgada supone una *litis* sobre la que ha recaído un pronunciamiento que es imperativo y resulta inalterable; y en el supuesto que nos ocupa, no existe *litis* sobre la competencia, aunque haya resolución imperativa e inalterable. *Litis* podría haberla si las partes cuestionasen la competencia por inhibi-

(41) SUPREMA CORTE NACIONAL, *Fallos*, t. 10 p. 177; t. 28, p. 239; t. 43, p. 372; t. 46, p. 69; t. 101, p. 407; t. 112, p. 233.

(42) JOFRE, *Manual*, t. 1º, pág. 195, 2ª edic. JERÓNIMO JARA en *Revisita Crítica de Jurisprudencia*, N° 14, año II.

toria o declinatoria, pero no en el caso que estudiamos, en que el juez procede de oficio y en virtud de un expreso mandato legal.

Pero si no hay cosa juzgada en la situación a que alude el art. 87, hay en cambio preclusión. La ley expresamente ha clausurado el plazo dentro del cual las partes o el juez podían pedir y declarar la incompetencia, respectivamente. El hecho de que la misma ley haya dicho (art. 1) que, en general, la incompetencia es improrrogable, no quiere decir que la declaración de la improrrogabilidad pueda hacerse en cualquier estado del proceso. La necesidad de dar estabilidad al proceso y de evitar tramitaciones inútiles, ha debido hacer que se ponga término a las alegaciones de las partes y resoluciones del juez; no era posible mantener indefinidamente abierta la puerta para declarar la incompetencia, porque ello habría importado introducir la inseguridad en el trámite de los juicios.

Trátase pues, de la competencia *ratione materiæ* o *ratione personæ*, su procedencia o improcedencia debe ser declarada en su oportunidad. Pasada esa oportunidad, la ley no admite discusión al respecto; entiende que el juez que conoce en la causa es el competente, aunque en realidad no sea el designado por la ley, porque no es posible mantener la incertidumbre indefinidamente. Claro está, que ello no rige para la justicia federal por ser una competencia de excepción y restrictiva.

XIII. Interesado el Estado en que se observén las reglas de competencia, acuerda medios para asegurarla. Esos medios pueden ser ejercitados por las partes o por el juez, según las circunstancias; y cuando los ejerce el juez, puede hacerlo de oficio o a requerimiento de parte.

Desde luego, antes de conocer de un asunto, el juez tiene la obligación de examinar si es o no de su competencia, y si entendiéndose que no lo es, debe así declararlo, mandando que el interesado ocurra ante quien corresponda. ⁽⁴³⁾ Es decir, que

(43) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE LA CAPITAL FEDERAL, art. 3.

la ley coloca en manos del juez un medio para evitar que los procesos se ventilen ante jueces incompetentes.

a) Pero puede ocurrir y ocurre con frecuencia, que, sea porque no se ha colocado al alcance del juez los elementos necesarios, o sea porque no los ha percibido, éste dé curso a una demanda que no le competa conocer. En ese caso, la ley autoriza al demandado a cuestionar la competencia, por medio de una excepción que debe oponer como de previo y especial pronunciamiento en el juicio ordinario, y en los demás, antes de estar trabado el pleito por demanda y contestación.

Los incidentes que se originan con motivo del cuestionamiento de la competencia, es lo que se conoce entre nosotros con el nombre de "cuestiones de competencia", que la ley reglamenta en forma especial. Estas cuestiones se traban de dos modos; por declinatoria y por inhibitoria. ⁽⁴⁴⁾ La primera se propone ante el juez que ha empezado a conocer, para que se separe del conocimiento del asunto y remita los autos al tenido por competente; la segunda, por el contrario, se intenta ante el juez que la parte cree competente, pidiendo dirija oficio al que estima no serlo para que se inhíba y remita los autos.

Las leyes reglamentan el procedimiento a seguir en uno y otro caso. Cuando se promueve la declinatoria, como no hay conflicto de competencia, es decir, como no hay dos jueces que discutan acerca de quién es el competente, el trámite es menos complicado que cuando se intenta la inhibitoria. ⁽⁴⁵⁾ En aquél se dilucida la cuestión ante el juez que está conociendo del proceso, con apelación para ante la Cámara; en éste, ante otro tribunal, previa una serie de trámites complicados.

Esta dualidad de procedimiento y diversidad de tribunales para resolver el incidente, he dicho en otra ocasión, no tiene razón de ser. No se explica que la ley autorice una tramitación engorrosa a la par que otra simple. El solo hecho que sea posible ésta, hace inadmisible la otra, tanto más si produce trastornos.

⁽⁴⁴⁾ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE LA CAP., art. 410.

⁽⁴⁵⁾ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA CAPITAL, arts. 413 al 431.

Si la ley autoriza dos procedimientos: uno largo y dispendioso y otro rápido y expeditivo, es más que seguro que los litigantes de buena fe interesados en solucionar cuanto antes sus diferencias, elegirán el primero; en tanto que los que deseen dilatar el juicio, se decidirán por el segundo. Y si esto es así, resulta evidente la conveniencia de evitarlo, con mayor razón si el último sistema compromete la situación del juez, convirtiéndolo en instrumento de litigantes chicaneros.

Lo que interesa, no es tanto dar facilidades, como proporcionar un medio eficaz de asegurar la competencia del juez. No es cuestión de dar muchas vías, sino de ofrecer una segura.

b) Hay casos en que no obstante haberse procedido por declinatoria, es necesario para resolver el conflicto, la intervención de un tribunal extraño, es decir, otro que el de alzada. Ello ocurre en los conflictos negativos, esto es, cuando dos jueces se han declarado incompetentes para conocer de una causa. En tal situación, se procede como si se tratase de una inhibitoria positiva. ⁽⁴⁶⁾

c) Ahora bien, la determinación del tribunal para resolver la cuestión de incompetencia por inhibitoria, varía según las circunstancias. Desde luego, cada provincia lo hace según su organización judicial. Por lo general, cuando se trata de jueces de distinta naturaleza, lo resuelve el superior tribunal. ⁽⁴⁷⁾

En lo federal, las Cámaras resuelven las cuestiones que se susciten entre jueces de sección, entre jueces letrados de territorios nacionales y entre éstos y aquéllos. ⁽⁴⁸⁾

En la justicia ordinaria de la Capital Federal se observan las siguientes reglas: 1º Cuando se trate de jueces de diversa jurisdicción, serán resueltas por las Cámaras de que dependa el juez que primero hubiese conocido; 2º Cuando se trate de jueces en lo civil, entenderá la Cámara a que corresponda el turno

⁽⁴⁶⁾ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE LA CAPITAL, art. 424. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO DE LA PROVINCIA, art. 441.

⁽⁴⁷⁾ CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL DE BUENOS AIRES, art. 436.

⁽⁴⁸⁾ LEY 4055, art. 19.

mensual; 3º Cuando el conflicto se produzca entre dos Cámaras del fuero ordinario, se deciden en tribunal pleno; 4º Cuando se trate de jueces de la misma jurisdicción, lo resolverá la Cámara respectiva; 5º Cuando la contienda se produzca entre los jueces de paz o entre dos Salas de Cámara de Paz, lo resolverá la Cámara de Paz en pleno. ⁽⁴⁹⁾

Además, como los conflictos pueden presentarse entre jueces y tribunales federales y de las provincias y territorios nacionales, éstos son resueltos por la Suprema Corte de la Nación. Este tribunal, por tanto, conoce de las cuestiones de competencia que se susciten: 1º Entre las cámaras federales de apelación; entre éstas y un juez o tribunal superior local de la Capital; o un juez o tribunal superior de provincia; 2º Entre un juez de sección y un juez o tribunal superior local de la Capital o un juez o tribunal superior de provincia; 3º Entre un juez letrado de territorio nacional y un juez o tribunal superior local de la Capital o un juez o tribunal superior de provincia; 4º Entre un juez o tribunal superior local de la Capital y un juez o tribunal superior de provincia; entre los tribunales superiores de dos provincias; entre jueces de distintas provincias y entre un tribunal militar y uno de cualquier otra jurisdicción nacional o provincial. ⁽⁵⁰⁾

XIV. La sentencia que resuelve en forma definitiva una cuestión de competencia, sólo hace cosa juzgada en el proceso en que ha sido dictada; no obliga para los procesos futuros.

La declaración de incompetencia trae aparejada la nulidad de las actuaciones realizadas, porque se reputa que el juez incompetente, no era juez en la causa en que ha intervenido; procedió como un particular cualquiera o como un falso juez. ⁽⁵¹⁾

Sin embargo, las actuaciones y el pronunciamiento dictados por un juez incompetente pero cuya competencia no ha

⁽⁴⁹⁾ LEY 7055, art. 6 y LEY 11924, art. 23.

⁽⁵⁰⁾ LEY 4055, art. 9.

⁽⁵¹⁾ Véase fallos: S. C. N. t. 45 p. 364; t. 46, p. 102; S. C. Pr. Bs. As., Serie I, t. 9, p. 366; CÁMARA DE LA CAPITAL, t. 5 p. 7; CÁMARA CIVIL DE LA CAPITAL, t. 44, p. 339; t. 124, p. 344; CÁMARA COMERCIAL DE LA CAPITAL, t. 50, p. 10; CÁMARA CIVIL DE CÓRDOBA, t. 1, p. 406; t. 2, p. 223.

sido cuestionada, son válidos. En primer lugar, porque se trata de la actividad de un órgano jurisdiccional, vale decir, investido de la potestad de ejercer jurisdicción; y ya se ha visto que esta potestad es ilimitada y que si bien su ejercicio puede ser distribuído entre varios funcionarios, no quita a sus actos el carácter y el valor de actos jurisdiccionales. Y en segundo lugar, porque el interés público exige que las resoluciones judiciales ejecutoriadas pasen en autoridad de cosa juzgada.

En doctrina, se distingue la incompetencia originaria de la sobrevenida. En el primer caso, produce la nulidad de todo lo actuado; en el segundo, sólo de los actos realizados desde que surgió la incompetencia. Esto puede ocurrir entre nosotros, cuando una ley nueva dispone que las causas pendientes pasen a conocimiento de un juez a cargo de un juzgado recientemente creado, o cuando las partes han resuelto ventilar su litigio ante árbitros.

La incompetencia para conocer de lo principal, produce la incompetencia para entender en los incidentes, siempre que entre éstos y la causa principal, exista un ligámen de pendencia y sea un accesorio de ésta. Sin embargo, la nulidad de las actuaciones del juicio principal por incompetencia, no siempre trae aparejada la de los incidentes; todo depende de que la incompetencia del incidente sea originaria o sobrevenida. ⁽⁵²⁾

(52) Así, se ha sostenido que, una diligencia precautoria dictada durante la sustanciación de un juicio, no es nula aun cuando haya sido declarada la incompetencia del juez que conocía de lo principal. El fundamento de esta tesis estaría en que, si bien el juez del incidente sería incompetente para seguir conociendo del mismo, esa incompetencia, no sería originaria sino sobrevenida. Cuando decretó la medida precautoria el que era competente, porque su competencia estaba determinada por el estado de pendencia, por la existencia del juicio mismo y no porque el juez fuera competente para conocer del fondo del asunto. Es decir que el juez estaba capacitado para dictar la medida cuando la decretó; luego, debe surtir sus efectos.

CAPITULO XIII

DE LA PRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL

SUMARIO: I. REGLA GENERAL CONTENIDA EN LA LEY, SU ALCANCE. — II. PRINCIPIOS QUE RIGEN LA MATERIA; FÓRMULAS QUE HA SUMINISTRADO LA DOCTRINA PARA FUNDAR LA IMPRORROGABILIDAD. — III. CRITERIO QUE DEBE PRIMAR. — IV. QUÉ DEBE ENTENDERSE POR PRÓRROGA DE LA COMPETENCIA. — V. CUESTIONES PRÁCTICAS QUE PLANTEA EL ASUNTO. — VI. SISTEMA LEGAL Y JURISPRUDENCIAL; PRÓRROGA EXPRESA Y TÁCITA. — VII. JUICIOS EN QUE NO PROCEDE LA PRÓRROGA. — VIII. LA COMPETENCIA FEDERAL ES IMPRORROGABLE; EXCEPCIONES.

I. Al hablar del carácter de las reglas de competencia, (1) dijimos que la prorrogabilidad o improrrogabilidad de ésta no obedece a criterios absolutos, sino más bien al arbitrio del legislador. No puede desconocerse, sin embargo, que, casi todas las legislaciones admiten la prórroga de la competencia territorial.

Ello no obstante, en los últimos tiempos se ha notado una cierta tendencia a introducir en la ley procesal el principio de la improrrogabilidad en forma absoluta. (2) Y como se ha pretendido fundar la innovación en razones de orden doctrinario, conviene precisar las ideas al respecto.

El art. 1 del Código de Procedimientos Civiles, estatuye: “La jurisdicción conferida a los tribunales de justicia de la Capital es improrrogable. Exceptuase la jurisdicción territorial que podrá ser prorrogada de conformidad de partes”. Es decir que establece, como regla general, la improrrogabilidad, y como excepción la prorrogabilidad de la llamada “jurisdicción territorial”.

Pero, antes de seguir adelante y para evitar confusiones, conviene aclarar algunos conceptos. La jurisdicción, por su

(1) Véase Capítulo XII pág. 225 y sig.

(2) Proyectos de ley presentados a la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires en los años 1932 y 1933, respectivamente, tendientes ambos a suprimir la facultad de prorrogar la jurisdicción territorial que consagra el CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES en su art. 1.

naturaleza, no es prorrogable ni improrrogable. Como función, siempre es una, la misma, cualquiera que sea el órgano que la ejerza. La actividad del Estado por la que éste procura satisfacer los intereses tutelados por el derecho, que, en esencia, es lo que constituye la jurisdicción, no cambia porque cambie el órgano. No puede hablarse por tanto de prorrogabilidad cuando no es posible la yuxtaposición o sustitución de funciones.

Cuando la ley habla de prorrogabilidad o improrrogabilidad, se ha querido referir a la competencia, aunque haya empleado el término jurisdicción. Este vocablo, ha sido empleado impropriamente, debido a que en la práctica se lo identifica con el de competencia, tal vez porque hasta no hace mucho, la doctrina no había determinado bien claramente sus caracteres distintivos. Hoy ya no se las confunde: se reserva para el uno el significado de función y para el otro el de aptitud o capacidad, o si se quiere, poder para ejercerla.

Siendo la jurisdicción una función del Estado, tal vez la más fundamental, desde que es la que verdaderamente justifica su existencia, es amplia e ilimitada como la soberanía del Estado mismo. Por eso, los órganos encargados de ejercerla, podrían hacerlo, en principio, ilimitadamente, es decir, en todos los asuntos y en cualquier lugar del territorio de la Nación, se entiende; pero como la realidad de la vida ha demostrado la inconveniencia de ello y ha puesto de manifiesto las ventajas y beneficios que proporcionan la especialización y la división del trabajo, el Estado ha distribuido la jurisdicción entre los varios jueces, unas veces, consultando el interés general, y otras, el de las partes litigantes.

Ahora bien, como lo hemos dicho, la facultad conferida a cierta categoría de magistrados para entender en litigios, sea por razón de la materia, del grado, de la cantidad o del territorio, es lo que constituye la competencia de los mismos. De manera, que la competencia es la legitimación del ejercicio de la jurisdicción en determinadas situaciones, pero no es la jurisdicción misma; todos los jueces ejercen jurisdicción, mas no todos tienen la misma competencia.

Pero, de una tal distribución de la jurisdicción, no debe inferirse necesariamente, que, el juez no puede declarar el derecho sino sólo en los asuntos en que se le reconoce capacidad. Todo depende de la naturaleza de la competencia que se le ha reconocido y de lo que sobre el particular disponga la ley. Del mismo modo que ésta ha clasificado los asuntos en distintas categorías, determinando con arreglo a ellos la competencia de los jueces, ha podido establecer también la prohibición absoluta de que éstos salgan de la esfera que se les ha trazado, o por el contrario, autorizarlos a que conozcan de otros asuntos. El legislador a este respecto, tiene poderes autónomos y amplios, sólo limitados por la lógica, las conveniencias prácticas, y entre nosotros, también por la Constitución.

II. Pero si la ley nada dispusiera, como ocurre en algunos países, Bélgica por ejemplo, ¿cuál sería la regla aplicable: la prorrogabilidad o la improrrogabilidad? Es entonces cuando el problema parecería tener que debatirse en el terreno justo de la doctrina y resolverse con arreglo a los principios que rigen la materia.

Sin embargo, la ciencia procesal no ha llegado a determinar una regla uniforme al respecto, tal vez por el mismo carácter contingente del asunto, desde que la distribución de la jurisdicción, no es teórica sino esencialmente práctica y positiva. Para comprobarlo, basta tener presente las legislaciones de los distintos países, que han adoptado los más variados sistemas. Mientras en Alemania domina la tendencia a considerar a los jueces en general, como munidos de la plenitud del poder jurisdiccional y, por lo tanto, se admite en principio, la prórroga de la competencia aún por razón de la materia, en Francia prevalece el criterio de que son sólo los tribunales civiles los que se encuentran investidos de la jurisdicción de derecho común, admitiéndose únicamente a favor de éstos la prórroga de la competencia conferida a los jueces especiales; mientras en Italia, se sigue el principio de la improrrogabilidad aunque no en forma absoluta, en Holanda se admite la determinación consensual de la competencia, esto es, que se reconoce a los

particulares la más amplia facultad para prorrogar de jurisdicción.

Ello no obstante, se han ensayado algunas teorías que pretenden fundarse en principios permanentes. No está de más, entonces, pasar revista a los principales.

Para la mayoría de los autores, la fórmula del "orden público" resuelve el problema en forma definitiva. Puesto que las normas de orden público son irrenunciables e inderogables por los particulares, se dice, lo serán las reglas de competencia que tengan ese carácter. Es decir, que, la competencia será o no prorrogable, según que ella haya sido instituida o no para satisfacer el orden público.

En principio, la regla es exacta, pero, ¿es fácil precisar lo que es el orden público? Por lo pronto, se trata de un concepto relativo, que puede variar con arreglo al medio ambiente y circunstancias especiales; luego, no llega a constituir un criterio universal, capaz de ser aplicado uniformemente en todos los casos.

Los inconvenientes del sistema se perciben claramente cuando se trata de su aplicación en concreto. Así tenemos que, si bien se ha generalizado la opinión de que la competencia material es de orden público y que no lo es la territorial, no siempre es reconocido ese criterio por la ley; ni por la jurisprudencia. Entre nosotros, por ejemplo, se ha discutido en el orden nacional, que revista el carácter de orden público la división de la competencia en civil y comercial; y en ciertos países, se ha negado categóricamente que la tenga. Lo mismo podría decirse de la competencia por grado: no obstante la doble instancia establecida en la Provincia de Buenos Aires, el Código de Procedimientos en lo Criminal, autoriza al Tribunal de Apelación a conocer en única instancia en las causas graves. La Suprema Corte Nacional, a su vez, puede, a petición de todas las partes, resolver sobre lo principal, aun cuando la apelación hubiere recaído sobre un incidente de la causa. ⁽³⁾

(3) LEY 50, art. 223.

Mortara es de los que más duramente han criticado la fórmula. Dice que la frase no es exacta ni feliz. Observa, que la tutela del orden público en sentido propio, se refiere a la policía de seguridad general o individual y que no se puede, correctamente, considerar toda utilidad social y toda norma, como materia atinente al orden público, sin caer en manifiesta exageración. Y después de señalar que los sistemas con los cuales las legislaciones modernas proveen a garantir el respeto a las normas de competencia material son tan varias y dispares que no permiten que se construya un principio científico universal, termina sosteniendo, que menos puede considerarse que el orden público sea el guardián inexorable e intransigente de las normas de competencia. (4)

Otra teoría que pretende ser absoluta y que guarda alguna relación con la anterior, se basa en el llamado "derecho subjetivo" de los órganos competentes para ejercer jurisdicción. Según ella, al investir el Estado a determinados jueces con carácter de exclusividad la atribución de conocer en ciertos asuntos, les ha conferido un derecho que, desde luego, es de carácter público e inaccesible a los particulares, por referirse al ejercicio de una función pública. Por tanto, las partes no pueden disponer de ese derecho que no les pertenece y del que los titulares tampoco podrían desprenderse atenta su naturaleza. Como consecuencia, es inadmisibile la prórroga de competencia, la que, según los autores que sostienen esa teoría, consiste en la transferencia de un juez a otro de la facultad de juzgar.

Por mucho que el mencionado criterio sirva para justificar la rigidez de algunos sistemas legales, no resiste a las observaciones que se le han hecho. En primer término, no puede hablarse de un "derecho público subjetivo" en los órganos jurisdiccionales, cuando éstos carecen de la libertad para disponer de él, condición inherente a todo derecho subjetivo. En segundo término, la función atribuida a los jueces, no lo es

(4) COMMENTARIO DEL C. e DELLE LEGGI DI PROC. CIV. t. 11, pág. 393, 5ª edic. Milano.

en beneficio de éstos sino de la sociedad; de ahí que más que un derecho constituya una obligación para con el Estado y los particulares; para los particulares porque son ellos los que requieren la actividad procesal, y para con el Estado porque es éste quien les ha instituido como medio de realizar uno de sus fines esenciales.

Más fundamento reconoce la concepción, un tanto simplista, basada en la soberanía del Estado. La jurisdicción es una expresión o manifestación de la soberanía, y como la soberanía pertenece al Estado, éste puede administrarla en la forma que lo crea conveniente. Así, distribuye la jurisdicción e impone las condiciones en que debe ejercerse como entiende que corresponde y con toda libertad. Los particulares nada pueden contra ese poder soberano, estando su acción delimitada por la norma jurídica que el mismo Estado dicta. En una palabra, según este sistema, la prorrogabilidad de la competencia sólo es posible cuando la ley lo autoriza, no porque la naturaleza de la institución lo admita, sino porque esa es la voluntad del soberano.

Reconoce sin duda esta teoría un fondo de verdad, pero no un fundamento propiamente jurídico; traduce la realidad sin explicar la razón que la justifique. Sostener en efecto, que se ha realizado un acto porque se tiene el poder para ejecutarlo, no es justificar el hecho realizado. Ya se sabe que el Estado tiene la "suprema potestas" y que son manifestación de esa potestad, todas las instituciones que se ha dado; pero no se trata de eso, sino de descubrir los principios jurídicos en que reposa. Todas las leyes, son expresión de la soberanía del Estado, mas no por ello todas tienen la misma rigidez y extensión.

III. A nuestro juicio, resulta inútil todo empeño de descubrir la fórmula general capaz de aplicarse con la misma eficacia en todos los casos. Ya hemos visto que no se trata de una cuestión abstracta que pueda resolverse sólo con auxilio de la doctrina; la competencia no es organizada en cada caso para rendir homenaje a principios más o menos científicos, sino para satisfacer exigencias de la vida real. Por eso, las normas que les

son atinentes, no pueden apreciarse con arreglo a criterios absolutos.

Es claro que, en todos los casos, habrá que atenerse a la finalidad o propósito de la norma, que es precisamente lo que determina su naturaleza y señala las consecuencias de su infracción. Descubrir esa finalidad, es tarea del intérprete por difícil que pueda resultar en ciertas circunstancias. De ahí que, cuando la ley no exprese cuándo es prorrogable o improrrogable la competencia, los tribunales pueden establecerlo según sean las necesidades que ha querido satisfacer la disposición legal. Tal situación, podría presentarse en el caso de adoptarse el proyecto de Código de Procedimientos preparado por el doctor Tomás Jofré, en el que nada se dispone al respecto, si bien algo se infiere de su articulado.

IV. Sin duda, el asunto requiere un más detenido examen. Antes que otra cosa, debe determinarse el concepto de la prórroga de la competencia.

Ya dijimos que no hay prórroga de jurisdicción sino de competencia; pero, ¿en qué consiste esa prorrogación? En la facultad, se dice, de atribuir competencia a un juez que no la tiene. ¿Es ello exacto? Si lo fuera, se tendría que llegar a la conclusión que los particulares pueden sustituirse al Estado, desde que eso importaría el que aquéllos pudieran conceder a los jueces la facultad que éste les ha negado.

En realidad, cuando se prorroga de competencia, no se confiere al juez ninguna potestad que antes no tuviera, sino que simplemente se ejerce el derecho de ocurrir en demanda de justicia ante un juez, que no es el que la ley fijó en primer término para que conozca del asunto. Ese derecho no supone la facultad de transferir la competencia de un magistrado a otro; lo que supone, es la atribución del juez incompetente para conocer del asunto, que es cosa bien distinta.

En efecto, cuando la ley expresa o tácitamente admite la prórroga, es porque reconoce al juez prorrogado la capacidad para administrar justicia en ese caso. Es por tanto la ley y no las partes, las que confieren la competencia. Ello resulta

tanto más claro, si se tiene presente lo que dijimos en otro lugar, esto es, que la competencia no atribuye jurisdicción, sino que determina capacidad o aptitud reconocida por la ley en determinados magistrados para ejercerla. Luego, la misma ley puede reconocerlas también en otros, siempre que los particulares voluntariamente se sometan a ellos. Y cuando un particular manifiesta esa voluntad de someterse, es cuando tiene lugar la prórroga de competencia.

Como se ve, la voluntad de las partes no interviene para investir de competencia al juez que no la tiene, sino para realizar la condición que la ley ha establecido para que el magistrado aparentemente incompetente conozca del asunto. Y ello es lógico, porque en esos casos, la distribución de la jurisdicción se ha hecho en interés de las partes o teniendo en cuenta la voluntad de éstos.

El ocurrir a los tribunales en demanda de justicia, no constituye una obligación sino un derecho; la obligación es más bien del juez, quien como órgano especialmente creado para eso, debe prestar la actividad jurisdiccional solicitada. Pero de ese derecho, que no es otro que el de "acción", ¿puede disponer libremente su titular? Desde luego puede no hacer uso de él, ya sea dejando sin satisfacer el interés que en su favor es tutelado por el derecho, ya sea comprometiendo sus diferencias en árbitros o arbitradores. Tal cosa importa, sin duda, una renuncia, cuya extensión es y ha sido muy discutida.

V. La cuestión es interesante y más de una vez se ha planteado entre nosotros, con motivo de los contratos realizados por extranjeros, en los que se suele incluir una cláusula según la cual, aunque el convenio se haya realizado en el país y para ser cumplido en él, cualquier reclamación que surgiese del mismo, debe ser ventilado por los tribunales extranjeros. Para resolverla, por lo general, nuestros tribunales han hecho mérito de preceptos de la ley de fondo, como si se tratase de una cuestión regida por el derecho privado. Así, han aplicado los arts. 101, 102 y 1198 del Código Civil, de los cuales resultaría el derecho de las partes de darse el juez competente na-

cional o extranjero. A su turno, para sostener la invalidez de la cláusula, se han invocado otros preceptos del mismo Código, que contrarían en este caso lo que disponen los ya citados. Se ha dicho, en efecto, que el art. 872 establece una limitación de la voluntad individual, desde que prohíbe renunciar los derechos concedidos menos en el interés particular de las personas, que en mira del orden público y que, por lo demás, el valor de las convenciones privadas está sometida a la licitud, según resulta de los arts. 21, 952 y 1137 del Cód. Civil, circunstancia ésta que quitaría eficacia al contrato en la hipótesis propuesta, porque se opondría un principio de orden público. ⁽⁵⁾

Pero estando en juego el ejercicio del derecho de acción no es el Código Civil sino el procesal el que debe aplicarse. Aquél no puede regular una actividad que no es de carácter privado, sino más bien de derecho público. Y la ley procesal, como se ha visto, admite que los contratantes renuncien la facultad de accionar ante los jueces nacionales dentro de ciertos límites, límites que unas veces son determinados expresamente y otros en forma tácita. ¿Por qué, entonces, es que se objeta la facultad de someter las controversias ante jueces extranjeros?

Generalmente se han dado razones de orden político. Los tribunales, se argumenta, son creados por la Constitución del Estado y son inherentes al cuerpo político de éste, no compitiendo a nadie privarse de la protección de ellos por contrato o de cualquier otro modo. El derecho de ocurrir a los tribunales para la reparación de los agravios, es uno de aquéllos que, por su naturaleza, son inalienables y no pueden ser renunciados ni negociados. ⁽⁶⁾

La misma doctrina, un tanto diferenciada, han sostenido últimamente los tribunales italianos, fundados en que la renuncia, en nuestro caso, se refiere a un derecho público subjetivo

⁽⁵⁾ Dr. J. N. MATIENZO, *Dictamen como procurador de la Nación*, causa Montepagon v. Hans. Bernhard Arikssen.

⁽⁶⁾ MAC KINNE Y RICLS, *Ruleng Case Larr*, t. 7 art. cmts. p. 80.

que consideran irrenunciable "preventivamente", aunque entienden que puede serlo a *posteriori* o en *concreto*. (7)

El profesor Carnelutti, después de hacer notar la poca precisión y la inexactitud del concepto aludido, porque no todo derecho público subjetivo es irrenunciable, como lo demuestra la propia ley italiana que admite la renuncia de la competencia territorial y porque toda renuncia es preventiva o no es renuncia, trata de construir una nueva teoría basada en principios estrictamente procesales. La ley, dice el citado autor, concede a cualquiera, ciudadano o extranjero, el poder de pedir al juez nacional la composición de una litis respecto del Estado. Este derecho es el de acción. El objeto de la acción, es la actividad procesal que se presta en interés del Estado mismo, a fin de obtener la paz y el orden social por medio de la justa composición de la litis. Y como tal fin no puede llenarse sin la iniciativa privada, esto es, sin el ejercicio de la acción, cuando se renuncia a ese ejercicio se contraría al interés del Estado. De ahí que, en principio no pueda renunciarse. Pero ese interés puede desaparecer en presencia de otros medios, que las partes tienen a su alcance y que el Estado admite, como el arbitraje; en tal caso tolera la renuncia. Otra cosa ocurre, cuando el medio de composición de la litis elegido por las partes, es el proceso extranjero, porque no puede aceptarse como válido el derecho de accionar ante un juez al cual no se le puede imponer la obligación correspondiente, o sea, la de prestar la actividad procesal. (8)

De manera que el límite de la facultad de renunciar al derecho de acción, lo da la soberanía misma. El contrato de renuncia no es válido, en cuanto el Estado no puede hacerlo cumplir. ¿Cómo, en efecto, haría para que el juez extranjero se abocase al conocimiento del asunto que no es de su competencia? El juez extranjero no es pues, idóneo para nuestro país, aunque lo hayan elegido las partes. Esto no excluye que las partes puedan accionar ante el juez extranjero y, más aún,

(7) GIURISPRUDENZA ITALIANA, t. 1, 604, 1916, y *Foro Italiano*, 1, 582, 1920.

(8) CARNELUTTI, *Studi de Diritto Processuale*, t. 1, pág. 156 y sig.

que tenga validez lo que éste resuelva, porque lo que ocurre en otro país no le interesa al nuestro. Ahora, cuando esa sentencia se pretenda hacer efectiva entre nosotros, el Estado le dará o no curso, según se encuentre en las condiciones que la ley ha predeterminado.

Lógicamente, entonces, la prórroga de la competencia es una institución de orden interno de cada Estado; no funciona con respecto a tribunales extranjeros, porque éstos no pueden ser gobernados por leyes de otro país. La prórroga, supone el derecho de las partes de exigir de determinado juez que preste su actividad en el asunto que se les somete y, como consecuencia, la obligación de aquél de conocer de dicho asunto. Y como es natural, ese derecho y esa obligación no puede ser impuesta sino por la ley nacional y para los jueces nacionales.

Esto demuestra una vez más que, no es la voluntad de las partes la que atribuye competencia a los jueces en el caso de la prórroga, porque el acuerdo de partes, si bien rige y es obligatorio respecto de los contratantes, no llega a obligar a terceros, como sería el juez. El juez es parte en la relación jurídica procesal, pero no lo es en el convenio celebrado por los litigantes; sin embargo, se pretende que el convenio privado rijan la relación procesal, como si en aquél hubiera intervenido el juez.

La ley requiere, sin duda, la voluntad de las partes para que la prórroga se produzca, pero no porque considere que los particulares pueden modificar el sistema legal, sino porque entiende que, cuando no media una razón especial para que determinado juez ejerza jurisdicción en cierta categoría de asuntos, las partes pueden elegir al que consideren en mejores condiciones para resolver sus diferencias. De manera que la voluntad de las partes interviene para elegir al juez, pero no para investirlo de competencia. La competencia ya la tenía, sólo que el Estado consideraba que de no ocurrir la elección de las partes, debía intervenir preferentemente determinado juez.

VI. Pero sea como fuere, nuestro código, según lo hemos visto en el Capítulo anterior, sólo admite la prórroga de la competencia territorial, siendo de notar que la tendencia de la legislación es a restringirla aún más todavía. Sin embargo, esa estrictez legal no siempre se encuentra suficientemente justificada. Nadie puede negar, por ejemplo, que no existe inconveniente alguno en que los jueces en lo civil conozcan de la materia comercial y viceversa, ni que los jueces de 1ª Instancia entiendan en las de competencia de los jueces de paz. Ello no obstante la ley no lo admite, fiel al principio de que los litigios deben radicarse ante el juez que el legislador ha considerado más idóneo para resolverlos, cualquiera sea la voluntad y el interés de las partes.

VII. Ahora bien, en los casos, en que por expresa disposición de la ley procede la prórroga de la competencia (Art. 1, Código de Procedimientos Civiles) y en los que ha reconocido la jurisprudencia, las partes pueden hacer uso de ese derecho en forma expresa o tácita.

La prórroga es expresa, cuando las partes así lo establecen en convenio particular de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 101 del Código Civil, o cuando, en el primer escrito de promoción del juicio, se declara la voluntad de prorrogar de jurisdicción.

Es tácita, cuando las partes realizan actos que importan renunciar a la competencia del juez determinado por la ley, o de sometimiento a la jurisdicción del juez incompetente. La presentación de la demanda ante juez que no corresponde, o la contestación de la misma sin "declinar de jurisdicción", son los actos más importantes y comunes de sumisión, pero pueden presentarse otros muchos, como lo ha declarado la jurisprudencia. Así, por ejemplo, la solicitud del tercerista de levantamiento liso y llano de un embargo, ⁽⁹⁾ la simple solicitud de regulación de honorarios, ⁽¹⁰⁾ la reconvencción respecto de

⁽⁹⁾ S. C. N., *Jurisp. Argentina*, t. 62 p. 338.

⁽¹⁰⁾ S. C. N. *Jurisp. Argentina*, t. 67 p. 68.

la acción ejercitada por medio de ella, ⁽¹¹⁾ la oposición de una excepción que no sea la declinatoria, ⁽¹²⁾ etc.

Sin embargo, en lo que se refiere a la justicia federal, la Suprema Corte ha declarado que, de acuerdo con el inciso 4º del Art. 12 y el Art. 14 de la ley 48, para considerar legalmente producida la prórroga, es indispensable la existencia de un pleito, de un juicio deducido o contestado ante un juez o tribunal de provincia. ^(12 bis) Así, no basta que se diligencie un exhorto ante la justicia provincial para admitir que se prorrogó de jurisdicción. ⁽¹³⁾

VII. a) Pero hay casos, en que atendiendo a la naturaleza del juicio, la prórroga no procede. Tal ocurre en los juicios universales, con respecto a las acciones sobre las que ejercen fuero de atracción. Dicha competencia, no puede dejarse sin efecto por voluntad de las partes. ⁽¹⁴⁾

Ello no quiere decir que no pueda prorrogarse la competencia del juez que debe conocer en el juicio universal si éste es una sucesión; sólo que la prórroga debe efectuarse con conformidad de todos los herederos sin excepción. ⁽¹⁵⁾

b) Este requisito de la conformidad de todas las partes para prorrogar la competencia, hace que en las quiebras y en los concursos civiles, la prórroga no proceda. En efecto, esa conformidad no podría obtenerse sino en la junta de verificación de créditos, que es cuando se justifica la personería y el título de los acreedores; y la realización de la junta supone ya la radicación del juicio ante un juez determinado.

c) En lo que se refiere a los juicios universales de sucesión, la jurisprudencia tiene declarado que, la prórroga no procede de provincia a provincia, ⁽¹⁶⁾ porque dada nuestra organización federal de gobierno y el carácter local de la ley

(11) C. CIVIL 2ª, *Jurisp. Argentina*, t. 66, p. 645.

(12) FALLOS, S. C. N., t. 62 p. 422.

(12 bis) FALLOS, S. C. N., t. 155 p. 140; t. 154 p. 3337.

(13) S. C. N., *Gaceta del Foro*, t. 146 p. 257.

(14) S. C. N., *Jurisp. Argentina*, t. 62 p. 26.

(15) FALLOS, S. C. N., t. 81 p. 181.

(16) CÁM. CIV. DE LA CAP., t. 76 pág. 76.

de procedimiento, ésta no puede tener efecto sino dentro de los límites del propio territorio para que ha sido dictada.

Admitiendo la prórroga de provincia a provincia, dice Silgueira, surgirían trabas y perjuicios, por la dificultad en que se encontrarían los acreedores, legatarios y cuantas personas tuviesen que deducir acciones contra la sucesión, radicada por aparentes o maliciosas conveniencias de los herederos en apartados tribunales del lugar en que vivió y falleció el *de cujus* y en donde nacieron o se formaron todas sus relaciones civiles y de familia. ⁽¹⁷⁾

VIII. Ya hemos visto que, dado el carácter de privilegiada, privativa y restrictiva de la competencia federal, no es prorrogable sobre personas o cosas ajenas de ella, aun cuando las partes convengan la prorrogación. ⁽¹⁸⁾ Es decir, que no sólo no pueden las partes convenir la competencia de los tribunales federales para dirimir sus diferencias cuando ésta no corresponde por razón de la materia o de las personas, sino que tampoco pueden convenir apartarse de la justicia federal cuando ella tenga competencia especial para conocer de determinadas causas.

Sin embargo, la ley admite una excepción cuando se trata de la competencia federal por razón de las personas; es la que consagra el Art. 12 inc. 4º de la ley de 14 de Septiembre de 1863, que dice: "Siempre que en pleito civil un extranjero demande a una Provincia o a un ciudadano, o bien "el vecino de una provincia demande al vecino de otra ante "un juez o tribunal de provincia, o cuando siendo demandados el extranjero o el vecino de otra provincia, contesten a la "demanda, sin oponer la excepción de declinatoria, se entenderá que la jurisdicción ha sido prorrogada, la causa se "sustanciará y decidirá por los tribunales Provinciales; y no

⁽¹⁷⁾ J. H. SILGUEIRA, *Proced. Judic. Jurisdicción*, pág. 100.

⁽¹⁸⁾ FALLOS, S. C. N., t. 10 pág. 177; t. 9 pág. 439; t. 12 pág. 488; t. 17 pág. 472.

“podrá ser traída a la jurisdicción nacional por recursos al-
“guno, salvo en los casos especificados en el Art. 14”. (19)

En estos casos, es admitida la prórroga, porque se entiende que el fuero federal ha sido concedido en beneficio exclusivo del extranjero que litigue con un nacional, o del vecino de extraña provincia que litigue con ésta, quienes pueden renunciarlo aceptando la competencia de los tribunales ordinarios, ya que esa renuncia no perjudica a terceros ni afecta intereses de orden público. Pero ello no quiere decir que, el extranjero demandado por un argentino ante el fuero federal pueda declinar de jurisdicción, porque tal cosa importaría reconocerle un privilegio para eludir y retardar los juicios, y porque colocaría a los nacionales en la imposibilidad de saber ante qué juez deben demandar a los extranjeros, produciendo la inseguridad respecto de la competencia. (20)

(19) FALLOS, S. C. N., t. 3 pág. 402; t. 5 pág. 405; t. 6. pág. 76; t. 10 pág. 373; t. 9 pág. 544; t. 15 pág. 384; t. 17 pág. 346; t. 24 pág. 39; t. 31 pág. 49; t. 61 pág. 423.

(20) FALLOS, S. C. N., t. 12 pág. 7; t. 13 pág. 392.

CAPITULO XIV

COMPETENCIA TERRITORIAL



SUMARIO: I. COMPETENCIA TERRITORIAL, CRITERIO DE DISTRIBUCIÓN. — II. *Acciones Personales*, REGLAS QUE GOBIERNAN SU COMPETENCIA: A) LUGAR CONVENIDO PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN; FUNDAMENTO DE LA REGLA; a) DESIGNACIÓN EXPRESA O IMPLÍCITA; b) EXCEPCIONES, JURISPRUDENCIA. — B) DOMICILIO DEL DEMANDADO; FUNDAMENTO DE LA REGLA: *actor sequitur forum rei*; a) SOCIEDADES, *litis consorcio*, ACCIONES EMERGENTES DE DELITOS Y CUASI DELITOS; b) EXCEPCIONES A LA REGLA; c) DOMICILIO LEGAL; d) ACCIONES REFERENTES A LA FAMILIA O A LAS PERSONAS: NULIDAD DE MATRIMONIO Y DIVORCIO, DISENSO, DISCERNIMIENTO DE LA TUTELA, AUTORIZACIÓN PARA ACTUAR EN JUICIO, AUTORIZACIÓN PARA CONTRAER DEUDAS, SEPARACIÓN DE BIENES, DECLARACIÓN DEL DÍA PRESUNTIVO DE FALLECIMIENTO DEL AUSENTE, ETC. — C) ACCIONES PERSONALES QUE VERSAN SOBRE INMUEBLES. — III. *Acciones reales*; FUNDAMENTO DE LA REGLA; *Forum rei sitae*; ACCION HIPOTECARIA. — IV. *Cuestiones conexas*; EL PRINCIPIO: *accessorium sequitur principale*; LA CONEXIDAD COMO REGLA, SU FUNDAMENTO; CASOS DE CONEXIDAD CONSIDERADOS POR LA JURISPRUDENCIA. — V. *Fuero de atracción*; JUICIOS UNIVERSALES DE SUCESIÓN, CONCURSO CIVIL Y QUIEBRA COMERCIAL; EXTENSIÓN DE SU UNIVERSALIDAD, JURISPRUDENCIA.

I. La competencia territorial, o sea, la que se tiene en determinado territorio donde se ejerce jurisdicción, ha sido regulada, entre nosotros por el código civil y por las leyes de procedimiento. Para ello, han comenzado por hacer un distinguo, según que en juicio se hagan valer derechos personales o reales, estableciendo reglas diferentes para unos y otros casos. También han dado normas, que la jurisprudencia ha completado, para cuando se trata de derechos que en doctrina se conocen con el nombre de mixtos.

Pero cabe observar que, en esta materia, domina un criterio de carácter general, cual es el de que la competencia territorial está organizada en beneficio de las partes o para comodidad de las mismas, y no en el de los magistrados que ejercen la función. La ley estima, no sin razón, que en este caso el interés de la administración de justicia, es el de las partes, a quienes, lógicamente, se las supone interesadas en dirigirse al juez del lugar que se encuentre en mejores condiciones para dilucidar sus cuestiones litigiosas. De ahí, que la voluntad de las partes tenga un libre juego y sea el factor

predominante en la determinación de la competencia territorial.

II. a) Así, en punto a las acciones personales, la regla general es la de que la competencia se determina por el lugar designado por las partes para el cumplimiento de la obligación; es decir, que el juez del lugar donde debe cumplirse el contrato, es el competente para conocer de todo lo relativo al mismo. Esto es lo que dispone el art. 4º del Cod. de Proc. de la Capital, los arts. 101 y 102 del Cod. Civil y lo que ha consagrado uniformemente la jurisprudencia. (1) Su fundamento no es otro que el de que, habiendo sido instituída la competencia territorial en beneficio de las partes, éstas son las más indicadas para determinar el juez que ha de conocer en sus diferencias.

b) Dicha regla, rige no sólo cuando se ha designado *expresamente* el lugar del cumplimiento de la obligación, sino también cuando él resulta *implicitamente* indicado en el contrato. (2) Y naturalmente, a los jueces incumbe establecer en cada caso, cuándo existe el convenio tácito al respecto. Así han dicho los tribunales que: el lugar del cumplimiento de una obligación se entiende tácitamente pactada, cuando la na-

(1) FALLOS, S. C. N. t. 42 pág. 39; t. 45 pág. 101; t. 92 pág. 380; t. 113 pág. 152 y 156; t. 3 pág. 31; t. 26 pág. 239; t. 118 pág. 341; y S. C. N., *Jurisp. Arg.*, t. 3 pág. 708, Agosto 26 de 1919; t. 10 pág. 206, Abril 6 de 1923; t. 26 pág. 9, Octubre 7 de 1927; CÁN. CIV. 2ª, t. 3 pág. 653, Julio 23 de 1919; CÁN. COM. t. 2 pág. 101, Julio 20 de 1918; t. 3 pág. 296 y 422, Abril 29 y Mayo 16 de 1919; t. 45 pág. 662, Marzo 6 de 1934. Conviene aclarar sin embargo, que la determinación de la competencia no importa establecer que necesariamente las notificaciones deban hacerse en el domicilio constituido en la obligación. La jurisprudencia ha hecho un distinguo: si nada se ha dicho en el contrato, la constitución de domicilio vale para determinar la competencia, pero no es eficaz para hacerle en él las notificaciones; si por el contrario se ha expresado que tal domicilio rige también a los efectos de la prosecución del juicio que se le pueda promover, entonces es válido también para las notificaciones, DE LA TORRE: *Efectos procesales del domicilio especial establecido en los contratos*, public. en *Antología Jurídica*, t. II Nº 9, Bs. Aires. Esta distinción es doblemente necesaria en los casos en que sólo se ha convalidado el domicilio sin hacerse otra mención, como cuando se ha suscripto un pagaré poniendo al pie el domicilio sin otra indicación. En esos casos la notificación debe hacerse en el domicilio real *Jur. Arg.*, t. XX p. 392.

(2) S. C. N., *Jurisprudencia Argentina*, t. 41 pág. 200, Marzo 17 de 1933; t. 44 pág. 28, Octubre 16 de 1933; t. 43 p. 887, Noviembre 22 de 1933.

turalaleza de las prestaciones determinen el lugar del cumplimiento; (3) la manifestación del deudor formulada por carta después de la celebración del contrato en el sentido de que "saldaría su deuda remitiendo al actor todo su importe o lo que le fuese posible", importa la voluntad de fijar un lugar para el cumplimiento de la obligación y la elección del juez competente para entender en el mismo con prescindencia del domicilio del deudor; (4) la circunstancia de que el demandado haya hecho pagos a cuenta en el domicilio del actor, o que haya prometido enviarlo, demuestra que existe un lugar convenido para el cumplimiento de la obligación; (5) el hecho de haberse pactado la locación de la obra en la Capital Federal y allí se recibió el precio, importa determinar implícitamente esa ciudad como lugar del cumplimiento del contrato; (6) en la locación de servicios el lugar del cumplimiento es donde éstos se prestaron. (7)

c) Pero hay casos en que el lugar designado para el cumplimiento de la obligación, no determina la competencia del juez. Tal ocurre cuando las partes han prorrogado de jurisdicción o cuando la ley establece de antemano, con carácter imperativo, el juez competente para conocer de determinados asuntos, como ocurre con las personas jurídicas públicas. Un ejemplo puede encontrarse en la Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires, que, en su art. 110, dispone que las partes que contraten con las Municipalidades quedan sometidas, a los efectos del contrato,

(3) CÁMARA CIVIL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 38 pág. 1228, Julio 22 de 1932; t. 14 pág. 120, Septiembre 3 de 1924; CÁMARA FEDERAL LA PLATA, t. 27 pág. 927, Junio 13 de 1928.

(4) S. C. N., *Jurisprudencia Argentina*, t. 40 pág. 49, Noviembre 30 de 1932.

(5) FALLOS, S. C. N., t. 56 pág. 279; S. C. N., *Jurisp. Argent.* t. 50 pág. 371. Mayo 17 de 1935. Sin embargo, el lugar del pago no siempre debe tomarse como lugar del cumplimiento del contrato. Hay casos en que la naturaleza del negocio supone otra cosa CÁM. COM., *Jurisp. Argent.*, t. 7 pág. 192, Agosto 5 de 1921.

(6) C. COM., *Jurisprudencia Argentina*, t. 38 pág. 1228, Julio 22 de 1932.

(7) S. C. N., *Jurisprudencia Argentina*, t. 9 pág. 681, Noviembre 1922; CÁMARA FEDERAL LA PLATA; t. 27 pág. 927, Junio 13 de 1928; CÁMARA FEDERAL CAPITAL FEDERAL, t. 27 pág. 713.

a la jurisdicción provincial, cualquiera que fuera el lugar fijado para el pago de la obligación.

Salvo las situaciones indicadas, la regla se aplica sin excepción, aun con respecto a los países extranjeros. Es decir, que en los contratos celebrados en el país para ser cumplidos en el extranjero, pueden ser llevados a los tribunales del lugar donde deben ser cumplidos, ⁽⁸⁾ y lo mismo, los contratos celebrados en el extranjero que deben cumplirse en el país, pueden ser demandados ante los jueces del Estado según lo establece el art. 1215 del Cod. Civil. ⁽⁹⁾ Lo que no se admite, es que, con independencia del lugar donde debe cumplirse la obligación, las partes elijan tribunales extranjeros para conocer de sus deferencias porque, como ya lo hemos dicho, tal elección no puede hacerse valer en otro Estado que en el que se llevó a cabo, por no permitirlo la soberanía del país extranjero. ⁽¹⁰⁾

B) Cuando no se hubiere convenido lugar para el cumplimiento de la obligación, la ley establece que será juez competente el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, con tal que el demandado se halle en él aunque sea accidentalmente, a elección del actor (art. 4 del Cod. de Proc. de la Capital). ⁽¹¹⁾

El fundamento del principio *actor sequitur forum rei*, radica en que el demandado, que es molestado con una demanda que puede ser injusta y que debe considerársele con derecho a resistir las pretensiones del actor mientras los jueces no las declaren procedente, no tiene por qué ser sacado de sus jueces propios y sufrir por ese motivo otras molestias, gastos y perjuicios.

La aplicación de esta regla, también aceptada por el tratado de derecho civil del Congreso de Montevideo de 1888,

(8) El TRATADO DE MONTEVIDEO, en su art. 56, dispone que las acciones personales deben entablarse ante los jueces del lugar a cuya ley está sujeto el acto jurídico materia del juicio y que puede entablarse igualmente ante los jueces del domicilio del demandado.

(9) FALLOS, S. C. N., t. 24 pág. 374; CÁMARA CIVIL, t. 27 pág. 360; t. 44 pág. 162; t. IV pág. 277; CÁMARA COMERCIAL, t. 27 pág. 144; t. 43 pág. 279.

(10) Ver Capítulo XIII.

(11) FALLOS, S. C. N., t. 13 pág. 359, t. 26 pág. 214; t. 23 pág. 222, t. 62 pág. 151.

no ofrece mayores dificultades. Está sobreentendido que, en todo caso, el concepto de domicilio lo da el Código Civil, y que a él debe recurrirse siempre que se trate de determinarlo.

a) Las dificultades que en la práctica pueden producirse en circunstancias especiales, como cuando la parte demandada está formada por varios coobligados, o se trata de una sociedad con sucursales en distintos lugares, han sido salvados por la jurisprudencia, cuando no lo ha previsto la ley. Así en caso de litis consorcio, los tribunales han declarado que el actor puede elegir el juez del domicilio de cualquiera de los demandados, como lo dispone el art. 5 del Cod. de Proc. de la Provincia; y si se trata de una sociedad que tiene sucursales, el del lugar donde ésta funcione, en caso de ejecución de las obligaciones allí contraídas (art. 90 inc. 4º del Cod. Civil), o si la demanda se funda en hechos que la demandada debe cumplir en dicho lugar, ⁽¹²⁾ o si allí se contrajo el contrato cuyo cumplimiento se exige. ⁽¹³⁾ A este respecto, debe tenerse presente que no se considera sucursal el simple escritorio que la sociedad pueda tener para atender a su clientela, ⁽¹⁴⁾ sino que es necesario que haya un representante con facultades para obligar a la sociedad a operar en su nombre. ⁽¹⁵⁾

No altera la regla según la cual el juez del domicilio del demandado es el competente para entender en una acción personal, la circunstancia de que la acción emerja de un delito o de un cuasi delito ocurrido fuera del lugar de la jurisdicción del domicilio del demandado, ⁽¹⁶⁾ ya que lo dispuesto en la ley 3 tit. 15 part. 7ª y ley 32 tit. 2º part. 3ª, quedó derogado por el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires, y la ley 3981 que lo puso en vigor en

(12) FALLOS, S. C. N., t. 46 pág. 22; CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 12 pág. 404, Marzo 14 de 1924.

(13) CÁMARA CIVIL Iª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 18 pág. 160, Octubre 19 de 1925.

(14) CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 9 pág. 308, Agosto 11 de 1922.

(15) CÁMARA COMERCIAL DE LA CAPITAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 48 pág. 223, Octubre 5 de 1934.

(16) S. C. N., *Jurisprudencia Argentina*, t. 48 pág. 7, Octubre 5 de 1934; t. 48 pág. 722, Diciembre 12 de 1934; t. 39 pág. 1180, Abril 15 de 1932; t. 38 pág. 564, Junio 6 de 1932.

la Capital Federal. Sin embargo, son muchos los fallos que consagran la jurisprudencia contraria. ⁽¹⁷⁾

b) Pero la competencia del fuero del demandado cuando se deducen acciones personales, no es un principio rígido, inflexible; sufre excepciones cuando su aplicación estricta importa dividir la continenia de la causa, sin consideración a la unidad del juicio y al riesgo de las sentencias contradictorias que podrían producirse; ⁽¹⁸⁾ y cuando la ley, como en el caso previsto en el art. 15 de la ley 9688, ha autorizado al actor para dirigir la acción ante el juez del domicilio del demandado o ante el del lugar del hecho. ⁽¹⁹⁾

También sufre excepción el principio en materia impositiva. Los impuestos en general pueden cobrarse ante el juez del lugar que la ley determine, y cuando no lo fije expresamente, ante el del lugar que la ley establece que debe abonarse. De ahí que los impuestos establecidos solamente para la capital y territorios nacionales, se cobran ante la justicia ordinaria del lugar donde deben pagarse. ⁽²⁰⁾

Igualmente, las demandas por cobros de impuestos provinciales, se efectúa ante los tribunales locales, sin perjuicio de que la provincia o municipalidad en su caso, pueda hacer uso del derecho que tiene de ocurrir ante sus propios jueces. El domicilio de las personas no es tenido en cuenta en estas situaciones, porque podría quedar afectada la vida del Estado (nacional o provincial y también las municipalidades) si no tuviera la facultad de imponer impuestos o contribuciones y de cobrarlo ante sus propios jueces. ⁽²¹⁾

c) El art. 90 del Código Civil establece cuál es el domi-

⁽¹⁷⁾ S. C. N., *Fallos*: t. 68 pág. 76; t. 85 pág. 406; t. 87 pág. 130; t. 90 pág. 38, *Gaceta del Foro*, t. 144 pág. 125; t. 145 pág. 154; CÁMARA FEDERAL DE LA CAPITAL, *Jurisprudencia Argentina* t. 11 pág. 1007, Noviembre 23 de 1923, y CÁMARA CIVIL 2ª DE LA PLATA, t. 6 pág. 247, Marzo 30 de 1921.

⁽¹⁸⁾ CÁMARA CIVIL 2ª CAPITAL FEDERAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 52 pág. 164, Octubre 5 de 1935.

⁽¹⁹⁾ CÁMARA CIVIL 1ª CAPITAL FEDERAL, *Jurisprudencia Argentina*, pág. 173 t. 6, Marzo 14 de 1921; CÁMARA CIVIL 2ª, t. 23 pág. 302, Noviembre 22 de 1926; t. 27 pág. 555, Abril 28 de 1928.

⁽²⁰⁾ FALLOS, S. C. N., t. 48 pág. 131; t. 88 pág. 239; t. 95 pág. 71; t. 98 pág. 321.

⁽²¹⁾ FALLOS, S. C. N., t. 17 pág. 133; t. 31 pág. 103; t. 34 pág. 422; t. 57

cilio legal de ciertas personas, es decir, el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que aquéllos residen de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no estén allí presentes. Y como es natural, ese domicilio determina la competencia cuando son demandadas las personas a que el mismo se refiere. ⁽²²⁾

De igual manera, el domicilio especial constituido en el contrato, es el que fija la competencia, aunque se tenga otro domicilio real, y aunque no se haya dicho que en él debe cumplirse la obligación; todo ello conforme a lo dispuesto en el art. 102 del Código de Procedimientos. ⁽²³⁾

d) A fin de evitar dificultades, la ley en unos casos y la jurisprudencia en otros, sobre todo en las cuestiones que afectan a la familia o a las personas, han fijado el juez competente. Así han establecido que:

1º Las acciones de nulidad de matrimonio y divorcio, deben promoverse ante el juez del domicilio de los cónyuges (art. 104 de la ley de Matrimonio Civil). ⁽²⁴⁾

2º En materia de disenso, son competentes los tribuna-

pág. 46; t. 94 pág. 353; t. 95 pág. 369; t. 108 pág. 5; t. 114 pág. 282 y 298; t. 115 pág. 64; t. 118 pág. 93; t. 125 pág. 125; t. 127 pág. 56.

Los tribunales han declarado así mismo, que, los juicios por cobro de pavimentos locales en razón de su asimilación a los impuestos son de competencia de los tribunales locales S. C. N., t. 114 pág. 298; t. 117 pág. 177; t. 128 pág. 59; t. 174 pág. 191; t. 177 pág. 36 y *Gaceta del Foro*, t. 146 pág. 63.

⁽²²⁾ Como la ley no ha podido prever todas las situaciones que pueden presentarse, la jurisprudencia ha resuelto las cuestiones que se han producido, siguiendo el criterio legal. Así por ejemplo: si después de contraído el matrimonio, el marido se ausenta al extranjero con ánimo de cambiar de domicilio dejando a su esposa en el país, se ha declarado que continúa el domicilio de ésta y que los jueces argentinos son los competentes para conocer del divorcio; si la mujer abandona el hogar sin licencia de su esposo ni del juez, sigue teniendo el domicilio de aquél, a los efectos de la competencia del juez que debe conocer en el juicio de divorcio *Jurisprudencia Argentina*, t. 18 pág. 221; t. 25 pág. 1413.

⁽²³⁾ CÁMARA COMERCIAL DE LA CAPITAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 28 pág. 704, Octubre 17 de 1928; CÁMARA CIVIL Iª, t. 2 pág. 51, Julio 19 de 1918, CÁMARA CIVIL 2ª, t. 18 pág. 1045, Diciembre 9 de 1925.

⁽²⁴⁾ Pero ello no obsta a que de común acuerdo las partes sustancien el juicio ante otro juez, CÁMARA CIVIL, t. 44 pág. 16.

les civiles del lugar del domicilio del oponente (art. 31, ley Matrimonio Civil): los de 1ª Instancia en la Capital Federal, ⁽²⁵⁾ y los de Justicia de Paz en algunas provincias como la de Buenos Aires (Ley 11 de Diciembre de 1916).

3º El discernimiento de la tutela corresponde al juez del lugar en que los padres del menor tenían su domicilio el día de su fallecimiento (art. 400 Cód. Civil); y si los padres tenían su domicilio fuera de la República el día de su fallecimiento, o lo tenían el día en que se trataba de constituir la tutela, el juez competente para el discernimiento de la tutela será, en el primer caso, el juez del lugar de la última residencia de los padres el día de su fallecimiento, y en el segundo caso, en el lugar de su residencia actual (art. 401).

4º La autorización para comparecer en juicio como actor, cuando el padre niegue a su hijo menor consentimiento (arts. 281 y 282 del Cód. Civil) y la necesaria para demandar al mismo (art. 285), debe solicitarse ante el juez del domicilio del padre.

5º La autorización para contraer deudas que satisfagan las necesidades en que se hallaren los hijos de familia adultos ausentes de la casa paterna con licencia del padre o en país extranjero o en lugar dentro de la República que tuvieren necesidad de alimentos u otras necesidades urgentes, debe pedirse al juez del lugar (art. 284 C. Civil).

6º La demanda sobre separación de bienes, debe entablarse ante el juez del domicilio conyugal (aplicación analógica del art. 104 de la Ley de Matrimonio). Pero si se ha decretado el divorcio, debe distinguirse: cuando se pide la separación como consecuencia de una sentencia de divorcio favorable (art. 1306), de cuando se demanda en virtud de alguna de las otras causales autorizadas por el art. 1294 del C. Civil; en el primer caso, puede entablarse ante el juez que conoció en el juicio de divorcio o ante el del domicilio del marido; en el segundo, ante quien compete de acuerdo con las reglas que rigen las acciones personales que ya hemos expuesto.

(25) CÁMARA CIVIL, t. 6 pág. 281; t. 43 pág. 199.

7º La declaración del día presuntivo del fallecimiento, debe solicitarse ante el juez del último domicilio o residencia del ausente (art. 113 del Cód. Civil).

C) Algunas acciones personales que versan sobre inmuebles, tienen un régimen especial respecto a la competencia. El Código de Procedimiento Civil de la Provincia de Buenos Aires, en su art. 4º apartado 2º, establece que rige la regla fijada para las acciones reales, o sea, el juez del lugar donde está situada la cosa litigiosa, cuando se ejercitan acciones posesorias, de división de condominio, mensura, deslinde y amojonamiento, desalojo, etc. El Código de la Capital Federal nada dice sobre el particular, salvo lo estatuido en el art. 609 para la mensura, deslinde y amojonamiento; pero la jurisprudencia ha seguido el criterio consagrado por el código de la provincia. ⁽²⁶⁾

En todos los casos señalados, si bien se trata de acciones personales, tienen el carácter de reales, en cuanto se refieren a la posición de bienes raíces; pero en realidad, la competencia del juez del lugar está aconsejada por razones de orden práctico: hay conveniencia en que dirima la contienda el juez que se encuentra en mejores condiciones para ello; y sin duda alguna, lo está el del lugar de situación de la cosa (para inspeccionarla, recibir la prueba, etc.). Ello no obsta, naturalmente, a que las partes prorroguen de jurisdicción.

La jurisprudencia ha dicho que los interdictos deben asimilarse, en lo que a la competencia se refiere, a las acciones reales sobre inmuebles y deducirse ante los tribunales del lugar donde aquéllos están situados. ⁽²⁷⁾

III. En materia de acciones reales, rige el principio *forum rei sitae*. Es el lugar donde está situada la cosa litigiosa el que determina la competencia, sobre todo cuando se trata de acciones que versan sobre inmuebles. Así lo establece el art. 4º del Cód. de Proc. de la Capital.

⁽²⁶⁾ FALLOS, S. C. N., t. 95 pág. 217.

En lo que se refiere a los juicios de desalojo, los tribunales han admitido indistintamente la competencia del juez del lugar del inmueble y la del domicilio del demandado.

⁽²⁷⁾ S. C. N., *Jurisprudencia Argentina*, t. 48, pág. 329, Noviembre 14

Se funda la regla, en que el juez del lugar de la cosa litigiosa está en mejores condiciones que cualquier otro para instruir el proceso y recibir la prueba, la que necesariamente debe encontrarse en ese lugar: testigos, archivos, etc.

El precepto legal antes citado, dispone que, cuando sean varios los bienes litigiosos, será competente el juez del lugar donde esté situado cualquiera de ellos, con tal que allí mismo tenga su domicilio el demandado; y no concurriendo ambas circunstancias, el juez de situación de la cosa de mayor valor, según las últimas valuaciones de la Contribución Directa (art. 4º segundo apartado).

La Suprema Corte Nacional, ha declarado que cuando un inmueble está situado en una zona fronteriza de dos provincias, atribuyéndose jurisdicción cada una de ellas, corresponde intervenir en el juicio de reivindicación al juez de la provincia que ejerce efectivamente su jurisdicción sobre el territorio, debiendo tenerse en cuenta al efecto, la circunstancia de funcionar en el paraje, una comisaría dependiente de la policía de una de las provincias, y el hecho de haberse denunciado ante la justicia de ésta un delito cometido en la zona discutida. (28)

Cuando se trata de acciones reales sobre bienes muebles, la regla no es tan rigurosa, pues la ley deja al demandante la facultad de elegir entre el juez del lugar en que se hallen o el del domicilio del demandado (art. 4º último apartado).

Pero debe tenerse presente, que la regla *forum rei sitae* no obsta al acuerdo de partes sobre el juez competente para conocer de las acciones reales. De manera que, siendo posible, pueden aquellas designarlo con anticipación; y llegado el caso, pueden también prorrogar la competencia ocurriendo al juez que el demandante elija y acepte el demandado.

de 1934, pág. 329; C. FEDERAL DE LA PLATA, t. 54 pág. 730, Junio 8 de 1936; CÁMARA CIVIL Iª DE LA CAPITAL FEDERAL, t. 19 pág. 26, Febrero 5 de 1926; id. t. 2 pág. 555, Julio 26 de 1918; CÁMARA FEDERAL DE LA PLATA, t. 26 pág. 49, Octubre 19 de 1927.

(28) S. C. N., en *Jurisprudencia Argentina*, t. 25 pág. 817, Agosto 26 de 1927.

Como el Código Civil reglamenta las acciones reales, a él debe recurrirse cada vez que sea necesario fijar el carácter de la acción deducida para determinar la competencia; pero, naturalmente, hay situaciones que dicha ley no las ha previsto o en las que no ha sido suficientemente explícita. Ellas, como es lógico, han sido consideradas por la doctrina y la jurisprudencia, aunque no siempre de un modo uniforme. Tal es lo que ha ocurrido con la acción por cobro hipotecario. ⁽²⁹⁾

La Suprema Corte de la Nación ha declarado reiteradamente, que el cobro hipotecario debe perseguirse ante el juez del lugar donde está situada la cosa hipotecada, ⁽³⁰⁾ con lo que sin duda, ha contribuido a cimentar la bondad de una regla que, si bien no está en la ley nacional, se encuentra incorporada a otras legislaciones.

El lugar donde está situada la cosa hipotecada, es donde se encuentra la oficina de inscripción de hipotecas y, por lo general, donde está el protocolo del escribano que redactó la escritura; y si a ello se agrega que, pudiendo el acreedor hipotecario perseguir la cosa en poder de quien se encuentre, podría ser dificultado este derecho si tuviera que seguir el fuero del actual propietario cuando su domicilio es distinto del de el deudor principal, se tiene que es evidente la conveniencia de la regla señalada.

Más, de todo ello no ha de inferirse que tenga carácter real la acción de cobro hipotecario. ⁽³¹⁾ Puede sí, tenerla cuando se ejecuta el inmueble que se encuentra en poder de un tercer adquirente, porque en ese caso es innecesario hacer valer el derecho de hipotecas, pero tal circunstancia no auto-

⁽²⁹⁾ C. CIVILES, *Acción personal tribunales ordinarios*, t. III pág. 366; t. 74 pág. 431; t. 109 pág. 204. En *Contra S. C. N.*, t. 58 pág. 181; t. 110 pág. 217; *Jurisprudencia Argentina*, t. 6 pág. 365, t. 11 pág. 28; t. 44 pág. 19; t. 50 pág. 713; t. 58 pág. 18.

⁽³⁰⁾ FALLOS, S. C. N. antes citado y en *Jurisprudencia Argentina*, t. 3 pág. 993; t. 11 pág. 28; CÁMARA CIVIL I^a, *Jurisprudencia Argentina*, t. 11 pág. 81; CÁMARA FEDERAL CAPITAL, t. 4 pág. 498.

⁽³¹⁾ Así lo sostienen sin embargo, autorizados autores como T. JOFRÉ, *Manual*, t. I pág. 369; SALVADOR FOMNIELLES, *Estudios sobre derecho sucesorio*, pág. 51. En *contra Coment. al Cód. de Proc. Civil y Com.*, RODRÍGUEZ, t. 1, pág. 39.

riza a calificar de real la acción deducida contra el deudor. Esta es personal, aunque el hecho apuntado deba tenerse en cuenta, como hemos visto, para fijar la competencia del juez que ha de conocer del cobro.

La relación jurídica que el actor lleva a conocimiento del juez cuando demanda el cobro de pesos, es la que nace del mutuo y no la que origina la hipoteca. Sobre ésta nada tiene que decir el juez, a menos que también se reclamase algo relacionado con el derecho de hipoteca. Por tanto, el inmueble hipotecado no es objeto del litigio ni es tenido en cuenta sino en cuanto está afectado al crédito, como podría estarlo cualquier otro bien embargado en el caso de un cobro simple, porque las ejecuciones no se promueven sino para cobrarse mediante la venta de los bienes del deudor.

No es exacto que el mutuo, que es lo principal a la época de la realización del contrato, sea lo accesorio en el momento de la ejecución; ⁽³²⁾ no lo es, porque el cobro puede hacerse efectivo sin ejecutar el inmueble, si el deudor lo impide pagando su deuda, y porque la hipoteca puede caducar por falta de reinscripción sin afectar la obligación principal; en cambio la extinción de ésta trae aparejada necesariamente la caducidad de aquélla.

Lo más derecho, entonces, es proceder como lo ha hecho el Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires, que, en su art. 4º, ha dispuesto que la regla establecida para las acciones reales, rija también para las relativas a los créditos hipotecarios, salvo convención expresa de la respectiva escritura.

IV. El principio: *accessorium sequitur principale* que rige en casi todas las ramas del derecho, tiene también su aplicación en el derecho procesal; sólo que en materia de competencia, lo principal no siempre es lo fundamental, sino lo que primero ha tenido existencia. Es, por tanto, el orden de ejercicio de la acción lo que se tiene en cuenta y no la causa de la obligación, pudiendo ser ésta principal y tener sin embargo

(32) TOMÁS JOFRÉ, *Manual*, 2ª edic. 1919, t. 1 pág. 369.

el carácter de accesoria a los efectos de establecer el juez que ha de conocer de la misma. Por eso, más que el principio de lo *accesorio* es el de la *conexidad* el que tiene aplicación en estos casos, porque éste es más general y comprensivo de las distintas situaciones que pueden presentarse.

El fundamento de la aplicación de la conexidad en la competencia, se suele encontrar en la conveniencia de evitar la división de la continencia de la causa y en la de impedir pronunciamientos contradictorios o la tramitación isocrónica de juicios inútiles; pero debe tenerse presente que no se trata de obtener la unificación del proceso (unos *iudicium*) sino la unidad del juez (unus *iudex*). Y ésta se encuentra impuesta por exigencias de orden práctico que a diario se ponen de manifiesto.

La regla es, pues, la de que las cuestiones conexas deben tramitarse ante el mismo juez, entendiéndose por cuestiones conexas no sólo las incidentales dentro del proceso principal, sino también las anejas o estrechamente vinculadas con el proceso que primero ha tenido existencia o que son su consecuencia.

El código de procedimiento de la Capital, no consagra el principio sino para los determinados casos particulares que expresa el art. 5º, es decir, en materia de garantía y cuando se ejerciten acciones respecto a la gestión de los tutores y curadores, estableciendo que en el primer caso, será competente el juez que lo sea para conocer de la demanda contra el deudor principal, y en el segundo, el que lo sea para el discernimiento de la tutela o curatela. Pero la jurisprudencia ha hecho la aplicación de la regla con largueza, declarando:

a) Que la demanda por *consignación* de alquileres mediante juicio por cobro de pesos, ⁽³³⁾ o quiebra, ⁽³⁴⁾ o desalo-

⁽³³⁾ CÁMARA CIVIL 2º DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 8 pág. 178 y 387.

⁽³⁴⁾ CÁMARA CIVIL 2º DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 7 pág. 510.

jo, ⁽³⁵⁾ debe entablarse ante el juez que ha entendido en estos juicios.

b) Que el cobro de *daños y perjuicios*, consecuencia de resoluciones judiciales (retención indebida de mercaderías; ⁽³⁶⁾ o que tiene origen en una sentencia, ⁽³⁷⁾ o derivada de una tercera rechazada, ⁽³⁸⁾ o embargo indebido; ⁽³⁹⁾ o emergente de la sustanciación de un juicio, ⁽⁴⁰⁾ o debido a la falta de cumplimiento de una sentencia), ⁽⁴¹⁾ debe deducirse ante el juez que entendió en el juicio en el que ocurrió el hecho o acto que dió lugar al perjuicio.

c) Que el juicio *ordinario* que la ley autoriza a deducir como consecuencia del ejecutivo, debe promoverse ante el juez que conoció de éste. ⁽⁴²⁾ Esta regla rige aun cuando no se trate del juicio a que se refiere el art. 500 del Cód. de Proc. de la Cap., siempre que la acción tenga nacimiento en el hecho o acto realizado en el ejecutivo y no pueda ejercitarse dentro del mismo. ⁽⁴³⁾

d) Que el cobro de las *costas* del juicio (honorarios, gastos, etc.) debe perseguirse ante el juez que conoce del juicio

⁽³⁵⁾ CÁMARA CIVIL 1ª DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 27 pág. 103.

⁽³⁶⁾ CÁMARA CIVIL 1ª DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 7, p. 149.

⁽³⁷⁾ CÁMARA FEDERAL DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 15, pág. 479.

⁽³⁸⁾ SUPREMA CORTE NACIONAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 24, p. 7.

⁽³⁹⁾ SUPREMA CORTE NACIONAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 59, p. 364 y CÁMARA FEDERAL DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 7, p. 9.

⁽⁴⁰⁾ CÁMARA FEDERAL DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 17, p. 7; CÁMARA CIVIL 1ª DE LA CAPITAL, t. 58, p. 470.

⁽⁴¹⁾ CÁMARA DE APELACIONES DE TUCUMÁN en *Jurisprudencia Argentina*, t. 4, p. 450.

⁽⁴²⁾ FALLOS, S. C. N., t. 90, p. 258; t. 123, p. 138. *Jurisprudencia Argentina*, t. 1, p. 9, 16 Feb. 1918; t. 1, p. 347, 6 Abril 1918. CÁM. FED., t. 1, p. 24, 21 Feb. 1913. CÁM. CIV. 1ª CAP. FED., t. 54, p. 136, 17 Abril 1936; t. 57, p. 448, 27 Feb. 1937; t. 57 p. 671, 1º Marzo 1937. CÁM. CIV. 2ª, t. 57, p. 761, 8 Marzo 1937. CÁM. DE PAZ DE LA CAPITAL, t. 60, p. 659, 13 Nov. 1937.

⁽⁴³⁾ CÁMARA CIVIL 1ª DE LA CAPITAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 57, p. 671; t. 53, p. 806.

en el que se han devengado, ⁽⁴⁴⁾ porque se considera una parte integrante de éste.

Pero debe entenderse que la aplicación de dicha doctrina con carácter obligatorio, no rige cuando se trata de liquidar relaciones entre el cliente que solicitó el trabajo y el profesional que lo prestó. En este caso, se trata del ejercicio de una acción personal independiente del juicio principal, del que no puede considerarse un accesorio o un incidente. ⁽⁴⁵⁾

e) Que la *ejecución de sentencia* corresponde al juez de primer grado que la dictó, ⁽⁴⁶⁾ porque por haber conocido de la causa está en mejores condiciones para asegurar su cumplimiento.

f) Que *ordinarizado el juicio* por cobro de alquileres ⁽⁴⁷⁾ o de desalojo, debe proseguirse ante el juez que conoció de los mismos juicios sumarios.

g) Que el juez que decretó el *embargo preventivo* sobre la base de un título ejecutivo, es el competente para entender en la ejecución de dicho documento iniciado con posterioridad. ⁽⁴⁸⁾

h) Que el juez que intervino en el juicio sobre *tenencia de un hijo*, es el competente para dictar resoluciones derivadas del cumplimiento de la sentencia dictada en éste. ⁽⁴⁹⁾

i) Que si la esposa ha iniciado un *juicio de divorcio*, el marido debe deducir la acción a que se crea con derecho ante el juez que entiende en dicho juicio, ⁽⁵⁰⁾ y por lo tanto, que es juez competente para entender en el juicio de separación de bienes el que conoce en el juicio de divorcio. ⁽⁵¹⁾

⁽⁴⁴⁾ SUPREMA CORTE NACIONAL, *Fallos*, t. 4, p. 33, t. 9, p. 90; t. 21, p. 407; t. 23, p. 358; t. 56, p. 248; t. 96, p. 35; t. 99, p. 200; t. 113, p. 219; t. 119, p. 266.

⁽⁴⁵⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2, p. 57.

⁽⁴⁶⁾ CÁMARA CIVIL, t. 35, p. 55; t. 47, p. 102; t. 68, p. 401; t. 76, p. 13.

⁽⁴⁷⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 20, p. 803.

⁽⁴⁸⁾ CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 20, p. 949; SUPREMA CORTE NACIONAL en *Gaceta del Foro*, t. 144, p. 305.

⁽⁴⁹⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 19, p. 470.

⁽⁵⁰⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 20, p. 298.

⁽⁵¹⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1, p. 401.

j) Que el juicio de divorcio atrae a la competencia del juez que debe resolverlo, las cuestiones relacionadas con el cumplimiento de los deberes personales subsistentes entre los cónyuges. ⁽⁵²⁾

k) Que en general, todas las cuestiones incidentales deben sustanciarse ante el juez que conoce del juicio en el que se ha suscitado. Así, el que dictó la inhibición, es quien debe entender en el pedido de levantamiento por hallarse prescripto; ⁽⁵³⁾ el que conoció el concordato es el competente para conocer de las acciones que se inicien para el cumplimiento de las obligaciones contraídas; ⁽⁵⁴⁾ el que nombró al depositario judicial debe conocer de las acciones deducidas por éste en razón de su mandato; ⁽⁵⁵⁾ el que entendió en la ejecución hipotecaria contra el deudor debe conocer de la ejecución contra el comprador del inmueble hipotecado; ⁽⁵⁶⁾ el que decretó el embargo debe conocer de la cuestión sobre el mejor derecho a los fondos embargados; ⁽⁵⁷⁾ el que acordó los alimentos debe conocer en el juicio por reducción ^(57 bis) o por supresión de los mismos; el que nombró tutor tiene competencia exclusiva en todas las demandas referentes a los bienes del incapaz, que tengan su origen en el régimen de la tutela (Cám. Civ. 1ª, Gaceta, t. 110, p. 315); el que debe conocer en el pleito a promoverse, es quien tiene competencia en el pedido de carta de pobreza (C. Civ. 2ª, t. 129, p. 224, Gaceta).

V. Aunque no por existir conexión en la verdadera acepción de la palabra, la ley establece la acumulación de autos, o mejor dicho, la tramitación ante el mismo juez, de ciertas acciones dirigidas contra las sucesiones y los concursos. Estos juicios

⁽⁵²⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, p. 299, Julio de 1926; CÁMARA CIVIL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 127, p. 426.

⁽⁵³⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2, p. 424.

⁽⁵⁴⁾ CÁMARA COMERCIAL TUCUMÁN, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1, p. 608; CÁMARA COMERCIAL DE LA CAPITAL, t. 1, p. 225.

⁽⁵⁵⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 1, p. 406.

⁽⁵⁶⁾ CÁMARA CIVIL, t. 120, p. 155.

⁽⁵⁷⁾ CÁMARA CIVIL, t. 180, p. 155.

^(57 bis) CÁMARA CIVIL 1ª, t. 120, p. 117; CÁMARA CIVIL 2ª, t. 132, p. 148.

atento su carácter de universales, ejercen lo que se llama el fuero de atracción, que, desde luego es limitado.

a) El art. 634 del Cód. de Proc. de la Cap., repitiendo lo dispuesto en el art. 3284 del Cód. Civil, establece que ante el juez de la sucesión deben entablarse: las demandas concernientes a los bienes hereditarios, hasta la partición inclusive, cuando ellas son interpuestas por algunos de los sucesores universales contra sus coherederos; las demandas relativas a las garantías de los lotes entre los copartícipes y los que tiendan a la reforma o nulidad de la partición; las demandas relativas a la ejecución de las disposiciones del testador, aunque sean a título particular, como sobre la entrega de los legados; las acciones personales de los acreedores del difunto antes de la división de la herencia. Es decir pues, que el juez del último domicilio del causante, que es el que conoce de la sucesión, debe entender en las acciones personales de los acreedores contra el difunto y de las referentes a los bienes, entablados entre los herederos o por los legatarios; todo ello excepción hecha de lo dispuesto en el art. 3285 del Cód. Civil, esto es, cuando existe un solo heredero, en cuyo caso las acciones deben dirigirse ante el juez del domicilio de este heredero, después que hubiere aceptado la herencia.

La aplicación de los incisos 1º, 2º y 3º de las disposiciones citadas, no han ofrecido mayores inconvenientes; en cambio, el inciso 4º ha dado lugar a discusiones, sobre todo cuando las partes no han fijado un domicilio especial para el cumplimiento de la obligación.

Pero los tribunales han tratado de salvar la dificultad, estableciendo que el fuero de atracción del juicio sucesorio es de carácter absoluto. Así, la Suprema Corte de la Nación, ha declarado que la disposición del art. 3284, inc. 4 del Cód. Civil, según la cual las acciones personales de los acreedores del difunto deben deducirse, hasta la partición de la herencia, ante los jueces del último domicilio del causante, es de *orden público*, por cuanto tiende a facilitar la liquidación del patrimonio hereditario tanto en beneficio de los acreedores como de la sucesión, y que como consecuencia de ello, los convenios

entre las partes relativas a la constitución de un domicilio especial para el cumplimiento de las obligaciones, no pueden prevalecer sobre las disposiciones legales que imponen una competencia obligatoria. ⁽⁵⁸⁾

También la jurisprudencia ha establecido que, la disposición legal antes citada, no tiene un alcance restringido, sino que se extiende tanto a las acciones personales emergentes de obligaciones contraídas en vida por el causante como a las ajustadas por albaceas o administradores después de abierta la sucesión. ⁽⁵⁹⁾ Y aplicando ese criterio, los tribunales han resuelto que, corresponde al juez de la sucesión entender: en el juicio por cobro de alquileres de un local ocupado por el causante a la fecha de su fallecimiento, aunque se demande alquileres devengados después de esa fecha por haberse continuado la locación por los herederos; ⁽⁶⁰⁾ en demanda contra la sucesión, aun cuando los documentos en que se funde estén firmados por el esposo de la causante y sean de fecha posterior al fallecimiento de ésta; ⁽⁶¹⁾ en la demanda que si bien se entabla contra los herederos antes de la división de la herencia, en realidad va dirigida contra la sucesión en cuanto tiende a la rendición y aprobación de las cuentas provenientes de la administración de los bienes del causante continuada aún después de su fallecimiento. ⁽⁶²⁾

Como el fuero de atracción no se ejerce sobre las acciones reales, los tribunales han resuelto que lo dispuesto en el inciso 4 del art. 3284 del Cód. Civil, no comprende al cobro hipotecario, por ser ésta una acción de carácter real. ⁽⁶³⁾ La jurisprudencia es uniforme en ese sentido, aunque se ha discu-

⁽⁵⁸⁾ SUPREMA CORTE NACIONAL en *La Ley*, t. 11, p. 1157; CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 12, p. 132; t. 23, p. 195.

⁽⁵⁹⁾ SUPREMA CORTE NACIONAL en *La Ley* fallo ya citado.

⁽⁶⁰⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 45, p. 500.

⁽⁶¹⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 25, p. 962.

⁽⁶²⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 48, pág. 211.

⁽⁶³⁾ Fallo, SUPREMA CORTE NACIONAL, t. 58 p. 181; t. 98, p. 359; t. 110, p. 217; *Jurisprudencia Argentina*, t. 6, p. 365; t. 11, p. 28; t. 44, p. 19; t. 50, p. 713; t. 58, p. 18; CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 4, p. 498; t. 54, p. 105; CÁMARA FEDERAL CAPITAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 18, p. 466; CÁMARA CIVIL 1ª DE LA PLATA, *Jurisprudencia Argentina*, t. 38, p. 1307; t. 43, p. 855; CÁMARA FEDERAL LA PLATA, *Jurisprudencia Argentina*, t. 25, p. 1259.

tido si la acción de cobro de pesos que, en general es una acción personal, se convierte en real por estar garantida con un derecho real de hipoteca. ⁽⁶⁴⁾

En algunos casos se ha resuelto también que la deuda de pavimentos constituye un gravamen real; ⁽⁶⁵⁾ pero desde que las Cámaras Civiles de la Capital, reunidas en pleno, resolvieron por sentencia dictada en 24 de Marzo de 1920 ⁽⁶⁶⁾ que las demandas por ese concepto son igualmente atraídas por el juicio universal, parece haberse mantenido más firmemente esta jurisprudencia. ⁽⁶⁷⁾

b) Las quiebras comerciales y concursos civiles, ejercen también fuero de atracción en virtud de su carácter de juicios universales.

El art. 22 de la ley 11.719 dispone que: La declaración de quiebra atrae al juzgado de la misma todas las acciones judiciales contra el fallido con relación a sus bienes. Y a continuación agrega que, "las acciones del concurso serían ejercitadas por el liquidador ante los juzgados que corresponda, salvo los que autorizan los arts. 110 y 111 que serán ejercidos ante el juez de la quiebra.

El Cód. de Proc. Civ., por su parte, en el art. 720 dispone que, declarado el concurso, se notificará al deudor, y se oficiará a los jueces que conozcan de los demás pleitos, a fin de que los sometan para su acumulación al juicio universal.

Aplicando esas reglas, la S. C. N. ha resuelto que la declaración de quiebra o de concurso, atrae todas las acciones contra el fallido, en relación a sus bienes, cualesquiera fuera el estado de los juicios respectivos, ya se trate de acreedores hi-

⁽⁶⁴⁾ Véase pág. 266 y sigtes.

⁽⁶⁵⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, CAPITAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 27, p. 69; t. 51, p. 553; CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 2, p. 909; t. 27, p. 886; t. 36, p. 1447; CÁMARA CIVIL 2ª, LA PLATA, *Jurisprudencia Argentina*, t. 45, p. 720.

⁽⁶⁶⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 5, p. 79.

⁽⁶⁷⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, CAPITAL, *Gaceta del Foro*, t. 128, p. 219, CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 5, p. 433; CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 52, p. 93; CÁMARA CIVIL 1ª, LA PLATA, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 39, p. 914.

potecarios o con privilegio especial con prescindencia sólo de la prenda agraria. ⁽⁶⁸⁾

También han declarado reiteradamente los tribunales que, “el principio de atracción del juicio de quiebra debe extenderse al de adjudicación de bienes, y que, aun cuando ésta hubiere sido ya aprobada, deben deducirse ante el juez de la misma todas las acciones relativas a los bienes del deudor adjudicatario; ⁽⁶⁹⁾ pero la Suprema Corte de la Nación ha resuelto en la sentencia de fecha 20 de diciembre de 1933, en los autos “Tirasso Luis, sucesión (adjudicación de bienes)”, que, “como lo tiene declarado en el caso que se registra en el t. 122, p. 308, las providencias que de los jueces dicten conforme a lo dispuesto en el art. 10 de la ley N° 4156 con motivo de solitudes de reunión de acreedores hechas por comerciantes que se encuentran en la imposibilidad de cumplir con sus obligaciones comerciales, no equivalen a las declaraciones de quiebra previstas en el art. 58 de la misma ley a los fines de atraer ante dichos jueces todas las acciones judiciales contra el fallido con relación a sus bienes; que habiendo concluído la convocatoria en adjudicación de bienes, no puede sostenerse que existe juicio pendiente que pueda servir de base a una contienda de competencia, dado que de acuerdo con el art. 42 de la ley de quiebra N° 4156, una vez adjudicados los bienes o cobrado el concordato termina el juicio respectivo; y que “el hecho de que la ley califique de concurso a la junta de acreedores que se reúne para celebrar concordatos o adjudicarse los bienes del deudor, no importa establecer así que ese concurso sea un juicio universal, en la misma extensión y efectos en que lo es la liquidación posterior a la declaratoria de quiebra o los concursos civiles y testamentarios” (Fallos, t. 170, p. 90; Gaceta del Foro, t. 108, p. 115).

⁽⁶⁸⁾ FALLOS, S. C. N., t. 166, p. 220 y GACETA DEL FORO, t. 101, p. 19.

⁽⁶⁹⁾ GACETA DEL FORO, t. 24, p. 142; t. 37, p. 146; t. 54, p. 183; t. 60, p. 269; t. 104, p. 280; t. 110, p. 136; t. 121, p. 55; t. 128, p. 138; t. 133, p. 183.

La doctrina sustentada por el fallo transcripto, refirma la jurisprudencia del mismo tribunal según la cual los conflictos de competencia no pueden subsistir respecto de juicios concluidos por sentencia firme. ⁽⁷⁰⁾

c) De manera que, de acuerdo con lo dispuesto por la ley y lo que tiene resuelto la jurisprudencia, no obstante el carácter de acciones personales pasivas, no son atraídas por el juicio universal: las demandas por cobro de prenda agraria; ⁽⁷¹⁾ los cobros hipotecarios; ⁽⁷²⁾ las promovidas después de terminado el juicio, aunque sean atinentes a los bienes del concurso o de la sucesión; ⁽⁷³⁾ los que se refieran a terceros, aunque entre ellos figuren el cónyuge sobreviviente sea firmante de una obligación con el marido; ⁽⁷⁴⁾ y aunque el causante hubiera sido el deudor primitivo. ⁽⁷⁵⁾

⁽⁷⁰⁾ FALLOS, t. 100, p. 274; t. 121, p. 327; t. 136, p. 19; t. 145, p. 17; t. 151, p. 69; t. 154, p. 216; t. 157, p. 26; t. 166, p. 100.

⁽⁷¹⁾ LEY Nº 9644, art. 18; *Gaceta del Foro* t. 50 p. 333; t. 62, p. 261; t. 80, p. 41; t. 109, p. 248; t. 120, p. 265.

⁽⁷²⁾ JURISPRUDENCIA, ya citada.

⁽⁷³⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, t. 112, p. 320; CÁMARA CIVIL 1ª, *Gaceta del Foro*, t. 110, p. 136.

⁽⁷⁴⁾ CÁMARA COMERCIAL, *Gaceta del Foro*, 22 de Setiembre de 1922; CÁMARA CIVIL 1ª, *Gaceta*, Julio 6 de 1922.

⁽⁷⁵⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Gaceta del Foro*, t. 112, pág. 273.

CAPITULO XV

DE LA COMPETENCIA POR VALOR

SUMARIO: I. LA COMPETENCIA POR VALOR DE LOS LITIGIOS; CRITERIO CON QUE ES GENERALMENTE ORGANIZADA. — II. RÉGIMEN LEGAL DE LA CAPITAL FEDERAL ESTABLECIDA POR LA LEY 11924 Y EXCEPCIONES QUE LA MISMA RECONOCE. — III. PROBLEMAS QUE PLANTEA EL INC. 1º DEL ART 11; QUÉ DEBE ENTENDERSE POR “VALOR CUESTIONADO”. — IV. CRITERIOS PARA DETERMINAR EL VALOR DE LA COSA RECLAMADA; PRINCIPIO GENERAL Y REGLAS PARTICULARES. — V. COMPETENCIA *ratione quantitatis* EN CASO DE ACUMULACIÓN DE ACCIONES. — VI. ID. EN CASO DE LITIS CONSORCIO. — VII. ID. EN CASO DE ACUMULACIÓN DE AUTOS. — VIII. DEMANDAS RECONVENCIONALES. — IX. INFLUENCIA DE LA MODIFICACIÓN DEL MONTO DE LA DEMANDA SOBRE LA COMPETENCIA DEL JUEZ QUE CONOCÍA ORIGINARIAMENTE. — X. EL FUERO FEDERAL Y LA COMPETENCIA POR VALOR.

I. Tanto la Capital Federal como las provincias, han organizado la competencia teniendo también en cuenta el valor de los litigios. Existe así una competencia de “menor cuantía” al lado de otra de “mayor cuantía”, reservándose sólo para ésta la denominación de justicia ordinaria, pues, a la otra, se le llama generalmente “justicia de paz”.

Naturalmente que no es uniforme el criterio con que las leyes nacionales y provinciales han organizado la competencia por valor. Aparte de que para unas la justicia de paz no forma parte del Poder Judicial y para otros si, ⁽¹⁾ difieren entre ellas respecto a la cantidad fijada como límite de la competencia y a las fórmulas para determinar el valor cuestionado. ⁽²⁾ Pero, no cabe duda que las normas que mayor aceptación han te-

(1) La Ley 11.924 que organiza la competencia de la justicia de paz de la Capital fija en dos mil pesos el límite de su competencia; la Ley de Justicia de Paz de la Provincia de Buenos Aires fija en mil pesos y pesos quinientos según los casos; la de la Provincia de Sta. Fe en mil quinientos pesos y cien pesos también según las situaciones; la de Entre Ríos en cuatrocientos pesos, etc.

(2) El Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires establece que se tomará en cuenta los intereses para determinar el monto de la demanda (art. 9); lo mismo dispone el Código de Procedimientos de Santa Fe (art. 4) la Ley Orgánica de los Tribunales de Córdoba (art. 61) y Código de Procedimientos de Entre Ríos (art. 4, inc. 9). En cambio el Código de la Provincia de Tucumán, por ejemplo, preceptúa que no debe computarse los intereses para determinar la competencia; art. 2, inc. 9.

nido en la doctrina, han sido acogidas por la legislación o consagradas por la jurisprudencia del país.

Entre ellas, pueden señalarse las que establecen que las cuestiones de estado y las de valor indeterminado, no competen a la justicia de paz, debido tal vez a que, por su naturaleza, esas cuestiones deben ser resueltas por jueces letrados, carácter que no siempre tienen los jueces de menor cuantía. Por eso, y en cuanto a ese respecto se les reconoce a los jueces de mayor cuantía una competencia ilimitada en razón del monto, se ha dicho que tienen el grueso de la competencia y constituyen la justicia ordinaria, en tanto que los de paz pertenecen a una justicia de excepción.

Por lo demás, nuestras leyes no son, en general, lo explícitas que debieran. Tienen muchas lagunas, las que, las más de las veces, producen incidentes y procedimientos dilatorios en perjuicio de los litigantes y de la buena administración de la justicia. De ahí que sea conveniente admitir como principio de sana economía procesal, que el legislador suministre las reglas fijas y precisas que resuelvan el mayor número de situaciones posibles o criterios generales, si se quiere, pero claros y determinados. Aunque dichas reglas puedan obedecer a criterios más o menos arbitrarios, siempre tendrán la ventaja de evitar las vacilaciones y errores que la indeterminación produce.

II. En la Cap. Federal, la competencia "*ratione quantitatis*" está regida por la ley 11.924, en cuanto ella determina los asuntos que competen a la justicia de paz. Dicha ley establece (art. 11) que, los jueces de paz conocerán en primera instancia:

1º De los asuntos civiles y comerciales en que el valor cuestionado no exceda de dos mil pesos, excepto los juicios universales, los interdictos, las venias y los asuntos que se refieran al derecho de familia;

2º De las demandas por desalojo, cualquiera que sea la importancia del alquiler, cuando no medie contrato escrito o si habiéndolo el alquiler mensual no excede de trescientos pesos;

3º De las demandas por alquileres cualquiera sea el nú-

mero de mensualidades vencidas siempre que el alquiler mensual no exceda de trescientos pesos;

4º De las demandas sobre rescisión de contrato de locación cuando el alquiler no excediese de trescientos pesos y la rescisión se fundase en el art. 1579 del Cód. Civil.

5º De las demandas por cobro de sueldos o salarios siempre que no exceden de diez pesos diarios o de trescientos pesos mensuales cualquiera sea el importe total reclamado;

6º De las demandas reconconvencionales aunque exceda de la suma establecida en el inc. 1º.

Como se ve, la ley establece una regla general en la primera parte del inc. 1º del art. 11, y luego en los demás incisos, las excepciones, es decir, los casos en que, no obstante exceder del límite fijado como norma general, compete conocer a los jueces de paz. Pero tales excepciones no han sido establecidas con un criterio uniforme, pues, en las locaciones, tiene en cuenta si hay o no contrato escrito cuando se demanda el desalojo, y no cuando se exige el cobro de los alquileres o se pide la rescisión del contrato. Es de notar además, que tampoco se advierte la razón por la que en los desalojos se hace la distinción de si existe o no contrato, dado que los jueces de paz son letrados y se encuentran en condiciones de resolver las cuestiones jurídicas que pueden suscitarse acerca de la validez del convenio.

Hemos dicho que el inciso 1º, en su primera parte, establece la regla general que rige la competencia por cantidad. Ese precepto legal, en efecto, alude a todos "los asuntos civiles y comerciales en que el valor cuestionado exceda de dos mil pesos", lo que quiere decir que comprende tanto a las *acciones personales* como a las *reales*, ya que ninguna otra disposición autoriza a excluir a estas últimas que también tienen su representación pecuniaria. (3) Sin embargo, no dejará de ser un contrasentido que no se dé competencia para entender en los interdictos y se le reconozca para conocer en una reivindicación.

(3) Si en la práctica no se han presentado cuestiones de esta naturaleza, es porque generalmente el valor cuestionado excede siempre del límite de competencia de la justicia de paz, debido al elevado precio de los inmuebles en la Capital Federal.

Pero al referirse la ley al valor cuestionado, va de suyo que ha querido aludir a las reclamaciones que tienen una entidad patrimonial cuyo valor es susceptible de determinación. De ahí que, cuando el conflicto carece de importancia económica, se encuentre fuera de la competencia de la justicia de paz. Tal cosa podría ocurrir no sólo en los asuntos que se refirieran al derecho de familia, los que por la misma ley están excluidos, sino a otros muchos, como los relativos a títulos honoríficos, al amparo de derechos individuales y a los de carácter estrictamente personal, como la interdicción, curatelas, derecho al nombre, etc. (4)

Pero conviene no confundir, a los efectos de la competencia, los litigios de cantidad indeterminable con los de cantidad indeterminada. Aquéllos, no son susceptibles de una determinación, porque el derecho lesionado no puede sustituirse con el pago de una suma de dinero; en cambio éstos sí. Por ello, si los primeros están excluidos de la competencia de los jueces de paz, los últimos en principio no lo están, sólo que es preciso establecer cómo se llega a la determinación, problema que estudiaremos más adelante junto con otros que la cuestión suscita.

III. El examen de la disposición legal que estudiamos, plantea desde luego dos cuestiones previas: una es la relativa a lo que debe entenderse por "valor cuestionado", y otra la que se refiere a la forma o modo de establecer ese valor.

(4) La CÁMARA CIVIL 2ª ha declarado, que las cuestiones extrañas a todo interés patrimonial, como la nulidad de una asamblea, no es de competencia de la justicia de paz, *Gaceta del Foro*, t. 148, p. 222. GLASSON et TISSIER t. 1, Nº 302 dicen: Cuando un litigio no es susceptible de evaluación pecuniaria, no puede, salvo disposición contrarias de la ley, ser sometido a un tribunal cuya jurisdicción está limitada a los litigios que no pasen de una cierta suma. Esta regla se aplica a un gran número de acciones concernientes al estado, la capacidad, los derechos de familia, los derechos vinculados a la personalidad. MORTARA estudiando el art. 81 del *Código de Procedimientos italiano*, que establece que las controversias de estado, de tutela, de derecho honorífico y otros de valor indeterminable se consideran de valor excedente de mil quinientas liras, dice, que los legisladores modernos no han sentido en general la necesidad de dictar una regla semejante a la del código italiano porque han considerado la competencia de los jueces inferiores restringida a la categoría de controversias especialmente atribuidas a su competencia, *Commentario*, t. II, p. 74.

Si nos atenemos a los términos escuetos del texto legal, habrá que llegar a la conclusión de que, el "valor cuestionado", es la suma o cosa que se reclama, con independencia de la relación jurídica de que pueda derivar el derecho perseguido. Así, por ejemplo, si se demanda intereses, habrá que estar a la suma que se cobra, cualquiera sea el monto del capital facilitado en préstamo; de la misma manera, si se demanda frutos de un inmueble comprado y no entregado, deberá hacerse caso omiso del valor de éste para solo tener en cuenta lo demandado.

Pero la jurisprudencia se ha inclinado hacia otro criterio, cuando lo que se pretende se encuentra tan estrechamente vinculado a la relación jurídica principal, que no puede prosperar sin reconocer la existencia de ésta. Es así que ha declarado: que no compete a la justicia de paz conocer del *cobro* de una suma inferior a la fijada por la ley como límite de su competencia, cuando ella proviene del incumplimiento de un contrato cuyo monto excede de ese límite; ⁽⁵⁾ que no corresponde a la justicia de paz, conocer en la demanda del comprador por *consignación* de una cuota del precio de una finca, si el precio total excede el límite de su competencia; ⁽⁶⁾ que es de competencia de la justicia ordinaria el juicio por *rescisión* de una compra-venta de inmueble cuyo monto excede del señalado en el art. 11 de la ley 11.924, aun cuando la venta se hubiera pactado por mensualidades y sólo se adeudase por valor inferior a \$ 2.000 m/n.; ⁽⁷⁾ que persiguiéndose la *cancelación* de un crédito hipotecario que ascienda a cuatro mil pesos, el caso no es de competencia de la justicia de paz, aun cuando la consignación en pago que se efectúa como saldo deudor sea de \$ 279,00; ⁽⁸⁾ que si la demanda persigue la *escrituración* de un inmueble que ha sido objeto de una compra-

⁽⁵⁾ CÁMARA CIVIL 2ª en *Jurisprudencia Argentina*, t. 49, p. 312.

⁽⁶⁾ CÁMARA CIVIL 2ª en *Jurisprudencia Argentina*, t. 50, p. 552; t. 52, p. 789; CÁMARA CIVIL 1ª en *Gaceta del Foro*, t. 121, p. 87. En contra: CÁMARA CIVIL 1ª en *Jurisprudencia Argentina*, t. 53, p. 307.

⁽⁷⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, t. 159, p. 135 y *Jurisprudencia Argentina*, t. 51, p. 941; t. 37, p. 1450; t. 52, p. 191.

⁽⁸⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Gaceta del Foro*, t. 121, p. 87. En contra: CÁMARA CIVIL 1ª, *Gaceta*, t. 125, p. 211.

venta por un precio superior a dos mil pesos, la causa no compete a la justicia de paz letrada, aun cuando el adquirente que la entable consigne una suma menor; ⁽⁹⁾ que corresponde a la justicia ordinaria, cuando el precio establecido en el contrato de compraventa exceda del límite fijado por el art. 11 de la ley 11.924, si la demanda persigue el *cumplimiento* de dicho contrato, aun cuando subsidiariamente se reclame el cobro de mensualidades atrasadas cuyo monto no alcanza al límite aludido. ⁽¹⁰⁾

En todos estos casos, el "valor cuestionado", no es la suma que se cobra o consigna, sino el objeto perseguido: el cumplimiento o rescisión del contrato. De ahí que haya que relacionar el *petitum* con la *causa petendi*, como lo enseña Chiovenda. ⁽¹¹⁾ Sin embargo, los tribunales se han apartado de esa norma en materia de intereses, estableciendo que debe tenerse en cuenta el monto de lo cobrado o consignado cualquiera sea el importe del capital debido. ⁽¹²⁾

Tal jurisprudencia tiene sus inconvenientes, porque suscita el problema acerca de los efectos de la sentencia sobre el derecho a cobrar el capital, si se hiciera valer en otro juicio. Y aunque la doctrina se ha negado a reconocer a ese respecto valor al primer pronunciamiento en virtud de no ser admisible la cosa juzgada implícita, es lo cierto que la sentencia que hace o no lugar al cobro de intereses, presupone la deuda del capital.

Con todo, dentro del criterio seguido por los tribunales y al que nos venimos refiriendo, se podría encontrar una solución, estableciendo un *distingo*, según pretenda o no el actor obtener un pronunciamiento sobre la existencia de la obligación principal. En el primer caso, habría que tener en cuenta el valor del capital para fijar la competencia, en el segundo, sólo los intereses cuyo cobro se persigue.

⁽⁹⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 51, p. 940.

⁽¹⁰⁾ CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 52, p. 191.

⁽¹¹⁾ CHIOVENDA, *Principii*, p. 494, año 1913.

⁽¹²⁾ CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 47, p. 50; t. 49, p. 547; *Gaceta del Foro*, t. 125, p. 211. La Cámara Civil 1ª de La Plata tiene una jurisprudencia contraria.

IV. La ley 11.924, fuera de los pocos casos particulares contemplados en el art. 11, nada dice sobre la forma de determinar el valor de lo cuestionado. Rige sin embargo, al respecto, un principio que ha sido consagrado por la doctrina, que han acogido algunas legislaciones y que nuestros tribunales han seguido uniformemente. Según él, la demanda determina el valor del pleito.

Pero, no obstante su simplicidad, el principio no ha dejado de ofrecer dificultades en su aplicación. Por lo pronto, ya se ha visto cómo muchas veces hay que recurrir al complejo de la litis, relacionando lo pedido con la *causa petendi* para fijar el valor cuestionado. Además, la libertad de la demanda para apreciar la importancia pecuniaria del pleito, es relativa, porque reconoce sus límites en circunstancias extrañas a la voluntad del actor.

En principio, el actor es dueño de demandar lo que se le ocurra, sin perjuicio, claro está, de que la sentencia reduzca sus pretensiones a sus justos límites. Nada puede impedir, en efecto, que, quien es acreedor de \$ 1.000 pretenda \$ 2.000, y a la inversa, que quien es acreedor de \$ 2.000 sólo reclame la mitad. En tales casos, la pretensión es lo que fija el valor y por lo tanto, determina la competencia.

Pero, ¿ocurriría lo mismo si de los elementos que la demanda contiene, resulta que el valor cuestionado es otro que el fijado en el *petitum*? Supóngase que con la demanda, se acompaña el documento en que el actor funda su derecho y el cual comprueba que el crédito es mayor o menor que el reclamado, ¿qué es lo que se debe tener en cuenta: lo que se pide o lo que el documento indica? Si se demanda una cosa mueble que no ha sido justipreciada en contrato (100 bolsas de trigo por ejemplo), ¿qué valor debe asignársele a los efectos de la competencia? ¿Cuál es el que corresponde al reclamo de un inmueble, o al del usufructo, nuda propiedad, servidumbre, etc.?

Algunas leyes extranjeras prevén estos casos particulares y establecen, para resolverlos, normas o fórmulas que, como

es natural, responden a criterios más o menos arbitrarios. Los más comunes y aceptables son:

1º Que para determinar el valor del litigio en los cobros de sumas de dinero, se suman al capital, los intereses, daños y gastos anteriores a la demanda.

Entre nosotros, ese criterio ha sido aceptado por algunas leyes provinciales: el Cód. de Proc. Civ. de Buenos Aires (art. 9); la Ley Orgánica de los Tribunales de Córdoba (art. 61); la Ley Orgánica de los Tribunales de Santa Fe (art. 59); el Cód. de Proc. Civ. de Entre Ríos (art. 5, inc. 9). También los tribunales de la Capital, ante el silencio de la ley, se han inclinado últimamente por ésta solución, aunque no en forma únicamente. ⁽¹³⁾

Mortara critica dicha fórmula, que es la consagrada por el art. 72 de la ley italiana, y se decide por la contraria adoptada por el Cod. de Proc. alemán (art. 4º) y el Reglamento austríaco (art. 54). Sostiene tan reputado procesalista que, si como es universalmente aceptado, las obligaciones accesorias no influyen sobre la competencia del juez cuando son posteriores a la demanda, no es lógico que influyan las anteriores que pueden ser de muy inferior importancia.

Pero la objeción no parece mayormente fundada, ya que las razones que se dan para no admitir la influencia de las accesorias posteriores, no militan cuando los intereses, daños y gastos son anteriores a la demanda. En éste último caso, en efecto, se trata de algo que ya existe, que se debe realmente y que se puede determinar en forma cierta, no habiendo razón alguna para no considerarlo como formando parte de la deuda reclamada; en el otro caso, en cambio, se trata de algo sobreveniente que puede o no tener importancia y que naturalmente no debe tenerse en cuenta para fijar la competencia, porque ello ocasionaría serios perjuicios a los litigantes, sea que se declarase la nulidad de lo actuado, sea que se limitare a remitir las actuaciones al juez de competencia superior: en

(13) JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 19, p. 524; t. 29, p. 747; t. 30, p. 510; t. 35, p. 921; t. 39, p. 512; t. 43, p. 1204; t. 44, p. 109; t. 58, p. 176. En contra: *Jurisprudencia Argentina*, t. 15, p. 572, t. 48, p. 920.

el primer caso, porque se obligaría a las partes a seguir un juicio nuevo no obstante que el ya tramitado lo fué ante un juez que era competente a la fecha de su iniciación; en el segundo caso, porque se daría a los jueces de menor cuantía una competencia inestable, puesto que siempre habría la posibilidad de que los intereses, frutos y gastos judiciales posteriores a la demanda, excedieran del límite fijado por la ley a su competencia originaria.

2º Que cuando el actor fundare su derecho en un documento que acompaña con la demanda y en él apareciere determinado el valor cuestionado, debe estarse para establecer la competencia a lo que del mismo resulta. ⁽¹⁴⁾

Por medio de esa regla, se evita que, arbitrariamente el demandante aprecie el valor de su crédito, a los efectos de la competencia. Porque una cosa es que el actor tenga libertad para reclamar lo que se le ocurra, y otra cosa es que pueda hacerlo para elegir el juez que ha de conocer en la causa. Por eso, cuando la propia demanda suministra elementos fehacientes que contradicen el valor que el actor atribuye a la cosa reclamada, esos elementos son los que deben tenerse en cuenta y no la apreciación hecha por el demandante.

3º Cuando se reclame una cosa mueble y no se acompañe documento emanado de las partes que establezca su valor, el *quantum* de la litis, será el que le atribuya el demandante, salvo el derecho del demandado de cuestionar la apreciación. ⁽¹⁵⁾

Muchas leyes han preferido el método de la valuación objetiva, estableciendo algunos criterios generales para fijar el valor, tales como "el precio corriente en plaza" o "el que fijen peritos", etc.; pero nos parece preferible el enunciado más arriba, porque evita el procedimiento de comprobación previa, que puede ser largo, difícil y costoso. El peligro que podría existir, de una arbitraria apreciación, se contrarresta dando al demandado el derecho de objetarla; y si bien en este

⁽¹⁴⁾ LEY DE ORGANIZ. DE LOS TRIB. DE CHILE, art. 198; CÓD. DE ORGANIZ. DE LOS TRIB. DEL URUGUAY, art. 43.

⁽¹⁵⁾ CÓD. DE PROC. ITALIANO, art. 80.

caso habría que producir la prueba correspondiente, ello sería la consecuencia de la contradicción introducida por el demandado, contradicción que antes no existía y que ha podido no producirse.

No es lo mismo exigir una comprobación previa, que tener que llegar a ella debido a una circunstancia sobreviniente. En este último caso, la prueba es necesaria, en el otro, puede no serlo si el demandado se conforma con el justiprecio hecho por el actor. No debe olvidarse que, lo que interesa, es simplificar el proceso y acelerar su desarrollo, y no complicarlo sin razón ni demorarlo más de lo necesario con procedimientos inútiles.

4º Para determinar la competencia por valor, cuando se demanda bienes inmuebles, debe estarse a la valuación fiscal para el pago de la contribución territorial.

Es sin duda, la mencionada, una regla cierta, fija, e imparcial que aleja toda discusión y evita dilaciones improcedentes. Ella ha sido adoptada por casi todas las leyes provinciales para establecer el valor del inmueble cada vez que sea necesario tenerlo en cuenta en el proceso: para pagar impuestos, proceder a la venta, determinar la competencia, etc.

De manera que, el principio de que la demanda determina el valor del pleito, debe entenderse con el alcance que le hemos dado. Es decir que determina el valor, ya sea por la apreciación que en ella hace el actor cuando puede hacerlo libremente, ya sea por los documentos que con la misma se acompaña, ya sea por la individualización del inmueble cuyo valor está fijado por la ley de antemano.

V. Hasta aquí hemos estudiado la situación común y corriente de una persona que propone una sola demanda contra un solo demandado; pero es sabido que pueden presentarse otros en los que haya pluralidad de acciones y de personas. De ahí que, sea necesario considerar también los distintos casos de acumulación objetiva y subjetiva.

En la Capital Federal, las leyes no han previsto especialmente esa situación. Apenas si el art. 74 del Cód. de Proc. establece una regla, no ya para fijar la competencia en caso de

acumulación de acciones, sino para admitir la acumulación misma. Ella ha venido, sin embargo, a suministrar una norma para determinar la competencia por valor.

En efecto, dicho precepto legal dice que, "puede el demandante acumular todas las acciones que tenga, contra una misma parte con tal: 1º que no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra; 2º que corresponda a la jurisdicción del mismo juez; 3º que puedan sustanciarse por los mismos trámites". De ello resulta, entonces, que es el valor de cada acción lo que se debe tener en cuenta para fijar la competencia, puesto que no se pueden acumular las que correspondan a distintos jueces.

Es posible que el legislador no haya querido llegar a ese resultado, pero a él conduce lógicamente la disposición. Así lo ha entendido una larga y constante jurisprudencia de nuestros tribunales. (16)

No es por cierto el sistema consagrado así indirectamente por el art. 74, el más recomendable. No lo aconseja la doctrina ni lo han aceptado la mayoría de las legislaciones extranjeras. (17) El conduce a situaciones ilógicas, como es la de dar competencia a los jueces de menor cuantía en asuntos que por su valor no les corresponde, y en cambio quitársela a los de mayor cuantía en asuntos que por su importancia pecuniaria debería conocer. Así, por ejemplo, si el actor persigue en un juicio el cobro de tres créditos de \$ 2.000 cada uno, debe ocurrir a la justicia de paz no obstante que el valor del asunto es de \$ 6.000; en cambio, si pretende cobrar por una sola demanda dos créditos de \$ 2.500 cada uno, que en total suman \$ 5.000, debe hacerlo ante la justicia ordinaria.

Las razones que se han dado para fundar nuestro sistema legal, no tienen mayor consistencia. Se ha dicho que la acumulación de acciones no hace perder la individualidad cuan-

(16) CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 11, p. 738; t. 9, p. 75; t. 49, p. 70; *Gaceta del Foro*, t. 136, p. 118; C. C. 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 11 p. 134; t. 14, p. 220.

(17) CÓD. DE PROCED. ALEMÁN, art. 5; CÓD. DE PROC. ITALIANO, art. 73 y 74; LEY DE ENJUIC. ESPAÑOL, art. 489, inc. 7º, 1881; LEY DE ORG. DE TRIB. DE CHILE Nº 202; C. P. O. DEL URUGUAY, arts. 50, 51, 55.

titativa de cada una, pues sólo tiende a facilitar la tramitación de varias en un solo proceso por razones de comodidad, economía y celeridad; "el procedimiento se unifica con la evidente ventaja de evitarse la multiplicación de litigios, pero en cuanto a la competencia, es como si cada una se hubiera enablado separadamente".

Pero es que lo que tiene en cuenta la ley para fijar la competencia, es la entidad proceso y no la entidad acción. No le interesa que sean una o varias las acciones promovidas, sino el "valor cuestionado"; y el valor cuestionado en el caso de acumulación, es sin duda, el que suman todas las acciones. Además, si la acumulación se admite por razones de economía procesal, no se ve por qué se le ha de dificultar cuando son de distinto valor. Y que el art. 74 dificulta la acumulación es evidente, puesto que no lo permite cuando no corresponden a la "jurisdicción" del mismo juez, según reza el texto legal.

Las incongruencias que pueden resultar de dicho sistema, ha hecho que la Cám. Civ. 2ª declare que la competencia por valor no reviste caracteres tan cerrados y exclusivos como para que no permita la acumulación ante la justicia ordinaria de varias demandas que dependan del mismo título o causa, aunque cada una de ellas corresponda a la justicia de paz. Admitió así, que ante el juez de 1ª Instancia se demandase la repetición de lo que se había pagado en varios juicios seguidos ante la justicia de por cobro de impuestos. ⁽¹⁸⁾

El texto legal, sin embargo, no autoriza esos distinguos. Por mala que sea la regla que consagra, debe aplicarse con estrictez, porque en materia de competencia, la bondad del sistema de distribución que se adopte, depende de la seguridad y fijeza del criterio aceptado, más que de la lógica y razonabilidad del mismo. Es preferible una norma racionalmente equivocada pero que facilite el dar con el juez competente, antes que otra muy lógica pero de difícil y variable aplicación.

Quiere decir entonces, que si bien convendría que se adoptase el sistema que propugnamos, siendo otro el seguido por

(18) CÁMARA CIVIL 2ª en *Gaceta del Foro*, t. 148, p. 168. También la CÁMARA CIVIL 1ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 66, p. 807.

la ley, es éste el que debe aplicarse rigurosamente para evitar la confusión que produciría la diversidad de criterios.

VI. Pero el art. 74 comprende toda clase de acumulación. Al decir que puede "el demandante" deducir todas las acciones que tenga contra una misma parte, parece haber querido referirse sólo a la acumulación objetiva, o sea a la que tiene lugar cuando una persona promueve más de una acción en una sola demanda contra la misma persona. De ahí que hayan surgido dos problemas a resolver: uno que consiste en saber si es admisible el litis consorcio, y otro que radica en averiguar si en caso de admitirse la acumulación subjetiva, debe aplicarse la regla que indirectamente consagra el recordado precepto legal.

En cuanto a la primera cuestión, la doctrina se ha decidido uniformemente por la afirmativa. Ya nadie duda que, no obstante el silencio de la ley, puede tener lugar la acumulación por pluralidad de personas, ya sean como actores o demandados, siempre que la acción conjunta se funde en el mismo título y reconozca la misma causa. Los tribunales se han pronunciado también en ese sentido. ⁽¹⁹⁾

En lo referente a la segunda cuestión, pienso que también debe resolverse afirmativamente, porque si bien la acumulación subjetiva no está comprendida en el art. 74, no hay razón para que rija respecto de ella un criterio distinto del que rige en la acumulación objetiva. La adopción de otro criterio no serviría sino para introducir un nuevo elemento de confusión, cuando lo que se debe buscar es simplificar las cosas por medio de reglas uniformes.

VII. No puede decirse lo mismo de la acumulación de autos, cuya situación es distinta a la de la acumulación de acciones. Aquella supone la existencia de dos o más procesos,

(19) FALLOS, S. C. N., t. 120, p. 78; CÁMARA FEDERAL DE LA CAPITAL, en *Gaceta del Foro*, t. 53, p. 396; CÁMARA CIVIL 1ª en *Jurisprudencia Argentina*, t. 29, p. 686, t. 45, p. 512; y *Gaceta del Foro*, t. 80 p. 253; CÁMARA CIVIL 2ª, en *Gaceta del Foro*, t. 68, p. 138; CÁMARA COMERCIAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 17, p. 708; t. 50, p. 958; CÁMARA DE PAZ, *Gaceta*, t. 125, p. 233.

en tanto que ésta requiere un solo proceso aunque en él intervengan varias personas como actores o demandados. Por eso las reglas de competencia *ratione quantitatis* no pueden ser las mismas en uno y otro caso.

Según hemos visto, la acumulación de autos puede tener lugar: 1º cuando procede el fuero de atracción, o sea, cuando se tramitan juicios universales ante cuyo juez deben promoverse todas las acciones personales pasivas; y 2º cuando dos o más procesos reconocen una vinculación jurídica tal, que de resolverse independientemente, podrían ocasionar sentencias contradictorias. ⁽²⁰⁾

En el primer caso, no hay acumulación de autos, sino respecto del juez que ha de fallarlos; cada uno se tramita y resuelve por separado e independientemente. No plantea por tanto, ningún problema el distinto valor cuestionado en los diversos procesos, porque la atracción se ejerce con independencia de la importancia pecuniaria de la litis.

En el segundo caso, en cambio, la cuestión varía, porque, pudiendo haberse promovido los distintos juicios ante diversos jueces, es necesario determinar cual es el competente, vale decir, ante quien debe producirse la acumulación. Y naturalmente no puede regir el art. 74 del Código de Procedimientos porque su aplicación burlaría los propósitos que se persiguen con la acumulación, desde que, no autorizándolo dicho artículo cuando los procesos corresponden a distinta jurisdicción, podrían producirse sentencias contradictorias, que es precisamente lo que se quiere impedir con la unificación de los procesos.

Entiendo que en este caso, el juez ante quien deben acumularse los procesos, es el que conoce de la relación jurídica principal. Y la razón es obvia, porque la vinculación jurídica que exige que se acumulen los autos, supone una relación jurídica principal con la cual están ligados y de la cual dependen las demás. ⁽²¹⁾ Lógico es, entonces, que éstas se acumu-

⁽²⁰⁾ Véase Cap. XIV, pág. 272 y Cap. XVI p. 314.

⁽²¹⁾ Si por un juicio se discutiese la validez o nulidad de un contrato, y por otro se pretendiese el cobro de una cuota adeudada en virtud

len a aquélla que, por ser principal es generalmente la de mayor valor. Si todas fueran de la misma importancia pecuniaria, la acumulación debería hacerse al juicio que fué promovido primero.

No es posible sistematizar la jurisprudencia entre nosotros, porque son muy raros los casos en que se ha dispuesto la acumulación de autos, y porque cuando ello ha ocurrido no ha existido cuestión por tratarse de litigios cuyo valor exigían la misma competencia.

VIII. Respecto de la reconvención, la regla legal en la Capital Federal es la de que no influye sobre la competencia del juez que conoce de la demanda (principal) aun cuando por razón del valor no le corresponda conocer de la misma. Eso es, por lo menos, lo que dispone el inc. 6º del art. 11 de la ley 11924 para la justicia de paz, y a contrario sensu para la justicia ordinaria, según lo han declarado los tribunales. ⁽²²⁾

En las legislaciones extranjeras se han adoptado los más diversos sistemas, lo que demuestra que no existe un criterio uniforme al respecto: unos establecen que la competencia se determina por el monto a que ascienden la demanda y la reconvención reunidos (Ley de Organización de los Tribunales de Chile, art. 203 Código de Procedimientos Civiles del Uruguay, art. 63; Santa Fe, art. 4); otros por el valor de cada demanda (principal y reconvención) separadamente (art. 7 de la Ley de Justicia de Paz de Francia año 1838); otros también por el valor de cada demanda aisladamente consideradas, pero cuando la reconvención excede del límite de la competencia del juez que conoce de la principal, deben remitirse los autos al juez de mayor cuantía para que conozca de las dos demandas (Código de Procedimientos italiano, art. 100 y 101 y Código de Procedimientos alemán, art. 506); otros separan la reconvención de la demanda principal cuando excede del

de dicho contrato, es evidente que éste último juicio debe acumularse a aquél en que se cuestiona la relación jurídica principal.

⁽²²⁾ CÁMARA CIVIL 1ª en *Jurisprudencia Argentina*, t. 64, p. 786; CÁMARA DE PROCEDIMIENTOS CIVIL, ENTRE RÍOS art. 4, inc. 12; SANTA FE, art. 2, inc. 3 y art. 236; MENDOZA, art. 137 a contrario sensu; TUCUMÁN, art. 108 a contrario sensu.

límite de la competencia que entiende en ésta, y la remite al juez de competencia superior (Código de Procedimientos Belga, de 1876, art. 37); otros sencillamente no admiten la reconvencción cuando por el valor reclamado no corresponde al juez de la demanda principal (que era lo que ocurría entre nosotros antes de la sanción de la ley 11924).

El sistema seguido por la ley 11924 es, sin duda más simple y tiene la ventaja de impedir que el demandado abulte exageradamente sus pretensiones al solo efecto de substraer el juicio del conocimiento del juez de paz. Además, evita los inconvenientes (gastos, pérdidas de tiempo) que produce el envío de los procesos de un juez a otro. Con ello no hay peligro de que la justicia se administre deficientemente, puesto que los jueces de paz son letrados como los de primera instancia y la gravedad o importancia de los litigios no depende solamente de su valor pecuniario, si no también de la naturaleza jurídica de la cuestión misma. Por lo demás, la distribución de la competencia *ratione quantitatis* no se basa en la mayor o menor preparación de los jueces, sino en razones de economía procesal.

IX. Pero si la reconvencción no tiene influencia sobre la competencia por valor, ¿pueden tenerla, según nuestras leyes, las modificaciones que el actor introdujese en la demanda principal en trámite? Algunas leyes provinciales preveen esas situaciones y dan reglas para resolverlas, ⁽²³⁾ pero en el orden nacional no existen disposiciones especiales al respecto. La solución de ellas, pues, hay que buscarlas en los principios dominantes compatibles con la organización de nuestro proceso.

Cuando el actor modifica su demanda antes de estar trabada la litis, es dueño de la acción y puede, desde luego, aumentar o disminuir sus pretensiones. En ese caso, como todavía no se encuentra constituido el proceso, las modificaciones introducidas, deben necesariamente influir sobre la competencia del juez, porque esas modificaciones importan un de-

(23) CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE SANTA FE, art. 3.

sistimiento de la primitiva demanda y la promoción de una nueva. Es decir que es ésta la que se debe tener en cuenta y no aquélla que ha desaparecido por voluntad del actor. Luego, si la nueva demanda no corresponde, por su monto, el juez ante quien se promovió el proceso, sea por sobrepasar, sea por no alcanzar los límites de su competencia, debe desentenderse de seguir conociendo de aquélla.

Ahora, cuando la modificación se lleva a cabo después de formalizado el proceso, la doctrina distingue según que la alteración de la demanda importe una disminución de su valor o por el contrario constituya un aumento de su valor.

En el primer caso, se admite que la nueva demanda no altere la competencia del juez que conoce de la misma, porque el pleito se ha trabado por el monto total de la demanda originaria y es sobre toda ella que debe resolver la sentencia. Si el actor ha hecho abandono de una parte, dice Mortara, porque reconoce no poder actualmente o no poder en sentido absoluto sostenerla, la decisión del magistrado sancionará tal abandono, definiendo los justos límites de su derecho frente a las pretensiones expuestas en la citación; esto es, establecerá no sólo que el demandado debe al actor un tanto, sino que establecerá también que no debe lo demás que se le había demandado. Y eso aún en la hipótesis que la reducción de la pretensión hubiese sido aceptada por el demandado; porque la simple aceptación podría no ser suficiente para otorgarle una defensa perpetua contra las sucesivas reproducciones de aquella parte de la demanda abandonada, mientras que esa defensa se la daría seguramente la cosa juzgada. ⁽²⁴⁾

Este sistema, que se basa en la máxima: *in eo quod plus est et minus continetur*, nos parece aceptable aún para el caso de que el demandado careciera de interés en que el pronunciamiento recaiga sobre el todo de la primitiva demanda, porque evita los trastornos consiguientes a la remisión del proceso de un juez a otro, y porque, como hemos dicho, en la

(24) MORTARA, *Commentario*, 4ª edic. Milano, t. II, p. 95.

competencia por valor, no hay en juego ningún principio fundamental.

El problema que algunas legislaciones plantean, cuando en el curso del proceso el actor aumenta sus pretensiones hasta ultrapasarse los límites de la competencia del juez que conoce de la litis, no puede producirse entre nosotros sino excepcionalmente. ^(24 bis) Con el escrito de contestación a la demanda o reconvencción, en su caso, el pleito quedará concluido para prueba, dice el art. 103 del Código de Procedimientos Civiles, lo que importa establecer que no es susceptible de ser modificado por ninguna de las partes. La pretensión del actor de aumentar el "valor cuestionado" importaría introducir una nueva demanda, lo que ya no puede llevarse a cabo después de trabada la litis, sino en el juicio ejecutivo y sólo con respecto "al vencimiento de algún nuevo plazo de la obligación en cuya virtud se proceda" (art. 484).

Pero, como el art. 109 admite que, cuando con posterioridad a la contestación ocurriere o llegase a conocimiento de las partes algún hecho que tuviere relación con la cuestión que se ventile, las partes pueden alegarlo hasta tres días después del auto de prueba, implícitamente permite la introducción de una nueva demanda fundada en esos hechos que pueden por cierto, aumentar el valor cuestionado. En tal hipótesis, es natural que la ampliación de la demanda influya sobre la competencia del juez, porque, en realidad, el proceso se constituye recién después de substanciado el incidente a que ha dado lugar la alegación del hecho nuevo. Debe entenderse que hasta ese momento, el juicio no se había constituido, y por tanto, no puede haber inconveniente alguno para que pase al juez competente por razón del valor.

X. En otro lugar vimos que, ⁽²⁵⁾ en el orden federal, también se ha tenido en cuenta el monto de los litigios para distribuir la competencia. La ley 927 en su art. 1, establece las

^(24 bis) Sin embargo, el art. 150 del Código de Procedimientos Civiles de Córdoba, admite que se amplíe o modere la petición, hasta la citación para sentencia (art. 160).

⁽²⁵⁾ Ver Capítulo XVIII.

causas que, por razón del valor cuestionado quedan excluidas de la competencia de los jueces de sección y los que son susceptibles de apelación para ante las Cámaras Federales y para ante la Suprema Corte, respectivamente.

Pero, por ahora, sólo nos interesa lo prescripto por la ley 927, en cuanto hace referencia a la justicia de paz o sea a la de menor cuantía. En efecto; dicho precepto dispone que, “quedarán excluidas de la competencia de los Juzgados de Sección, todas aquellas causas de jurisdicción concurrente, en los que el valor del objeto demandado no exceda de quinientos pesos fuertes, cuando por otra parte, el conocimiento del caso caiga bajo la jurisdicción de la Justicia de Paz de la provincia respectiva, según las leyes de procedimiento vigentes en ella”.

Como se ve, del texto de la disposición resulta que para que el litigio quede excluido de la competencia federal, deben concurrir tres requisitos: 1º que el valor del pleito no sea mayor de quinientos pesos; 2º que se refiera a causas de “jurisdicción concurrente”; y 3º que el caso caiga bajo la competencia de la justicia de paz.

El primer requisito no ha suscitado mayores dificultades en su aplicación, pero no ha ocurrido lo mismo con los dos últimos. Generalmente se pasa por alto la exigencia legal de que la cuestión se refiera a “causas de jurisdicción concurrente”, tal vez porque no se le da el alcance que necesariamente debe tener. Por eso la Suprema Corte de la Nación, aclarando el precepto legal, ha dicho que él se refiere a “aquellas cuestiones en que el fuero federal procede por distinta vecindad o nacionalidad de las partes y en las que el beneficiario puede allanarse a la jurisdicción local”. De consiguiente, no están excluidas del fuero federal las que sean de su competencia *privativa*, esto es, las causas en que la Nación sea parte cono actora o demandada y las que le competan por razón de la materia. ⁽²⁶⁾ De acuerdo con ello, los tribunales han declarado que corresponde

(26) FALLOS, t. 166 p. 240; t. 16 p. 57; *Gaceta del Foro*, t. 101 p. 115; t. 106 p. 181; CÁMARA FEDERAL DE LA CAPITAL, *Gaceta del Foro*, t. 132, p. 23, 42, 59, 72, 132.

a la justicia federal conocer: en juicio que verse sobre salarios de oficiales y marineros, aunque lo reclamado sea menor de quinientos pesos; ⁽²⁷⁾ en el juicio sobre consignación que verse sobre una cuestión de tarifas telefónicas, tratándose de un servicio interprovincial, cualquiera sea su monto; ⁽²⁸⁾ en juicio por indemnización del daño causado en una barrera de un paso a nivel ferroviario, por ser un acto atentatorio al tráfico interprovincial; ⁽²⁹⁾ en el originado con motivo de la aplicación de la ley al impuesto a los réditos, con independencia del monto cuestionado; ⁽³⁰⁾ etc.

⁽²⁷⁾ S. C. N., *Jurisp. Argent.* t. 45 p. 42.

⁽²⁸⁾ CÁMARA FEDERAL DE BAHÍA BLANCA, *Jurisp. Argentina*, t. 50 p. 434.

⁽²⁹⁾ S. C. N., *Gaceta*, t. 132 p. 181.

⁽³⁰⁾ S. C. N., *Jurisp. Argent.* t. 66 p. 10.

CAPÍTULO XVI

DE LA COMPETENCIA POR RAZON DE LA MATERIA

COMPETENCIA COMERCIAL

SUMARIO: I. LA COMPETENCIA COMERCIAL Y SU ESCASA IMPORTANCIA EN EL PAÍS. — II. CARÁCTER CON QUE HA SIDO ORGANIZADA EN LA CAPITAL FEDERAL. — III. REGLAS QUE LA RIGEN: a) ES LA NATURALEZA DEL ACTO LO QUE DETERMINA LA COMPETENCIA; NO SIEMPRE SE TIENE EN CUENTA LA CALIDAD DE COMERCIANTE DE LAS PARTES; b) CUESTIONES ACCESORIAS, INCIDENTALES O DERIVADAS DEL ACTO PRINCIPAL; c) NECESIDAD DE DEMOSTRAR LA COMERCIABILIDAD DEL ACTO. — IV. LA COMPETENCIA POR MATERIA NO PERMITE LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES DE DISTINTA NATURALEZA: a) ACUMULACIÓN OBJETIVA; b) ACUMULACIÓN SUBJETIVA; c) ACUMULACIÓN DE AUTOS; d) RECONVENCIÓN.

I. Mientras lo contencioso-administrativo se mantuvo fuera del campo de lo judicial, la competencia por materia se distribuyó entre los tribunales civiles, penales y también los militares en los casos en que éstos ejercen jurisdicción. La competencia civil, a su vez, en ciertas épocas y lugares, se dividió en *civil* en sentido estricto y *comercial*. La civil, sin embargo, conservó el carácter y nombre de jurisdicción común y ordinaria.

Por ser la competencia civil la más amplia y comprensiva de la generalidad de los asuntos de derecho privado, no puede estudiarse como competencia especial. Vamos a ocuparnos, por tanto, en este capítulo, de la competencia comercial.

Los centros comerciales del país son escasos; de ahí que no se haya creído necesario proporcionar un fuero especial para facilitar el desenvolvimiento de los negocios. Sin embargo, la Capital Federal y unas pocas provincias, han organizado la competencia comercial, que día a día pierde importancia, pues, la tendencia de la legislación moderna, es la de no instituir tribunales de comercio, por innecesarios.

En el momento actual de nuestra organización judicial, dice Jofré, ⁽¹⁾ "la jurisdicción comercial no se legitima: los jue-

(1) JOFRÉ, *Manual*, 2ª edic. 1919 t. 1 p. 292.

ces que la ejercen hacen los mismos estudios y poseen idéntica preparación que los jueces de lo civil y criminal; el procedimiento que ambos aplican es análogo". Y puede agregarse: son tantas las interferencias que existen entre uno y otro derecho, que en la mayoría de los casos, el juzgador necesita de conocimientos especiales de ambas ramas del derecho privado, lo que hace fallar por su base la razón que se da para justificar su existencia: el aprovechamiento de las ventajas derivadas de la especialización; todo ello sin contar los inconvenientes que en cuanto a la competencia, se producen debido a la dificultad, en cierto modo frecuente, de determinar la naturaleza del acto. ⁽²⁾

Además, entre nosotros, parece menos fundada la justicia comercial, como competencia especial, en presencia de lo dispuesto en el título preliminar del Código de Comercio, que considera al Código Civil supletorio de aquél y da al mismo el carácter de un derecho de excepción, aunque no lo sea. ⁽³⁾

II. La competencia comercial está establecida en el art. 62 de la Ley de Organización de los Tribunales de la Capital, de 12 de Noviembre de 1886. Dicha disposición dice: los jueces de comercio entenderán en 1ª instancia en todos los asuntos regidos por el Código y leyes de Comercio, con las limitaciones establecidas en esta ley y en la de Procedimiento. En los juicios de concurso comercial de acreedores, cuando de las diligencias practicadas resultare que su monto no excede de dos mil pesos, dispondrán pasen los antecedentes al juez de paz respectivo.

(2) Es bien conocida, por otra parte, la tendencia a unificar o unificar ambas ramas del derecho privado. En esa corriente está CÉSAR VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, t. I p. 1 y sig. 1911-14; THALLER E., *Traité élémentaire de droit commercial*, p. 4. París 1910; LYON, CAEN et RENAULT, *Manuel de droit commercial*, t. I p. 8, París 1921; SEGOVIA L., *Explicación y crítica del nuevo código de comercio de la República Argentina*, nota 3 etc. 1892.

(3) OBARRIO MANUEL, *El Código de Comercio Argentino, concordado y comentado*, t. I p. XXI 1877-82; SIBURU J. B., *Comentario del Código de Comercio Argentino*, t. I pág. 113, 1905-12; ACEVEDO PEDRO P., *Curso de derecho comercial argentino*, t. I, p. 32, 1915; MALAGARRIGA CARLOS C., *Código de Comercio, comentado*, t. I p. 3, 1934. La jurisprudencia no sólo ha reconocido el carácter supletorio de Código Civil, sino que ha considerado al Código de Comercio un derecho de excepción; CÁM. COM., *Jurisp. Trib.* p. 802, junio 1910; p. 109, julio 1913; p. 258, julio 1914; CÁM. FED., p. 36, agosto 1911; p. 37, octubre 1911; S. C. Bs. As., mayo 1913; *Boletín Oficial*, 759.

Los "asuntos" regidos por el Código y leyes de comercio a que se refiere el precepto legal citado, son, naturalmente, los contenciosos, y por excepción, los de jurisdicción voluntaria que, por expresa disposición de la ley, deben someterse a la jurisdicción comercial, tales como la rubricación de libros de comercio, (4) inscripción de sociedades comerciales, (5) autorización para ejercer el comercio, (6) etc.

Pero los asuntos regidos por el Código y leyes de comercio, lo son por razón de las personas que en ellos intervienen y por razón de los actos que realizan. De ahí que la competencia comercial se determine unas veces, las menos, por la calidad de comerciantes de los intervinientes en el asunto, (7) y otras, las

(4) Cód. DE COMERCIO, art. 53.

(5) Cód. DE COMERCIO, arts. 25 y 35.

(6) Cód. DE COMERCIO, art. 11.

(7) Código DE COMERCIO, art. 8 inc. 6º y 7º y art. 558. Los tribunales han declarado que es de la competencia comercial las demandas: sobre prestación de servicios como corredor aunque se trate de inmuebles CÁMARA CIVIL Y COMERCIAL EN PLENO, *Gaceta del Foro*, Mayo 23 de 1923; sobre cobro de servicios prestados a un comerciante levantando un inventario y avalúo de las existencias de una casa de negocio, CÁMARA CIVIL Iª, *Gaceta del Foro*, 14 Septiembre 1922; sobre indemnización de un accidente de trabajo deducida contra una compañía de seguros que se subrogó en la responsabilidad civil, CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, 17 de Octubre de 1922. También la Cámara de Comercio durante mucho tiempo mantuvo la jurisprudencia de que las sociedades anónimas están sujetas a la jurisdicción mercantil cualquiera fuese la naturaleza del acto, (Diciembre 5 de 1911; Octubre 2 de 1917). Posteriormente las CÁM. CIVIL Y COMERCIAL EN PLENO, uniformaron la jurisprudencia en el sentido de que si el deudor no es comerciante el préstamo realizado por una sociedad anónima no es comercial *Gaceta del Foro*, t. 26 pág. 18. Los fallos posteriores han seguido esa jurisprudencia CÁMARA CIVIL Iª, *Gaceta del Foro*, t. 132, pág. 152; CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, t. 52, pág. 74; t. 91, pág. 168; CÁMARA COMERCIAL, *Gaceta del Foro*, t. 30, pág. 220.

Los tribunales han resuelto asimismo que para que el motivo sea comercial debe tener lugar entre comerciantes por acto de un comercio (Cámara de Comercio, t. 49 pág. 293).

También ha declarado que la justicia comercial es competente para entender en la acción derivada de un mutuo garantizado con hipoteca, practicado entre un Banco y un comerciante CÁMARA COMERCIAL en *Jurisprudencia Argentina*, t. 41 pág. 815; que es de competencia comercial la ejecución hipotecaria deducida por una sociedad anónima; CÁMARA CIVIL Iª en *Jurisprudencia Argentina*, t. 38 pág. 687.

Sin embargo, la compraventa de mercaderías efectuada por un comerciante a un cliente para su consumo, no es una operación mercantil; Cód. DE COM., art. 450; OBARRO, t. I pág. 40, nº 23 y pág. 41 nº 25; SEGOVIA, *Coment.* art. 8 y 452; TEJEDOR, t. 2 nº 20; CASTILLO, t. II pág. 52 nº 73; SIBURU, t. II pág. 90 nº 279; HERMANN Y CARPENTIER, t. I pág. 557; NAMUR, t. I pág. 37.

más, por el carácter mercantil del acto realizado. Y decimos que las más de las veces es la naturaleza del acto la que fija la competencia y no la calidad de los agentes, porque el derecho comercial ha perdido ya el fundamento subjetivo que tuvo al principio, para constituir un derecho real u objetivo; hoy no es un derecho de los comerciantes sino un derecho del comercio. Es por eso que la competencia comercial es *ratione materiae*, como lo hemos dicho antes de ahora, aun cuando entre nosotros haya quien ha sostenido lo contrario.

III. Para determinar la competencia mercantil en la Capital Federal, es necesario relacionar el artículo 62 de la ley de Organización de los Tribunales, ya citado, con las disposiciones pertinentes del Código, y leyes de Comercio. Entre otras la siguiente:

Art. 8 del Código de Comercio que dispone:

1º Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor;

2º La transmisión a que se refiere el inciso anterior;

3º Toda operación de cambio, Banco, corretaje o remate;

4º Toda negociación sobre letras de cambio o de plazo, cheques, o cualquier otro género de papel endosable o al portador;

5º Las empresas de fábricas, comisiones, mandatos comerciales, depósitos o transportes de mercaderías o personas por agua o por tierra;

6º Los seguros y las sociedades anónimas, sea cual fuere su objeto;

7º Los fletamentos, construcción, empresa o venta de buques, aparejos, provisiones y todo lo relativo al comercio marítimo;

8º Las operaciones de los factores, tenedores de libros y otros empleados de los comerciantes; en cuanto concierne al comercio del negociante de quien depende;

9º Las convenciones sobre salarios de dependientes y otros empleados de los comerciantes;

10º Las cartas de crédito, fianzas, prenda y demás accesorios de una operación comercial;

11º Los demás actos especialmente legislados en este código.

Art. 1. — La ley reputa comerciantes a todos los individuos que, teniendo capacidad legal para contratar, ejercen de cuenta propia actos de comercio haciendo de ello profesión habitual.

Art. 5. — Todos los que tienen la calidad de comerciantes, según la ley, están sujetos a la jurisdicción, reglamento y legislación comercial.

Los actos de los comerciantes se presumen siempre actos de comercio, salvo la prueba en contrario.

Art. 6. — Los que verifican accidentalmente algún acto de comercio, no son considerados comerciantes. Sin embargo, quedan sujetos, en cuanto a las controversias que ocurran sobre dichas operaciones a las leyes y jurisdicciones del comercio.

Art. 7. — Si un acto es comercial para una sola de las partes, todos los contrayentes quedan por razón de él, sujetos a la ley mercantil, excepto a las disposiciones relativas a las personas de los comerciantes, y salvo que de la disposición de dicha ley resulte que no se refiere sino al contratante para quien tiene el acto el carácter comercial.

a) De las disposiciones transcritas resulta que es la naturaleza del acto lo que determina su comercialidad y fija su competencia. Pero como hay actos que no son comerciales por su naturaleza y que sin embargo sirven a los fines del comercio, la ley los reputa mercantiles, salvo prueba en contrario. Ellos por tanto, son también de la competencia comercial. ⁽⁸⁾

De ordinario los actos comerciales se llevan a cabo por comerciantes; de ahí que, por regla general, sean comerciantes los que litigan ante los tribunales de comercio. Sin embargo, ello no es esencial para que proceda el fuero comercial: puede ser comerciante una sola de las partes, dado que según el art. 7, la que no lo es está sujeta a la ley y jurisdicción mercantil, si

(8) CÁMARA COMERCIAL, *Gaceta del Foro*, t. 120, pág. 24; CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, t. 110, pág. 28.

el acto es comercial para otra; ⁽⁹⁾ y pueden no serlo ninguna de las partes, puesto que, a estar a lo que dispone el art. 6, también deben someterse a la jurisdicción comercial los que accidentalmente ejercen algún acto de comercio, tal como acontece con los documentos a la orden. ⁽¹⁰⁾ Y a la inversa, puede ocurrir que sean comerciantes ambas partes y que, por no estar en juego ningún contrato comercial, corresponda conocer al juez de lo civil, como cuando el asegurado demanda por indemnización contra el causante de un incendio, que es comerciante (Gaceta del Foro, t. 120 pág. 218).

Excepcionalmente ambos contrayentes y litigantes deben ser comerciantes para que proceda la competencia comercial. Es el caso de las operaciones de mutuo, que no se reputan mercantiles si los contratantes no son comerciantes. ⁽¹¹⁾

b) Una consecuencia de la regla general enunciada, de que la naturaleza del acto determina la competencia, es la de que corresponde a los tribunales de comercio conocer de las cuestiones accesorias, incidentales o derivadas de la principal, aunque éstos no sean mercantiles si lo es la principal. Así, la jurisprudencia ha declarado que compete a la justicia comercial entender: en la ejecución de una hipoteca constituída por

⁽⁹⁾ CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 76 pág. 668; t. 9 pág. 775; t. 14 pág. 241; t. 12 pág. 831; t. 28 pág. 730; t. 39 pág. 427.

Por las razones dadas en el texto, los tribunales han declarado que los hechos que originan la acción son fundamentalmente civiles la cuestión escapa a la previsión de la ley mercantil y la competencia queda determinada por el hecho y no por la persona del demandado, aun cuando la ley le asigne a éste un carácter esencialmente comercial CÁMARA CIVIL I^a, *Jurisprudencia Argentina*, t. 29 pág. 53.

⁽¹⁰⁾ CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 22 pág. 1164; t. 15 pág. 556; t. 22 pág. 500; t. 9 pág. 160; t. 28 pág. 591; t. 18 pág. 712; t. 29 pág. 772; t. 29 pág. 500; t. 52 pág. 904.

Pero no siempre que se presente en juicio un documento a la orden procede la competencia comercial; p. ejemplo si se acompaña como simple medio de prueba al solo efecto de justificar un crédito (CÁMARA CIVIL EN PLENO, 31 de Mayo de 1920). Tampoco procedería si el documento proviene de una transacción efectuada en juicio civil CÁMARA CIVIL I^a en *Jurisprudencia Argentina*, t. 28 pág. 70. Igualmente es improcedente el fuero mercantil si no se trata de un juicio por cobro ejecutivo de pagaré a la orden, sino de reintegro de bienes de la sucesión actora que constan en los documentos agregados revistiendo carácter de recibos o comprobantes.

⁽¹¹⁾ CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 50 pág. 421; t. 51 pág. 939.

un comerciante en garantía de una cuenta corriente; ⁽¹²⁾ en el cobro de una garantía de mutuo comercial; ⁽¹³⁾ en el juicio seguido para hacer efectiva una hipoteca dada en garantía de una operación bancaria; ⁽¹⁴⁾ en la acción por daños y perjuicios derivados de la ejecución de un documento a la orden; ⁽¹⁵⁾ en la demanda de un acreedor verificado en una quiebra contra el síndico de la misma; ⁽¹⁶⁾ en la ejecución de una fianza acordada para asegurar el pago de una operación comercial. ⁽¹⁷⁾ De la misma manera, es de la competencia civil el conocimiento de actos por su naturaleza comerciales, accesorios o derivados de una cuestión civil, tales como la ejecución de pagarés a la orden en los que se consigna que se trata de saldo de precio de un inmueble ⁽¹⁸⁾ y el cobro de una comisión de venta, si la causa tramitó en jurisdicción civil. ⁽¹⁹⁾

Alguna vez se entendió que tenía carácter incidental la responsabilidad derivada de un acto ilícito comercial, y que por lo tanto, correspondía conocer de la demanda correspondiente, a la justicia de comercio; ⁽²⁰⁾ pero en la actualidad, se puede decir que la jurisprudencia es uniforme en el sentido contrario, dado que los actos ilícitos aunque sean ejecutados por comerciantes o a consecuencia de actos comerciales, son extraños a los principios de la ley mercantil. ⁽²¹⁾

c) Otra consecuencia de la regla general ya enunciada, es la de que en cada caso, debe establecerse si el "asunto objeto principal del litigio" reviste o no el carácter de acto de comercio. Prima facie parecería ello fácil atenta la enumeración que hace el art. 8 del Cód. de Com. que hemos transcripto; pero

(12) CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 37 pág. 350; sin embargo, las CÁMARAS CIVILES Y LA COMERCIAL reunidas en pleno han resuelto lo contrario: *Gaceta del Foro*, t. 26 pág. 18.

(13) CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 45 pág. 678.

(14) CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 55 pág. 1023.

(15) CÁMARA CIVIL, *Gaceta del Foro*, 10 de Octubre de 1928.

(16) CÁMARA CIVIL 2ª, *Gaceta del Foro*, 17 de Octubre de 1922.

(17) CÁM. COM., *Jurisprudencia Com.*, t. VI pág. 226.

(18) CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 52, pág. 163.

(19) CÁMARA CIVIL, *Jurisprudencia Trib.*, pág. 174, Julio de 1914.

(20) CÁMARA CIVIL 2ª, *Jurisprudencia Argentina*, t. 10 pág. 176, 5 de Marzo de 1923.

(21) CÁMARA CIVIL, *Fallos*, t. 53 pág. 379; t. 68 pág. 321; t. 167 pág. 397; CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 9 pág. 943.

sea que tal enumeración se considere demostrativa, como lo sostienen unos, o taxativa como lo afirman otros, es lo cierto que siendo y no pudiendo menos de serlo incompleta, la jurisprudencia ha tenido, por medio de una interpretación amplia y analógica, que aplicar con cierta elasticidad o flexibilidad el texto legal. Además, la letra de la ley no siempre es lo suficientemente clara para evitar dudas o confusiones. Por eso son ilustrativos los casos jurisprudenciales que a continuación se indican:

Albañil: La locación de servicios celebrado por un albañil que ha aportado los materiales empleados en la obra, constituye un acto de comercio y somete a las partes a la jurisdicción mercantil (Cám. Com. Jurisp. Argent., t. 10 pág. 594).

Alquileres: El cobro de alquileres de un inmueble es de la competencia civil aunque el demandado sea comerciante (Cám. Civ. 2ª, Gaceta del Foro, t. 109 pág. 139; t. 88 pág. 207; y Jurisp. Argent., t. 17 pág. 704).

Artesanos: Los artesanos no son comerciantes aunque provean el todo o parte de las mercaderías para confeccionar la obra que se les encomienda (Cám. Com., t. 8 pág. 47, cit. por Malagarriga, Cód. de Com.).

Avisos: Son actos comerciales sujetos a la jurisdicción comercial los actos relativos a la publicación de avisos encargada a una firma comercial (Cám. Civ. 1ª, Agosto de 1912, Boletín Judic., 5382 cit. por Malagarriga).

Barbería: La explotación de un establecimiento de barbería no puede reputarse acto de comercio (Cám. Com., t. I pág. 568).

Bosque: El contrato de compraventa de un bosque con el objeto de cortarlo para hacer leña es un contrato comercial, (Cám. Com., t. 58 pág. 280, cit. por Malagarriga).

Pero si la obligación principal como explotación de bosques es civil, no hace comercial la circunstancia de que esa explotación tenga como accesorio un negocio de almacén (Cámara Civ. 1ª, Abril 17 de 1920).

Caballos: La compra de caballos para venderlos es un acto de comercio (Cám. Civ., t. 137 pág. 51, cit. por Malagarrija).

Cabotaje: Una sociedad establecida para la explotación del comercio de cabotaje es mercantil, pues éste importa el transporte por agua. La explotación conjunta de negocios de estancia no varía la naturaleza del contrato (Cám. Civ. 2ª, 9 de Abril de 1918).

Canteras: Los que se dedican a la explotación de las canteras de cal son comerciantes (Cám. Com., t. IV pág. 290).

Carbón: La fabricación de carbón de los propios montes ni la extracción de leña para la venta, es acto de comercio (Cám. de Apelac. de Tucumán, Jurisp. Argent., t. 3 pág. 585).

Carpintero: Un carpintero que ejerce su profesión por cuenta propia, que hace de ello su ocupación habitual y que compra mercaderías para utilizarlas en el ejercicio de aquélla, vendiendo todos los objetos que fabrica, es comerciante (S. C. de Bs. As. Serie B. t. 49 pág. 55).

Las obras de carpintería realizadas en una obra constituyen un acto civil (Cám. Civ. de la Cap., t. 46 pág. 127).

Casa de pensión: El cobro de suministro de comida, alojamiento en casa de familia no es de la competencia comercial (Gaceta, t. 112 pág. 311).

Cintas cinematográficas: El alquiler de cintas cinematográficas para ser exhibidas en público con fines de lucro es acto de comercio (Cám. Civ. 1ª Jurisp. Argent., t. 25 pág. 110).

Comisión: El contrato de comisión es esencialmente comercial y sólo puede tener por objeto actos determinados de comercio. Así no puede existir contrato de comisión tratándose de bienes raíces (Cám. Com., Agosto 1911, Jurisprudencia Tribun., pág. 266).

Corretaje: Las operaciones de corretaje son siempre actos comerciales aun cuando se trate de compraventa de inmuebles con independencia de que el corredor haya o no cumplido con la disposición del Cód. de Comercio que le impone matricularse (Cám. Civ. 2ª, Agosto 10/932, Jurisp. Argent., t. 39 pág. 157; id.: 8 de Mayo de 1919; Cám. Com. Bol. Jud. 4155; Cám. Com., t. 175 pág. 222).

Constructor: El constructor que pone los materiales para la obra es comerciante (Cám. Com. Jurisp. Argent., t. 9 pág. 321; t. 25 pág. 1083).

En contra, Cám. en pleno (Jurisp. Argent. t. 5 pág. 25; Cám. Civ. I^a, t. 9 pág. 549, 700; Cám. Civ. 2^a, t. 11 pág. 1335).

Los constructores de obra no son comerciantes si no tienen el carácter de empresa o ejecutan habitualmente actos de comercio (C. Com. Jurisp. Argent., t. 25 pág. 255).

El empresario de construcciones es comerciante (C. Com. Jurisp. Argent., t. 26 pág. 1316; Cám. Com., Mayo de 1911, pág. 332 de Jurisp. Trib.).

Los constructores, cuando ejecutan la obra poniendo los materiales, son empresarios constructores. El art. 1629 del Cód. Civil, al referirse a la provisión de la materia prima, lo hace en el concepto de que el material fuera del constructor, pero no al caso en que éste adquiriera los materiales para lucrar con ellos. Por otra parte, el constructor realiza actos esencialmente comerciales, con relación al que vende los materiales, compra en efecto para revender y lucrar con ello, lo que lo hace comerciante (C. Civ. I^a y 2^a, Julio 1914, Jurisp. Trib., pág. 123, cit. por Malagarriga. Gaceta del Foro, t. 120, pág. 165; t. 120 pág. 311).

Dentista: El dentista en ejercicio de su arte no ejecuta acto de comercio que por su naturaleza sea comercial (Cám. Fed. de la Cap., Julio 3 de 1933. Jurisp. Argent., t. 42 p. 974).

Depósito: El depósito gratuito no se considera acto de comercio. Su devolución debe exigirse ante la jurisdicción civil. (Cám. Com., t. 42 pág. 278; S. C. B. A. Ser. V., t. 7 pág. 339).

Diario: Importa acto de comercio la publicación de un diario, (t. V pág. 289).

Droguero: El droguero es comerciante (C. Com. Jurisp. Argent., t. 4 pág. 282).

Embargo: El embargo de lo prendado es de competencia comercial, C. C. Jurisp. Argent., t. 28 p. 867.

Empedrados: El cobro de los empedrados corresponde a la jurisdicción civil aunque el demandado sea comerciante (Cámara Com., t. 19 pág. 194).

Empresas: A las empresas industriales de fábrica y las ferroviarias les son aplicables las leyes de comercio (Gaceta, t. 127 pág. 151).

Espectáculos públicos: Las empresas de espectáculos públicos importan ejercicios de actos de comercio (Cám. Com. Jurisprudencia Argent., t. X pág. 870; Cám. Civ. I^a, t. 13 p. 127).

Son de carácter comercial las empresas de espectáculos teatrales (Cám. Civ. I^a Jurisp. Argent., t. 25 pág. 906).

Establecimiento médico: Un establecimiento médico cualquiera sea la especialidad a que se dedique su director, no importa el ejercicio del comercio (Cám. Civ., t. 73 pág. 40). No confundir con sanatorio.

El médico que explota un establecimiento hidroterápico, no es comerciante, porque aquél sólo significa un mayor desenvolvimiento de la profesión liberal (Cám. Com., t. II p. 333).

Establecimientos rurales: No es acto de comercio la explotación de establecimientos rurales, (t. 27 pág. 730).

La explotación de establecimientos rurales no es comercial (Cám. Com., t. I pág. 559).

La reventa de mercaderías efectuada por el dueño de un establecimiento únicamente a los peones del mismo para consumo de éstos, no es acto de comercio (S. C. B. A. Ser. V., t. 4 pág. 229; t. 27 pág. 730).

Fábrica: Los contratos relativos a una fábrica de carruajes son de competencia mercantil (Cám. Civ., t. 74 pág. 15).

La fabricación de ladrillos se conceptúa acto de comercio (Cám. Com., t. 9 pág. 524).

Farmacéutico: Los farmacéuticos no son comerciantes. Ejercen una profesión liberal y explotan y atienden un negocio de farmacia por su diploma y título. Es el droguero quien ejerce el comercio, puesto que se limita a la compraventa de drogas en la misma forma que las adquiere (Cám. Civ. 2^a, Septiembre de 1916).

El ejercicio de una farmacia importa acto de comercio si se efectúa el negocio de compraventa de drogas y específicos (Cám. Civ. 2^a Jurisp. Argent., t. 3 pág. 53).

El farmacéutico que atiende personalmente su negocio no es comerciante (Cám. Civ. 2ª Jurisp. Argent., t. 4 pág. 282).

Es comerciante el farmacéutico que no se limita a la confección de recetas y vende drogas, perfumes, etc. (Cám. Com., t. V pág. 35).

El preparar recetas no es acto de comercio, pero lo es el negocio de compraventa de drogas (Cám. Civ. 2ª, 7 de Junio de 1919).

Ferrocarril: El contrato de cesión de una concesión de ferrocarril o tranway es comercial como el originario (Cám. Com., t. 10 pág. 39).

La cesión del derecho de construir una vía férrea es un contrato comercial (Cám. Com., t. 37 pág. 39).

La construcción de ferrocarriles o de obras públicas en grande escala, suministre o no el material, es acto de comercio (Cám. Com., t. 37 pág. 116).

Fianza: Si la obligación es comercial o el juicio contra el fiador corresponde a esta jurisdicción aunque el deudor haya fallecido (Cám. Com., t. 67 pág. 428).

Compete a los tribunales de comercio conocer en la ejecución de la fianza si la obligación principal corresponde a dicha jurisdicción (Cám. Com., t. 67 pág. 22).

Fotógrafo: No puede determinarse en general si un fotógrafo es o no comerciante. Es una cuestión cuya solución depende en cada caso de las circunstancias particulares que resultan probadas en la causa (Cám. Com., Junio de 1915, Bol. Jud. 6277).

Frutos: La venta de frutos de un fundo por la misma persona que los cultiva, no es acto de comercio (Cám. Com. Jurisp. Argent., t. 12 pág. 193).

El acopio de frutos para vender es acto de comercio (Cám. Com., t. 6 pág. 592).

Ganado: La adquisición por un comerciante a título oneroso de una cantidad de ganado con ánimo de lucrar es un acto de comercio (Cám. Com. Jurisp. Argent., t. 14 pág. 283).

Garage: El simple hecho de subarrendar el garage a terceros para la guarda de sus automóviles y de lucrar con el servicio

de los empleados que exige esa tarea, y la circunstancia de que se le provea de nafta, aunque ello no constituya el principal objeto del negocio, bastan para demostrar la calidad de comerciante (Cám. Com., 11 de Junio de 1917).

Hacienda: La compraventa de hacienda celebrada entre hacendados no es mercantil (Cám. Civ. Iª, Noviembre de 1915, Bol. Jud. 6483).

Herrero: El herrero empresario de fábrica es comerciante (Cám. Com., t. 98 pág. 60). El cobro de materiales de taller de herrería es de competencia comercial (Gaceta del Foro, t. 109 pág. 168).

Hotelero y fondero: El hotelero o fondero es comerciante (Cám. Com., t. 96 pág. 278).

Es comercial la compraventa de un hotel o pensión (Cám. Civil Iª Jurisp. Argent., t. 11 pág. 1288).

Imprenta: Importa acto de comercio la explotación de un establecimiento tipográfico (Cám. Com., t. I pág. 252).

Leña: La venta de leña efectuada; por un comerciante a los ferrocarriles del Estado constituye acto de comercio (Cám. Civ. 2ª Jurisp. Argent., t. II pág. 1288).

Locación de servicio: La locación de servicios aun prestada a comerciantes no es un acto de comercio (Cám. Com., t. 52 pág. 26).

Pero la locación de servicios de los dependientes de comercio corresponde a la jurisdicción mercantil (Cám. Com., t. 52 pág. 550; t. 85 pág. 538; t. 87 pág. 269. Cám. Civ., t. 40 pág. 67).

Loterías: No son competentes los tribunales de comercio para conocer de los contratos de loterías (Cám. Com., t. 2 pág. 242).

Maderas: La compra de maderas para venderlas después en forma de muebles no constituye acto de comercio (S. Trib. Corrientes, t. 13 pág. 23; t. 26 pág. 285).

Mandato: El mandato para administrar bienes inmuebles no es comercial aunque el administrador sea comerciante o sociedad comercial (Cám. Com., 22 de Noviembre de 1917 y 5 de Agosto de 1921).

Marmolería: La empresa de obras de marmolería es comercial (Cám. Com., t. 61 pág. 75).

Mecánico: El mecánico electricista aunque tenga materiales para colocar, no es comerciante (Cám. Civ., t. 122 pág. 107).

Modas: El que tiene establecida casa de modas y compra de mercaderías para transformarlas y lucrar con su enajenación es comerciante (Cám. Com. Jurisp. Argent., t. 5 pág. 297).

Montes: La explotación de montes y la venta de leña no es acto comercial (Cám. Fed. La Plata, Jurisp. Argent., t. 12 pág. 688).

Panadería: El panadero es comerciante (Cám. Com., t. 27 pág. 392).

Pintura: El empresario pintor que pone los materiales, ejerce el comercio (Cám. Com., t. 52 pág. 454; t. 92 pág. 454).

Plantas: La compra de plantas en gran escala con objeto de revenderlas, es un acto de comercio (Cám. Com., t. 3 p. 321).

Pólizas: La persona que se dedica a la compra de pólizas es comerciante (Cám. Civ. 2ª Jurisp. Argent., t. 27 pág. 1020).

Prenda: El contrato de prenda agraria es esencialmente comercial (Cám. Civil Iª, Septiembre 15 de 1933, Jurisp. Argentina, t. 43 pág. 603; Gaceta del Foro, t. 108 pág. 322. Ley 9644).

El contrato de prenda sólo puede considerarse comercial si el deudor es comerciante (Cám. Com., t. 38 pág. 68).

Publicaciones: La compra del derecho de publicar las producciones científicas, literarias y artísticas y las ventas que son su circunstancia, constituyen actos de comercio (Cám. Com., t. 18 pág. 670).

Remate: El remate se reputa acto de comercio aunque tenga por objeto un inmueble y corresponden a la jurisdicción comercial el conocimiento y resolución de las diferencias que se susciten entre comitente y rematador, sin perjuicio de que las que se susciten sobre la venta entre comprador y vendedor pertenezcan a la jurisdicción civil (Cám. Civ., t. 44 pág. 50).

Sanatorios: Es de competencia comercial el cobro de la pensión dada en un sanatorio y los derechos operatorios (Cám. Civ. 1ª, Gaceta del Foro, t. 121, p. 26).

Sastrería: El sastre que confecciona un traje poniendo el paño y demás útiles necesarios y lo enajena, realiza un acto de comercio, porque la transferencia tiene como antecedente la adquisición de una cosa mueble para especular con su enajenación, después de darle otra forma, (Cám. Com., 7 Mayo 1918; íd., t. 41, p. 361; Cám. Com., Mayo 1911, Jur. Trib., p. 330 y 331).

Seguros: El contrato de seguro de vida y sus incidentes son esencialmente comerciales (Cám. Com., t. 60, p. 139).

Sociedades: Para determinar el carácter civil o comercial de una sociedad, hay que atender al objeto con que ha sido formada (Cám. Com., t. 1, p. 137).

Sociedades Anónimas: Todo lo relativo al sujeto de derecho de la sociedad anónima, no sólo en el momento de su constitución, sino también durante su funcionamiento y disolución cae bajo el imperio de la jurisdicción comercial; contratar una sociedad anónima, discernir facultades de la asamblea o el directorio, resolver diferencias entre accionistas son actos que determinan la jurisdicción comercial (C. Civ. 2ª, 24 de Mayo de 1933, Jurisp. Argent., t. 42 p. 256).

Los actos verificados por la sociedad anónima cuando sale de sí misma para ponerse en relaciones jurídicas con terceros extraños, deben ser juzgados en cuanto a su carácter de civiles o comerciales con arreglo a los principios generales establecidos en el art. 8 del Cód. de Com. (Ver fallo anteriormente citado) y (Cám. Com., 16 Abril 1918; Cám. Civ., t. 48, p. 138; t. 102, p. 107; Cám. Civ. 2ª, Set. 22 de 1917; Cám. Civ. 1ª, Febrero 6 de 1919).

Taller mecánico: La demanda entablada por el propietario de un taller mecánico por cobro de la obra realizada, es de competencia de la justicia comercial (C. Com., Gaceta del Foro, t. 113, p. 264).

Tambos: La explotación de tambos no es materia regida por el Código de Comercio sino por la ley civil (Cám. Fed. La Plata, Jurisp. Argent., t. 16, p. 497).

Tierras: El hecho de comprar tierras para edificar en ellas y venderlas no constituye actos de comercio (Cám. Civ. 2^a, Gaceta del Foro, t. 107, p. 161).

Con todo, cabe observar que, siendo el carácter del acto lo que determina la competencia, es necesario justificarlo cuando se niega su comercialidad.

La competencia civil es la competencia común; de ahí que al que niega la competencia del juez de lo civil, le corresponde justificar que el acto es comercial. (22) En virtud de ello, los tribunales han declarado que, cuando se niega por el demandado la competencia de lo mercantil y el actor no justifica su procedencia, procede declarar la incompetencia del juez de comercio. (23)

Debe tenerse presente asimismo, que, la circunstancia de que sea inadmisibile la discusión sobre la naturaleza civil o comercial de la causa cuando ha pasado la oportunidad de alegar la incompetencia, según se ha visto, (24) no obsta a que el juez en su sentencia aplique las disposiciones de la ley civil o comercial que rigen el derecho que se ejercita. (25) La competencia no restringe la libertad del juez para aplicar la ley correspondiente, porque el hecho de que un juez entienda en asunto que no le corresponde por razón de la materia, no quiere decir que lo pueda desnaturalizar, juzgándolo por disposiciones que no lo gobiernan.

IV. Debiendo tenerse en cuenta el carácter del acto para fijar la competencia en razón de la materia, pueden presentarse dificultades cuando se acumulan acciones objetiva o subjetivamente, es decir, cuando una misma persona ejercita más de una acción por una *sola* demanda, y cuando varias personas ocupan la misma posición como partes, deduciendo en la misma demanda sus respectivas acciones.

a) El problema, sin embargo, no reviste mayor importancia entre nosotros, en presencia de lo dispuesto en el art. 74

(22) CÁMARA COMERCIAL, *Fallos*, 47, p. 71.

(23) CÁMARA COMERCIAL FEDERAL, t. 95, p. 114; *Jurisprudencia Argentina*, t. 22, p. 484.

(24) Ver cap. XII.

(25) Véase pág. 236.

del Cód. de Proc. Civ., que repiten los demás códigos provinciales. Dicha disposición, en efecto, establece que para que pueda el demandante acumular las acciones que tenga contra una misma parte, es necesario, entre otros requisitos, que "corresponda a la jurisdicción del mismo juez" (inc. 2º). Ello quiere decir que prohíbe que se acumulen acciones que nazcan de actos de distinta materia, puesto que, para cada una de ellas ha instituido una competencia especial. De consiguiente, no podría acumularse una acción civil con una comercial, ni con una contencioso-administrativa, cuando la ley ha determinado para ésta una competencia. (26)

b) La misma regla debe aplicarse en caso de litis consorcio, (acumulación subjetiva) aun cuando la disposición legal citada sólo parece referirse a la acumulación objetiva. Ambas situaciones son semejantes y no hay razón para que sean regidas por diferentes normas. Si la ley al exigir el referido requisito especial para admitir la acumulación de acciones, ha querido evitar que con ese motivo sea desvirtuada la distribución de la competencia por razón de la materia, no puede aceptarse que se burle ese propósito cuando haya pluralidad de partes, que es por lo demás la acumulación de acciones menos justificada.

c) Pero el principio casi absoluto adoptado por nuestras leyes, de que no pueden acumularse acciones que, por razón de la materia corresponden a distintos jueces, no rige en caso de acumulación de autos. Cuando excepcionalmente procede la acumulación de autos, lo es por razones de orden superior; la acumulación se produce con independencia de la materia, del valor y de cualquier otra circunstancia. En efecto; si la acumulación tiene lugar en juicios universales, es a consecuencia de la universalidad misma, universalidad que, como es natural, comprende todas las materias y no una categoría determinada; y si se produce en virtud de la *vinculación* jurídica existente entre las distintas litis, es lógico que lo sea con prescindencia de la materia, puesto que ésta es indiferente al propósito per-

(26) CÁMARA COMERCIAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 3, p. 434; t. 36, p. 572.

seguido, que es el de evitar las sentencias contradictorias. ⁽²⁷⁾

d) Por acción del demandado tampoco se puede introducir una demanda sobre asunto que, por razón de la materia, corresponde a otro juez. La ley no lo establece así; por el contrario, los términos generales en que está concebida la disposición por la que se faculta al demandado a deducir la reconvencción (art. 101), parecería más bien autorizarla cualquiera que sea la materia sobre que verse; pero atendiendo a la naturaleza de dicha competencia, los tribunales han entendido otra cosa. ⁽²⁸⁾ Por lo demás, siendo la reconvencción una demanda nueva, debe promoverse ante juez competente, conforme lo disponen los arts. 3, 75 y 87 del Cód. de Proc. Civ.

Debe tenerse presente, que, la reconvencción, entre nosotros, no tiene el carácter restringido que tuvo al principio y que aún conservan algunas legislaciones, sino que por lo contrario, constituye una instancia del demandado, dirigida a obtener no sólo su absolución sino la condena del actor; más que un medio de defensa, es así un instrumento de ataque. Ella responde a razones de economía procesal, las mismas que hacen que se autorice la acumulación de acciones y el litis consorcio: unificar los procedimientos de acciones que podrían provocar diversos juicios.

(27) La Suprema Corte de la Nación tiene declarado que, si "bien nuestras leyes procesales no contienen disposiciones sobre acumulación de autos, no pueden prescindirse de las reglas que se desprenden de la jurisprudencia, doctrina y legislaciones análogas, para imprimir en los procedimientos el orden indispensable a la mejor dilucidación de las causas y a la buena administración de justicia". Y en esa inteligencia ha aceptado el principio de que, "procede la acumulación de autos cuando la sentencia que haya de decretarse en uno de los pleitos produzca excepción de cosa juzgada en el otro", *Fallos*, t. 79, p. 107; CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE ESPAÑA, art. 161; MANRESSA, *Comentarios al mismo*, t. 1, p. 444; CARAVANTES, t. I, p. 510, título V. Aplicando esos principios ha dicho: "Que en efecto, no sería posible que, derivando la acción entablada en el expediente Nº 204 de un contrato bilateral y no de un documento ejecutivo, se llevara adelante su trámite, mandando pagar las cuotas que el mismo establece con prescindencia absoluta de lo que se resuelva en el Nº 205 sobre la nulidad de contrato, cuando la demandada hubo opuesto como defensa esa misma nulidad. Podría por ese camino llegarse a soluciones contradictorias" *Gaceta del Foro*, t. 137, p. 139.

(28) CÁMARA CIVIL 2ª *Jurisprudencia Argentina*, t. 66, p. 645; t. 19 p. 246; CÁMARA CIVIL 1ª, t. 64, p. 786.

CAPITULO XVII

COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

SUMARIO: I. CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. — II. RÉGIMEN LEGAL, COMPETENCIA FEDERAL. — III. CONTENCIOSO DE PLENA JURISDICCIÓN Y DE ANULACIÓN. — IV. COMPETENCIA APELADA EXCLUSIVA Y CONCURRENTES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y ADMINISTRATIVOS. — V. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES MUNICIPALES. — VI. EL RECURSO JERÁRQUICO, SU CARÁCTER NO JURISDICCIONAL Y SU RÉGIMEN LEGAL. — VII. LA LLAMADA JURISDICCIÓN DISCIPLINARIA.

I. El control jurisdiccional de la Administración Pública de la Nación, se ejerce por los tribunales federales, y en el orden local, por la justicia ordinaria, auxiliados unos y otros, en cierta medida, por los propios órganos administrativos que, en algunos casos, tienen una función cooperadora a este respecto.

Como es sabido, el sistema vigente entre nosotros, parte de la distinción un tanto abandonada, de actos de gestión y actos de autoridad o propiamente administrativos, es decir, los que realiza el Estado como persona jurídica de derecho privado, y los que lleva a cabo como poder público. Los primeros, están lisa y llanamente sometidos a la justicia común (federal u ordinaria), los segundos, lo están únicamente en determinadas situaciones; sólo que no siempre es fácil distinguir a los unos de los otros, y no siempre es clara la demandabilidad del Estado. ⁽¹⁾

(1) Haciendo aplicación del art. 43 del Código Civil que dispone que no se puede ejercer contra las personas jurídicas acciones criminales o civiles por indemnización de daños, la SUPREMA CORTE ha declarado que la Provincia, como persona jurídica, es incapaz de la ejecución de delitos y cuasi delitos (Cía. de Gas de Rosario contra Provincia de Santa Fe, año 1916). Para dicho tribunal, la responsabilidad de las personas jurídicas y por lo tanto del Estado, sólo procede cuando ella emerge de un contrato (Fallo 12 de Abril de 1910). Sin embargo, la misma Corte ha modificado su jurisprudencia, admitiendo la responsabilidad del Estado aun cuando se tratare de actos de gestión pública, siempre que se hubiere producido un daño por culpa, negligencia o irregular ejecución del servicio público y mediante aplicación de los arts. 1112, 1113, 625 y 630 del Código Civil. Sólo mantiene su anterior doctrina para los actos "jure impe-

De manera que, en el estudio de la competencia contencioso-administrativa, hay que prescindir de la primera categoría de actos, no porque éstos no sean también actos de la Administración, sino porque estando gobernados por el derecho privado, rigen respecto de ellos las reglas de competencia ya estudiadas. Así, cuando se demanda al poder administrador para hacer efectiva la responsabilidad civil contractual o extracontractual, en los casos en que es admitida, habrá que ocurrir a los jueces federales o de los territorios nacionales si se trata de actos ejercidos por la autoridad nacional, y a los jueces ordinarios, si los actos provienen de la autoridad local de la Capital.

La ley número 3952 de 27 de Septiembre de 1900, no deja la menor duda cuando establece en su art. 1º: "Los Tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación en su carácter de persona jurídica, sin necesidad de autorización legislativa previa, pero no podrán darles curso sin que se acredite haber precedido la reclamación de los derechos controvertidos ante el P. E. y su denegación por parte de éste"; y refirma aún más el concepto la ley 11.634 de 28 de

rii". Esa evolución de la jurisprudencia de la Corte comenzó en el caso "Tomás Devoto y Cía. contra Gobierno de la Nación" (T. 169, p. 120, y J. A. T. 43, p. 416) del 22 de septiembre de 1933, en que se deja de lado el art. 43 del Cód. Civil y su consecuencia la irresponsabilidad extracontractual del Estado. La responsabilidad se declara en ese fallo en base a la culpa o negligencia de sus agentes del Estado en el desempeño del servicio público y por aplicación de los arts. 1109 y 1113 del Cód. Civil. Continúa después en los casos "Gunnar Quiding v/ La Nación" (T. 177, p. 314) y "Witesindo Caveda v/ Pcia. de Santa Fe" (T. 182, p. 210, 14 Nov. 1938), para culminar en el caso "F. C. O. v/ Pcia. de Buenos Aires" (Octubre 3 de 1938), en que la responsabilidad del Estado se establece en forma totalmente opuesta a la irresponsabilidad que la misma Corte había declarado en un caso análogo, en Agosto 26 de 1916, (Cardoso contra Pcia. de Buenos Aires). El Tribunal en este caso, condena a la Pcia. de Buenos Aires, en razón de la culpabilidad del personal que, en desempeño de sus funciones y obrando bajo la dependencia del Estado, ha causado el daño y en razón de que "quien contrae la obligación de prestar un servicio lo debe realizar en condiciones adecuadas para llenar el fin para que ha sido establecido, siendo responsable de los perjuicios que causare su incumplimiento o irregular ejecución.

La Cámara Federal, caso Samuel de Madrid contra Gobierno Nacional, ha declarado, por su parte, que el Art. 43 del Cód. Civil sólo excluye los delitos del derecho penal.

Setiembre de 1932, que dispone: "Art. 1º: Los tribunales federales y los jueces letrados de los territorios nacionales conocerán de las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, sea en carácter de persona jurídica o de *persona de derecho público*, sin necesidad de autorización previa legislativa pero no podrán darles curso, sin que se acredite haber producido la reclamación del derecho controvertido ante el Poder Ejecutivo y su denegación por parte de éste".

Ambos preceptos legales se refieren a las acciones civiles que se deduzcan contra la Nación, pero como ciertos funcionarios nacionales ejercen también el gobierno local de la Capital y en tal carácter pueden haber comprometido civilmente al Estado, las acciones a que dieran lugar, tienen que ser promovidas ante los tribunales ordinarios, debiendo en algunos casos dirigirse la demanda contra los organismos autores de los actos que pueden haber originado la responsabilidad que se quiere hacer efectiva. (2)

II. Pero, como se ha visto, la ley 11.634, autoriza también la demandabilidad de la Nación como poder público, estableciendo cuáles son los jueces que deben conocer de las demandas que se le entablen en tal carácter. Luego, pues, se puede afirmar que, en principio, los tribunales judiciales tienen competencia para conocer de lo contencioso-administrativo, ya que son actos esencialmente administrativos los que realiza el Estado cuando obra como poder público, según la distinción clásica a que nos hemos referido.

La ley 11.634 al referirse a la demandabilidad de la Nación como persona de derecho público, no ha hecho distinciones de ninguna naturaleza; es decir, no ha determinado cuales y cuales los que la excluyen. Sin embargo, la jurisprudencia (3) y la doctrina nacional, (4) han establecido que el control ju-

(2) El poder ejecutivo actúa en algunos casos como jefe local de la Capital Federal, y como es natural, en tal situación, procede el fuero ordinario *Boletín Oficial*, Nº 3859. Algunas reparticiones, como el Consejo Nacional de Educación y las Obras Sanitarias de la Nación, obran también como organismos locales de la Capital Federal, estando en esos casos, sujetos a la justicia ordinaria.

(3) FALLOS. S. C. N. t. 109, pág. 403; t. 115, p. 189; La Ley, t. 3, p. 357; t. 17 p. 133.

risdiccional sólo se ejerce sobre las facultades regladas, que pueden producir la violación de un derecho, y no sobre las que no están subordinadas a preceptos positivos y sólo afectan un simple interés. La razón de ello estaría en que la función judicial es esencialmente jurídica, pues que se ejerce únicamente para declarar el derecho o hacer efectiva la satisfacción del interés tutelado por el derecho, por lo que no actúa cuando sólo existe un interés comprometido.

Con todo, la distinción jurisprudencial aludida, que por otra parte está de acuerdo con la doctrina dominante entre nosotros, no excluye la posibilidad de ajusticiar al Estado cuando obra como poder público, puesto que la ley 11.634 supone la demandabilidad al establecer la competencia de los jueces federales y de los Territorios Nacionales para esos casos. Los jueces llamados a conocer en tales situaciones, podrán absolver al Estado cuando éste ha procedido en uso de facultades discrecionales, pero no por eso dejarán de tener competencia para hacer esa declaración; una cosa es la irresponsabilidad en que puede encontrarse el Estado y otra la competencia para declararla.

La insistencia de la jurisprudencia de nuestros tribunales en declarar la irresponsabilidad del Estado por actos de sus agentes cuando obran como poder público, y la omisión de las leyes en autorizar la anulación de los actos de la Administración, ha servido para que algunos sostengan que entre nosotros no se pueda hablar de competencia contencioso-administrativa en el orden nacional. Con ello, en realidad lo que se quiere, es demostrar la conveniencia de crear tribunales especiales dependientes del poder administrador, confundiendo cosas y situaciones distintas, como ya lo hemos dicho.

Por lo demás, con tribunales administrativos la situación seguiría siendo la misma, a menos que se piense que por carecer de independencia y formar parte de la Administración, tales tribunales estarían autorizados para declarar la responsabilidad del Estado y anular sus actos aunque la ley no lo au-

(4) BIELSA R., *Derecho Administrativo*, t. 2, p. 555 y sigtes., edic. 1921; MORET CARLOS, *Control jurisdiccional de los actos administrativos*, p. 164, 1934.

torice. La responsabilidad o irresponsabilidad de la Nación así como la anulabilidad de los actos de los poderes públicos, es una cuestión de fondo, que hace al derecho mismo y que nada tiene que hacer con la calidad y capacidad de los jueces. La competencia de éstos es siempre conferida por la ley, y la ley puede hacer la distribución de la misma en la forma que lo crea conveniente; más aún, puede facultar a los jueces a que conozcan en asuntos no jurisdiccionales. ⁽⁵⁾

Lo contencioso-administrativo, que, en un principio era un concepto restringido a las cuestiones ventiladas entre la Administración y los particulares ante organismos administrativos, tiene hoy un sentido más correcto y conforme con la distribución de las funciones fundamentales del Estado. Comprende así a las que se llevan a la justicia común, por ser a quien corresponde, en principio, el ejercicio de la función jurisdiccional.

Debido al sistema federal de gobierno que nos rige, lo administrativo y lo contencioso-administrativo son de carácter local. Las provincias se dan sus instituciones y se rigen por ellas; el gobierno en sus tres ramas se ejerce en forma autónoma por funcionarios provinciales. Por lo tanto, el contralor jurisdiccional de la Administración, se lleva a cabo por los tribunales locales. ⁽⁶⁾ Ello no obstante, la Corte Suprema de la Nación puede rever las decisiones dictadas por los jueces de lo contencioso-administrativo provincial, no para pronun-

⁽⁵⁾ Todos los juicios llamados de jurisdicción voluntaria son netamente administrativos; sin embargo las leyes procesales acuerdan a los jueces ordinarios competencia para conocer de los mismos. Aparte de ello, los jueces entienden en la rubricación de libros, inscripción de sociedades, etc.

⁽⁶⁾ Algunas provincias tienen organizados tribunales especiales de lo contencioso-administrativa, pero dentro del orden judicial. Así la CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES en su art. 149, inc. 3º establece que: "La Suprema Corte tiene las siguientes atribuciones: Decide las causas contencioso-administrativas en única instancia y en juicio pleno previa denegación o retardación de la autoridad administrativa competente al reconocimiento de los hechos que se gestionan por parte interesada.

La CONSTITUCIÓN DE LA PROVINCIA DE CÓRDOBA en el art. 132, inc. 3º dispone que el "Tribunal Superior" conoce y resuelve de las causas contencioso-administrativas de acuerdo a lo que establece la ley de la materia". Igual disposición contiene la CONSTITUCIÓN DE MENDOZA, y la de SANTA FE sancionada en 1921 acuerda competencia a los tribunales ordinarios al establecer en su art. 122, inc. 5º que la Suprema Corte "tiene

ciarse sobre el acto administrativo como tal, sino para establecer su constitucionalidad.

III. Es sabido que el desarrollo que en algunos países ha adquirido el derecho administrativo, ha dado lugar a dos especies de recursos: el contencioso-administrativo por "exceso de poder" o de "anulación", y el contencioso-administrativo ordinario o de "plena jurisdicción"; el primero para la defensa de la legalidad, y el segundo para la defensa del derecho subjetivo. (7) El uno persigue un fin jurídico, el otro un fin económico.

Entre nosotros, como se ha visto, y dado el carácter un tanto ocasional de la legislación existente, sólo se ha admitido lo contencioso de plena jurisdicción. Tanto la ley como la jurisprudencia, se han preocupado de proteger los derechos subjetivos de los particulares frente a la Administración, y así han dado carácter exclusivamente reparatorio al recurso o acción contencioso-administrativa.

De manera que, la competencia de los jueces nacionales sobre la materia, está limitada a las cuestiones contenciosas resultantes de actos de la Administración, realizados en ejercicio de las facultades regladas, cuando esos actos afectan derechos subjetivos públicos de carácter patrimonial.

Pero, prácticamente y por vía del recurso extraordinario que autoriza el art. 14 de la ley 48, llamado de inconstitucionalidad, puede obtenerse algo de lo que en otros países se obtiene por el recurso de anulación. Es decir que se puede invalidar el acto administrativo ejercido en virtud de las facultades consideradas discrecionales o de gobierno, cuando éstos vulneran derechos o garantías generales establecidas en la Constitución. (8)

la facultad de mandar cumplir directamente por las oficinas y empleados respectivos las sentencias dictadas por las Cámaras de Apelaciones, en las causas contencioso-administrativas si la autoridad correspondiente no lo hiciere, etc.

Pero no obstante ser muchas las provincias que en su constitución han previsto los tribunales de lo contencioso-administrativo como formando parte de la Administración de justicia ordinaria, la materia sólo ha sido legislada en forma orgánica por la Provincia de Buenos Aires.

(7) BIELSA, *ob. cit.*, p. 1936; SARRIA FÉLIX, *Teoría del recurso contencioso-administrativo*, p. 8 y sigtes. 1936.

(8) BIELSA, *La protección constitucional y el recurso de inconstitucionalidad*, p. 41 y 168, 1936.

Es claro que la anulación del acto, no tiene efecto *erga omnes*, porque ello es incompatible con la función de la justicia común; pero en el hecho, la declaración de inconstitucionalidad de los actos administrativos particulares o generales, produce el efecto de abrogarlos, desde que igual decisión ha de recaer sucesivamente en los casos que se planteen judicialmente. ⁽⁹⁾

En tales casos, es decir, cuando el acto administrativo lesiona una garantía constitucional, la Corte Suprema de la Nación tiene competencia para conocer, en grado de apelación, de la cuestión contencioso-administrativa planteada ante la Administración nacional o de una provincia. La Corte Suprema actúa, así, como tribunal superior de lo contencioso-administrativo respecto de todos los actos sometidos, en principio, a la exclusiva competencia local.

Como se ve, a los efectos del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, la decisión administrativa es considerada sentencia definitiva del tribunal superior (art. 14 de la ley 48), siempre, se entiende, que se haya agotado el recurso por la vía administrativa. Ha entendido la Corte Suprema que no es indispensable que sea precisamente judicial la decisión definitiva de la autoridad local. ⁽¹⁰⁾

IV. Junto con la competencia originaria, que, en términos

⁽⁹⁾ La circunstancia de que lo contencioso de anulación no es estrictamente jurisdiccional en cuanto no es función de los tribunales declarar la nulidad *erga omnes*, se ha hecho valer para demostrar la imposibilidad de una competencia contencioso-administrativa atribuida al poder judicial. Pero es de observar que, aparte de que la ley puede conferir esa facultad a los jueces ordinarios, como ocurre en la Provincia de Buenos Aires con la acción por inconstitucionalidad (art. 149 inc. 1º de la Constitución) el hecho de que tales asuntos no sean jurisdiccionales nada quiere decir, puesto que la misma observación puede hacerse a los tribunales dependientes de la administración, ya que la función no cambia por cambiar el órgano. Los jueces administrativos no dejan de ser jueces por formar parte del poder administrativo: su función específica es la misma que los del orden judicial. Y ello, como es natural, no obsta a que tengan competencia para conocer de asuntos no jurisdiccionales, como ocurre en la justicia ordinaria que puede entender en los juicios llamados de jurisdicción voluntaria —que son el fondo administrativo— por disposición expresa de la ley.

⁽¹⁰⁾ Doctrina de los fallos que registran los: t. 107, p. 363; t. 110, p. 11; t. 96, p. 67; t. 102, p. 53; t. 46, p. 389; t. 93, p. 54; t. 296, p. 178; t. 147, p. 304.

generales corresponde a los jueces federales, ⁽¹¹⁾ diversas leyes conceden a ciertos tribunales competencia para conocer de lo contencioso-administrativo en grado de apelación; si es que puede hablarse de apelación de un órgano administrativo para ante otro jurisdiccional.

Esa competencia es, en unos casos, exclusiva y en otros concurrente con la atribuida a órganos administrativos; hay por tanto, casos en que el recurso procede sólo ante la justicia y otros en que se puede recurrir ante la justicia o ante la administración indistintamente.

a) De la primera categoría son las autorizadas, en el orden federal:

Por ley 3.708, sobre extinción de la langosta, que en su art. 20, dispone que de las penas impuestas a los infractores por las comisiones seccionales y de distrito, y por los comisarios y subcomisarios se podrá apelar ante el Juez Federal inmediato, dentro del término de treinta días;

Por la ley 4.863, sobre defensa agrícola, que autoriza el recurso ante la justicia federal de las decisiones administrativas que imponen penalidades por su violación;

Por la ley 11.226, sobre control de comercio de carnes, que en su art. 14 establece que, de las penalidades impuestas por el poder ejecutivo podrá reclamarse dentro de quince días de notificado el juicio contencioso-administrativo ante la Cámara Federal respectiva; Igual 11.227; 11.228; 11.747.

Por la ley 11.359, sobre profilaxis de la lepra, que en su art. 29 dispone que, de las penalidades aplicadas por las autoridades sanitarias, se puede recurrir ante la justicia federal;

Por la ley 1.570, que en su art. 6º concede apelación ante el juez correccional de la capital o ante los jueces letrados de los territorios nacionales según sea el lugar de la infracción presunta.

Por la ley 11.575, sobre jubilaciones y pensiones de empleados y empresas bancarias, que en su art. 34 establece que en caso de disconformidad con cualquier resolución del direc-

(11) Hay leyes especiales que también autorizan una demanda directa ante la justicia federal. Entre ellas la ley 9686 y 4349.

torio relativa a la aplicación de dicha ley, podrá apelarse para ante la Cámara Federal de la Capital, y

Por la ley 10.650, sobre jubilación de empleados y obreros ferroviarios, que en su art. 32 dispone que en caso de disconformidad del interesado la resolución del directorio será apelada ante el juez federal en turno.

En el orden local de la Capital Federal:

Por la ley 4.202, sobre vacunación antivariólica obligatoria, que en su art. 17 autoriza a recurrir ante el juez de paz del distrito de las multas aplicadas a los infractores por la reparación sanitaria.

Por la ley 4.687, sobre ejercicio de la farmacia, que autoriza un recurso ante la justicia del crimen o letrada de los territorios de las resoluciones del Departamento Nacional de Higiene en las penalidades impuestas por el mismo en los casos de infracciones a las disposiciones de esa ley;

Por la ley 11.110 sobre jubilación de empleados y obreros de empresas de tranvías, teléfonos, telégrafos, gas, electricidad y radiotelefonía que en su art. 62 dispone que en caso de disconformidad del interesado, la resolución del directorio será apelable ante el juez civil en turno;

Por la ley 11.570, sobre aplicación de leyes del trabajo, que en su art. 6º autoriza un recurso ante el juez correccional en turno de la Capital Federal, de las resoluciones administrativas del Departamento del Trabajo que impongan multas de más de trescientos pesos;

Por la ley orgánica municipal y de la de organización de los tribunales, que establecen que los recursos contenciosos-administrativos se deducirán ante la justicia ordinaria (Cámara de lo civil en turno).

b) De la segunda categoría son los autorizados:

Por la ley 3.764, sobre impuestos internos, ^(11 bis) que concede dos recursos: uno ante el Ministerio de Hacienda y otro ante los jueces federales en la Capital y provincias, o los de paz según el monto de la pena pecuniaria impuesta (art. 28);

^(11 bis) Dicha ley rige en las infracciones a lo dispuesto en las leyes 12.236 y 12.359, en cuanto al procedimiento para hacer efectivas las multas.

Por la ley 3.975, sobre marcas de fábricas, que establece dos recursos excluyentes, ante la justicia federal y ante el Ministerio de Agricultura en los casos de denegación de marca o de oposición de un interesado;

Por la ley 4.933, sobre aduanas, que acuerda un recurso judicial ante el juez federal respectivo cuando la resolución administrativa es condenatoria y de carácter penal (art. 1063 de las Ordenanzas de aduana) y otro recurso administrativo ante el Ministerio de Hacienda en los casos de los arts. 1054, 1056 y 1057 de las Ordenanzas;

Es entendido que en todos estos casos la elección de una de las vías de recurso, cierra el camino a la otra (electa una via non datur regressus ad alteram).

V. Entre los casos de competencia concurrente, hemos señalado el que autoriza la ley orgánica municipal. En efecto, esta ley en su art. 52, dispone que, "no se admitirá acción alguna para impedir el cumplimiento de las resoluciones que la Municipalidad dicte en uso de las atribuciones que esta ley le confiere en las secciones de Seguridad, Higiene y Moralidad Pública", y que "los particulares que se consideren damnificados por ello deberán ejercitar sus derechos en juicio contencioso-administrativo con apelación ante el Tribunal que la ley de procedimientos designe". Por su parte, la ley 1893, en su art. 80, inc. 3º, establece que, la Cámara Civil conocerá en última instancia "de los recursos contra las resoluciones de la Municipalidad en asuntos contencioso-administrativos".

De manera que, según la ley, el particular que se crea "damnificado" por una resolución administrativa, debe promover "juicio" contencioso-administrativo. No dice dónde debe tramitarse ese juicio, pero como a renglón seguido se agrega que tendrá apelación ante el "tribunal que la ley de procedimiento designe", se ha entendido que la tramitación debe seguirse ante la propia autoridad administrativa.

Pero, la disposición legal que estudiamos, es deficiente por más de un concepto, y naturalmente, su aplicación ha producido dificultades que los tribunales han tratado de salvar. Por lo pronto, al establecer que los particulares tienen

derecho a promover juicio contencioso-administrativo cuando se sienten damnificados por resoluciones en asuntos concernientes a seguridad, higiene y moralidad pública, ha dejado de lado todas las cuestiones contencioso-administrativas que pueden originar los demás actos administrativos de la Municipalidad. Y entonces, ha surgido la duda de si el legislador entendió que estas cuestiones debían ventilarse directamente ante la justicia ordinaria, o si por el contrario, quiso excluirlas de todo control judicial.

Felizmente, los tribunales en ningún momento han aceptado este último criterio, que habría importado "consagrar una inadmisibile intangibilidad municipal", como dijo un Camarista estudiando el asunto (voto del Dr. Salvat public. en *Jurisp. Argentina*, t. 19, p. 476); pero fué durante mucho tiempo contradictoria la jurisprudencia respecto del órgano que debía conocer en dicha categoría de juicios. Mientras un tribunal (Cám. Civ. 1ª) reiteradamente sostuvo que las únicas cuestiones generadoras de casos contencioso-administrativos son las concernientes a seguridad, higiene y moralidad pública, porque ello resulta claro y terminante del texto de la ley orgánica y porque el art. 80, inc. 3º de la ley 1893 no tenía otro alcance que de reglamentar el recurso autorizado por la otra ley (*Jurisp. Argent.*, t. 7, p. 293; t. 9, p. 229; t. 54, p. 421; t. 57, p. 117 y 710; t. 52, p. 424); el otro (Cám. Civ. 2ª), declaró también reiteradamente que, el recurso autorizado por el art. 52 de la ley orgánica municipal, es aplicable a todos los casos en que se cuestione una resolución de la Municipalidad, dictada en su carácter de poder público, por que si bien dicho precepto legal hace referencia sólo a las resoluciones dictadas en asuntos de seguridad, higiene y moralidad pública, el art. 80, inc. 3º de la ley orgánica de los tribunales "amplía dicho recurso con respecto a todos los actos municipales que por su índole lo justifiquen" (*Jurisp. Argent.*, t. 2, p. 610; t. 19, p. 476; t. 50, p. 539; t. 53, p. 751).

La incertidumbre que esa divergencia de opiniones había producido, parece haberse desvanecido un tanto con la uniformidad de la jurisprudencia ocurrida a raíz del fallo de las

Cámaras reunidas en pleno, dictado en la causa Escorihuela Adela contra Municipalidad de la Capital, publicado en la Gaceta del Foro, t. 148, p. 187. En dicha sentencia, la mayoría del tribunal dejó sentada la buena doctrina, la que venimos sosteniendo en estas líneas, esto es, que las cuestiones contencioso-administrativas no contempladas por la ley orgánica municipal, como cualquier cuestión jurídica que comprometa intereses de los particulares, deben ser sometidas para su solución, a los órganos naturales, o sea, a los tribunales de justicia, a menos que expresamente la ley las sustraiga de su conocimiento.

Conviene, sin embargo tener presente, que, no por tener que tramitarse ante la justicia ordinaria, según corresponde—dado el carácter de autoridad local de la Municipalidad— los conflictos que con la misma pueden tener los particulares cuando ésta obra como poder público, dejan de ser contencioso-administrativos, como erróneamente se ha afirmado en algunas resoluciones. Ellos conservan su sustancia, pero el juicio correspondiente, no se tramita por la vía del recurso autorizado por el art. 52 ya recordado, sino por el establecido por las leyes de procedimientos judiciales.

Es claro que respecto de dichas cuestiones, la distinción entre Municipalidad persona jurídica y Municipalidad poder público, carece de interés a los efectos de la competencia: en uno y otro caso siempre son los tribunales ordinarios los que deben conocer.

Sin embargo, podría interesar la distinción en lo referente a los asuntos señalados en la ley orgánica municipal, pues, si la Municipalidad obra como persona jurídica, cosa menos que imposible, tendría el damnificado que ocurrir a los tribunales ordinarios, y en cambio, si procediera como poder público, habría que seguir el procedimiento establecido en dicha ley.

VI. En toda Administración bien organizada, el superior jerárquico ejerce autoridad sobre sus subordinados; de ahí que generalmente se admita que se pueda reclamar ante aquél de las resoluciones dictadas por éstos, para que las modifique

o deje sin efecto si lesiona un derecho o un interés legítimo. Esa reclamación, cuando está reglamentada, es lo que se conoce con el nombre de "recurso jerárquico".

El recurso jerárquico no tiene un carácter propiamente jurisdiccional. Para que lo tuviera, sería menester que tanto el órgano administrativo autor de la resolución recurrida, como el que debe conocer de ella, no fuera parte, es decir, obrare como tercero en la cuestión, o lo que es lo mismo, como juez. Y no es eso lo que ocurre en estos casos; por el contrario, es la Administración misma la que por sí y ante sí resuelve respecto de sus propios actos como interesada directa.

El carácter jurídico del mismo —en cuanto por estar reglamentada confiere un derecho al particular— no lo convierte en jurisdiccional. La protección de ese derecho es realizada directamente por quien lo ha lesionado y por su propia acción; por lo tanto, la actividad que en estos casos ejerce el órgano, es netamente administrativa; anula o modifica lo que ha hecho por error o por violación de la ley, como lo podría hacer un gestor particular respecto de sus propios actos.

Los considerandos del decreto del Poder Ejecutivo Nacional de 7 de Abril de 1933, ⁽¹²⁾ que, en el orden nacional reglamentó el recurso jerárquico, parecería reconocerle ca-

(12) El articulado del decreto es el siguiente:

Art. 1º Todo recurso jerárquico promovido ante el Poder Ejecutivo, se presentará por escrito ante el Ministerio respectivo, observándose las siguientes formalidades:

1º Nombre y estado civil del recurrente, constitución del domicilio en la Capital Federal y expresión del domicilio real.

2º Determinación del recurso y certificación de haberse solicitado revocatoria y haber sido ésta denegada por la autoridad superior del funcionario u órgano administrativo del cual emane la resolución recurrida.

Art. 2º Se entenderá para este trámite que ha sido denegado el pedido de revocatoria cuando no fuera resuelto dentro del término de diez días a contar desde la presentación del pedido.

Art. 3º El escrito de recurso deberá ser presentado con su respectiva copia y rubricadas todas las hojas por el recurrente, quien acreditará con los documentos legales su identidad personal. Al escrito deberá acompañarse copia de las actuaciones y documentos esenciales del expediente administrativo relativo al recurso.

El recurrente podrá actuar por persona autorizada mediante mandato regular.

El menor adulto no podrá recurrir sin autorización de sus padres, tutor o guardador; pero si no tuviera autorización podrá presentarse adu-

rácter jurisdiccional cuando dice ... "que a eso responde la institución del recurso jerárquico, no como un medio graciable, sino *jurisdiccional*, y en consecuencia, debe regularse de acuerdo con preceptos de derecho". Y decimos que parecería y no que lo reconoce en realidad, porque evidentemente, lo que en el fondo se ha querido expresar, es que se trata de un recurso jurídico, es decir, acordado a los administrados como un derecho y no como una gracia o favor.

Según el decreto aludido, el órgano competente para

ciendo el motivo de la falta de ese requisito y el ministerio decretará si debe darse entrada al recurso.

Art. 4º La Mesa de Entradas después de examinar el estado material de las piezas o documentos presentados, dará al recurrente comprobante de la presentación expresando el nombre de aquél, denominación del recurso y número de fojas del escrito y documentos acompañados.

El jefe de la Mesa de Entradas podrá exigir al recurrente la ratificación de la firma, en su presencia, cuando lo juzgue necesario para probar la identidad de aquél.

Art. 5º Recibido el escrito y la documentación pertinente el jefe de la Mesa de Entradas llevará el expediente al Ministro, para la resolución que corresponda. La copia se remitirá a la autoridad administrativa que dictó la resolución objeto del recurso.

Art. 6º Si a juicio del Ministro los elementos probatorios no fueren suficientes para dictar decisión, ordenará a petición de parte o de oficio la presentación de la prueba que estime pertinente.

Producida la prueba dará vista al recurrente y a la autoridad administrativa interesada para que presenten memorial o aduzaan por una sola vez, nuevo motivo en favor de la admisión del recurso, o de su rechazo respectivamente.

Art. 7º Cuando se tratara de concepto personal o de legajo que deba presentarse al P. E., el funcionario que lo presente dará vista previamente al funcionario o empleado al cual se refiere el concepto o legajo quien formulará las observaciones que juzgue necesarias en el mismo expediente; pero podrá formularlas en recurso directo al Ministerio, si para ello hubiere motivo fundado, que lo expresará.

Art. 8º Los Directores Generales, los Inspectores Generales y Directores Generales de Administración, producirán informe sobre todo asunto que corresponda a su dependencia. Producido el informe el subsecretario dará dictamen formulando las conclusiones definitivas, y cumplido este trámite pasará el asunto a decisión del Poder Ejecutivo.

Art. 9º En los casos que legalmente corresponda la intervención del Procurador del Tesoro se comunicará a éste la promoción del recurso después de la primera providencia.

Art. 10º La decisión definitiva se dictará en decreto o resolución según corresponda de acuerdo con la Constitución (art. 89) y la Ley Orgánica de los Ministerios. Esta decisión será siempre ejecutoria y se notificará en el término de tres días al recurrente y al órgano administrativo que deberá hacerla cumplir.

El Poder Ejecutivo puede, de oficio o a petición de parte, suspender o diferir la ejecución del decreto, si un interés fundado de orden administrativo lo justifica.

conocer el recurso jerárquico, es el Poder Ejecutivo (art. 1). Debe interponerse ante el mismo Poder Ejecutivo, esto es, directamente y por vía de hecho, no de apelación, después de haber sido denegada la revocatoria solicitada al superior del funcionario del cual emanó la resolución (art. 2).

Como el decreto no hace distingo alguno, se ha entendido que el recurso procede contra cualquier acto administrativo civil: "reglado o discrecional, de autoridad o de gestión", siempre que la "solución de la cuestión no esté expresamente librada a otra forma jurídica o política". (13)

Por la misma razón, o sea, debido al carácter general del decreto, se ha sostenido que el recurso jerárquico procede contra los actos de cualquier autoridad dependiente del Poder Ejecutivo, incluso de las entidades autárquicas. (14) Esta extensión le fué dada, por otra parte, por otro decreto de fecha 7 de Noviembre de 1934 en el que se estableció: "Visto: las actuaciones de este expediente relacionadas con promoción del recurso jerárquico instituido por Decreto con acuerdo del Ministerio N° 20.003 de fecha 7 de Abril de 1933 y

"Teniendo en cuenta los dictámenes producidos por los señores Procurador del Tesoro y Procurador General de la Nación sobre procedencia del expresado recurso respecto de las entidades autárquicas, etc."

"El Presidente de la Nación Argentina, Decreta:

Art. 1º. — Declárase que el recurso jerárquico creado por Decreto de fecha 7 de Abril de 1933 comprende a las reparticiones autárquicas".

Pero no por ello el recurso jerárquico abarca todas y cualesquiera de las resoluciones de las entidades autárquicas, pues, como lo ha dicho el Procurador del Tesoro Dr. Celso Rojas, si así se pretendiera, resultaría la desaparición de hecho de la independencia que la ley acuerda a cada entidad, y fácil es advertir que la revisión de aquellas resoluciones por el P. E. por vía de este recurso, importaría una in-

(13) R. BIELSA, *El recurso jerárquico*, p. 48, 1939, 2ª edic.

(14) R. BIELSA, *El recurso jerárquico*, pág. 56, 1939, 2ª edic.

tromisión y el desconocimiento de las facultades que las leyes respectivas de creación les atribuyen.

No toda resolución de los entes autárquicos, pues, es revisible por el P. E. por vía del recurso jerárquico. Cuando la decisión es privativa de la entidad, la revisión no procede, salvo el caso naturalmente que se trate de una dependencia que, aunque con cierta libertad de funciones, de organización y de patrimonio, por su ley de creación, esté subordinada a la autoridad del P. E. o de algunos de sus departamentos. Así, por ejemplo, si la Caja de Jubilaciones y Pensiones Civiles hubiera resuelto la suspensión de la jubilación en virtud de la facultad que le confiere la ley respectiva en su art. 8, con arreglo al procedimiento indicado por los arts. 47, 51 y 52 de la reglamentación vigente, como la ley sólo prescribe la intervención del P. E. en determinados casos, hay que admitir que en los no mencionados, hay función privativa de la entidad, "puesto que con un criterio contrario, todo el mecanismo de la misma estaría subordinado a la revisión del P. E., lo que no establece la ley ni ha podido ser de su espíritu".

Debe tenerse presente que, por lo general, no se admite el recurso cuando la resolución que motiva el reclamo es susceptible de una acción judicial por parte del interesado. La razón que se ha dado, es la de que, en esencia, lo que se ha querido evitar con el recurso jerárquico, es no dejar sin amparo a los administradores contra aquellas resoluciones administrativas que, por su índole, no son susceptibles de reclamación judicial. Pero fácilmente se advierte que, aunque ese fuera el fundamento del recurso, nada obstaría para que se le diera curso, ya que la existencia de dos vías no debe impedir que se elija una de ellas, menos aun cuando está en el interés de la Administración que sus resoluciones no sean motivo de reclamo judicial.

De los actos del Ministro "se puede pedir revocatoria al propio Ministro, como de los actos del P. E. al Presidente de la Nación, pero cabe también el pedido de revocatoria al P. E., cuando se pidió a éste resolución y la dictó el Minis-

tro sin la competencia legal". Sin embargo, cuando los ministros no obran como órgano distinto del Presidente de la Nación, no hay recursos jerárquicos contra sus resoluciones.

VII. En el orden administrativo, existe lo que se conoce con el nombre de jurisdicción disciplinaria, que nada tiene que hacer con el recurso jerárquico. Esta constituye una garantía o amparo a los administrados, aquélla un medio por el que se procura el cumplimiento de las obligaciones de los empleados públicos. Una es de carácter externo y comprende a las personas extrañas a la Administración, o a los dependientes de ésta, pero que proceden como particulares; la otra es de carácter interno, y comprende al personal que debe desempeñar el servicio público.

La llamada jurisdicción disciplinaria, tiene por objeto hacer efectivo el cumplimiento de las obligaciones de orden interno que corresponde a los agentes públicos. Toma ese nombre porque mediante la disciplina implantada en el personal, se logra satisfacer el propósito que se persigue. La disciplina, se ha dicho con razón, es un sistema fundamental de gobierno de los agentes de la Administración destinado a establecer la autoridad y a mantener el régimen de los servicios públicos; ella consiste, en un conjunto de reglas y de medios impuestos para regir las relaciones de su personal y obtener el estricto cumplimiento de sus deberes a fin de asegurar la eficacia del servicio.

Ahora, la infracción a las reglas disciplinarias, trae aparejada la responsabilidad consiguiente, la que se hace efectiva por los superiores jerárquicos. La función que éstos desempeñan en esas situaciones, es lo que constituye la llamada jurisdicción disciplinaria, que no es tal jurisdicción, sino simplemente el ejercicio de una función administrativa que pertenece a todo lo que ejerce autoridad. En tales casos, se pone en juego una facultad o poder que tienen todos los funcionarios, incluso los jueces, para obtener de sus subordinados el cumplimiento de los deberes inherentes a sus cargos, pero en las que nada tiene que hacer la jurisdicción.

JAIME TOBON VILLEGAS
DONACION

La responsabilidad disciplinaria corresponde sólo a los agentes de la administración, desde que resulta del incumplimiento de los deberes propios del servicio que desempeñan; los terceros, no teniendo a su cargo funciones de índole administrativa, no pueden incurrir en responsabilidad de esa especie. Como consecuencia, la responsabilidad sólo existe respecto al organismo administrativo a que el agente público pertenece, siendo los órganos administrativos superiores, los encargados de hacerla efectiva.

En todas las ramas del gobierno existe una metódica distribución de las tareas concernientes al servicio y una relación de sujeción o dependencia entre los funcionarios y empleados que despliegan un mismo orden de actividades; es decir, existe un orden jerárquico que supone o significa una especial coordinación y subordinación entre las diversas funciones y las personas que las desempeñan.

En virtud de esta jerarquía, los superiores gobiernan la actividad de los inferiores; éstos deben obediencia a aquéllos a quienes están subordinados, en lo que se refiere a las tareas inherentes a sus cargos. De ahí la supremacía jerárquica y por tanto el poder disciplinario. Al ejercer ese poder, el superior procede como parte interesada, esto es, como componente o integrante de la administración misma, y no como tercero o como juez; no resuelve un conflicto de intereses ajeno, sino que satisface su propio interés, o sea, el de la Administración Pública con la que está identificado.

Muchas veces el poder disciplinario es substraído al superior jerárquico y conferido a funcionarios especiales, para descargar a aquéllos de tales tareas y dar mayores garantías en la aplicación de las sanciones; pero no por ello pierde el carácter de función administrativa la ejercida, con mayor razón si el órgano encargado de aplicar las sanciones, se mantiene como dependencia administrativa.

CAPITULO XVIII

DE LA COMPETENCIA FEDERAL

SUMARIO: I. LA JUSTICIA FEDERAL, RAZÓN DE SU EXISTENCIA. — II. IMPROCEDENCIA DE LA PLURALIDAD DE FUEROS EN LA CAPITAL FEDERAL. — III. DIRECTIVAS DE LA CONSTITUCIÓN EN PUNTO A ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA FEDERAL; LEYES REGLAMENTARIAS QUE DISTRIBUYEN LA COMPETENCIA FUNCIONAL O SEA POR RAZÓN DEL GRADO DE CONOCIMIENTO DE LA SUPREMA CORTE, CÁMARAS FEDERALES Y JUECES DE SECCIÓN. — IV. COMPETENCIA FEDERAL POR RAZÓN DEL MONTO DEL PLEITO. — V. COMPETENCIA DE LOS JUECES DE SECCIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA, DE LAS PERSONAS Y DEL LUGAR; EXAMEN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES Y DE LA JURISPRUDENCIA.

I. La justicia federal tiene su explicación y razón de ser en el sistema de gobierno que ha adoptado nuestro país. En efecto: la coexistencia del estado nacional con los estados provinciales, puede originar conflictos entre éstos o entre éstos y aquél, que deben ser resueltos por otra justicia que la local; además, correspondiendo a la Nación lo relativo a las relaciones exteriores, hay conveniencia en que ésta ejerza la función jurisdiccional en los casos en que deba responder de su ejercicio ante el extranjero. Por eso se ha creado la justicia federal que allana las dificultades y satisface las exigencias apuntadas.

No quiere ello decir que no pueda concebirse una organización federal con un solo orden judicial —puesto que al fin, todo depende de lo que la constitución del estado general disponga al efecto— sino que el doble fuero sólo es posible en un país de estados confederados. Lo natural, lo normal es que la justicia sea una sola; pero pueden coexistir dos órdenes cuando los estados que forman la federación, se han reservado el ejercicio de la justicia ordinaria.

De manera que, entre nosotros, la justicia federal responde a las necesidades que nacen de la forma de gobierno que hemos adoptado, necesidades que pueden haberse magnificado o desfigurado en la práctica, pero que en realidad existen. Al lado de éstas, militan razones de otro orden que

también aconsejan el fuero federal, sobre todo para ventilar cuestiones de interés general al que se vinculan el honor de la nación, la seguridad de sus instituciones, el cumplimiento de las leyes militares, la solución de problemas imprevistos que el progreso general crea y que son materia de "leyes especiales", las necesidades de la navegación y del comercio internacional, el patrimonio fiscal, etc.

Se suele dar como razón determinante de la justicia federal, la necesidad de mantener la supremacía de la Constitución, como si los jueces nacionales fueran los únicos encargados de aplicarla. No hay tal; siendo la Constitución ley suprema de la Nación, que debe primar sobre las demás y aplicarse en primer término, todos los jueces sin excepción, son sus guardianes y mantenedores, y no solo los federales, como por error se ha sostenido. Quien en realidad puede mantener la supremacía de la Constitución, es la Suprema Corte Nacional, pero no por ser un tribunal federal, sino por ser el superior tribunal del país. En esa situación, no están los demás tribunales federales.

Los tribunales federales no son, en principio, superiores a los ordinarios, no pueden serlo sin ofender el espíritu democrático de nuestras instituciones. Y si fué designio de los que organizaron la justicia nacional, instituir una justicia que ofreciera mayores garantías que la provincial de entonces, no puede subsistir en la actualidad. Ya nadie piensa seriamente que sea mejor la justicia federal que la ordinaria de provincia. Una y otra tienen la misma organización, exigen las mismas garantías de títulos y aptitudes de parte de los encargados de administrarla, y tienen leyes procesales más o menos análogas. Después de todo, choca que nuestra legislación judicial pueda sostenerse sobre base tan deleznable, como sería la de que hay en el país una justicia buena y otra arbitraria. ⁽¹⁾

(1) Además de suprema, se dice que la justicia federal es de excepción, limitada, privativa, y que no procede de oficio. a) Es de *excepción* en cuanto los jueces federales ejercen jurisdicción en las provincias, esto es, en lugares donde hay jueces locales que tienen amplitud de competencia; de ahí que no tengan ese carácter cuando se desempeñan en

II. Pero si la dualidad de fueros es perfectamente explicable en los países en que rige un sistema federal de gobierno, lo es sólo en los lugares en que el estado general (la Nación), no ejerce la función jurisdiccional ordinaria, porque precisamente, debido a que la justicia local pertenece a los estados particulares (provincias), es que la federal tiene razón de ser, según lo hemos visto. De ahí que, cuando la Nación ejerce la función jurisdiccional en territorio nacional, no cabe el doble orden judicial.

Esto, no ha sido tenido en cuenta por nuestras leyes, que han organizado la justicia de la Capital Federal como si se tratase de una provincia. Tal organización es anómala y debe ser modificada, porque no existe ninguna razón jurídica que lo impida. Los reparos de orden constitucional que se han opuesto cuando se ha intentado la reforma, no revisten la importancia que se les atribuye. Más que en la ley funda-

territorio nacional, donde, como es natural, son a la vez jueces ordinarios, tal como ocurre con los jueces letrados en las gobernaciones. b) Es *limitada*, por oposición a la justicia ordinaria, que es amplia. Esta se ejerce en todos los casos contenciosos, y aquélla sólo en los enumerados en los arts. 100 y 101 de la Constitución cuando no se trata de territorios nacionales. c) Es *privativa*, porque los jueces locales no pueden conocer de las causas que la Constitución Nacional ha reservado a la justicia federal, salvo los casos en que los tribunales tienen competencia concurrente, como cuando el extranjero o vecino de otra provincia ha renunciado al fuero nacional. d) Es *improrrogable*, en el sentido de que las partes no pueden atribuirle competencia extraña a la establecida por la Constitución; pero es prorrogable cuando se ha conferido el fuero por razón de la distinta nacionalidad o vecindad, porque en esos casos se trata de un privilegio que puede renunciarse. La improrrogabilidad por tanto, se refiere sólo a la competencia originaria de la Corte y a la de los jueces federales por razón de la materia. e) Es *inalterable* por regla general, cuando se ha fijado la competencia una vez trabada la litis. Es decir que el cambio ulterior de la calidad de las partes no altera la competencia, salvo los casos de juicios universales que ejercen fuero de atracción (S. C., t. 86. p. 212). En los demás casos, el cambio de nacionalidad o de titular de la cosa litigiosa no altera la competencia. f) *No procede de oficio*, como no establece la ley N° 27; pero no es un carácter exclusivo de la justicia federal, pues los tribunales ordinarios en lo Civil y Comercial tampoco proceden de oficio. Por otra parte los jueces federales, cuando intervienen en causas criminales, pueden obrar sin requerimiento de parte. Lo que en realidad caracteriza a los jueces nacionales es que sólo intervienen en cuestiones contenciosas, siendo ajena a su competencia todos los juicios llamados de jurisdicción voluntaria.

mental, se funda la oposición, en un inmotivado temor de trastornar las cosas si se modifica lo existente.

La jurisdicción propiamente dicha, o sea la actividad mediante la cual se procura la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por algún motivo no se realice la norma jurídica que las tutela, es una función inherente al Estado. Puede decirse que es la manifestación más viva de su soberanía, puesto que sin ella no es posible la convivencia social. De ahí que no se conciba una organización política de hombres para fines de interés general, como la nación, sin el poder de administrar justicia. Y ese poder no sólo es propio, sino exclusivo del Estado, porque ya no se admite bajo ningún concepto, que instituciones o personas distintas del Estado instituyan jueces, como ocurría en otras civilizaciones, particularmente en favor de la iglesia.

Ahora bien, la Nación Argentina, como estado independiente y soberano, ha debido considerarse necesariamente armada de la facultad de ejercer la actividad judicial, reconociéndolo así en la Constitución. Y como el gobierno nacional emana de la soberanía de todo el pueblo de la nación, y no del consentimiento de las provincias consideradas en su capacidad política, se ha elevado la función judicial a la categoría de poder coexistente con el ejecutivo y legislativo. Es así, pues, que la justicia nacional es amplia, completa, es la justicia "ordinaria" de la nación, para expresarnos en términos técnicos del derecho procesal.

En virtud de estos principios jurídicos derivados de nuestro derecho público, se tiene que, cuando los jueces de la nación ejercen sus funciones en territorio sometido exclusivamente a la jurisdicción nacional, son jueces ordinarios de la constitución investidos de la suma del poder judicial, y pueden, en principio, conocer de todos los asuntos sin excepción. Es sólo cuando, por razones propias de nuestra organización política, deben ejercer su actividad jurisdiccional en el territorio de las provincias, que su competencia está circunscripta a ciertas y determinadas materias de índole nacional. En los demás casos, es amplia.

No se expresa, pues, un concepto rigurosamente exacto cuando se afirma que la justicia nacional es de excepción, dado que no reviste este carácter sino cuando se ejerce en territorios donde el gobierno nacional no tiene jurisdicción exclusiva, como ocurre con los de las provincias, que conservan todo el poder no delegado expresamente a la nación. Lo que hay es que, unas veces, la jurisdicción nacional se ejerce *ratione loci* (en los territorios nacionales) y otros *ratione materiae* (en los territorios provinciales). Y esta distinción conviene tenerla muy presente para el asunto que nos ocupa, porque si la justicia federal fuera siempre de excepción, tal vez podría haber un impedimento de orden legal para refundir los fueros, desde que la competencia de los tribunales de la nación debería quedar reducida, en este caso, a las materias de su especialidad.

Pero si, como ya hemos visto, la función judicial es una emanación de la soberanía, bajo nuestro régimen federativo no puede haber más que dos clases de justicia: una nacional y otra provincial, como derivación de las soberanías que pueden considerarse coexistentes en la nación, aun cuando en el hecho desapareciera con la Constitución de 1853. Cualquier otra categoría de justicia, como la llamada local del distrito federal y territorios nacionales, es una creación artificiosa de la ley, que no reconoce fundamento lógico ni jurídico en la Constitución. Esta sólo habla en la sección tercera, de la justicia de la nación, porque no podía concebir que en un territorio nacional pudiera haber jueces nacionales y otros ajenos a la jurisdicción federal.

Por eso la justicia de la capital federal, siendo la ordinaria de la nación, debe tener competencia para entender en los asuntos de fuero común, y en todos los que, por su naturaleza o circunstancias especiales de nuestro régimen federativo, son del resorte nacional. Así lo entendieron los legisladores de 1858, que sancionaron con ligeras modificaciones el proyecto enviado por el presidente Urquiza, el cual proyecto atribuía a "los jueces del territorio federalizado, la jurisdicción federal y la ordinaria de provincia"; y así lo com-

prendieron también los americanos del norte que, con preceptos constitucionales semejantes a los nuestros, puesto que de ellos los tomamos, han organizado la justicia del distrito de Columbia, otorgando a los jueces jurisdicción amplia para entender en los asuntos del fuero común y en los del fuero llamado federal.

Por tanto, si los jueces ordinarios del distrito de la capital de la república, son nacionales por razón de su origen, de su nombramiento, de su dependencia, del lugar en que ejercen su jurisdicción y aún de los asuntos que son de su conocimiento, ¿por qué razón no han de tener competencia para entender en la materia atribuida a la justicia llamada federal, que es eminentemente nacional, y que por esa razón se la ha substraído a los jueces provinciales? ¿Acaso a este respecto la Constitución ha equiparado el distrito federal a los estados provinciales reconociéndole una soberanía independiente de la nacional? ¿Pero, no se ha demostrado que en el territorio de la capital impera exclusivamente la soberanía de la nación, cuyo carácter de nacional toman todas las instituciones que de ella emana, cómo es la justicia?

Se ha querido ver en la enumeración que de las materias de competencia federal hace el art. 100 de la Constitución, un impedimento para unificar la justicia de la ciudad de Buenos Aires, sin reparar en que esa enumeración ha sido hecha por oposición a la justicia de las provincias, según resulta de los antecedentes del precepto recordado. La Constitución no ha entendido substraer a los jueces de los territorios nacionales los demás asuntos señalados taxativamente en el art. 100, porque la misma reserva del inc. 11 del art. 67 atribuye a la justicia federal facultad para aplicar los códigos civil, penal, comercial y de minería, "según que las cosas o las personas caigan bajo su jurisdicción". Es decir, que todo depende de que caiga bajo la jurisdicción de la nación, y como el territorio de la capital es nacional, nada obsta para que sus jueces tengan la amplitud del poder judicial para conocer de todos los asuntos y aún de los que son objeto de la reserva.

La institución de los dos fueros en el distrito federal, es

así obra de la ley y no de la Constitución y puede, en consecuencia, unificarse por otra ley, adoptando el temperamento seguido por la ley N^o 1532 de Octubre 16 de 1884 sobre organización de los territorios nacionales, cuyo art. 36 establece que, "los jueces letrados conocerán y resolverán en las causas, que en la ley citada en el artículo precedente (se refiere a la de 15 de diciembre de 1881 sobre organización de los tribunales de la capital), se atribuye a los jueces en lo civil, comercial, correccional y criminal y también a las que correspondan al juez federal". Con igual criterio y con mayor razón ha debido procederse al organizar la justicia de la capital de la república, puesto que al fin y al cabo, la jurisdicción de la nación sobre los territorios nacionales (las gobernaciones), es transitoria, mientras la ejercida sobre el distrito federal, es de carácter permanente.

Con una sola clase de jueces, se podría perfectamente llenar la función judicial del distrito de la capital, en toda su extensión, sin desmedro de la Constitución Nacional y con el agregado de que, de esta manera, se conformaría la organización de la justicia de Buenos Aires a la unidad de la jurisdicción que, como Benthán lo puso de manifiesto, es uno de los cánones del derecho procesal, y se salvaría uno de los inconvenientes más formidables del actual sistema, originados por la dificultad de dar con el juez competente que ha de entender en un asunto.

No se da a las cuestiones de competencia con el cortejo de declinatorias e inhibitorias, toda la importancia que en sí tienen, porque se desconoce el verdadero concepto del "procedimiento" que, siendo el medio de obtener del Estado la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, no puede constituir nunca un objeto o motivo de nuevos litigios o contiendas judiciales. La simplicidad de las formas procesales, la brevedad de la litis, es no sólo necesaria al comercio jurídico moderno, sino que está en conformidad con la naturaleza ágil, pronta a la concepción, rápida a la ejecución, y por así decir, nerviosa de nuestro pensamiento. La pronta solución de los pleitos, pues, es ya un lugar común en la ciencia pro-

cesal y no debe olvidarse cuando se trató de organizar una buena administración de justicia.

III. En punto a la organización de la justicia nacional, la Constitución ha establecido directivas fundamentales en sus arts. 94.100 y 101. Por la primera disposición, después de calificar de "poder" público a la administración nacional, dispone que ella será ejercida por una Corte Suprema y por los demás tribunales inferiores que el congreso establezca en el territorio de la nación; y por las otras determina el contenido sustancial de su competencia. (2) Y decimos contenido

(2) Después de producida la reforma de la Constitución Nacional, se dictó la ley que lleva el Nº 27 de 16 de Octubre de 1862, por la que se fijó en cinco el número de los miembros de la Suprema Corte y se creó un juzgado federal en cada provincia. Más tarde se dictó la ley 1532 que organizó la justicia de los Territorios Nacionales, estableciendo que en cada gobernación habrá un juez Letrado; pero esta ley fué posteriormente reformada por la Nº 3906 que fijó en tres los jueces de La Pampa; dos los del Chaco, Río Negro y Misiones; en Los Andes no hay juez porque en ese territorio tiene competencia el Juez Federal de Salta. La ley 4055 creó cuatro Cámaras de Apelaciones, compuestas de tres miembros de cada una con asiento, la primera en la Capital Federal, la segunda en La Plata, la tercera en Paraná y la cuarta en Córdoba. La ley Nº 7099 creó la Cámara de Rosario con jurisdicción en la Provincia de Santa Fe; la Nº 11539 la de Bahía Blanca con competencia en Bahía Blanca y Territorios Nacionales de La Pampa, Neuquén y Río Negro; la Nº 12.345 creó la de Tucumán con jurisdicción en las Provincias de Tucumán, Santiago del Estero, Salta, Jujuy y Territorio de Los Andes; la Nº 12217 la de Mendoza, con jurisdicción en las Provincias de Mendoza, San Juan y San Luis. Dichas cámaras se componen de tres miembros con excepción de las de la Capital Federal y La Plata, que constan de cinco vocales. Las leyes 4074, 5011, 8843 y 11.192 completaron la Nº 27 respecto a los jueces federales de sección, habiendo, por tanto, un juez en cada provincia con las siguientes excepciones: a) En la Capital Federal hay tres, dos para lo civil y comercial y uno para la criminal y correccional; b) En la Provincia de Buenos Aires hay cuatro, dos en La Plata, que tienen competencia en los Partidos de Almirante Brown, Avellaneda, Baradero, Bolívar, Brandsen, Campana, Cañuelas, Castelli, Chascomús, Dolores, E. Echeverría, Exaltación de la Cruz, Florencio Varela, General Alvear, Gral. Belgrano, Gral. Conesa, Gral. Guido, Gral. Lavalle, Gral. Paz, Gral. Pueyrredón, Gral. Sarmiento, La Plata, Las Conchas, Las Flores, Las Heras, Lobos, Lomas de Zamora, Madariaga, Maipú, Marcos Paz, Mar Chiquita, Matanza, Merlo, Monte, Pila, Quilmes, Ramallo, Roque Pérez, San Fernando, San Isidro, Saladillo, San Martín, San Pedro, San Vicente, Seis de Septiembre, Tte. Gral. José F. Uriburu, Veinticinco de Mayo y Vicente López; otro en Bahía Blanca con competencia en los partidos de Azul, Dolores, Las Flores, Maipú, Rauch, Tapalqué, Tuyú, General Guido, Ayacucho, Adolfo Alsina, Balcarce, Bahía Blanca, Coronel Suárez, Coronel Pringles, Coronel Dorrego, General Pueyrredón, General Alvarado, Guaminí, Juárez, Lamadrid, Patagones, Puan, Saavedra,

sustancial, porque si bien la enumeración es limitativa con relación a las provincias, no lo es respecto de los lugares nacionales donde puede ser ampliada, como ocurre con los jueces letrados de los Territorios Nacionales y como debe ocurrir en la Capital Federal, según lo hemos demostrado.

Varias leyes han reglamentado las citadas disposiciones de la Constitución Nacional, aclarando sus alcances en lo que se refiere a la competencia de la Suprema Corte y demás tribunales inferiores. ⁽³⁾ Primeramente la ley N° 27 determinó los casos en que la Suprema Corte intervendría originariamente en grado de apelación y por vía de revisión, y asimismo fijó la competencia originaria y apelada de los jueces de sección. Dicha ley fué, a su vez, modificada por la ley N° 48, que aún rige con ligeras variantes introducidas por las leyes N° 49.927, 1467, 1393 y 4055.

De manera que, esas leyes, han distribuido la competencia federal según el grado de conocimiento de los tribunales, sin perjuicio de haberla fijado —con relación a la de la justicia ordinaria— teniendo en cuenta la materia, las personas, el lugar y aún el monto del litigio.

Tandil, Tres Arroyos y Villarino; otro en Mercedes con competencia en Alberdi, Bartolomé Mitre, Bragado, Bolívar, Carlos Casares, Carlos Tejedor, Carmen de Areco, Chacabuco, Chivilcoy, Colón, General Arenales, General Pinto, General Viamonte, General Villegas, Junín, Leandro N. Alem, Lincoln, Luján, Mercedes, 9 de Julio, Pehuajó, Pellegrini, Pergamino, Rivadavia, Rojas, Salto, San Andrés de Giles, San Antonio de Areco, Suipacha, Trenque Lauquen y 25 de Mayo; c) En la Provincia de Santa Fe hay tres, uno en la Capital comprendidos los departamentos de San Jerónimo, San Martín, Las Colonias, Castellanos, San Cristóbal, Reconquista, Vera, San Javier, Garay y San Justo y dos en Rosario con competencia en el departamento del mismo nombre, Iriondo, Belgrano, San Lorenzo, Caseros, Constitución y General López; d) En Córdoba hay dos, uno en la ciudad Capital con jurisdicción en Colón, Punilla, Río Primero, Río Segundo, Santa María, Totoral, Tulumba, Cruz del Eje, Ischilín, Minas, Pocho, Río Seco y Sobremonte y otro en Bell Ville con competencia en Unión, Marcos Juárez, General Roca, Juárez Celman, Río Cuarto, Calamuchita, Tercero Arriba, Tercero Abajo, San Justo, San Javier y San Alberto; e) En Entre Ríos hay dos, uno en Paraná al que corresponden los departamentos de Paraná, Gualaguay, Tala, Diamante, Victoria, Nogoyá y La Paz; y otro en Concepción del Uruguay con competencia en Uruguay, Gualaguaychú, Concordia, Colón, Villaguay, Federación y Feliciano.

⁽³⁾ Dicha reglamentación no se ha mantenido dentro de sus justos límites, pues la ley 48 y la 4055 han llegado a alterar los textos constitucionales, no obstante lo dispuesto en el art. 28 de la Constitución, según

Así, pues, del punto de vista funcional, se ha hecho la siguiente distribución:

1º La Suprema Corte conoce en primer grado, o sea originariamente con carácter exclusivo:

a) En las causas que versan entre dos o más provincias, y las civiles que versan entre una provincia y algún vecino o vecinos de otra, o ciudadanos o subditos extranjeros (art. 1, inc. 1, ley 48).

b) En los que versan entre una provincia y un Estado extranjero (art. 1, inc. 2).

c) En las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación, a los individuos de su familia, o a sus sirvientes domésticos, del modo que una corte de justicia pueda proceder con arreglo al derecho de gentes (art. 1, inc. 3).

d) De las causas que se versen los privilegios y exenciones de los cónsules y vicecónsules en su carácter público (ar. 1, inc. 4º).

2º Dentro del mismo grado, esto es, como tribunal de primera y única instancia, la S. C. conoce por vía de revisión (art. 7 inc. 3º ley Nº 27) de sus propias sentencias, en los siguientes casos (ley 50, art. 241);

a) cuando la sentencia definitiva hubiese recaído sobre cosas no pedidas por las partes (inc. 1º):

b) cuando en ella se omitiese proveer sobre algunos de los capítulos de la demanda o de la reconvención si la hubiere (inc. 2º);

c) cuando después de renunciada la sentencia definitiva, la parte perjudicada hallase o recobrase documentos decisivos

la cual sus principios no pueden ser reglamentados por las leyes que reglamenten su ejercicio. Esta alteración resulta: del art. 2 inc. 3º de la ley 48 que sustrae del conocimiento de la Suprema Corte los asuntos particulares de los cónsules extranjeros, cuando la Constitución no ha hecho distinción alguno; y del art. 3 de la ley 4055 que excluye de la competencia de la Suprema Corte las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima, que por el art. 100 de la Constitución le competen originariamente, etc. La jurisprudencia del tribunal superior, sin embargo, es uniforme en el sentido de la constitucionalidad de las disposiciones legales citadas, *fallos*, S. C. N. t. 7, p. 91; t. 13, p. 161; t. 18, p. 7; t. 19, p. 186; t. 21, p. 559; t. 64, p. 273; t. 70, p. 298; t. 88, p. 42.

o ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte a cuyo favor se hubiese dictado (inc. 3º);

d) cuando la sentencia definitiva se hubiese pronunciado en virtud de documentos reconocidos o declarados falsos ignorándolo el recurrente, o cuya falsedad reconociere o declarar después (inc. 4º);

e) Cuando habiéndose dictado en virtud de prueba testimonial de poseciones, alguno de los testigos o la parte absolvente fuesen condenados como falsarios en sus declaraciones (inc. 5º).

3º También interviene en primera y única instancia como tribunal de conflictos para dirimir las cuestiones de competencia que se susciten (art. 9, ley 4055);

a) Entre las Cámaras Federales de Apelación, entre éstas y un juez o tribunal Superior local de la Capital o juez y Tribunal Superior de Provincia (inc. a);

b) Entre un Juez de Sección y un juez o Tribunal Superior local de la Capital o un Juez o Superior Tribunal de Provincia (inc. b);

c) Entre un Juez Letrado de Territorios Nacionales y un Juez o Tribunal Superior de Provincia (inc. c);

d) Entre un Juez o Tribunal Superior local de la Capital o un Juez o Tribunal Superior de Provincia; entre Jueces de distintas provincias y entre un Tribunal Militar y uno de cualquier otra jurisdicción nacional o provincia (inc. d).

4º En grado de apelación y por la vía del recurso ordinario, conoce en última instancia de las sentencias de las Cámaras Federales de Apelación (art. 3 de la ley 4055) y también de los recursos por denegación o retardo de justicia (art. 5 ley 4055) en los siguientes casos:

a) De las que fueren dictadas en las demandas contra la Nación, a que se refiere la ley 3952 de 6 de Octubre de 1900 (inciso 1º).

b) De las que recayeran sobre acciones fiscales contra

(4) Como el inciso se refiere a los juicios en que se ejerciten acciones fiscales, es muy claro que sólo debe proceder el recurso cuando la Nación sea parte actora, porque el particular no podrá ejercitar una acción de esa naturaleza, sino en los casos en que es admitida la subrogación legal;

particulares o corporaciones, sea por cobro de cantidades adeudadas o por cumplimiento de contratos; por defraudación de rentas nacionales o por violación de reglamentos administrativos y, en general, de todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador sea parte actora. ⁽⁴⁾ siempre que el valor disputado excediese de cinco mil pesos. No se comprende en esta disposición las acciones fiscales por cobro o defraudación de rentas o impuestos que sean exclusivamente para la Capital y Territorios Nacionales y no generales para la Nación (inciso 2º).

c) De las que recayesen en todas las causas a que dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles (inciso 3º).

d) De las causas de extradición de criminales reclamados por países extranjeros (inc. 4º).

e) De las dictadas en cualquier causa criminal, por los delitos de traición, rebelión, sedición y en los de homicidio, incendio o explosión, piratería y naufragios cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros; y en todos aquellos casos en que la pena impuesta excediera de diez años de presidio o penitenciaria (inc. 5º); ⁽⁵⁾

f) En los casos en que con arreglo a lo establecido en el art. 551 del Código de Procedimientos en lo Criminal, proceda el recurso de revisión contra las sentencias de las Cámaras Federales (art. 4º).

5º En grado de apelación, pero ya por vía de recurso extraordinario, la Suprema Corte conoce en los casos en que

pero lo que no es muy claro, es que por esa circunstancia se entienda que el recurso deba concederse sólo a la Nación y no al particular, como sin embargo lo ha declarado la Corte (T. 139 p. 209). La ley no hace distinción alguno, el que por lo demás sería injusto, porque colocaría a una parte en situación de privilegio respecto de la otra, cuando la igualdad jurídica de los litigantes es un principio incuestionado en derecho procesal.

⁽⁵⁾ El inc. 4 de la ley 7055 ha introducido una excepción a lo establecido por la ley 4055, al disponer que las resoluciones de la Cámara Federal de la Capital (aumentada en su número a cinco miembros), causarían ejecutoria en materia criminal.

éste es procedente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 14 de la ley N^o 48, esto es, respecto de las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Superiores de Provincia, en los casos siguientes:

a) Cuando en el pleito se haya puesto en cuestión la validez de un tratado, de una ley del Congreso, o de una autoridad ejercida en nombre de la Nación, y la decisión haya sido contra su validez (inc. 1^o);

b) Cuando la validez de una ley, decreto o autoridad de Provincia se haya puesto en cuestión bajo la pretensión de ser repugnante a la Constitución Nacional, a los Tratados o leyes del Congreso y la decisión haya sido en favor de la ley o autoridad de Provincia (inc. 2^o);

c) Cuando la inteligencia de alguna cláusula de la Constitución o de un Tratado o ley del Congreso, o una comisión ejercida en nombre de la autoridad nacional haya sido cuestionada y la decisión sea contra la validez del título, privilegio o exención que se funde en dicha cláusula y sea materia del litigio (inc. 3^o). (6)

6^o En cuanto a los demás tribunales inferiores, también se ha distribuido entre ellos la competencia en razón del grado de conocimiento. En efecto:

a) *Las Cámaras Federales* tienen competencia apelada, conociendo:

1^o De los recursos que se deduzcan contra las resoluciones de los jueces de sección, siempre que el valor disputado en las causas civiles o comerciales exceda de quinientos pesos (ley 4055, art. 17, inc. 1^o);

2^o De los recursos que se deduzcan contra las resoluciones de los jueces letrados de los territorios nacionales, aunque fueran dictados en causas de fuero común (inc. 2^o);

(6) Como se ve, la ley 48 parece haber tenido presente lo dispuesto por el art. 31 de la Constitución, y para hacer efectiva la supremacía de la misma así como la de las leyes del Congreso y de los Tratados con las naciones extranjeras, ha creado el recurso extraordinario a que se refiere el texto. Se explica así que ese recurso no proceda cuando la decisión del tribunal superior de provincia es por la validez de la ley, tratado, etc., nacional, o cuando es contra de la validez de la ley o decreto provincial.

3º De los recursos por retardación o denegación de justicia por parte de los jueces de sección o de los letrados de los territorios nacionales (inc. 3º);

4º De las consultas que elevaren los jueces letrados en los casos del art. 2 de la ley orgánica de los territorios nacionales (inc. 4º);

5º De los recursos interpuestos contra resoluciones administrativas en los casos en que leyes especiales así lo establezcan, como art. 32 ley Nº 10650; art. 23 ley Nº 11226, etc.

b) *Los jueces de sección*, tienen a su vez competencia originaria y en grado de apelación.

Conocen en primera instancia en las causas a que se refieren los arts. 2 y 3 de la ley nº 48, esto es:

1º Las que sean especialmente regidas por la Constitución Nacional, las leyes que haya sancionado y sancionare el Congreso y los Tratados Públicos con naciones extranjeras;

2º Las causas civiles en que sean parte un vecino de la Provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra, o en que sean parte un ciudadano argentino y un extranjero;

3º Las que versen sobre negocios particulares de un Cónsul o Vicecónsul extranjero;

4º Todo pleito que se inicie entre particulares, teniendo por origen actos administrativos del Gobierno Nacional;

5º Toda acción fiscal contra particulares o corporaciones, sea por cobro de cantidades debidas o por cumplimiento de contratos, o por defraudación de rentas nacionales, o por violación de reglamentos administrativos;

6º En general todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador de sus rentas sea parte;

7º Todas las causas a que den lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra;

8º Las que se originen por choques y averías de buques, o por asaltos hechos, o por auxilios prestados en alta mar, o en los puertos, ríos y mares en que la República tiene jurisdicción.

9º Las que se originen entre los propietarios o interesados de un buque, sea sobre su posesión o sobre su propiedad;

10º Las que versen sobre la construcción y reparos de

un buque, sobre hipoteca de su casco; sobre fletamentos y estadía; sobre seguros marítimos; sobre salarios de oficiales y marineros; sobre salvamento civil y militar; sobre naufragios; sobre avería simple y gruesa; sobre contratos a la gruesa ventura; sobre pilotaje; sobre embargos de buques y penas por violación de las leyes de impuestos y navegación; sobre nacionalidad del buque y legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles; sobre arribadas forzosas; sobre reconocimientos; sobre abandono, venta y liquidación de créditos del buque; sobre cumplimiento de las obligaciones del capitán, tripulantes y, en general, sobre todo hecho o contrato concerniente a la navegación y comercio marítimo;

11º Los crímenes cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros, que serán juzgados por el Juez de Sección del primer puerto argentino a que arribase el buque;

12º Los crímenes cometidos en los ríos, islas y puertos argentinos que sean juzgados por el juez que se halle más inmediato al lugar del hecho o por aquél en cuya sección se encuentran los criminales, según sea el que prevenga en la causa.

13º Los crímenes cometidos en el territorio de la Provincia en violación de las leyes nacionales como son todos aquellos que ofendan a la soberanía y seguridad de la Nación o tiendan a la defraudación de sus rentas u obstruyan y corrompan el buen servicio de sus empleados, o violenten o estorben la correspondencia de los correos, o estorben o falseen las elecciones nacionales o representen falsificación de documentos nacionales o de moneda nacional; o de billetes de Banco autorizados por el Congreso, que sean juzgados en la sección judicial en que se cometieren;

14º Los crímenes de toda especie que se cometan en lugares donde el Gobierno Nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción, que sean juzgados por los jueces de sección allí existentes.

Conocen también los jueces en grado de apelación, de resoluciones administrativas, conforme a lo dispuesto en ciertas

leyes especiales como la N^o 4883 art. 16; N^o 3959 art. 25; N^o 3708 art. 20; ley 3764 art. 27; ordenanza N^o 1063 sobre Aduana, etc.

IV. También se ha distribuido la competencia federal por razón del monto del pleito. En efecto:

a) Conforme a lo dispuesto en el art. 1^o de la ley 927, los jueces de sección no conocen en las causas de jurisdicción concurrente, en los que el valor del objeto demandado, no exceda de quinientos pesos fuertes, cuando por otra parte, el conocimiento del caso caiga bajo la jurisdicción de la justicia de paz de la provincia respectiva; según las leyes de procedimiento vigentes en ella;

b) De acuerdo con lo dispuesto en el art. 17 inc. 1^o de la ley 4055, las Cámaras de Apelación no tienen competencia para entender en segundo grado en las causas civiles y comerciales cuyo valor disputado no exceda de quinientos pesos m/n.

c) Y como ya se ha visto, la Suprema Corte sólo conoce en grado de apelación de las sentencias dictadas en causas civiles, siempre que el valor disputado exceda de la cantidad de cinco mil pesos m/n. (art. 3^o inc. 2^o ley 4055).

V. Como queda dicho, por oposición a la justicia ordinaria, la competencia federal se ha fijado por razón de la materia, de las personas y del lugar. Igualmente por razón de la cantidad cuestionada, la competencia se ha *distribuido* entre los tribunales federales, pero no se ha *fijado*, como por error se suele enseñar. El valor del pleito no determina la competencia federal en ningún caso.

a) La Suprema Corte tiene fijada su competencia originaria, teniendo en cuenta la calidad de las personas o sujetos de la litis (art. 101 de la Const. Nacional y art. 1 de la ley 48), y la apelada, en razón de la materia (art. 10 de la Const. Nacional, ley 48).

Sin embargo, la jurisprudencia de la Suprema Corte ha consagrado el principio de que conoce originariamente por razón de la materia, cuando una provincia es demandada por sus propios vecinos en pleitos que versen sobre puntos re-

gidos por la Constitución, y por las leyes del Congreso o por tratados con las naciones extranjeras (t. 1, p. 485; t. 22 p. 225; t. 91 p. 25; t. 97 p. 177 y 272). Entiende que en estos casos no interviene por razón de las personas, no obstante que, cuando una Provincia es parte, compete a la S. C. conocer del pleito originaria y exclusivamente.

b) Los jueces de sección, en cambio, tienen fijada su competencia originaria o de primer grado, por razón de la materia, de las personas y del lugar. Y es precisamente refiriéndose a ellos que se ha hecho la clasificación para su mejor estudio. Vamos, por tanto, a considerarlas en primer término.

1º Por razón de la *materia*, corresponde a la justicia federal conocer:

a) *En las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución.* Quiere ello decir en las cuestiones contenciosas (7) en que el derecho que se pretende hacer valer en juicio se funde *directa e inmediatamente* en la Constitución, según lo tiene interpretado la Suprema Corte. (8) No es, pues, que el objeto principal del pleito sea la disposición legal tachada de inconstitucional, sino que la inconstitucionalidad es el fundamento de la acción que se ejerce. De ahí que el texto legal impugnado no es llevado a los tribunales para ser discutido abstractamente, sino que con motivo de pretenderse un bien de la vida; se cuestiona si es o no inconstitucional. El litigio, en realidad, se circunscribe al punto regido por la constitución, pero lo es con ocasión de pretenderse otra cosa, vr. gr.: la repetición de lo pagado indebidamente, la devolución de un inmueble confiscado, la restitución de un derecho conculcado, etc. Las causas así *versan*: sobre puntos regidos por la

(7) El vocablo "causa" está empleado como sinónimo de litis, vale decir, de conflicto de intereses o cuestión controvertida. C. ZAVALÍA, *Derecho Federal* p. 46. 1921. Por eso la S. C. N. tiene resuelto que no constituyen causas a los efectos de la procedencia del fuero federal, los juicios de mensura, división de condominio, ni las informaciones sumarias, *Fallos* t. 3, pág. 320; t. 18, pág. 176; t. 28, pág. 244; t. 30, pág. 389; t. 70, pág. 249; t. 83, pág. 261; t. 133, pág. 25; *Jurisp. Argent.* t. 24, pág. 352; CAM. FED. DE LA CAP. *Jurisp. Argent.* t. 21, pág. 640; t. 5, pág. 446.

(8) T. JOFRÉ, *Manual de Procedimientos Civiles*, t. I, p. 379, 1919. H. ALSINA, *Derecho Federal* p. 71. 1931. *Fallos*, S. C. N. t. 55 p. 114; t. 96 p. 347. *Jurisp. Argent.* t. 1 p. 5; t. 2 p. 188, t. 3 p. 593.

Constitución, porque es lo que se controvierte, aunque no lo que se pretende como objetivo primordial, esto es, el bien garantido por el derecho. ⁽⁹⁾

Dando ese alcance a la disposición legal que estudiamos, la Suprema Corte ha resuelto reiteradamente, que, la demanda por repetición de lo pagado por concepto de un impuesto que se tacha de inconstitucional, corresponde por razón de la materia, a la justicia federal, porque no es dudoso que en la causa se debatirán exclusivamente disposiciones de orden constitucional, y la devolución de lo pagado en el caso de proceder, será el efecto de la declaración de inconstitucionalidad, aunque esté legislada por el Código Civil; de no ser así, esa declaración equivaldría a una decisión abstracta que impondría una nueva e inútil instancia (Fallos S. C. N. t. 131 p. 203; t. 170 p. 421; t. 180, p. 169; Gaceta del Foro t. 145 p. 211).

Cabe observar también, que el mismo tribunal ha declarado, que la demanda por repetición de lo pagado en juicio de apremio que subsigue al hecho de haber ocurrido el Fisco a los jueces de orden local ante quien se efectuó el pago con las reservas del caso, debe promoverse ante la justicia ordinaria, porque deducido ante ésta el juicio de apremio, "quedó implícitamente fijada esa misma jurisdicción para entablar el juicio ordinario de repetición que fluye del ejecutivo con arreglo a las leyes procesales en vigor". (Fallos S. C. N. t. 184 p. 59; Gaceta del Foro, t. 141 p. 71). Es decir, pues, que, según la Suprema Corte, la competencia federal por razón de la materia, no obstante su carácter absoluto, puede ser prorrogada en el caso excepcional indicado, en homenaje a lo que disponen las leyes de procedimientos de orden local.

b) *En las causas regidas por las leyes del Congreso.* Es entendido que se refiere a las leyes especiales que el Congreso puede dictar para todo el territorio de la Nación y que no

⁽⁹⁾ Nadie puede alegar la inconstitucionalidad de un texto legal por el solo hecho de que abstractamente viole derechos garantidos por la Constitución o contrarie lo dispuesto en alguna de sus cláusulas; es necesario, además, que el texto impugnado afecte los intereses del actor, como sería si hubiera tenido que pagar un impuesto ilegal o hubiera sido despojado de un inmueble sin previa indemnización.

estén comprendidas en la materia que corresponde a los códigos civil, comercial, penal y de minería, ⁽¹⁰⁾ porque la aplicación de éstos corresponde tanto a los tribunales federales como a los ordinarios, según que los casos o las personas caigan bajo su respectiva jurisdicción (art. 67 inc. 11 Constitución Nacional). Tienen ese carácter las leyes 111, 189, 346, 750, 817, 845, 1804, 1875, 4408, 1130, 1420, 1894, 2841, 4507, 2873, 5315, 3708, 3764, 3959, 3975, 4144, 4349, 4870, 4707, 4933, 8129, 8871, 9643, 11275, etcétera.

Es entendido también que, para que surja la competencia federal, es necesario que el derecho que se pretende hacer valer esté *directa e inmediatamente* fundado en la ley nacional invocada, como vr. gr. si se demanda por daños y perjuicios fundado en la negligencia culpable atribuida a un empleado que omite el cumplimiento de disposiciones expresas de la ley 2873 (S. C. N. en Gaceta del Foro t. 120 p. 143), o se exigiese el reconocimiento de una pensión ferroviaria y reintegro de cuotas (Cámara Civil en Gaceta t. 121 p. 76), o se pretendiese la nulidad de una patente de invención en virtud de lo dispuesto por el artículo pertinente de la ley 111 (S. C. N. t. 22 p. 174), o se demandare la devolución del importe cobrado por telegrama que no ha sido remitido conforme a las leyes 750, 1875, 4408, (S. C. N. t. 42 p. 24; t. 48 p. 342) o se objetara las tarifas telefónicas (S. C. t. 151 p. 31 y Gaceta, t. 133 p. 7; t. 69 p. 61), etc.

c) *En las causas regidas por los tratados con las naciones extranjeras* (art. 100 de la Const. Nac. y art. 2 in fine ley 48), vale decir, en las que, como ya se ha dicho, el decreto materia de la litis, está directa e inmediatamente fundado en un tratado con nación extranjera (S. C. N. t. 55 p. 114), porque una

⁽¹⁰⁾ Son muchas las leyes que el Congreso ha dictado con carácter especial y que, sin embargo, deben considerarse formando parte de los códigos comunes, y muchas las disposiciones que éstos contienen y que, sin embargo deben considerarse como leyes especiales porque versan sobre materias que les es extraña en realidad (V. JORRÉ, *Obra citada*, t. 1 p. 380; ZAVALÍA, *Obra citada*, p. 55 y sig.). De manera que para saber si una causa corresponde al fuero federal por razón de la materia, hay que atenerse menos al cuerpo de ley en que la disposición se encuentre incorporada, que a la naturaleza misma de la disposición.

vez aprobado por el Congreso es ley suprema de la Nación (art. 31 de la Const. Nac.). No basta, pues, invocar el tratado, sino que éste rija especialmente la cuestión, porque no es la voluntad del interesado sino la materia misma, o mejor dicho, la naturaleza de la materia lo que hace surtir el fuero federal.

d) *En las causas del almirantazgo y jurisdicción marítima* (art. 100 Constitución Nacional). ⁽¹¹⁾

La expresión un tanto general de la Constitución, ha sido explicada a la par que desarrollada por el art. 2º incisos 7º, 8º, 9º y 10º de la ley 48, que ha extendido la competencia federal: a las causas a que den lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra, las que se originen por choques y averías de buques, o por asaltos hechos, o por auxilios prestados en alta mar, o en los puertos, ríos y mares en que la República tiene jurisdicción; las que se originen entre los propietarios o interesados de un buque, sea sobre su posesión o sobre su propiedad; las que versen sobre la construcción y reparos de un buque, sobre hipoteca de su casco; sobre fletamentos y estadía; sobre seguros marítimos; sobre salarios de oficiales y marineros, sobre salvamento civil y militar; sobre naufragios; sobre averías simples y gruesas; sobre contratos a la gruesa ventura, sobre pilotaje; sobre embargos de buques y penas por violación de las leyes de impuestos y navegación; sobre nacionalidad del buque y legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles; sobre arribadas forzosas; sobre reconocimientos; sobre abandono, venta y liquidación de créditos del buque; sobre cumplimiento de las obligaciones del ca-

Existen algunas leyes que, a los efectos del fuero, no son consideradas leyes especiales de la Nación, tales como las dictadas por el Congreso para regir en la capital solamente.— Ese carácter tienen, entre otras, las Nº 3313 y 1889. — Hay otras que son *mixtas*, es decir, que contienen disposiciones para la Capital Federal y para todo el país. — Ellas, por tanto, deben aplicarse por los jueces ordinarios de la capital o por los jueces federales, según los casos.

(11) Los asuntos relativos a la navegación marítima, pueden afectar intereses internacionales, porque el mar no es de propiedad de ninguna nación, y todas pueden utilizarla para su comercio. De ahí que se haya considerado conveniente que correspondan al fuero federal por los conflictos que pueden originar.

pitán, tripulantes, y en general *sobre todo hecho o contrato* concerniente a la navegación y comercio marítimo. ⁽¹²⁾

Pero la Suprema Corte, aplicando el texto constitucional, ha dicho que, "teniendo en cuenta que la jurisdicción de almirantazgo comprende los casos de la navegación o comercio marítimo, es necesario determinar que esta navegación a que se refiere la ley constitucional, es la que se efectúa entre un puerto de la República y otro extranjero o entre las provincias por ríos interiores declarados libres para todas las banderas por el art. 26 de la Constitución" (t. VI pág. 400). Según ello, se ha sostenido que "la jurisdicción marítima o de almirantazgo comprende sólo los contratos que tienen directamente por objeto la *navegación* y los medios para ella necesarios" (Zavalía, obra citada, p. 54). Esto, naturalmente, sin perjuicio de las causas relativas a actos o delitos realizados en lugares en que la República tiene jurisdicción, según el texto legal ya mencionado. También interpretando la disposición legal indicada, el superior tribunal de la nación ha resuelto que no están incluidas en las causas de jurisdicción marítima las que versen

(12) La jurisprudencia ha declarado así, que es de competencia federal: el juicio por indemnización de un accidente de trabajo acaecido a tripulante de vapor que efectuaba la travesía entre el puerto de Buenos Aires y los de la Patagonia, reclamada a la empresa naviera, S. C. N. en *Gaceta del Foro* t. 133 p. 230; el juicio por salarios de un sereno de barco que hacía la navegación de ultramar, S. C. N. en *Gaceta* t. 110 p. 7; el juicio sobre cuestiones de abordaje en alta mar entre buques extranjeros, S. C., N. *Jurisprudencia Argentina*, t. 2 p. 742; t. 3 p. 791; en las causas sobre salvamento civil o militar fuera de aguas jurisdiccionales argentinas, S. C., N. *Jurisprudencia Argentina*, t. 7 p. 518; los crímenes cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros *Jurisprudencia Argentina*, t. 23 p. 634; las cuestiones sobre propiedad o hipoteca del casco de un buque, S. C. N. t. 58 p. 315; t. 18 p. 232; las acciones por descarga de un paquete, cuando ésta forma parte de un contrato de fletamento, S. C. N. t. 20, p. 156; las acciones de los tripulantes sobre rescisión del contrato de servicios por mal tratamiento o falta de alimentación, siempre que el buque haya fondeado en buen puerto, S. C. N. t. 21 p. 104; las demandas por cobro de precio de artículos vendidos para construcciones navales y reparaciones de buques, S. C. N. t. 32 p. 239; las causas sobre reparación del daño sufrido en la operación de estiba de un buque, S. C. N. t. 81 p. 234; las demandas sobre reparación del daño sufrido en la operación de estiba de un buque, S. C. N. t. 79 p. 201; la demanda sobre transporte por vía fluvial, S. C. N. t. 79 p. 201; la demanda por entrega de mercaderías transportada por una compañía de vapores derivada de un contrato de fletamento, S. C. N. t. 86 p. 116.

sobre embarcaciones menores (S. C. N. en jurisp. argent. t. 30 p. 36, t. 36 p. 12), como las lanchas que operan dentro del puerto (jurisp. argent. t. 15, p. 28) y los barcos de turismo (jurisp. argent. t. 39, p. 9).

2º *Por razón de las personas*, compete a los jueces de sección y de los territorios nacionales:

a) *Las causas en que la Nación sea parte* (art. 100 de la Constitución Nacional), o un recaudador de sus rentas (art. 2, inciso 6º, ley 48).

La Constitución, como se ve, admite la posibilidad de que el Estado sea justiciable y que pueda serlo en calidad de actor o demandado, puesto que emplea el vocablo "parte" que es comprensivo de ambas situaciones. ⁽¹³⁾ Basta, por tanto, que la Nación litigue con un particular o con una Provincia o Estado extranjero, para que la contienda sea de competencia de la justicia federal; sólo que en estos últimos casos, sería la S. C. el tribunal que debía conocer en ellos en virtud de lo dispuesto en el art. 1 de la ley 48.

La distinción establecida por la ley 3952, carece de importancia en lo que a la demandabilidad de la Nación se refiere, puesto que la ley Nº 11634 ha hecho innecesario la venia del Congreso para demandar a la Nación en su carácter de poder público. La doble personalidad que dicha ley atribuye al Estado, sólo sirve para distinguir las cuestiones contencioso-administrativas de las de derecho privado, que si bien no modifican la competencia influyen sobre el procedimiento, según se ha visto.

Pero para que surta el fuero federal, es necesario que la Nación sea "parte", y ello no siempre resulta claro, sobre todo cuando los actos que originan el litigio emanan de una repartición o entidad administrativa, y no del propio Poder Ejecutivo. De ahí que para salvar la dificultad, haya que tener en cuenta la "extensión de facultades que las leyes le conce-

(13) En otro lugar, Capítulos VI y XVII, vimos cómo en la actualidad ya no se discute la demandabilidad del Estado. La doctrina primitiva de la S. Corte, de que la Nación sólo podía intervenir en juicio como parte actora, ha sido desechada por la propia ley 3952, que reglamenta precisamente el derecho de los particulares para demandar a la Nación.

dan", (14) es decir, si pueden o no obligar por sus actos a la Nación. En el primer caso la Nación debe ser demandada, en el segundo no; lo que equivale a establecer que aquél competiría a la justicia federal y éste a la ordinaria. (15)

Conviene, sin embargo, tener presente que, si la dificultad para establecer el fuero, puede presentarse cuando es difícil determinar si la repartición pública obra o no como dependencia administrativa local o nacional, esa dificultad no es posible cuando la situación no ofrece dudas. Todo está, entonces, en poder establecer si la administración procede como autoridad de la Capital Federal o de la Nación. En un caso es precedente el fuero ordinario, en el otro el federal.

Es claro que esa distinción de dos clases de autoridades (locales y nacionales) en un territorio nacional, es una creación de la ley, que como ya se ha visto, puede considerarse artificiosa pero de la que no se puede prescindir mientras la legislación en vigor la mantenga. (16)

De acuerdo con lo expuesto y lo que disponen el art. 11 de la ley N^o 1893 y art. 3 inc. 2 ley N^o 4055, no corresponde

(14) HUGO ALSINA, obra citada, p. 104.

(15) La jurisprudencia ha tenido que establecer en repetidos casos si debe o no entenderse con la Nación las demandas entabladas con motivo de actos ejecutados por las reparticiones públicas. Así ha dicho: que el Ferrocarril del Norte es una entidad jurídica distinta del Fisco, aun cuando él sea de propiedad del Estado, S. C. N. t. 100 pág. 65 y 180; t. 112, pág. 171; que el Consejo Nacional de Educación puede ser demandado directamente cuando compra, vende o arrienda, *Jurispr. Argent.*, t. 6 p. 378 y que debe serlo la Nación cuando dicha repartición organiza la instrucción primaria o concede títulos; que la Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones puede ser directamente demandada por devolución de aportes o descuento de sueldos, *Jurisprudencia Argentina*, t. 9, p. 839 y t. 10 p. 14; pero que si se trata de jubilación denegada, la acción debe ser dirigida contra la Nación, S. C. N. t. 99 p. 309; que el Banco de la Nación *Jurisprudencia Argentina*, t. 12 p. 259; el Banco Hipotecario Nacional *Jurisprudencia Argentina*, t. 9 p. 59; la Caja Nacional de Ahorro Postal *Jurisprudencia Argentina*, t. 7 p. 9, son entidades autónomas que deben ser demandadas directamente.

(16) La SUPREMA CORTE aplicando esos principios, ha dicho: "Que si bien es verdad que el art. 100 de la CONSTITUCIÓN NACIONAL establece la jurisdicción federal para las causas en que sea parte la Nación, también lo es que el propio estatuto atribuye al Presidente y al Congreso de la Nación una doble función: el primero además de jefe supremo de la Nación es jefe inmediato y local de la Capital de la Nación (inc. 3^o art. 86); el segundo fuera de sancionar todas las leyes derivadas de los poderes o facultades acordadas en la Constitución ejerce una legislación exclusiva

a la justicia federal el conocimiento de las acciones fiscales por cobro de impuestos que sean exclusivamente de la Capital, la que a tales efectos está equiparada a una Provincia. ⁽¹⁷⁾

Debe tenerse presente asimismo que para que surta el fuero federal la acción del recaudador, ha de referirse a la recaudación de la renta o tener relación con ella. Sólo así puede identificarse al recaudador con el Fisco, o mejor dicho con la Nación, que, es lo que en definitiva justifica la competencia federal.

b) En las causas civiles en que sean parte un vecino de la Provincia en que se suscite el pleito y un vecino de otra (art. 100 de la Const. Nac. y art. 2 inc. 2º de la ley 48. ⁽¹⁸⁾)

Atento lo dispuesto en el art. 1 de la ley Nº 927, debe tenerse presente que, el inc. 2º del art. 2 de la ley 48, se aplica sólo en las causas de jurisdicción concurrente, en las que el valor del objeto demandado exceda de quinientos pesos fuertes, pues quedan excluidas las de menor valor, siempre que "su conocimiento caiga bajo la jurisdicción de la justicia de paz de la provincia respectiva según las leyes de procedimiento vigentes en ellas".

en todo el territorio de la Capital (art. 67 inc. 27) y determina por una legislación especial, la organización, administración y gobierno que deben tener los territorios nacionales que queden fuera de los límites asignados a las provincias (inc. 14 art. 67)". Y luego de expresar que la ley 1893 organizando los tribunales de la Capital, tanto nacionales como federales es la expresión directa de esa doble condición de las autoridades, y que lo dispuesto al respecto ha sido ratificado por la ley 4055, agrega: "que los términos en que se encuentra redactada esta cláusula y la circunstancia de que la jurisdicción apelada de la Capital Federal (art. 16 ley 4055) se organiza teniendo en cuenta lo prescripto por el art. 3º de la misma, indican que ni la Corte ni las Cámaras Federales tienen jurisdicción apelada para entender en las acciones fiscales o en las causas relativas a impuestos o rentas que sean exclusivamente para la Capital o territorios nacionales, con lo cual, de admitirse la competencia de la justicia federal para el cobro judicial de impuesto de la Capital y territorios nacionales, la Nación en lugar de tener las tres instancias que busca, sólo tendría una, *Fallos*, t. 184 pág. 49.

(17) S. C. N., t. 28 pág. 258.

(18) En otro lugar dimos las razones que se habían tenido presente para establecer el fuero federal en estos casos: el temor de que los jueces de provincia procedieran con parcialidad en el afán de proteger o beneficiar a sus convecinos. Esos temores que pudieron tener su explicación en otras épocas ya no pueden subsistir. En la actualidad ya nadie piensa seriamente que la justicia local sea incapaz de desempeñarse con la misma dignidad e imparcialidad que la federal.

Las causas "civiles" a que se refiere la ley, son las que nacen del derecho común, y comprenden también a las comerciales, pues se ha empleado el vocablo por oposición a las criminales, según así lo ha consagrado el Superior Tribunal ⁽¹⁹⁾ aun cuando el precepto constitucional (art. 100) de que deriva la disposición legal que nos ocupa, no hace distingo alguno.

El concepto de la distinta "vecindad", ha sido dado por la ley y por la jurisprudencia, sobre todo por ésta que, en cierto modo, ha completado aquélla y en algún caso prescindido de la misma. En efecto, el art. 11 de la ley 48 dispone que, "la vecindad en una provincia se adquirirá para los efectos de fuero, por la residencia continua de dos años, o por tener en ella propiedades raíces, o un establecimiento de industria o de comercio, o por hallarse establecido de modo que aparezca el ánimo de permanecer"; pero la Suprema Corte de la Nación ha dicho que "no basta ser propietario de un bien raíz en una provincia para ser vecino de ella, porque la vecindad en un lugar supone la residencia en el mismo y no puede admitirse que una persona pueda ser vecino de varias provincias a la vez, por residir en una y tener bienes raíces en otra y una tercera algún establecimiento de industria o de comercio" ⁽²⁰⁾

El mismo tribunal, interpretando los textos legales citados, ha declarado reiteradamente, que para que la distinta vecindad surta el fuero federal, es necesario que las dos partes sean argentinas; ⁽²¹⁾ interpretación que si bien puede ser lógica, se aparta un tanto de lo dispuesto en la Constitución y en las leyes reglamentarias, desde que éstas no hacen distingo alguno. Y decimos que puede ser lógico y no que lo es en todos los casos, porque si se explica que cuando litiga un extranjero con un nacional no se le conceda el fuero de ex-

⁽¹⁹⁾ S. C. N., t. 34 pág. 263; t. 93 pág. 190; t. 113 pág. 71.

⁽²⁰⁾ S. C. N., t. 7 pág. 101; *Jurisp. Argent.*, t. 12 pág. 635.

⁽²¹⁾ S. C. N., t. 70 pág. 33; t. 103 pág. 273; t. 107 pág. 189; t. 118 pág. 63, t. 109 pág. 231; t. 121 pág. 198; *Jurisp. Argent.*, t. 9 pág. 359; t. 16 pág. 498; t. 40 pág. 14; t. 60 pág. 654.

cepción porque puede invocar la distinta nacionalidad, ⁽²²⁾ no tiene explicación que se niegue cuando ambos litigantes son extranjeros. Puesto que si lo que se ha querido, es evitar que los jueces locales beneficien a sus convecinos en desmedro de los derechos de los que residen en otras provincias, debe acordarse dicha garantía también a los extranjeros, ya que ellos estarían igualmente expuestos a la parcialidad que se ha deseado impedir.

La jurisprudencia ha declarado también que, el fuero federal, por distinta vecindad, es un privilegio a favor del vecino de extraña provincia de aquélla en que tiene lugar el pleito, y que por tanto, no puede reclamarlo el vecino de una provincia que es demandado ante los tribunales ordinarios de la misma. ⁽²³⁾ Es decir que, si bien en este caso habría procedido el fuero de excepción si lo hubiera hecho valer el actor, no procede por haberlo éste renunciado, dado que el privilegio ha sido instituído en su beneficio. El que es demandado ante los jueces de su provincia, en efecto, nada tiene que temer; por lo menos el peligro de que sea parcial en su perjuicio, no existe.

Con arreglo a lo dispuesto en el art. 8 de la ley 48, para que pueda invocarse el fuero federal por distinta vecindad, es necesario que el derecho que se disputa pertenezca originariamente y no por cesión o mandato al que pretenda hacerlo valer. ⁽²⁴⁾ Y según lo dispuesto en la ley 1467 y el

⁽²²⁾ Se entiende que la improcedencia del fuero sólo tiene lugar cuando pudiendo invocar la distinta nacionalidad se ha hecho mérito de la distinta vecindad. Tal situación suele presentarse a los que consideran que no haciendo distinción la ley, pueden los interesados invocar una u otra causal indistintamente.

⁽²³⁾ S. N. C., t. 116 pág. 254; *Jurisprudencia Argentina*, t. 5 pág. 595; t. I pág. 12; t. 4 pág. 164; t. 9 pág. 797; t. 11 pág. 818; t. 56 pág. 589.

⁽²⁴⁾ El verdadero alcance de la disposición no ha sido determinado todavía. La Suprema Corte ha dicho que la disposición no es aplicable al ejercicio de acciones que tienen su origen en un contrato de compraventa de un inmueble diverso del de la cesión o mandato propiamente dicho, aunque el actor no haya adquirido el derecho real sobre la cosa comprada mediante su tradición, S. C. N., t. 54 pág. 51; t. 81 pág. 338; t. 111 pág. 65 y *Jurisprudencia Argentina*, t. I pág. 352. Según ello el precepto legal se habría referido a la cesión de derechos y acciones en que no hay transmisión de dominio, ZAVALIA, *Ob. cit.* pág. 83 y sig. y HUGO ALSINA, *Ob. cit.* pág. 85. Sin embargo, los términos que "pertenezca originariamente", que emplea la ley, inducen a pensar más bien,

art. 111 inc. 2º de la ley sobre organización de los tribunales de la Capital, a los efectos del fuero, los vecinos de la Capital de la República son equiparados con los de una provincia. El art. 9 de la ley 48, a su vez, dispone que las corporaciones anónimas creadas y haciendo sus operaciones en una provincia, serán reputadas para los efectos del fuero, como ciudadanos vecinos de la provincia en que se hallen establecidas, cualquiera que sea la nacionalidad de sus socios actuales. ⁽²⁵⁾ Por el contrario, en las sociedades colectivas, y en todos los casos en que dos o más personas asignables pretendan ejercer una acción solidaria, o sean demandadas por una obligación solidaria —dice el art. 10 de la misma ley— para que caigan bajo la jurisdicción nacional, se atenderá a la nacionalidad o

que lo que se ha querido es impedir que invoquen el fuero otras personas que las que han sido sujetos de la relación jurídica generadora del derecho que se pretende hacer valer, como v. gr., si la acción es por daños y perjuicios, en que sólo podría reclamar el fuero el que sufrió directamente esos daños y perjuicios y no el que adquirió por cesión el derecho a cobrarlos. Así, con razón la S. C. ha declarado que a los efectos de la procedencia del fuero federal, debe entenderse que el derecho disputado pertenece originariamente y no por cesión o mandato al actor, si es el resultado de una transmisión hereditaria derivado del fallecimiento del titular, *Jurisprudencia Argentina*, t. 55 pág. 17.

La jurisprudencia es uniforme asimismo en el sentido de que la disposición no es aplicable a los pagarés a la orden transmitidos por vía de endoso, S. C. N., t. 34 pág. 135; t. 44 pág. 83; t. 67 pág. 107; t. 83 pág. 145; t. 95 pág. 233; t. 103 pág. 183; t. 109 pág. 65.

Por lo demás la jurisprudencia se ha uniformado en el sentido de que para que surta el fuero federal, es necesario que tanto el cedente como el cesionario puedan invocarlo; S. C. N., t. 3 pág. 255; t. 9 pág. 225; t. 13 pág. 315; t. 17 pág. 325; t. 18 pág. 419; t. 19 pág. 426; t. 21 pág. 66; t. 23 pág. 173; t. 26 pág. 157; t. 29 pág. 433; t. 32 pág. 155; t. 39 pág. 348; t. 47 pág. 486; t. 48 pág. 37; t. 49 pág. 5; t. 58 pág. 432; t. 59 pág. 354; t. 66 pág. 46; t. 69 pág. 103; t. 71 pág. 356; t. 78 pág. 367.

⁽²⁵⁾ Lo que es lógico, porque la misma finalidad que ha originado el fuero federal para las personas de existencia visible, subsiste para las de existencia ideal, CÁM. DE APELACIONES DE MENDOZA, en *Jurisprudencia Argentina*, t. 53 pág. 507. Pero el art. 9 de la ley 48 no es extensible por analogía a situaciones diferentes de las estrictamente contempladas. Ha sido incorporada a la ley 48 sólo para aplicarla a las sociedades anónimas, creaciones sujetas a determinadas condiciones de constitución, que nacen a la vida jurídica por actos de los gobiernos de la Nación o de las Provincias, S. C. Nac., en *Jurisprudencia Argentina*, t. 59 pág. 28. Así, tratándose de una acción dirigida contra una sociedad de responsabilidad limitada, que por definición no es una sociedad anónima, es de aplicación el art. 10 de la ley 48; por lo tanto, para que proceda el fuero por distinta vecindad, es necesario que todos los componentes de la sociedad sean ciudadanos argentinos vecinos de distintas provincias S. C. N., en *Jurisprudencia Argentina*, t. 59 pág. 28.

vecindad de todos los miembros de la sociedad o comunidad, de tal modo que será preciso que cada uno de ellos individualmente tenga el derecho de demandar o pueda ser demandado ante los tribunales nacionales con arreglo a lo dispuesto en el inc. 2º del art. 2. ⁽²⁶⁾

En todos los casos, teniendo en cuenta que el fuero federal es de excepción, el que lo invoca como demandante debe presentar con la demanda los documentos o informaciones que acrediten que el caso entra en la jurisdicción nacional, según así lo dispone el art. 2 de la ley 50.

c) *En las causas en que sean parte un ciudadano argentino y otro extranjero* (art. 100 de la Constitución Nacional y art. 2º inc. 2º de la ley 48).

Rige respecto de este caso, todo lo dicho en el anterior, en cuanto le es aplicable, vale decir: que procede en las causas "civiles" de jurisdicción concurrente, cuyo monto no excede de quinientos pesos fuertes cuando las leyes locales dan competencia a los jueces de paz para conocer en las causas que no lleguen a ese valor; que para que proceda el fuero es necesario que el derecho que se disputa originariamente y no por cesión o mandato al que pretende hacerlo valer; ⁽²⁷⁾ que el fuero se

⁽²⁶⁾ S. C. N., t. 10 pág. 871; *Jurisprudencia Argentina*, t. 14 pág. 684. La ley se refiere a las sociedades colectivas y a todos los casos en que dos o más personas pretendan ejercer una acción solidaria. Así por ejemplo, cuando una sucesión, o sea, todos los herederos, por medio de un mandatario o administradores pretendan ejercer una acción personal S. C. N., en *Jurisprudencia Argentina*, t. 55, pág. 16. Pero otra cosa ocurre cuando el heredero obra en su carácter individual, aunque no limite su acción a la parte indivisa que le pueda corresponder en la sucesión, porque el art. 10 de la ley 48, supone no solamente la existencia de una acción solidaria, sino que ésta sea ejercida por dos o más personas como partes directas y actuantes en el juicio, S. C. N., en *Jurisprudencia Argentina*, t. 2, pág. 849 y siguientes.

Las sucesiones y los concursos tienen su domicilio, a los efectos del fuero, en el lugar donde están radicados los respectivos juicios, S. C. N., en *Jurisp. Argent.*, t. 15, p. 184.

⁽²⁷⁾ Cuando se trate de documentos a la orden, la jurisprudencia ha hecho los siguientes distingos: Si la acción se sigue contra los firmantes del documento, todos ellos deben poder acogerse al fuero federal *Jurisprudencia Argentina*, t. 6, pág. 251; si ha mediado endoso y éste es imperfecto, el fuero debe justificarse con relación al endosante y endosatario, S. C. N., t. 44, pág. 63; t. 83, pág. 145; si el endoso es perfecto y el ejecutante es extranjero y argentino el demandado, es procedente el fuero federal cualquiera sea la nacionalidad del endosante, *Gaceta del Foro*, t. 78, pág. 372; t. 84, pág. 346; t. 87, pág. 307.

ha establecido en favor del extranjero, quien puede renunciarlo expresa o tácitamente, y que por lo tanto no puede invocarlo el argentino que es demandado por un extranjero ante la justicia ordinaria ⁽²⁸⁾ ni puede declinarlo el extranjero demandado por un argentino ante la justicia federal; ⁽²⁹⁾ que las sociedades anónimas constituidas fuera de la República y las que no han sido reconocidas como personas jurídicas en nuestro país; ⁽³⁰⁾ que en las sociedades colectivas y en general en todos los casos en que dos o más personas asignables pretendan ejercer una acción solidaria para que caiga bajo la jurisdicción federal, se atenderá a la nacionalidad de todos los miembros de la sociedad o comunidad, cualquiera sea el domicilio social, de tal modo que será preciso que cada uno de ellos individualmente tenga el derecho de demandar o pueda ser demandado ante los tribunales nacionales, a menos que se contradiga la existencia de la sociedad o no haya habido razón social que la caracterice como distinta de sus miembros y sean las partes una argentina y otra extranjera. ⁽³¹⁾

Como la ley no hace distingo entre el ciudadano argentino y el naturalizado, la jurisprudencia los ha equiparado a los efectos del fuero. ⁽³²⁾ Asimismo ha considerado que la mujer casada tiene la nacionalidad del marido mientras sub-

⁽²⁸⁾ S. C. N., t. I pág. 419; t. 19 pág. 328; t. 55 pág. 135; t. 90 pág. 55. Tampoco puede invocar el fuero el extranjero que contesta la demanda sin excepcionarse, S. C. N., t. 88, pág. 146.

⁽²⁹⁾ S. C. N., t. 28 pág. 28; t. 43 pág. 186; t. 32 pág. 247; t. 48 pág. 285.

⁽³⁰⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. II pág. 716. Sin embargo, los tribunales han dicho que a los efectos de determinar la procedencia del fuero federal, debe considerarse como extranjera una sociedad anónima constituida en el extranjero aunque haya sido reconocida por el Poder Ejecutivo, ya que de acuerdo con el índice de interpretación que da el art. 9 de la ley 48, es el lugar de su creación el que determina presuntivamente *jure et de jure* su nacionalidad, CÁM. DE PAZ en *Jurisprudencia Argentina*, t. 58, pág. 963. Por su parte la CÁMARA FEDERAL DE LA CAPITAL, ha declarado que pretender, a los efectos del fuero, que las sociedades anónimas extranjeras por el hecho de ser reconocidas por el Poder Ejecutivo en su calidad de persona jurídica deban ser asimiladas a las constituidas en el país, comporta desconocer la extraterritorialidad de la persona jurídica y pugna con el art. 34 del C. Civ. y 285 y 287 del Cód. DE COM., reformado por ley 8867, *Jurisprudencia Argentina*, t. 53, p. 568.

⁽³¹⁾ S. C. N., t. 17 pág. 168; t. 64 pág. 289.

⁽³²⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. I pág. 365.

sista el vínculo matrimonial, ⁽³³⁾ que cuando el padre litiga con su hijo menor debe tenerse en cuenta la nacionalidad de ambos. ⁽³⁴⁾

Como ocurre con la distinta vecindad, el demandante que invoca el fuero federal, debe acreditar con documentos o informaciones que el caso es de jurisdicción nacional. Pero debe entenderse que no queda a su arbitrio producir una u otra prueba, sino la que corresponda. Así, cuando el demandante es argentino, deberá acompañar la documentación que pruebe su nacionalidad, porque puede conseguirla; en cambio le bastará con producir información respecto a la calidad de extranjero del demandado, porque puede no estar en sus manos obtener los documentos necesarios. De la misma manera, cuando es el extranjero el que invoca el fuero, tendrá que probar su nacionalidad con documentos, porque debe estar munido de ellos o le es fácil conseguirlos; pero le bastará justificar con información el carácter de argentino de la contraparte, dada la dificultad que puede tener para obtener la documentación del caso.

d) *En las causas que versen sobre negocios particulares de un cónsul o vice cónsul extranjero* (art. 100 y 101 de la Constitución Nacional y art. 2 inc. 3º de la ley 48).

Si bien el inc. 3º del art. 2 de la ley 48 habla de negocios "particulares" ⁽³⁵⁾ de los cónsules extranjeros, es evidente que no es ello lo que determina el fuero federal, sino la calidad de las personas que intervienen. Es por tratarse de cónsules o vice cónsules que la competencia federal procede; pero no cabe duda que la naturaleza de los asuntos, es lo que de-

(33) S. C. N., t. 30 pág. 406; t. 40 pág. 225; t. 49 pág. 382; t. 69 pág. 395. Pero de acuerdo con la ley 11.357, conserva su nacionalidad cuando actúa en pleito en que se cuestiona sus bienes propios, CÁM. FED. DE LA CAP., en *Jurisp. Argent.*, t. 29, pág. 630.

(34) S. C. N., t. 72, pág. 430; *Jurisprudencia Argentina*, t. 2, pág. 362; t. 9 pág. 358.

(35) La expresión "negocios particulares", no ha sido empleada para limitar la competencia por razón de la materia, sino por oposición a los negocios de carácter público. De ahí que abarque a las causas civiles, S. C. N., t. 12, pág. 437; t. 102, pág. 107; t. 70, pág. 298, como a los comerciales, S. C. N., t. 12, pág. 187, y a los criminales S. C. N., t. 9; pág. 187.

termina la competencia de los jueces de sección, pues, cuando se refiere a causas de carácter público, corresponde conocer originariamente a la Suprema Corte, según lo dispone el art. 1 inc. 4 de la citada ley. De manera que, tratándose de litigios en que intervienen cónsules extranjeros, la naturaleza de los negocios es determinante de la competencia funcional de los tribunales federales, es decir, que sirve para establecer si compete a la Suprema Corte o a los jueces de Sección. ⁽³⁶⁾

Con todo, conviene tener presente que el distingo proviene de la ley, y que puede tacharse de inconstitucional, porque a estar a lo dispuesto por la Constitución Nacional, las causas concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, son de competencia originaria y exclusiva de la Suprema Corte, sea cuál fuese el carácter de los negocios. Sin embargo, el superior tribunal no ha declarado nunca la inconstitucionalidad de la citada disposición de la ley. ⁽³⁷⁾

La ley también habla de vice cónsules que la Constitución no menciona, pero que comprende implícitamente, pues tienen la misma calidad de agentes de los estados extranjeros. El privilegio del fuero sólo corresponde a la persona del cónsul o vice cónsul y no a las demás personas del consulado, como dependientes, sirvientes y familiares. ⁽³⁸⁾

3º *Por razón del lugar*, compete a los jueces nacionales de sección:

a) *Conocer de los crímenes de toda especie que se cometen en lugares donde el gobierno Nacional tenga absoluta y exclusiva jurisdicción* (art. 3 inc. 4º ley 48).

Es una disposición de carácter general que no se encuen-

⁽³⁶⁾ S. C. N., t. 7, pág. 91; t. 13, pág. 161; t. 18, pág. 7; t. 19, p. 186; t. 21 pág. 559; t. 34 pág. 249; t. 64 pág. 263; t. 70 pág. 295; t. 88 pág. 68; t. 102 pág. 107.

⁽³⁷⁾ La razón que se ha dado alguna vez, es la de que no pudiendo los negocios particulares de los cónsules, estar regidos por el "derecho de gentes", el conocimiento de los mismos debe ser ajeno a la jurisdicción originaria de la Corte si se atiende al fundamento jurídico conque esa especial jurisdicción ha sido creada (ZAVALLA, *Ob. cit.* pág. 40).

⁽³⁸⁾ Tampoco procede el fuero federal cuando se sigue contra el agente consular una acción incidental de un juicio seguido ante la justicia ordinaria, como si se trata del cobro de honorarios devengados en una sucesión, S. C. N., en *Jurisprudencia Argentina*, t. 108, pág. 151.

tra en la Constitución, pero que se explica y justifica perfectamente. Donde no hay ni puede haber más autoridad que la de la Nación, no cabe otra justicia que la federal. Sin embargo, la jurisprudencia teniendo en cuenta que la ley sólo ha podido referirse a lugares ubicados dentro de territorio provincial —puesto que los demás va de suyo que caen bajo la jurisdicción del Estado general— ha suministrado algunos criterios para fijar, aunque no con mucha precisión, lo que debe entenderse por “lugares donde el gobierno de la Nación tiene jurisdicción absoluta y exclusiva”.

Por lo pronto, el vocablo “jurisdicción” no ha sido empleado en su acepción técnica, esto es, para designar la función específica de administrar justicia, sino más bien como comprensiva de todos los órdenes de poderes de gobierno. Así se dice que un Estado tiene jurisdicción absoluta y exclusiva sobre determinado lugar, cuando éste se encuentra sujeto a la legislación, a la administración y a la justicia de dicho Estado. Con ese alcance se empleó el término de la ley N^o 1029, que declaró a la Ciudad de Buenos Aires Capital de la Nación, previa la cesión que hiciera la Provincia, y por la cual ley se disponía que todos los establecimientos públicos situados en el Municipio quedaron bajo la *jurisdicción* de la Nación, y se autorizaba al Gobierno de la Provincia para seguir funcionando en la Ciudad de Buenos Aires, pero sin *jurisdicción*; y con ese mismo alcance utilizó el término el decreto provincial que se dictó de conformidad a la ley de 6 de Diciembre de 1880, que decía: “Art. 1^o. Entréguese al Excmo. Gobierno Nacional la *jurisdicción* que con arreglo a las leyes citadas le corresponde en este Municipio”.

Pero, debido tal vez a la circunstancia de que el precepto legal que nos ocupa limita la competencia de los jueces federales en dichos lugares, a los *crímenes* cometidos en éstos, los tribunales y la doctrina le han dado una interpretación más amplia, que sin duda no autoriza sus términos. Así, se ha considerado que la Nación ejerce jurisdicción exclusiva en: “la oficina de impuestos internos de San Juan.... en la Escuela Normal de Dolores.... en el Arsenal del Río de la

Plata.... en la casa ocupada por la Oficina de Correos en Ramallo.... en la Universidad de la Plata", etc. ⁽³⁹⁾

Como quiera que lo que ha procurado la jurisprudencia es salvar o imponer la autoridad nacional en los casos en que pueda haber conflicto con la de las Provincias, es lo cierto que esa interpretación se aparta del texto legal. No siempre en los lugares en que funcionan dependencias de la Nación ejerce esta jurisdicción *exclusiva*. Si se trata, por ejemplo, de locales arrendados a particulares para oficinas nacionales (correos, juzgados federales, impuestos internos, etc.), se encuentran, como es lógico, sometidas a la legislación provincial y aún a la administración de la Provincia. En efecto, el propio contrato de arrendamiento del local en que funciona la repartición está afectado a la ley fiscal de la Provincia, como el local mismo, que debe pagar la contribución territorial correspondiente; y la seguridad de sus moradores está confiada a la Policía local, por más que tenga que obedecer a las órdenes de las autoridades nacionales. ⁽⁴⁰⁾

⁽³⁹⁾ ZAVALÍA, *Ob. cit.*, pág. 100.

⁽⁴⁰⁾ Esta cuestión ha sido debatida in extenso, con motivo de la cesión del Puerto de La Plata, que, como es natural, presenta un caso más complejo que el del simple arrendamiento de un local para oficinas nacionales. La tesis sostenida por algunos autores y refirmada por ciertos fallos de que la cesión hecha por la Provincia sin reservas transmite la plenitud de la jurisdicción sobre el territorio cedido, ha sido desechada últimamente por la SUPREMA CORTE que en un fallo publicado en *Gaceta del Foro* de 22 de Mayo de 1931, admite que la Provincia conserva su jurisdicción en todo lo que no se refiere a la navegación y al comercio en general.

Los antecedentes nacionales y la doctrina, autorizan a sostener que para que la venta o cesión de un territorio provincial pueda traspasar la jurisdicción, es necesario una expresa sanción legislativa que así lo establezca. Eso más o menos resolvió la SUPREMA CORTE en el fallo dictado en el juicio seguido por la Compañía de Tierras Central Argentino contra la Provincia de Córdoba, donde dicho tribunal dijo: "Que en ausencia de toda disposición legal que las exonere (a la tierra) del impuesto de contribución directa, ni de ningún otro y habiendo además sido ellas cedidas por el Gobierno de Córdoba, sin renuncia de sus derechos de jurisdicción y contribución que siendo atributos esenciales de la soberanía, no pueden entenderse enajenados ni renunciados sin una cláusula explícita y evidente que así lo declare, nada hay que se oponga a que dichas tierras sean, gravadas a la par de las demás propiedades raíces ubicadas dentro de los límites jurisdiccionales de la Provincia demandada, con las contribuciones e impuestos que los poderes públicos hayan creído conveniente establecer, para hacer frente a los gastos de la administración pública", t. 32, pág. 318. También en los tomos 116,

En la Capital Federal, la Nación ejerce jurisdicción exclusiva porque se trata de un territorio nacional donde sólo imperan las autoridades nacionales; sin embargo la ley y la jurisprudencia, le han asignado un carácter especial, equiparándola a una Provincia. De ahí que cuando el Congreso legisla para el distrito de la Capital, se entiende que lo hace como legislatura local; y que, cuando el Presidente de la República ejerce su autoridad en dicho lugar, lo hace como Jefe local y no de la Nación. Ello ha hecho también que se organice una administración de justicia independiente de la federal, que no sería, según esa corriente de ideas, la que ha creado la Constitución.

Esa situación, en mi concepto anómala, que admite en un territorio nacional la existencia de autoridades no nacionales cuyas funciones son desempeñadas en gran parte por las mismas personas que desempeñan el poder nacional (Presidente, Congreso), ha hecho también que se admita que en la Capital no ejerce jurisdicción exclusiva la Nación, sino excepcionalmente. Correspondería así a los tribunales ordinarios, el conocimiento de los delitos cometidos en todas las oficinas de la administración local (Obras Sanitarias, Municipalidad, Aguas Corrientes, Banco Municipal de Préstamos, Policía, Juzgado de Paz, etc.); y por vía de excepción, caería bajo la competencia federal, los crímenes perpetrados en lugares ocupados por reparticiones nacionales (Congreso, Ministerios, Caja Nacional de Ahorro Postal, Casa de Correos y Telégrafos, Universidad, Colegio Nacional, Banco de la Nación, etc. ⁽⁴¹⁾)

El hecho de que corresponda a la jurisdicción nacional lo relativo a los ferrocarriles nacionales e interprovinciales, ha hecho pensar que todos los crímenes cometidos en un ferrocarril compete a la justicia federal. No es así sin embargo; lo que cae bajo la acción de ésta, son los delitos contra los

pág. 234 y t. 117, pág. 39. Puede consultarse ZAVALÍA, *Ob. cit.*, pág. 101; H. ALSINA, *Ob. cit.*, pág. 122; ENRIQUE V. GALLI, *Jurisdicción Nacional en las Provincias*, pág. 11 y siguientes.

(41) S. C. N., t. 87 pág. 210; *Jurisprudencia Argentina*, t. I pág. 766; t. 23 pág. 493; t. 29 pág. 148; t. 11 pág. 26; t. 10 pág. 661; t. 12 pág. 81; t. 13 pág. 309; t. 55 pág. 195; t. 19 pág. 663; t. 20 pág. 1059; *Gaceta del Foro*, t. 74 pág. 9; t. 86 pág. 355.

ferrocarriles y tráfico ferroviario, pero por razón de la materia, no del lugar. ⁽⁴²⁾ Los demás, los delitos comunes previstos y castigados por el Código Penal, competen a la justicia ordinaria, si se ha realizado dentro del territorio provincial, porque la jurisdicción que ejerce la Nación sobre los ferrocarriles, se refiere al comercio exterior o interprovincial únicamente. ⁽⁴³⁾

b) *Conocer de los crímenes cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros*, que serán juzgados por el Juez de Sección del primer puerto argentino a que arribase el buque, (art. 3º inc. 1º ley 48).

Se explica la disposición porque se trata de delitos cometidos en lugares sometidos a la jurisdicción nacional. Además, la justicia provincial no podría intervenir en esas cuestiones sin peligro de conflictos o reclamaciones extranjeras.

c) *Conocer de los crímenes cometidos en los ríos, islas y puertos argentinos*, que serán juzgados por el juez que se halle más inmediato al lugar del hecho o por aquél en cuya sección se encuentren los criminales, según sea el que prevenga en la causa (art. 3º inc. 2º ley 48).

La redacción no muy precisa del artículo, ha dado lugar a una variada interpretación del mismo. En algunos casos se ha reconocido al texto legal una extensión que, en realidad, no autoriza su letra, y se ha entendido que comprende todas las islas y toda clase de delitos; ⁽⁴⁴⁾ pero últimamente la Su-

⁽⁴²⁾ CONST. NACIONAL, Art. 100, art. 2 inc. 1º ley 48; V. RUBIANES; *Deslinde de las jurisdicciones Nacional y Provincial en materia de ferrocarriles*, pág. 151, 1903; R. SALVAT, *Deslinde de las jurisdicciones en materia de ferrocarriles*, 1908; MANUEL MARÍA DIEZ, *Régimen jurídico de las comunicaciones*, t. 2, pág. 90, 1937.

Tampoco ha de entenderse que toda cuestión que se suscite con los ferrocarriles corresponda a la justicia federal. Sólo compete a ésta conocer de los conflictos que tienen su origen en la ley nacional de ferrocarriles, es decir, las que son regladas por ésta; las relaciones de puro derecho privado, corresponde a los tribunales ordinarios, CONSTITUCIÓN NACIONAL, art. 67, inc. 11.

⁽⁴³⁾ S. C. N., t. 115 pág. 404; t. 116 pág. 234; t. 118 pág. 24; *Gaceta del Foro*, t. 86 pág. 231; *Jurisprudencia Argentina*, t. 7 pág. 257; t. 10 pág. 654; t. 14 pág. 36; t. 20 pág. 188.

⁽⁴⁴⁾ S. C. N., causa Nº 22415 caratulada: Lombardi Pedro por usurpación de propiedad en San Fernando, citada por el Juez del Crimen de La Plata Dr. JULIO FACIO, en la cuestión de competencia planteada al Juez Federal Dr. JANTUS en la causa Lataillada ocurrida en Las Conchas.

prema Corte ha limitado su alcance a lo que resulta de sus propios términos y surge del espíritu de la ley. Así, ha dicho "que siendo por su naturaleza restrictiva y de excepción la jurisdicción nacional, y circumscripta en materia criminal a lo expresamente determinado por la ley, no armonizaría con tales caracteres una interpretación del art. 3º inc. 2º de la ley 48, que en lo referente a los crímenes cometidos en islas del dominio provincial comprendiera en su amplitud otras causas criminales que aquéllas cuyo conocimiento compete a la justicia nacional por algún concepto legal de los precedentemente enunciados, interpretación que por lo demás, parecería en implícita discordancia con el inc. 4º del mismo artículo, que emplea el término "los crímenes de toda especie", expresión que no se establece en el inc. 2º y que debió consignarse si se hubiera querido dar al texto legal de referencia el amplio significado aludido". (45)

Por tanto, los delitos comunes cometidos en una isla que es parte integrante del dominio territorial de una Provincia donde ésta ejerce la plenitud de sus poderes, no están comprendidas en la disposición legal citada, y deben ser juzgados por los jueces locales, de acuerdo con el principio que consagra el inc. 11 del art. 67 de la Constitución. (46)

El mismo fallo antes citado, dice que la regla más segura establecida por los precedentes legislativos nacionales, la jurisprudencia y la doctrina, para determinar los asuntos propios de cada una de las jurisdicciones en lo criminal, es la de que "los jueces federales sólo deben conocer de los *delitos que afectan el orden nacional*, o que se han cometido en alta mar, o en lugares donde el gobierno nacional ejerza autoridad exclusiva.

(45) S. C. N., fallo publicado por *Diario de los Tribunales* de 29 de Enero de 1927. Dicho fallo fué dictado en 22 de Diciembre de 1926 en la causa de Mario Lataillade, por homicidio ocurrido en Las Conchas.

(46) S. C. N., t. 75, p. 335.



CAPÍTULO XIX

DE LA COMPETENCIA FEDERAL

(Continuación)

SUMARIO: I. COMPETENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN. — II. COMPETENCIA *originaria* DE LA CORTE SUPREMA; ART. 101 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL Y SU INTERPRETACIÓN POR LAS LEYES REGLAMENTARIAS. — III. LA LEY NACIONAL NÚMERO 48: a) DE LAS CAUSAS QUE VERSEAN ENTRE DOS O MÁS PROVINCIAS Y LAS CIVILES QUE VERSEN ENTRE UNA PROVINCIA Y ALGÚN VECINO DE OTRA O CIUDADANOS O SÚBDITOS EXTRANJEROS; b) DE LAS CAUSAS QUE VERSEN ENTRE UNA PROVINCIA Y UN ESTADO EXTRANJERO; c) DE LAS CAUSAS CONCERNIENTES A EMBAJADORES Y OTROS MINISTROS DIPLOMÁTICOS EXTRANJEROS, A LAS PERSONAS QUE COMPONGAN LA LEGACIÓN, A LOS INDIVIDUOS DE SU FAMILIA, O SIRVIENTES DOMÉSTICOS, DEL MODO QUE UNA CORTE DE JUSTICIA PUEDE PROCEDER CON ARREGLO AL DERECHO DE GENTES; d) DE LAS CAUSAS QUE VERSEN LOS PRIVILEGIOS O EXENCIONES DE LOS CÓNSULES Y VICECÓNSULES EXTRANJEROS EN SU CARÁCTER PÚBLICO. — IV. COMPETENCIA *apelada*; APELACIÓN ORDINARIA. — V. APELACIÓN EXTRAORDINARIA; RECURSO CONCEDIDO POR EL ART. 14 DE LA LEY 48. — VI. CARACTERÍSTICAS DEL RECURSO EXTRAORDINARIO. — VII. SU FUNDAMENTO Y OBJETO. — VIII. ALCANCE DEL PRONUNCIAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA. — IX. REQUISITOS PARA QUE PROCEDA EL RECURSO: a) CUESTIÓN CONTENCIOSA; b) SENTENCIA DEFINITIVA; c) TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. — X. OTROS REQUISITOS.

I. Ya vimos que la Suprema Corte tiene competencia *originaria* y *apelada*, y pudimos cerciorarnos que la competencia *originaria*, ha sido fijada por razón de las personas, ⁽¹⁾ en tanto que la *apelada* es de carácter general, o mejor dicho, ha sido establecida, algunas veces, teniendo en cuenta la materia, y otras las personas o la importancia del asunto. En consecuencia, su estudio debe hacerse separadamente, según el grado de conocimiento en que el tribunal interviene en los juicios.

II. El art. 101 de la Constitución Nacional, confiere a la Suprema Corte competencia *originaria* y *exclusiva* para cono-

(1) La SUPREMA CORTE ha declarado en algunos casos, que su competencia *originaria* procede por razón de las personas en las causas civiles nacidas de estipulación o contrato, cuando una provincia es demandada por el vecino de otra o un ciudadano extranjero; y por razón de la materia, cuando en igualdad de condiciones sea demandada en virtud de actos que se dicen violatorios de una garantía consagrada por la CONSTITUCIÓN NACIONAL, *Jurisprudencia Argentina*, t. 28, p. 798. Sin embargo, ello no es exacto. Lo que procede por razón de la materia, es el fuero federal y no la competencia *originaria* de la Corte. Si ésta conoce del asunto en ese caso, es porque es parte una Provincia —vale decir por razón de la persona que interviene— y no porque se cuestione la inconstitucionalidad.

cer en los asuntos concernientes a Embajadores, Ministros y Cónsules extranjeros y en los que alguna Provincia sea parte; pero dicha disposición ha sido reglamentada por la ley 48 en la siguiente forma:

Art. 1º — La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá en 1ª Instancia: 1º De las causas que versan entre dos o más provincias y las civiles que versen entre una Provincia y algún vecino o vecinos de otro ciudadanos o súbditos extranjeros; 2º De aquéllas que versen entre una Provincia y un Estado Extranjero; 3º De las causas concernientes a Embajadores u otros Ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la Legación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos; del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; 4º De las causas en que se versen los privilegios y exenciones de los Cónsules y Vicecónsules extranjeros, en su carácter público.

Como se ve, el artículo 1º de la ley 48, ha desarrollado lo dispuesto en el art. 101 de la Constitución, explicando: que el término “originariamente” empleado por ésta, quiere decir en primera instancia, aunque sea la única, si no hay otro tribunal superior para ante el que se pueda recurrir; que las Provincias pueden ser “parte” litigando con otras Provincias, con vecino o vecinos de otras, con un estado extranjero, o con ciudadanos extranjeros; que en los asuntos concernientes a Embajadores, Ministros y Cónsules extranjeros que confieren competencia a la Suprema Corte, están comprendidos los de las personas que compongan la Legación, los individuos de su familia y los del personal del servicio; que las causas de los Cónsules y Vicecónsules que confieren competencia originaria a la Corte, son solamente las que se refieren a asuntos en que éstos intervienen en su carácter público. Además, implícitamente ha suministrado un criterio para interpretar el alcance del vocablo “exclusiva” que emplea el art. 101 de la Constitución, puesto que ha limitado la competencia del superior tribunal en lo tocante a los cónsules extranjeros, a solo los asuntos en que intervienen en su carácter público. Con ello,

en efecto, se viene a reconocer, en cierto modo, que la exclusividad de que habla el texto constitucional, importa una limitación a la competencia originaria de la Corte y no una prohibición a los demás tribunales para conocer de los asuntos indicados.

La dicha interpretación que, implícitamente ha hecho la ley del texto constitucional y cuya doctrina ha seguido la Suprema Corte, ⁽²⁾ ha sido, sin embargo, discutida. Hay quienes piensan, y no sin razón, que el significado del término "exclusivo", no puede ser otro que el de impedir que las causas indicadas puedan caer bajo el conocimiento de otros tribunales. ⁽³⁾ No puede haber sido otro el propósito de los constituyentes, puesto que no se percibe la razón que puede haber habido para limitar o restringir la competencia de la Corte, cuando las circunstancias pueden aconsejar su ampliación como lo entendió el art. 20 de la ley 48, y el mismo art. 17 que, al fin, concede al tribunal una atribución de que no habla la Constitución.

III. Sigamos ahora a la ley en sus cuatro incisos.

a) *De las causas que versan entre dos o más Provincias, y las civiles que versen entre una Provincia y algún vecino de otra o ciudadano o súbdito extranjero.*

Desde luego, la disposición distingue las causas que versan entre dos provincias, de las que tienen lugar entre una provincia y los particulares. Las primeras, pueden ser cuestiones de cualquier naturaleza, siempre que la Constitución no haya indicado otra autoridad para resolverlas, como ocurre con las cuestiones de límites que deben ser resueltas por el Congreso según el art. 67; las segundas, en cambio, deben ser de carácter civil. ⁽⁴⁾

⁽²⁾ S. C. N., t. 3, p. 120; t. 40, p. 386; t. 46 p. 372; t. 75, p. 143; t. 82, p. 107; t. 88, p. 442.

⁽³⁾ H. ALSINA, *ob. cit.*, p. 131; ZAVALÍA, *ob. cit.*, p. 49.

⁽⁴⁾ La competencia atribuida a la Suprema Corte en estos casos, está perfectamente justificada. Las provincias como entidades políticas, pueden estar en conflicto entre sí, y es natural que las contiendas que entre ellas se originen y que requieran necesariamente una solución, sean resueltas por tribunales del Estado general, que viene a ser un tercero respecto de aquéllas, a la par que el más indicado para pacificarlas y mantener la unión nacional. Ninguno de los Estados particulares en litigio habría

Los conflictos de las provincias, generalmente revisten otro carácter que el de simples cuestiones civiles. Por eso es que la ley no ha limitado a éstos la competencia de la S. Corte cuando la causa verse entre dos Provincias. Sin embargo, debe entenderse que los conflictos susceptibles de ser llevados al Superior Tribunal, son sólo los que no pueden obtener solución en cada provincia, porque lo contrario importaría atentar contra las autonomías de éstas y someter a las unas al poder de las otras.

La exigencia de que la cuestión sea de carácter civil, rige sólo para los litigios de los particulares con las provincias, debiendo entenderse, según lo ha establecido la Suprema Corte, que "causa civil" es la que surge de *estipulación o contrato* de derecho privado, comprendiéndose por tanto a los asuntos comerciales. ⁽⁵⁾ De ahí que haya declarado que no reviste ese carácter el examen y revisión de actos administrativos, legislativos y judiciales de las provincias en que éstas procedan dentro de las facultades propias reconocidas por la Constitución Nacional. ⁽⁶⁾ Por tanto, no compete a la Suprema Corte conocer originariamente cuando una provincia es demandada por daños y perjuicios que un ciudadano considera haber sufrido por actos administrativos o jurisdiccionales ejercidos dentro de la órbita de sus atribuciones; ⁽⁷⁾ ni cuando se requiere un pronunciamiento de nulidad de actos realizados por el Poder Ejecutivo de una Provincia en su función de

querido aceptar la competencia de los jueces locales de su contrincante, para no deponer su soberanía (si es que puede hablarse de soberanía provincial) y para no dar lugar a la posibilidad de un fallo parcial. Lo mismo podría ocurrir cuando litigasen con una provincia vecinos de otra o ciudadanos extranjeros.

⁽⁵⁾ Como cuando una empresa de ferrocarril demanda a una provincia por cobro de fletes y pasajes concedidos por orden del gobierno *Gaceta del foro*, t. 131, p. 313; o se demande el cobro de transporte, *Gaceta del foro*, t. 107, p. 273; o se pretenda el cobro de una locación de servicios contratados por la provincia con un ingeniero a quien no se le impusiera honorario, ni sueldo, *Gaceta del foro*; t. 123, p. 259 y *Jurisprudencia Argentina*, t. 25, p. 807. Véase también *Jurisprudencia Argentina*, t. 40, p. 30; t. 37, p. 793; t. 38, p. 575.

⁽⁶⁾ FALLOS S. C. N., t. 9, p. 391; t. 31, p. 255; t. 81, p. 132; t. 92, p. 8; t. 102, p. 436; t. 106, p. 287; t. 111, p. 88; t. 121, p. 40 y 65; t. 127, p. 91; t. 154, p. 250.

⁽⁷⁾ S. C. N., *Jurisprudencia Argentina*, t. 12, p. 68; t. 21, p. 28.

poder público; ⁽⁸⁾ ni para repetir lo abonado por concepto de multas impuestas a un ferrocarril por la demora en el pago de sueldos a empleados de acuerdo con la ley 11.278; ⁽⁹⁾ ni cuando se demanda la nulidad de una ley provincial o actos y procedimientos de los funcionarios encargados de su aplicación y cumplimiento; ⁽¹⁰⁾ ni cuando se acciona para cobrar sueldos devengados como empleados de la administración; ⁽¹¹⁾ ni cuando se pretende se condene a una provincia a acordar permisos de cateos de substancias minerales de primera y segunda categoría que fueron denegados; ⁽¹²⁾ ni cuando se cuestiona la legitimidad de un impuesto provincial en orden a la forma y oportunidad de su cobro; ⁽¹³⁾ ni cuando se alega la equivocada interpretación de una ley provincial al aplicar los diversos porcentajes que la misma establece a las hijuelas de los herederos así como los posibles errores de cálculo. ⁽¹⁴⁾

Pero no basta que un particular tenga una "causa civil" con una provincia, para que surja la competencia de la Corte; es necesario además, que el particular sea un vecino de otra provincia o un ciudadano extranjero. Eso es lo que resulta de la coordinación de los arts. 100 y 101 de la Constitución y lo que expresamente dispone el art. 1, inc. 2º de la ley 48. Sin embargo, los tribunales han declarado uniformemente, que la acción por cobro de impuestos locales es de competencia de los jueces de su respectiva provincia, sea cual fuere la nacionalidad o domicilio del contribuyente, porque corresponde a las provincias, como acto de soberanía, el derecho de imponer contribuciones, y ese derecho "no podría ser ejercido con la amplitud e independencia necesarios, si hubiera de hacerse efectivo por autoridades que no fueran las propias". ⁽¹⁵⁾ Ello no obstante, las provincias pueden renunciar al derecho de perseguir el cobro de impuestos ante sus jueces locales y re-

⁽⁸⁾ S. C. N., *Gaceta del foro*, t. 29, p. 327.

⁽⁹⁾ S. C. N., *Gaceta del foro*, t. 133, p. 307.

⁽¹⁰⁾ S. C. N., *Gaceta del foro*, Octubre 3 de 1928.

⁽¹¹⁾ S. C. N., *Gaceta del foro*, t. 123, p. 259.

⁽¹²⁾ S. C. N., *Gaceta del foro*, t. 130, p. 13.

⁽¹³⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 26, p. 876.

⁽¹⁴⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA, t. 40, p. 296.

⁽¹⁵⁾ S. C. N., *Jurisprudencia Argentina*, t. 1, p. 2; t. 1, p. 809; C. Civ. 2ª, *Gaceta del Foro*, t. 112, p. 327.

currir a los federales, siempre que surja la competencia por razón de distinta nacionalidad o vecindad. ⁽¹⁶⁾

Siguiendo el criterio que la jurisprudencia ha dado para interpretar el vocablo "exclusivo" que contiene el art. 101 de la Constitución, los tribunales han llegado a la conclusión de que la competencia originaria de la Suprema Corte en las demandas promovidas por extranjeros y vecinos de una provincia contra otra, puede ser prorrogada por éstos. Se ha dicho: que esa competencia se ha dado en beneficio de los extranjeros y vecinos de extraña provincia para asegurarles mayor imparcialidad al ser juzgados por tribunales ajenos a la provincia demandada, y que por tanto, pueden renunciarla; que cuando el art. 101 de la Constitución dispone que en los asuntos en que una provincia sea parte, la Corte Suprema tendrá jurisdicción originaria y exclusiva, ha querido decir que ella sólo conoce de esos asuntos con exclusión de los tribunales inferiores de lo federal, pero de ninguna manera que pueda excluir a los tribunales provinciales; que no basta atribuir un poder a la Nación para privar de ella a las provincias; que por otra parte el inc. 4º, del art. 12 de la ley 48, admite la prórroga de la competencia de la Corte en un tribunal de provincia, cuando un extranjero demanda a una provincia ante los tribunales de ésta y la misma no opone la declinatoria de jurisdicción. ⁽¹⁷⁾

La exigencia de la distinta nacionalidad o vecindad, no rige cuando se funda la demanda en la inconstitucionalidad de una ley o decreto provincial, porque en ese caso, la competencia federal surge en razón de la materia, y como sería parte una provincia, no podría ser llevada ante los jueces in-

(16) SUPREMA CORTE NACIONAL, t. 17, p. 133; t. 31, p. 103; t. 34, p. 422; t. 57, p. 46; t. 94, p. 353; t. 108, p. 5; t. 114, p. 282 y 298; t. 115, p. 61 y 408; t. 118, p. 93; t. 125, p. 125; t. 127, p. 56.

(17) FALLOS, S. C. N., t. 90, p. 97; t. 104, p. 323; t. 112, p. 203 y *Jurisprudencia Argentina*, t. 29, p. 16; t. 40, p. 301 y 299.

Debe entenderse que la inconstitucionalidad se refiere a textos nacionales o provinciales que violan la Constitución o leyes de la Nación, porque cuando contrarían la Constitución de la Provincia, la inconstitucionalidad debe hacerse valer ante los tribunales locales.

feriores de la Nación, por impedirlo el art. 101 de la Constitución. ⁽¹⁸⁾

En consecuencia, si una misma cuestión ha sido planteada ante la justicia provincial y el juicio respectivo resuelto, se considera prorrogada la competencia, aunque el procedimiento haya sido anulado o el juez se haya declarado incompetente por entender que la causa corresponde a otro tribunal de la misma provincia. Va de suyo que, en tales casos, la Corte puede conocer originariamente. ⁽¹⁹⁾

Aun cuando la ley reglamentaria (Nº 48) no lo aclara, debe tenerse presente que, según el art. 101 de la Constitución, para que surta la competencia originaria de la Corte, es necesario que la Provincia sea “parte”, vale decir, que “no basta que la cuestión le afecte o se refiera a alguna de sus entidades institucionales”, sino que es “indispensable que sea ella misma la que actúe en juicio como persona jurídica”. ⁽²⁰⁾ Por eso, cuando se demanda a instituciones autárquicas de una provincia, no se considera a la provincia misma como demandada, y por tanto, no procede la competencia originaria de la Corte. ⁽²¹⁾

b) *De las causas que versen entre una Provincia y un Estado Extranjero* (art. 2º, inc. 22, ley 48).

La disposición rige sólo en el caso de que el Estado Extranjero hubiera manifestado su deseo de ser sometido a juicio ante los tribunales argentinos, porque según los principios de derecho internacional público, un estado extranjero no puede ser compelido a aceptar la jurisdicción de los tribunales de otro Estado soberano. Verificar el examen de los actos de un estado soberano por los tribunales de otro, y acaso declarar su invalidez mediante una sentencia contra la voluntad del primero, ha dicho la Corte, llevaría sin duda a turbar la paz de

⁽¹⁸⁾ GACETA DEL FORO, t. 84, p. 31 y 284; t. 87, p. 121.

⁽¹⁹⁾ S. C. N., t. 120, p. 74; t. 124, p. 225; t. 130, p. 349; t. 148, p. 417; t. 142, p. 406; *Gaceta*, t. 123, p. 15.

⁽²⁰⁾ FALLOS, S. C. N., t. 97, p. 272; t. 100, p. 65.

⁽²¹⁾ GACETA DEL FORO, t. 107, p. 31; t. 126, p. 115.

las naciones y a poner en peligro las amistosas relaciones entre los gobiernos. ⁽²²⁾

c) *De las causas concernientes a Embajadores u otros Ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la delegación, a los individuos de su familia, o sirvientes domésticos, del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes* (art. 1, inc. 3º, ley 48).

El inciso 3º del art. 2º de la ley 48 repite el término "concernientes" que emplean los arts. 100 y 101 de la Constitución, porque el designio de los constituyentes ha sido el de extender la garantía de la competencia del Superior Tribunal de la Nación, a todas las causas que puedan afectar de cualquier modo el personal de las legaciones extranjeras. No es necesario, pues, que los Embajadores o Ministros diplomáticos extranjeros sean "parte", sino que basta que se trate de asuntos que les sean concernientes. ⁽²³⁾ De ahí que se haya considerado que tienen ese carácter todas las cuestiones civiles, comerciales o criminales en que se encuentre comprometida alguna de las personas de la legación indicadas en la ley respectiva. Sin embargo, la Suprema Corte ha declarado en algún caso, siguiendo la opinión del Procurador de la Corte, que "asuntos concernientes a embajadores parecen ser aquéllos en que la sentencia deba obligarlos especialmente, y que una causa por delito de la que nace la acción pública, como el homicidio o el robo, interesan al estado y al procesado, sin que pueda propiamente calificarse de *concernientes* al ofendido o damnificado. ⁽²⁴⁾ Con ese criterio, la Suprema Corte ha dicho que no tiene competencia originaria para entender en el delito cometido por el director de un diario por publicar injurias contra el jefe de un estado extranjero y contra el representante diplomático del mismo ante el gobierno de la república, si dicho ministro no es parte directa en la causa que ha sido promovida por el agen-

⁽²²⁾ FALLO de la S. C. N. en la causa seguida por Ibarra y Cía. contra el Gobierno de España sobre reivindicación del vapor de bandera española, Ibay, publicado en La Nación de 18 de Julio 1937.

⁽²³⁾ S. C. N., t. 107, p. 395; *Jurisprudencia Argentina*, t. 11, p. 1176; t. 10, p. 395.

⁽²⁴⁾ *JURISPRUDENCIA ARGENTINA*, t. 6. p. 385.

te fiscal, siguiendo instrucciones del P. E. (en *Jurisprudencia Argentina*, t. 44, p. 23).

Como según el texto legal, la Suprema Corte debe proceder en estos casos "del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes", para abrir una causa contra un representante de nación extranjera y el personal a sus órdenes, se necesita el previo consentimiento del país que representan, porque los ministros diplomáticos están exentos por el derecho de gentes, de la jurisdicción del país en que residen, a menos que renuncien a ese privilegio. ⁽²⁵⁾ Dicha renuncia se supone tácitamente efectuada, cuando el diplomático asume el rol de parte actora. ⁽²⁶⁾

d) *De las causas en que se versen los privilegios o exenciones de los cónsules y vicecónsules extranjeros en su carácter público* (inc. 4º del art. 1, ley 48).

Ya se ha visto que en este caso, la ley se ha apartado del texto constitucional, pues los arts. 100 y 101 de la Constitución, se refieren a las causas concernientes a los cónsules extranjeros sin hacer distingo alguno. Ello no obstante, la Suprema Corte ha declarado que los términos generales en que está concebida la cláusula constitucional, autoriza a fijar su alcance, limitándolo a los asuntos de carácter público, como lo ha hecho la ley. ⁽²⁷⁾

IV. Antes de ahora, dijimos que la competencia apelada de la Suprema Corte, es ordinaria y extraordinaria: la primera, se ejerce sólo respecto de las sentencias definitivas dictadas por las Cámaras Federales de Apelación, y la segunda,

⁽²⁵⁾ FALLOS, S. C. N., t. 19, p. 108; t. 22, p. 190; t. 81, p. 113; t. 98, p. 338 y *Jurisprudencia Argentina*, t. 19, p. 147; t. 24, p. 17, y *Gaceta del Foro*, t. 111, p. 7.

⁽²⁶⁾ S. C. N., t. 59, p. 279. Ha dicho también el mismo tribunal, que su competencia es exclusiva y excluyente de la de los tribunales de provincia, por lo que no puede prorrogarse, *Fallos*, t. 102, p. 107.

⁽²⁷⁾ S. C. N., t. VII pág. 91: Así, corresponde conocer a la S. Corte originariamente: en la causa seguida por injurias inferidas a un Cónsul en el local del consulado, t. 10, pág. 324; en la seguida por reclamación de marineros de un buque contra un cónsul, t. 22, pág. 176; en la acusación por usurpación de autoridad contra un cónsul, t. 29, pág. 66; en la causa seguida por despido de un canciller de un consulado nombrado por ante cónsul con intervención del Ministro de Estado extranjero, *Gaceta del Foro*, t. 130, pág. 293.

como se verá más adelante, respecto de las sentencias definitivas dictadas por cualquier tribunal del país, siempre que ésta, en el juicio, revista el carácter de tribunal superior.

El art. 3 de la ley 4055, dispuso, en efecto, que la Suprema Corte conocería en última instancia por apelación y nulidad, de las sentencias definitivas de las Cámaras Federales de Apelación, en los siguientes casos:

1º De las que fueren dictadas en las demandas contra la Nación a que se refiere la ley Nº 3952 de 6 de Octubre de 1900.

2º De las que recayesen sobre acciones fiscales contra particulares o corporaciones, sea por cobro de cantidades adeudadas o por cumplimiento de contratos; por defraudación de rentas nacionales, por violación de reglamentos administrativos, y en general, en todas aquellas causas en que la Nación o un recaudador sea parte actora, siempre que el valor disputado excediera de cinco mil pesos.

En la precedente disposición no se comprenden las acciones fiscales por cobro o defraudación de rentas o impuestos que sean exclusivamente para la Capital y Territorios Nacionales y no generales para la Nación.

3º De las que recayesen en todas las causas a que dieren lugar los apresamientos o embargos marítimos en tiempo de guerra sobre salvamento militar y sobre nacionalidad del buque, legitimidad de su patente o regularidad de sus papeles.

4º De las causas de extradición de criminales reclamados por países extranjeros.

5º De las dictadas en cualquier causa criminal, por delitos de traición, rebelión, sedición y en las de homicidio, incendio o explosión, piratería y naufragios cometidos en alta mar a bordo de buques nacionales o por piratas extranjeros; y en todos aquellos casos en que la pena impuesta excediera de diez años de presidio o penitenciaria. (28)

(28) Dicha disposición parece limitada en sus alcances por la ley 7055, que al aumentar a cinco el número de los miembros de la Cámara Federal de Apelaciones de la Capital, estableció que las resoluciones del tribunal en pleno causarían ejecutoria en materia criminal.

También conocerá en grado de apelación, según el art. 4, en los casos en que según el art. 55 del Cód. de Proc. en lo Criminal proceda el recurso de revisión contra las sentencias de las Cámaras Federales; y según el art. 5, en los recursos que se promuevan por retardo o denegación de justicia, en los casos a que se refieren los artículos anteriores.

La aplicación de dichas disposiciones no ha originado dificultades, salvo el inc. 2 del art. 3, y ello sólo en cuanto limita la competencia de la Suprema Corte en los asuntos en que la Nación sea parte a cuando es *actora*. Se ha entendido, en efecto, que al no conceder el recurso cuando la Nación es parte demandada y obra como poder público, (puesto que el inc. 1 declara procedente cuando obra como persona jurídica), la disposición contraría lo dispuesto en el art. 100 de la Constitución, que confiere competencia a la Suprema Corte y Tribunales Inferiores de la Nación para conocer en los asuntos en que la Nación *sea parte*, sin distinguir que sea *actora* o demandada, habiendo por lo demás el art. 101 establecido que en los casos del art. 100, la competencia de la Suprema Corte deberá ejercerse en grado de apelación, excepción hecha de los asuntos concernientes a Embajadores, Ministros y Cónsules extranjeros y en los que alguna Provincia fuese parte, en que la ejercerá originaria y exclusivamente.

Pero, como el art. 101 ha dispuesto asimismo que la competencia de la Suprema Corte se ejercería según las *reglas* y *excepciones* que prescriba el Congreso, el más alto tribunal ha declarado reiteradamente, que el precepto estudiado no es inconstitucional. ⁽²⁹⁾ Asimismo ha resuelto, que refiriéndose el inc. 2º sólo al caso en que la Nación sea parte *actora*, el recurso está abierto en favor de ésta y no del particular que litigue con ella. ⁽³⁰⁾

Debe tenerse presente, y así lo ha consagrado la Suprema

⁽²⁹⁾ S. C. N., *Gaceta del Foro*, t. 44 pág. 17. En dicho fallo el tribunal declaró que las causas de almirantazgo y jurisdicción marítima que por el art. 100 corresponde conocer a la Corte Suprema y tribunales inferiores, ha podido ser excluida de la competencia de aquélla, pues el Congreso puede limitar la competencia apelada.

⁽³⁰⁾ S. C. N., t. 139 pág. 209.

Corte, que para que juegue la tercera instancia, o mejor dicho, proceda la apelación ordinaria, es necesario que la Nación sea parte directa. De ahí que sea improcedente en los casos en que el juicio ha sido seguido por dependencias autárquicas, como la Dirección de Yacimientos Petrolíferos Fiscales a la que la ley 11.668 ha reconocido personería jurídica. ⁽³¹⁾

V. Nos toca ahora ocuparnos de la apelación extraordinaria, que, como ya se ha visto, está reglamentada por el art. 14 de la ley 48 (y el art. 6 de la ley 4055).

Se ha dicho, sin embargo, que la competencia de la Corte Suprema, en estos casos, no es propiamente apelada, ⁽³²⁾ porque el recurso que se interpone para llegar a ella es autónomo, es decir, funciona con independencia del procedimiento de acuerdo al cual se ha tramitado el juicio; se trataría de un remedio jurisdiccional parecido al de lo contencioso-administrativo, que tiene vida independiente de las actuaciones administrativas que lo han originado. La Suprema Corte, se agrega, al ejercer jurisdicción en el recurso extraordinario, no es un tribunal de apelación en el sentido estricto, sino y simplemente el intérprete final de la Constitución, leyes del Congreso y tratados con las naciones extranjeras.

Pero, cualquiera sea la naturaleza o carácter del recurso, y cualquiera la extensión de las facultades de la Corte cuando conoce del mismo, la competencia que ella ejerce es sin duda apelada. El conocimiento que el tribunal toma en la cuestión, por más que debe circunscribirse al caso federal, lo es en grado de apelación; su decisión es revisora de la de otro tribunal, y eso es lo que caracteriza la competencia apelada.

El propio art. 14 de la ley 48 habla de "apelar" a la Corte Suprema de las sentencias de los tribunales de provincias, y el art. 15 califica de recurso de apelación al autorizado en el artículo anterior.

El hecho de que ese recurso deba ser fundado, no quiere decir que pierda su carácter y se transforme en acción. No es

⁽³¹⁾ Fallo publicado en La Nación de 9 de Abril de 1938.

⁽³²⁾ BIELSA, *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Bs. As. 1936, p. 216.

de la esencia de estos recursos el que no puedan ser fundamentados; todo depende del sistema que se adopte al respecto. Y hay leyes de procedimiento, aún entre nosotros, que autorizan que se funde la apelación. ⁽³³⁾

El recurso extraordinario no se deduce *ante* la Suprema Corte, sino *para ante* dicho tribunal; no se recurre directamente a él, sino previa denegación del juez que conoce en el asunto. ⁽³⁴⁾

VI. El recurso que nos ocupa, tiene indudablemente sus características especiales; por eso se le ha calificado de recurso "extraordinario". No se da como los recursos ordinarios para asegurar la justicia del pronunciamiento final, sino para obtener una declaración de inconstitucionalidad.

Se diferencia asimismo de los recursos también extraordinarios de "casación", ⁽³⁵⁾ y de "nulidad notoria" ⁽³⁶⁾ que existen en otras legislaciones; éste, generalmente procede contra sentencias que deciden en contravención a la ley, en tanto que aquél, sólo cuando al aplicar la ley se ha violado la Constitución Nacional.

Tiene además el recurso, un régimen especial que le da cierta fisonomía propia dentro de nuestro sistema legal. No sólo es obligación fundarlo al deducirlo (art. 15 ley 48), sino que debe circunscribirse a la cuestión constitucional, cualquiera sean las otras cuestiones sublitís, y en cierto caso no obsta a la ejecución de las sentencias recurridas (arts. 6 y 7 ley

⁽³³⁾ Tampoco es exacto el símil con la llamada jurisdicción contencioso-administrativa, porque, entre nosotros por lo menos, esa competencia no se ejerce por vía de recurso sino de acción.

⁽³⁴⁾ Son conocidas las objeciones que se han hecho al recurso extraordinario, tanto entre nosotros como en Estados Unidos de donde la hemos tomado (Ley de 24 de Septiembre de 1789). En este último país, se alegó su inconstitucionalidad, por considerar que él importaba sobreponer la justicia nacional a la de los Estados particulares, pero la Suprema Corte por el voto del juez Story en el famoso caso *Martín v. Hunter*, dejó sentada su constitucionalidad. En igual sentido y por el voto del juez Marshall, se pronunció dicho tribunal en el caso *Cohens v. Virginia*. Véase *ESPIL, La Suprema Corte Federal*, fs. 44, 1915; *MÉNDEZ CALZADA, en Rev. de la Facultad de Derecho*, t. 8 N° 26 pág. 60.

⁽³⁵⁾ LEY FRANCESA art. 3°, 1790 y CÓD. DE PROC. DE LA PROV., art. 318.

⁽³⁶⁾ H. ALSINA, *ob. cit.* pág. 165.

4055), contrariamente a lo que ocurre por regla general, en que la apelación tiene efecto suspensivo.

VII. El recurso extraordinario, se ha instituido para mantener el imperio de la Constitución, de los tratados y leyes nacionales. Eso es lo que surge del texto expreso del art. 14 de la ley 48; pero los particulares y la jurisprudencia, han visto en él también un medio o garantía legal creado para obtener el reconocimiento de los derechos subjetivos públicos y privados. ⁽³⁷⁾

Aun cuando dicho recurso es una creación de la ley, reconoce su fundamento en la Constitución. Los arts. 5, 28 y 31 lo explican y justifican. En efecto, si las provincias deben ajustar sus leyes a la Constitución (art. 5), si los principios, garantías y derechos reconocidos por la carta fundamental no pueden ser alterados por las leyes reglamentarias (art. 18); y si la Constitución Nacional, las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso y los tratados con las nacionales extranjeras, son ley suprema de la Nación, es lógico que haya un tribunal federal encargado de hacer efectiva esa "supremacía", cuando ha sido desconocida por los tribunales locales.

No quiere ello decir que sólo a la Suprema Corte compete declarar la inconstitucionalidad de las leyes; ya hemos visto que esa potestad la tienen todos los jueces del país, nacionales y provinciales. Lo que autoriza llamar a la Suprema Corte guardián de la Constitución, es que declara la inconstitucionalidad en último término y con carácter definitivo, haciendo posible o asegurando la uniformidad de interpretación.

VIII. Pero aunque sea final y definitiva la declaración de inconstitucionalidad que pueda hacer la Corte, no importa un acto de revisión de la ley; si tal carácter tuviera esa función de control, afectaría sin duda a la separación e independencia de los poderes de gobierno. La declaración judicial en ese caso, como en cualquier otro, no es general o abstracta, sino

(37) BIELSA, *ob. cit.*, pág. 214.

reducida al asunto subjudice. La ley no es nula por ser declarada inconstitucional, sólo es inaplicable en la litis juzgada. El tribunal no se substituye al legislador; su función se limita a juzgar, pero a juzgar de la aplicabilidad de la ley en el pleito que le ha sido sometido.

Esa facultad de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, decretos, ordenanzas, etc., que no difiere sustancialmente de la que corresponde a todos los jueces del país, no reconoce otro límite que el que resulta de la esfera jurídica en que actúan. Ello no quiere decir, sin embargo, que estén fuera de su control las cuestiones de sustancia política, desde que muchos de los derechos y garantías que consagra la Constitución tienen precisamente ese carácter (derecho de asociación, de reunión, de petición, etc.), sino que esas cuestiones sólo pueden ser consideradas en el terreno de lo jurídico. ⁽³⁸⁾ Lo que no pueden los tribunales, ni la Corte Suprema, es juzgar de la consecuencia o interés político del acto objetado, porque todo ello queda al arbitrio del órgano o autoridad pública que ejerce una función determinada. Cada poder público se desempeña como lo considera más conveniente, y ningún otro poder puede juzgar de la bondad de sus actos ni del criterio con que se ha ejercido.

La Suprema Corte ha declarado que el recurso extraordinario de inconstitucionalidad procede siempre, cualquiera sea la naturaleza del juicio, el monto del litigio y la condición de las partes. Luego, la actividad administrativa también se encuentra sometida a su control jurisdiccional, en cuanto esa actividad puede generar cuestiones que afecten los derechos o garantías consagrados por la Constitución. ⁽³⁹⁾ En tales casos no procede como tribunal de lo contencioso-administrativo, sino como tribunal de lo constitucional; no interviene para asegurar el derecho administrativo desconocido o violado, sino para restablecer el derecho o garantía que la Constitución reconoce. ⁽⁴⁰⁾

⁽³⁸⁾ FALLOS, S. C. N., t. 25 pág. 443.

⁽³⁹⁾ FALLOS, S. C. N., t. 76 pág. 351; t. 114 pág. 350; t. 79 pág. 17; t. 107 pág. 363; t. 46 pág. 389; t. 93 pág. 54; t. 29 pág. 178.

⁽⁴⁰⁾ FALLOS, S. C. N., t. 107 pág. 263.

IX. La ley, y a su turno la jurisprudencia, interpretando el espíritu de aquélla, han impuesto algunos requisitos que deben concurrir para que el recurso proceda. Algunos son comunes o generales y otros especiales o exigibles en casos determinados.

Desde luego, el art. 14 de la ley 48, en su parte general dice: "Una vez radicado un juicio ante los Tribunales de Provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y sólo podrá apelarse a la Corte Suprema de las sentencias definitivas pronunciadas por los Tribunales Supremos de Provincia en los casos siguientes", etc.

Resulta así del texto de la ley, que para que proceda el recurso extraordinario, es condición indispensable que exista un *juicio*, que éste haya terminado por *sentencia definitiva* y que esta sentencia provenga de un *Tribunal Superior de Provincia*. ¿Qué se entiende por juicio, por sentencia definitiva y por Tribunal Superior de Provincia a los efectos del recurso extraordinario, es lo que trataremos de explicar a continuación, con auxilio de la doctrina y de la jurisprudencia.

a) La Suprema Corte ha declarado reiteradamente, que el recurso sólo procede en los "casos contenciosos", vale decir, que ha dado a la palabra "juicio" el alcance restringido que le corresponde técnicamente. ⁽⁴¹⁾ No es todo procedimiento judicial el que puede autorizar la vía extraordinaria que nos ocupa, sino toda contienda o conflicto entre partes originado por cuestiones constitucionales. ⁽⁴²⁾ Y es lógico que así sea, porque, como ya lo tenemos dicho, ⁽⁴³⁾ la administración de justicia no debe intervenir, en principio, sino en las cuestiones contenciosas, y con mayor razón la justicia federal que no pueden hacer declaraciones abstractas (ley 27 art. 2).

Pero el concepto de "juicio" o "pleito" o "caso" contencioso, no ha de limitarse a los que tramitan por ante tribunales de justicia propiamente dichos, o sea, los que forman parte del Poder Judicial o de la Administración de Justicia, como quiera

⁽⁴¹⁾ FALLOS, S. C. N., t. 99 pág. 36; t. 24 pág. 248; t. 95 pág. 290; t. 107 pág. 179; t. 110 pág. 391; t. 115 pág. 163.

⁽⁴²⁾ FALLOS, S. C. N., t. 73 pág. 122; t. 110 pág. 391.

⁽⁴³⁾ Capítulo I.

llamárseles. Los conflictos pueden ventilarse según las circunstancias ante funcionarios administrativos, los que por razones especiales, y desde luego de acuerdo con disposiciones expresas de la ley, ofician de verdaderos jueces. En tales casos, como se está en presencia de un verdadero juicio, un caso contencioso, aunque la resolución provenga de una autoridad administrativa, el recurso debe ser procedente, y así lo ha reconocido la Suprema Corte en algunos de los pocos casos presentados. ⁽⁴⁴⁾

No creo, sin embargo, que todo acto administrativo que lesione una garantía constitucional aunque no haya litis o contención, deba autorizar el recurso, como algún autorizado autor lo pretende. El peligro de que por ello la lesión quede sin protección jurisdiccional, es más aparente que real, puesto que el interesado tiene en sus manos el medio de evitarlo. Con cuestionar el acto lesivo y producir el caso contencioso necesario, está salvado el inconveniente.

b) La ley, como se ha visto, sólo acuerda el recurso extraordinario contra las *sentencias definitivas*; y la jurisprudencia ha aclarado el alcance de esta expresión. Así prescindiendo de la calificación que de un punto de vista procesal positivo o legal se haya dado a las resoluciones, la Suprema Corte ha entendido que el carácter de definitivo lo da la irreparabilidad del perjuicio ocasionado por la decisión. No es necesario, pues, que se trate de un pronunciamiento que ponga fin al proceso principal, sino de una resolución que termine la cuestión sublites, tenga o no carácter incidental.

Es porque no se tiene presente esa diferencia, que no se comprende, por ejemplo, que la Corte haya declarado que la sentencia de trance y remate dictada en un juicio ejecutivo no es definitiva ⁽⁴⁵⁾ y que haya considerado que tiene ese carácter la que niega un embargo así sea en una ejecución. ⁽⁴⁶⁾ En efecto, la primera no es definitiva, porque el Cód. de Proc. (art. 500) dispone que cualquiera que sea la sentencia

⁽⁴⁴⁾ FALLOS, S. C. N., t. 107 pág. 263.

⁽⁴⁵⁾ FALLOS, S. C. N., t. 133 pág. 120.

⁽⁴⁶⁾ FALLOS, S. C. N., t. 27 pág. 16; t. 98 pág. 136; t. 112 pág. 5; *Jurisprudencia Argentina*, t. 19 pág. 646.

en el juicio ejecutivo, quedará tanto al actor como al ejecutado, su derecho a salvo para promover el ordinario, es decir, deja un medio de reparar el perjuicio; y la segunda, en cambio, es definitiva, porque lo que en ella se dispone no es susceptible de repararse por ningún otro medio, desde que no puede deducir nueva acción para renovar la cuestión. ⁽⁴⁷⁾

De manera que, de acuerdo con ese criterio, ni la naturaleza del juicio ni la de la cuestión sublitis, determinan el carácter de definitiva de la resolución a los efectos del recurso. Puede ser definitiva la decisión dictada en un juicio sumario, siempre que terminada su tramitación no sea posible seguir otra vía, ⁽⁴⁸⁾ como puede tenerla la recaída en una cuestión incidental que nada tenga que hacer con el fondo del asunto principal. ⁽⁴⁹⁾

c) El tribunal superior de que habla el art. 14 de la ley 48, no es el más alto tribunal jerárquicamente considerado, sino el que resuelve en último término según las leyes de la Provincia. Un Juez de Paz puede tener ese carácter si de su decisión no se acuerda recurso de apelación, ⁽⁵⁰⁾ como puede tenerla el Juez de 1ª Instancia, ⁽⁵¹⁾ las Cámaras de Apelaciones y aún el Funcionario Administrativo que oficie de juez conforme a lo dispuesto por la ley; todo depende que de su resolución no se conceda recurso para ante otro tribunal.

La circunstancia apuntada hace necesario, pues, para que

⁽⁴⁷⁾ Sin embargo, en un caso reciente, la SUPREMA CORTE ha establecido un distingo para admitir el recurso en un juicio de apremio, aún respecto de la sentencia de trance y remate. En ese fallo ha dicho el tribunal que, si bien en los juicios de apremio queda al ejecutado expedita la vía ordinaria de repetición, por lo que en principio el pronunciamiento del apremio no es sentencia definitiva, debe tenerse muy en cuenta que si se llega a la venta de los bienes embargados, su dueño quedaría en franco desamparo mientras inicia la acción ordinaria y en la imposibilidad de su recobro, pues sólo tendría derecho al precio. Ese agravio es irreparable y así lo declara (causa seguida por la Prov. de San Juan, ct. Pablo Polesman por cobro de patentes, publicado por La Nación en 19 de Noviembre de 1939).

⁽⁴⁸⁾ FALLOS, S. C. N., t. 100 pág. 70; t. 156 pág. 396.

⁽⁴⁹⁾ FALLOS, S. C. N., t. 100 pág. 157; *Gaceta del Foro*, t. 33 pág. 321.

⁽⁵⁰⁾ JURISPRUDENCIA ARGENTINA.

⁽⁵¹⁾ Como cuando, según el C. de Proc. Civ. de la Cap., dicta sentencia de desalojo no siendo en el caso del art. 590.

se pueda ocurrir a la Suprema Corte por la vía extraordinaria, que se hayan deducido todos los recursos autorizados por las leyes locales.

X. Ahora bien, ¿basta que la decisión *definitiva* de tribunal *superior* de provincia dictada en un *juicio* (contradictorio) sea recurrida por inconstitucionalidad para que el recurso proceda?

Dicha pregunta puede ser contestada en sentido negativo, porque además de las circunstancias apuntadas, deben tenerse en cuenta otras que surgen: unas de la ley y otras de lo que la jurisprudencia ha consagrado. Esas circunstancias hacen: a la oportunidad en que el caso federal ha surgido y a la naturaleza de la cuestión materia del recurso.

a) De los términos del art. 14 de la ley 48, se infiere que para que proceda el recurso, es necesario que se haya cuestionado en el pleito la constitucionalidad de la ley, decreto, ordenanza, etc. De ahí entonces, que, cuando las partes no han puesto en tela de juicio la constitucionalidad del texto legal, el recurso no procede. Pero ¿cuándo debe plantearse la cuestión: desde el comienzo del pleito, esto es, al trabarse la litis con la demanda y contestación o en cualquier estado del juicio?

Como la ley no lo dice, la jurisprudencia ha establecido que basta que la cuestión se haya debatido antes de la promoción del recurso, o mejor dicho, antes de dictarse la sentencia de que se recurre. ⁽⁵²⁾ Puede así plantearse en los alegatos de bien probado, o al expresar agravios ⁽⁵³⁾ si la ley de procedimiento lo permite, porque en tales casos existe la posibilidad de que el juez la considere y los resuelva. ⁽⁵⁴⁾ Otra cosa sucede cuando el caso federal se plantea al promover el recurso o al presentar el memorial, porque en tales

⁽⁵²⁾ GACETA DEL FORO, t. 43 pág. 77.

⁽⁵³⁾ FALLOS, S. C. N., t. 111 pág. 87.

⁽⁵⁴⁾ Sin embargo, la jurisprudencia de la S. C. no es uniforme en cuanto a que la cuestión de inconstitucionalidad debe plantearse durante la sustanciación del pleito y aun después de trabada la litis. Así resulta del fallo que se registra en el t. 147 pág. 37.

casos los tribunales no han estado habilitados para pronunciarse dentro del procedimiento. ⁽⁵⁵⁾

Pero puede ocurrir que la sentencia final omita pronunciarse sobre la cuestión federal planteada. En ese caso, la Suprema Corte ha resuelto que el recurso es procedente a menos que la omisión provenga, y así lo consigne la sentencia, de que la ley respectiva de procedimiento le impide tomar en cuenta la cuestión aludida en razón de la oportunidad en que ha planteado. ⁽⁵⁶⁾ De la misma manera, es procedente el recurso cuando no obstante haber sido planteado el caso federal por una de las partes, la parte contraria no se ha expedido al respecto, porque para que la contienda exista no es necesario el debate o la contestación, sino la posibilidad legal de que ésta se produzca.

Pero también puede presentarse la situación contraria, esto es, que, sin haberse cuestionado la validez de una ley, la sentencia del tribunal superior de provincia se funde en una ley inconstitucional. En tal situación ¿procede el recurso? De acuerdo con el art. 14 de la ley 48, no, puesto que faltaría el requisito aludido del planteamiento previo de la cuestión. Sin embargo, la Suprema Corte, en un caso se pronunció por la procedencia del recurso (t. 102 pág. 356), sin que con posterioridad haya insistido en igual sentido. ⁽⁵⁷⁾

b) Otro requisito indispensable para que proceda el recurso extraordinario, es el de que la cuestión materia del mismo, sea de puro derecho, es decir, que afecte el derecho, privilegio o garantía fundada en la Constitución. Las cues-

⁽⁵⁵⁾ FALLOS, S. C. N., t. 60 pág. 244; t. 75 pág. 404; t. 78 pág. 446; t. 94 pág. 95; t. 80 pág. 258; t. 95 pág. 43; t. 104 pág. 146; t. 108 pág. 167.

⁽⁵⁶⁾ FALLOS, S. C. N., t. 95 pág. 43; t. 113 pág. 429, *Jurisprudencia Argentina*, t. I pág. 147.

⁽⁵⁷⁾ La doctrina sostenida en ese fallo, que, ha sido discutida por unos, GARCÍA MEROU, *El recurso extraordinario ante la C. S. de Just. de la Nación*, pág. 148, 1915; y aceptada por otros, BIELSA, *ob. cit.*, pág. 240, merecería que la jurisprudencia la mantuviera, porque sin duda satisface el sentimiento público y se conforma con el espíritu de la ley que ha querido evitar la aplicación de las leyes inconstitucionales; pero el texto de la ley por una parte, que, como se ha visto, exige el planteamiento de la cuestión para que la constitucionalidad sea declarada, y por otra la necesidad de las leyes se supongan válidas, y se apliquen mientras no sean discutidas, ha hecho imperar el principio contrario.

tiones de hecho son extrañas al recurso, porque la Suprema Corte, como ya lo hemos dicho, no interviene en estos casos para anular o impedir un pronunciamiento injusto, sino para asegurar el imperio de la Constitución y leyes nacionales.

Pero la circunstancia de que el recurso extraordinario sólo sea procedente respecto de cuestiones de derecho, no quiere decir que cualquier cuestión jurídica autorice la apelación por esa vía a la Suprema Corte; es entendido que esas cuestiones deben referirse a las determinadas en el art. 1 de la ley 48.

Los casos están, pues, determinados taxativamente en la ley, habiendo la jurisprudencia establecido que deben interpretarse con criterio restringido. Y ello naturalmente, ha dado lugar a que, en más de una ocasión, se haya echado de menos un texto más liberal, porque la ley vigente parece preocuparse más de garantizar el orden de aplicación de las leyes que el de asegurar su constitucionalidad.

En efecto; en la hipótesis del inc. 1º, sólo se concede el recurso cuando la decisión es contraria a la validez del tratado, ley o autoridad nacional, y no cuando es a favor, aunque sea inconstitucional por otro concepto; y en la hipótesis del inc. 2º, sólo se autoriza la apelación si la sentencia recurrida es a favor de la validez de la ley provincial, aunque la nacional contrarie la Constitución. Sin embargo, en ambos casos, la validez de la ley nacional o provincial ha sido cuestionada del punto de vista constitucional, y ha debido interesar en primer término esa cuestión y no la de si debe o no prevalecer el tratado, ley o autoridad nacional sobre la provincial. ⁽⁵⁸⁾

Está sobreentendido que la limitación impuesta por la ley y la jurisprudencia a la materia del recurso, en cuanto,

(58) Si en un caso particular se cuestionase, por ejemplo, la validez de un texto del Código Civil y se pretendiese la aplicación de una ley de carácter administrativo, contradictorio de aquél, no debiera impedirse el recurso cuando la decisión ha sido en favor de la validez del Cód. Civil, porque lo que éste dispone puede ser inconstitucional si legisla sobre materia que no le es propia.

De otra manera, sería ilusorio el poder conferido a las Provincias de legislar sobre asuntos administrativos, a menos que se piense que por el hecho de haber reconocido los tribunales locales la prevalencia de la ley nacional, se ha asegurado el imperio de la constitución.

como se ha visto, sólo procede en cuestiones de derecho, no basta para que la Suprema Corte estudie y considere los hechos cuando estos son determinantes o generadores del derecho, o mejor dicho, cuando de su apreciación depende la situación jurídica que se desea aclarar o mantener. Así por ejemplo, si se alega la inconstitucionalidad de un impuesto por ser confiscatorio, el tribunal no podrá rever el fallo recurrido en lo que se refiere al valor establecido por la sentencia recurrida luego de apreciar los elementos que al respecto se han acumulado en el proceso; pero podrá examinar los hechos para establecer si hay o no confiscación, porque ello es indispensable para el juzgamiento. Lo que es ajeno al recurso es el hecho mismo que se ha tenido por probado; no su calificación ni su influencia en el derecho. ⁽⁵⁹⁾



⁽⁵⁹⁾ En un caso reciente, la S. CORTE desestimó un recurso interpuesto contra una sentencia de la CÁM. DEL CRÍMEN DE LA CAPITAL, que fijó en \$ 200.000 la suma que debía afianzarse para obtener la excarcelación de los procesados. Los defensores reputaron excesiva la suma y contraria a los arts. 16 y 18 de la Constitución. El tribunal declaró: que el fallo recurrido al determinar la cantidad de la fianza lo había sido aplicando disposiciones de la ley común. CÓD. DE PROC. EN LO CRIMINAL, art. 378, que no habían sido tachadas de inconstitucionales y además apreciando las circunstancias particulares del caso, siendo inveterada la jurisprudencia de que el recurso no procede cuando se funda en razones de hecho, causa seguida contra María Angelina G. de Guippeville de Beaurepaire, publicado en La Nación de 19 de noviembre de 1939.

CONTENIDO

	Pág.
ADVERTENCIA	7

CAPITULO I

TEORÍA DE LA JURISDICCIÓN: I. Posibilidad y necesidad de la administración de justicia. — II. Determinación del concepto de jurisdicción. — III. Elementos que integran el concepto. — IV. Caracteres diferenciales de la jurisdicción. — V. Distinción entre actos jurisdiccionales, y actos judiciales. — VI. La jurisdicción es una función pública. — VII. Contenido de la jurisdicción. — VIII. Extensión y límites de la jurisdicción. — IX. Clasificación. — X. Competencia	9 a 44

CAPITULO II

ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL CONCEPTO: I. El derecho romano cuna de la <i>iurisdictio</i> ; tiempos arcaicos. — II. La <i>iurisdictio</i> en el proceso <i>per legis actionem</i> . — III. La <i>iurisdictio</i> en el proceso formulario. — IV. <i>Imperium</i> y <i>iurisdictio</i> . — V. La <i>iurisdictio</i> en el proceso extra ordinem; la <i>cognitio</i> . — VI. Evolución del concepto en el derecho canónico. Formación dogmática del concepto.	45 a 56

CAPITULO III

DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA: Introducción: Necesidad de precisar el concepto de la llamada jurisdicción voluntaria. — II. Idea del instituto, razón de su existencia. — III. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria; criterios de distinción, su examen. — IV. Elementos que la caracterizan. — V. Materia que comprende la jurisdicción voluntaria	57 a 70

CAPITULO IV

DEL ORGANO DE LA JURISDICCIÓN: I. Organo de la jurisdicción, su proceso de formación. — II. Carácter de autoridad pública. — III. Independencia funcional de la administración de justicia. — IV. ¿Es un poder público?. — V. Posición del poder judicial frente a los otros poderes. — Conflictos de poderes. — Cuestiones políticas. — VI. Contralor judicial de la constituciona-	

	<u>Pág.</u>
lidad de las leyes. — VII. Procedimiento en la Nación y en la provincia de Buenos Aires	71 a 93

CAPITULO V

DE LA PRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL: I. Regla CÁMARAS LEGISLATIVAS: I. El poder legislativo y el ejercicio de la función jurisdiccional. — II. Violación de los fueros parlamentarios; a) La máxima: <i>Quando les aliquid concedit, concedere videtur, et illud sine que res ipsa esse non potest</i> ”, su alcance; b) Casos jurisprudenciales de la nación y extranjeros; c) Verdadera doctrina; d) Principios constitucionales sobre la materia; la ley penal. — III. La jurisdicción política de los cuerpos legislativos, su crítica		95 a 118

CAPITULO VI

DEL ORGANO DE LA JURISDICCIÓN (continuación): LA JURISDICCIÓN Y LA ADMINISTRACIÓN: I. La administración pública y la función jurisdiccional. — II. La protección jurisdiccional del individuo frente a la administración; sus antecedentes mediatos. — III. Criterio con que se ha ejercido el contralor de los actos administrativos. — IV. Organo a quien compete el ejercicio de la jurisdicción contencioso administrativa. — V. Tribunales administrativos, examen y crítica de los argumentos que se aducen en su apoyo. — VI. Organización jurisdiccional - derecho comparado. — VII. Tribunales especiales dentro o fuera del orden judicial		119 a 140

CAPITULO VII

DEL ORGANO DE LA JURISDICCIÓN (continuación): LA JURISDICCIÓN Y LOS TRIBUNALES MILITARES: I. La justicia militar, problemas que plantea. — II. No forma parte del Poder Judicial de la Nación. — III. Los tribunales militares no ejercen jurisdicción; su función es administrativa por ser de carácter disciplinario. — IV. La competencia de los tribunales militares se determina por razón de la materia y no de las personas		141 a 148

CAPITULO VIII

DEL ORGANO DE LA JURISDICCIÓN (continuación): LA JURISDICCIÓN Y LOS ÁRBITROS: I. ¿Los árbitros ejercen jurisdicción? — II. Examen		

de las disposiciones legales. — III. Naturaleza de la función arbitral según la doctrina (opiniones de Chiovenda, Fedozzi, Rocco, Galante, Codovilla, Mortara, Carnelutti, su examen crítico). — IV. Naturaleza jurídica del laudo arbitral 149 a 161

CAPITULO IX

UNIDAD DE LA JURISDICCIÓN: I. Idea del instituto. — II. Origen común de los poderes jurisdiccionales. — III. Unidad jurisdiccional en la legislación procesal. — IV. Relaciones interjurisdiccionales. — V. Distintos sistemas, su examen y crítica. — VI. La cuestión en nuestra legislación de fondo y de forma. — VII. Conocimiento de las cuestiones jurídicas no penales ligadas al hecho punible. — VIII. Influencia de la sentencia civil sobre el juicio criminal. — IX. Influencia de la sentencia penal sobre la civil: a) sentencia condenatoria; b) sentencia absolutoria; c) sobreseimiento definitivo; d) sobreseimiento provisional .. 163 a 186

CAPITULO X

PODERES CONTENIDOS EN LA JURISDICCIÓN: I. Poder de decisión; la sentencia. — II. Elementos de la sentencia. — III. Su obligatoriedad y diferencia con la cosa juzgada. — IV. Ejecutividad de la sentencia. — V. Poder de ejecución y procedimiento ejecutivo. — VI. Imperium. — VII. La coercitio 187 a 198

CAPITULO XI

DE LOS FINES DE LA JURISDICCIÓN: I. Fines de la jurisdicción; a) concepción objetiva; b) concepción subjetiva; c) concepción derivada del interés propio del Estado; d) la realización del derecho es el "fin" de la jurisdicción. — II. La realización del derecho se lleva a cabo por medio de la aplicación del mismo. — III. La interpretación judicial no es creadora del derecho. — IV. El problema de las lagunas legales. — V. Los fines de la jurisdicción y del proceso 199 a 214

CAPITULO XII

DE LA COMPETENCIA EN GENERAL: I. Concepto de la competencia. — II. Criterio con que es regulada por las legislaciones modernas. — III. Delimitación y clasificación de la competencia en doctrina. — IV. Distribución de la competencia según la

legislación nacional. — V. La competencia funcional o por grados: a) no supone necesariamente la jerarquización de los jueces; b) no importa sometimiento de unos jueces a otros. — VI. La competencia por valor. — VII. La competencia territorial. — VIII. Carácter de las reglas de competencia; no son absolutas; su prorrogabilidad o improrrogabilidad depende de lo que establezca la ley. — IX. Competencia excluyente y no excluyente. — X. Contenido de la competencia. — XI. La competencia no es delegable. — XII. Oportunidad en que el juez puede pronunciarse sobre la competencia; cuando puede hacerlo de oficio y cuando a requerimiento de parte. — XIII. Medios de asegurar la competencia; cuestiones de competencia, tribunales que la resuelven. — XIV. Efectos de la declaración de incompetencia	215 a 242

CAPITULO XIII

DE LA PRORROGABILIDAD DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL: I. Regla general contenida en la ley, su alcance. — II. Principios que rigen la materia; fórmulas que ha suministrado la doctrina para fundar la improrrogabilidad. — III. Criterio que debe primar. — IV. Qué debe entenderse por prórroga de la competencia. — V. Cuestiones prácticas que plantea el asunto. — VI. Sistema legal y jurisprudencial; prórroga expresa y tácita. — VII. Juicios en que no procede la prórroga. — VIII. La competencia federal es improrrogable; excepciones ...	243 a 257

CAPITULO XIV

COMPETENCIA TERRITORIAL: I. Competencia territorial, criterio de distribución. — II. <i>Acciones Personales</i> , reglas que gobiernan su competencia: A) Lugar convenido para el cumplimiento de la obligación; fundamento de la regla: a) Designación expresa o implícita; b) Excepciones, jurisprudencia. — B) Domicilio del demandado; fundamento de la regla: <i>actor sequitur forum rei</i> ; a) Sociedades, <i>litis consorcio</i> , acciones emergentes de delitos y cuasi delitos; b) Excepciones a la regla; c) Domicilio legal; d) Acciones referentes a la familia o a las personas: nulidad de matrimonio y divorcio, disenso, discernimiento de la tutela, autorización para actuar en juicio, autorización para contraer deudas, separación de bienes, declaración del día presuntivo de fallecimiento del ausente, etc. — C) Acciones personales que versan sobre inmuebles. — III. <i>Acciones reales</i> ; fundamento de la

regla; *Forum rei sitae*; acción hipotecaria. — IV. *Questiones conexas*; el principio: *accessorium sequitur principale*; la conexidad como regla, su fundamento; casos de conexidad considerados por la jurisprudencia. — V. *Fuero de atracción*; juicios universales de sucesión, concurso civil y quiebra comercial; extensión de su universalidad, jurisprudencia 259 a 279

CAPITULO XV

DE LA COMPETENCIA POR VALOR: I. La competencia por valor de los litigios; criterio con que es generalmente organizada. — II. Régimen legal de la Capital Federal establecida por la ley 11924 y excepciones que la misma reconoce. — III. Problemas que plantea el inc. 1º del art. 11; qué debe entenderse por “valor cuestionado”. — IV. Criterios para determinar el valor de la cosa reclamada; principio general y reglas particulares. — V. Competencia *ratione quantitatis* en caso de acumulación de acciones. — VI. Id. en caso de litis consorcio. — VII. Id. en caso de acumulación de autos. — VIII. Demanda reconvencionales. — IX. Influencia de la modificación del monto de la demanda sobre la competencia del juez que conocía originariamente. — X. El fuero federal y la competencia por valor 281 a 300

CAPITULO XVI

DE LA COMPETENCIA POR RAZÓN DE LA MATERIA — COMPETENCIA COMERCIAL: I. La competencia comercial y su escasa importancia en el país. — II. Carácter con que ha sido organizada en la Capital Federal. — III. Reglas que la rigen: a) es la naturaleza del acto lo que determina la competencia; no siempre se tiene en cuenta la calidad de comerciante de las partes; b) cuestiones accesorias, incidentales o derivadas del acto principal; c) necesidad de demostrar la comerciabilidad del acto. — IV. La competencia por materia no permite la acumulación de acciones de distinta naturaleza; a) acumulación objetiva; b) acumulación subjetiva; c) acumulación de autos; d) reconvencción 301 a 318

CAPITULO XVII

COMPETENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA: I. Control jurisdiccional de la Administración Pública. — II. Régimen legal, competencia federal. — III. Contencioso de plena jurisdicción y de

anulación. — IV. Competencia apelada exclusiva y concurrente de los órganos jurisdiccionales y administrativos. — V. Recursos contra las resoluciones municipales. — VI. El recurso jerárquico, su carácter no jurisdiccional y su régimen legal. — VII. La llamada jurisdicción disciplinaria	319 a 336

CAPITULO XVIII

DE LA COMPETENCIA FEDERAL: I. La justicia federal, razón de su existencia. — II. Improcedencia de la pluralidad de fueros en la Capital Federal. — III. Directivas de la Constitución en punto a organización de la justicia federal; leyes reglamentarias que distribuyen la competencia funcional o sea por razón del grado de conocimiento de la Suprema Corte, Cámaras Federales y jueces de sección. — IV. Competencia federal por razón del monto del pleito. — V. Competencia de los jueces de sección por razón de la materia, de las personas y del lugar; examen de las disposiciones legales y de la jurisprudencia	337 a 372

CAPITULO XIX

DE LA COMPETENCIA FEDERAL (continuación): I. Competencia de la Corte Suprema de la Nación. — II. Competencia <i>originaria</i> de la Corte Suprema; Art. 101 de la Constitución Nacional y su interpretación por las leyes reglamentarias. — III. La ley nacional número 48: a) de las causas que versan entre dos o más Provincias y las civiles que versen entre una Provincia y algún vecino de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; b) de las causas que versen entre una Provincia y un Estado extranjero; c) de las causas concernientes a Embajadores y otros Ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación, a los individuos de la familia, o sirvientes domésticos, del modo que una Corte de Justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; d) de las causas que versen los privilegios o exenciones de los cónsules y vicecónsules extranjeros en su carácter público. — IV. Competencia <i>apelada</i> ; apelación ordinaria. — V. Apelación extraordinaria; recurso concedido por el art. 14 de la ley 48. — VI. Características del recurso extraordinario. — VII. Su fundamento y objeto. — VIII. Alcance del pronunciamiento de la Corte Suprema. — IX. Requisitos para que proceda el recurso; a) <i>cuestión contenciosa</i> ; b) <i>sentencia definitiva</i> ; c) <i>tribunal superior de justicia</i> . — X. Otros requisitos	373 a 394

INDICE DE LOS AUTORES Y OBRAS CITADAS

- ACEVEDO P. *Curso de derecho comercial*. Buenos Aires 1915, cit. en la pág. 302.
- AGUILERA PAZ E. *Cuestiones prejudiciales*, Madrid 1917, cit. en la pág. 174.
- ALSINA H. *Derecho Federal*, Buenos Aires, cit. en las págs. 353, 369, 375, 385.
- ALLARIO. *La cosa giudicata rispetto ai terzi*, Milano 1935, cit. en la pág. 192.
- ASCOLI M. *La interpretazione delle leggi*, Roma 1928, cit. en la pág. 204.
- AUBRY ET RAU. *Cours de Code Napoléon*, Paris 1865, cit. en la pág. 178.
- AVALLE M. *La acción civil*, en *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, cit. en la pág. 170.
- BACH L. *Le droit et les institutions de la Russie soviétique*, Paris 1923, cit. en la pág. 11.
- BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige gerichtsbarkheit, en zeitschrift der akademie fur deutsches recht*, 1938, cit. en la pág. 30.
- BELLAVITIS M. *Diritto Proc. Civile*, 1935, cit. en las págs. 54, 215.
- BELLOT. *Espos. de motifs de la loi sur la Proc. Civ. pour le canton de Genève*, cit. en la pág. 10.
- BETTI E. *Diritto romano*, cit. en la pág. 51.
- *La creazione del diritto nella "Iurisdictio" del pretore romano*, en *Studi in onore di G. Chiovenda*, cit. en la pág. 52.
- BIELSA R. *Derecho Administrativo*, 1921, cit. en las págs. 321, 324.
- *Relación del Código civil con el Derecho Administrativo*, cit. en la pág. 221.
- *La protección constitucional y el recurso de inconstitucionalidad*, 1936, cit. en las págs. 324, 384.
- *El recurso jerárquico*, 1939, cit. en las págs. 332, 333.
- BONNIER E. *Tratado de las pruebas*, Edición española, Madrid 1913, cit. en la pág. 188.
- CALAMANDREI P. *Limiti fra giurisdizione e amministrazione*, en *Studi sul Proc. Civ.*, cit. en la pág. 25.
- CALDA. *I concetti di giurisdizione e di azione*, Bologna 1910, cit. en la pág. 62.
- CARAVANTES J. DE V. *Tratado de los proc. jud. en materia civil*, Madrid 1856, cit. en la pág. 318.
- CARNELUTTI F. *Lezioni di diritto proc. civile*, 1931, cit. en las págs. 29, 150, 187, 190.
- *Sistema del diritto proc. civile*, 1939, cit. en las págs. 203, 216, 218.
- *Studi sul Proc. Civile*, cit. en la pág. 64.
- CARRÉ DE MALBERG. *Contribution a la théorie général de l'état*, Paris 1920-22, cit. en la pág. 17.
- CASTRO M. *Curso de proc. civ.*, cit. en la pág. 150.
- CODOVILLA E. *Del compromesso e del giudizio arbitrale*, 1915, cit. en la pág. 150.
- CORSINI V. *La Giurisdizione*, Milano, 1936, cit. en la pág. 31.
- CORTESIA DI SEREGO. *Il Processo senza Lite*, 1930, cit. en las págs. 59 y 63.
- COSSIO. *El sustrato filosófico de los métodos interpretativos*, en *Jurisprudencia Argentina*, cit. en la pág. 204.
- COUMUL J. *Traité du pouvoir judiciaire*, Paris 1911, cit. en la pág. 72.
- COUTURE E. J. *Curso sobre el Código de Organización de los Tribunales*, Montevideo 1936, cit. en las págs. 25, 63.
- CRANWELL R. E. *Las Legis actiones*, Buenos Aires 1909, cit. en la pág. 49.

- CRISTOFOLINI G. *Studi di Diritto Proc. in onore de G. CHIOVENDA*, cit. en la pág. 63.
- CUCHE P. *Précis de Proc. Civ.*, 1935, cit. en la pág. 150.
- CHIOVENDA J. *Principi di diritto proc. civile*, 1913, cit. en las págs. 150, 155, 187, 190, 192, 216, 218, 229.
- *Instituzioni di diritto proc. civile*, 1935, cit. en la pág. 193.
- *L'azione*, 1904, cit. en la pág. 21.
- *Nuovi saggi di diritto proc. civile*, 1912, cit. en la pág. 190.
- DE DIEGO C. *El art. 6 del Código Civil Español*, en *Rev. de Derecho Privado*, Año 1 N° 1, cit. en la pág. 13.
- DE MARTINO F. *La Giurisdizione nel diritto romano*, 1937, cit. en las págs. 46 y 50.
- DE VEDIA A. *Soberanía y justicia*, Buenos Aires, 1903, cit. en la pág. 38.
- DEL VALLES A. *Valore ed efficacia della giurisdizione eccles per il diritto italiano*, 1925, cit. en la pág. 55.
- DIEZ M. *Régimen jurídico de las comunicaciones*, Buenos Aires 1937, cit. en la pág. 370.
- DUCROQ T. *Droit Administratif*, 1879, cit. en la pág. 77.
- DUGUIT L. *Traité de droit constitutionnel*, París 1927-28, cit. en las págs. 18, 28, 150.
- *Las transformaciones del derecho público*, edic. española, Madrid, cit. en la pág. 18.
- *Las transformaciones del derecho privado*, edic. española, cit. en la pág. 35.
- *Manual de derecho constitucional*, edic. española, cit. en las págs. 38, 79.
- FEDOZZI. *L'arbitrato nel diritto proc. civ. internaz.*, cit. en las págs. 150, 154.
- FERRI E. *Derecho y proc. penal*, edic. española, Madrid 1887, cit. en la pág. 164.
- FORNIELLES S. *Estudios sobre derecho de sucesiones*, cit. en la pág. 269.
- FOURNIER. *Introduction au Code de Proc. Criminel de l'état de New York*, París 1893, cit. en la pág. 178.
- FRAMARINO N. *Lógica de las pruebas*, edic. española, cit. en la pág. 178.
- GAGLIO A. *Sui limite differenziali tra giurisdizione contenc. e volunt.*, en *Rivista di Diritto*, public. año XII, cit. en la pág. 60.
- GALANTE V. *Lezione de Diritto Proc. Civile*, 1909, cit. en las págs. 25 y 150.
- GALLI A. *Il Concetto di Giurisdizione*, cit. en la pág. 63.
- GALLI E. V. *Culpa civil y culpa penal*, La Plata 1937, cit. en la pág. 186.
- *Jurisdicción Nacional en las Provincias*, cit. en la pág. 369.
- GARCÍA MEROU E. *El recurso Extraordinario ante la C. S. de Justicia*, cit. en la pág. 392.
- GARSONNET ET CESAR BRU. *Traité de Procédure*, 1912, cit. en las págs. 75, 77, 150, 215.
- GERBER. *Grundzuege des deutschen zivil prozessrechtes*, cit. en la pág. 21.
- GINER. *Estudio jurídico y político*, cit. en la pág. 80.
- GLASSON ET TISSIER. *Précis de Proc. Civ.*, 1855, cit. en las págs. 150, 284.
- GLUCK. *Ausfuhrerklaerung der pandekten*, cit. en la pág. 60.
- GOLDSCHMIDT J. *Derecho Procesal Civil*, edic. española 1936, cit. en la pág. 232.
- GONZÁLEZ CALDERÓN J. A. *La Función Judicial*, Buenos Aires 1911, cit. en la pág. 83.

- HANS. *Principios generales de derecho penal belga*, edición española, cit. en la pág. 174.
- HAURIUO. *Les éléments du contentieux*, París 1905, cit. en la pág. 28.
- *Précis de droit administratif*, 1919, cit. en las págs. 37, 75.
- INVREA F. *La servitù del Giudicato en Riv. di diritto proc. civ.*, 1930, cit. en la pág. 23.
- JANNAcone C. *La Giurisdizione e la Compet. Contenc. Canonica*, 1937, cit. en la pág. 55.
- JAPIOT. *Traité élémentaire de proc. civ.*, cit. en la pág. 150.
- JARA J. en *Revista Crítica de Jurisprudencia*, cit. en la pág. 237.
- JELLINEK. *System der oeffentlichen Rechte, Allgemeine Staatslehre*, 1914, cit. en la pág. 21.
- JÉZE G. *Les principes généraux du droit administratif*, 1925, cit. en las págs. 18 y 150.
- JOFRÉ T. *Manual de Proc. Civil*. Buenos Aires, 1923, cit. en las págs. 160, 161, 220, 237, 269, 270, 301.
- KELSER. *La teoría fuera del derecho*, edic. española, Madrid 1933, cit. en la pág. 204.
- KISCH W. *Elementos de Derecho Proc. Civil*, edic. española 1932, cit. en la pág. 232.
- LAFARGUE P. *Idea de la Justicia y del Bien*, Barcelona, cit. en la pág. 9.
- LAMBERT E. *Le gouvernement des juges*, París 1921, cit. en la pág. 81.
- LAURENT F. *Principes de droit civil*, 1875, cit. en la pág. 178.
- LAURIA. *Iurisdicchio en Est. Bonfante*, cit. en las págs. 47 y 51.
- LIEBMAN E. T. *Eficacia ed autorità Della sentenza*, Milano 1935, cit. en la pág. 191.
- LUCHAIRE. *Histoire des inst. monarch.*, cit. en la pág. 35.
- LYON CAEN ET RENAULT. *Manuel de droit commercial*, París 1910, cit. en la pág. 302.
- MACHADO O. *Comentario del Código Civil Argentino*, 1898, cit. en la pág. 170.
- MALAGARRIGA C. *Código de Comercio comentado*, 1934, cit. en la pág. 302.
- MANFREDINI. *Corso di diritto giudiziario civile*, Bologna 1895, cit. en la pág. 21.
- MARTÍN Y HERRERA L. *Concepto de jurisdicción y competencia en Revista Jurídica y de Ciencias Sociales*, Buenos Aires, 1921, cit. en las págs. 43 y 44.
- MARTÍNEZ MARINA. *Ensayo sobre la legislación y principales cuerpos legales*, 1845, cit. en la pág. 74.
- MATIENZO J. N. *Dictámenes*, cit. en la pág. 251.
- MATTIROLLO. *Trattato di Diritto Giudiziario Civile*, 1902-1906, cit. en la pág. 60.
- MAYER OTTO. *Le droit administratif allemand*, edic. francesa, 1903, cit. en la pág. 41.
- MENESTRINA. *La Pregiudiziale nel proc. civ.*, 1904, cit. en las págs. 187, 189.
- MOMMSEN. *Derecho Penal Romano*, edic. española, cit. en la pág. 73.
- MORET C. *Control jurisdiccional de los actos administrativos*, 1934, cit. en la pág. 321.
- MORTARA L. *Commentario del codice e delle leggi di proc. civile*, 4ª edición, cit. en las págs. 21, 150, 192, 200, 201, 216, 217, 218, 247, 297.
- NAMUR. *Le Code de Comm. Belge revise*, 1888, cit. en la pág. 303.
- OBARRIO M. *El Código de Comercio Argentino concordado y comentado*, 1877, cit. en la pág. 302.
- ORGAZ A. *El sobreseimiento y la acción civil*, folleto 1940, cit. en la pág. 185.

- ORLANDO V. E. *Primo trattato completo di diritto amm.*, 1923, cit. en la pág. 21.
- PAZ J. H. *Proc. Penal Argentino*, cit. en la pág. 170.
- PESCATORE. *Esposizione compendiosa delle proc. civ.*, Torino 1865, cit. en la pág. 168.
- PODETTI. *Cód. de Proc. en materia civ. y com. de la provincia de Mendoza*, cit. en la pág. 150.
- PONCET. *Traité des Jugements*, cit. en la pág. 60.
- POSADAS A. *Tratado de Derecho Político*, Madrid 1915, cit. en la pág. 80.
- RANELLETTI. *Principi di Diritto Amministrativo*, Napole 1912, cit. en la pág. 62.
- RASELLI. *Giurisdizione y amministrazione*, cit. en la pág. 21.
- RATZ. *Die Verhandlungsmaxime en Archiv. fuer. Zivil proz.*, cit. en la pág. 30.
- REDENTI. *Proc. Civile*, 1909-1910, cit. en la pág. 23.
- RESTA. *Revoca degli atti amministrativi*, Milano 1935, cit. en la pág. 191.
- RICCI. *Tratado de las pruebas*, edic. española, cit. en la pág. 178.
- RISSO DOMINGUEZ. *La Justicia Militar*, cit. en la pág. 143.
- ROCCO ALFREDO. *La Sentencia Civil*, edic. española, Madrid, cit. en las págs. 14, 150, 187, 200.
- ROCCO UGO. *Derecho Procesal Civil*, edic. cast., Méjico 1939, cit. en las págs. 24, 201.
- *La autorità della cosa giudicata*, 1917, cit. en la pág. 25.
- RODRÍGUEZ A. *Coment. del Cód. de Proc. Civil de la Capital*, cit. en la pág. 269.
- ROGER LUREAU. *De l'interprétation des actes administratifs et de l'appréciation de leur légalité par les tribunaux judic.*, Bordeaux 1930, cit. en la pág. 18.
- ROSSI L. *La funzione del giudice*, 1924, cit. en la pág. 23.
- ROTHERMBERGER. *Die Stellung des Richters im Fuehrerstaat, en Deutsches Recht*, 1939, cit. en la pág. 30.
- RUBIANES V. *Deslinde de la jurisdicción Nacional y Provincial en materia de ferrocarriles*, 1908, cit. en la pág. 370.
- SALVAT R. *Deslinde de las jurisdicciones en materia de ferrocarriles*, 1908, cit. en la pág. 370.
- SAREDO. *Del Proc. in camera*, cit. en la pág. 60.
- SARRIA F. *Teoría del recurso contencioso-administrativo*, 1936, cit. en la pág. 324.
- SATTA S. *Dalla conciliazione alla giurisdizione en Riv. di Diritto Proc. Civile*, Nº 3, anno XVI, cit. en la pág. 23.
- SAVIGNY. *Tratado de derecho romano*, edic. española 1879, cit. en la pág. 188.
- SCIALOGA. *Giustizia Amministrativa*, 1901, cit. en la pág. 22.
- SCADUTTO F. *La Giustizia Penal*, 1915, cit. en la pág. 166.
- SCHMIDT. *Lenrbuch der Deutschen civil proz.*, 1898, cit. en la pág. 21.
- SEGOVIA L. *Explicación y crítica del nuevo código de comercio de la República Argentina*, 1892, cit. en las págs. 302-303.
- SIBURU J. *Comentario del Código de Comercio argentino*, 1905-12, cit. en las págs. 302, 303.
- SILGUEIRA H. *Proced. Judiciales, Jurisdicción*, 1908, cit. en la pág. 255.
- SIMONCELLI. *Lezione di procedura civile*, 1902-1903, cit. en la pág. 21.
- SUMMER MAINE. *El antiguo derecho*, edición española, cit. en las págs. 35, 72 y 75.

- TEJEDOR. *Curso de Derecho Mercantil arreglado al Código de Comercio*, 1863, cit. en la pág. 303.
- THALLER E. *Traité élémentaire de droit commercial*, 1910, cit. en la pág. 302.
- VANNI. *Lezioni di filosofia del diritto*, Bolonia 1904, cit. en la pág. 12.
- VARELA L. V. *Plan de reformas de la Const. de Buenos Aires*, 1907, cit. en la pág. 83.
- VASALLI. *La sentenza condizionale*, cit. en la pág. 192.
- VIVANTE C. *Trattato di diritto commerciale*, 1911-14, cit. en la pág. 302.
- VIZIOZ H. *Les notions fondamentales de le proc. et la doct. du droit public.*, París 1931, cit. en la pág. 17.
- WACH. *Handbuch des deutschen civil process*, 1885, cit. en la pág. 21.
- WLASSAK. *Litis-Kontestation*, 1889-92, cit. en la pág. 49.
- *Prozess-Formel*, 1924, cit. en la pág. 49.
- ZANOBINI. *L'esercizio privato delle funzione publici*, cit. en la pág. 187.
- ZAVALÍA C. *Derecho Federal*, 1921, cit. en las págs. 353, 355, 367, 368, 369.

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LOS
TALLERES GRAFICOS DE GUILLERMO
KRAFT LTDA., SOC. ANONIMA DE
IMPRESIONES GENERALES, EN
BUENOS AIRES, EN LA 2ª
QUINCENA DE SEP.
TIEMBRE DE 1941