

**TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE CHILE  
PUBLICACIONES**



**RELACIONES ENTRE LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL  
Y JURISDICCION ORDINARIA**

**TRABAJO PARA EL ENCUENTRO ORGANIZADO POR EL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL DE BOLIVIA, SUCRE, NOVIEMBRE AÑO 2002**

**JUAN COLOMBO CAMPBELL**

**RELACIONES ENTRE LA JURISDICCION  
CONSTITUCIONAL Y JURISDICCION  
ORDINARIA**

**Profesor JUAN COLOMBO CAMPBELL  
Presidente del Tribunal Constitucional  
de Chile**

En primer término, deseo agradecer muy sinceramente al Tribunal Constitucional de Bolivia representado por su Presidente Doctor René Baldivieso, y su decano doctor Willman Duran, la oportunidad que han dado a este Juez chileno, para poder compartir con ustedes por segunda vez en este importante encuentro.

Mi presentación comprenderá las siguientes áreas:

- I. Reflexiones en torno a la jurisdicción y a la organización judicial necesaria para su debido ejercicio.
- II. Estado de derecho y mecanismos de protección
- III. La jurisdicción: concepto, características y sus momentos
- IV. Las denominadas jurisdicción constitucional y ordinaria
- V. De las sanciones a la falta de jurisdicción y de la incompetencia
- VI. Consideraciones finales en torno a la jurisdicción constitucional y común

## I. REFLEXIONES EN TORNO A LA JURISDICCIÓN Y A LA ORGANIZACIÓN JUDICIAL NECESARIA PARA SU DEBIDO EJERCICIO

En mi exposición deseo destacar previamente los siguientes hechos que inciden en las materias objeto de este encuentro:

a) La globalización que hoy vive el mundo no ha dejado de impactar a los sistemas judiciales. La vieja Europa, sabia maestra, sigue a la vanguardia jurídica, lo que le ha permitido institucionalizar la Unión Europea y establecer los mecanismos jurisdiccionales de solución de sus controversias, acontecimiento determinante para el éxito de sus propósitos.

Nuestra América recién despierta frente a estas tendencias y sus sistemas jurídicos permanecen herméticos regulando su vida interna, en circunstancias que las relaciones de todo tipo entre ellos son cada día más fuertes y frecuentes.

b) Las Constituciones Políticas modernas, en sus textos consagran efectivamente las bases del sistema jurídico normativo. El mundo civilizado garantiza en sus Cartas Básicas los derechos de las personas, regula las relaciones entre éstas y el Estado, como igualmente la distribución del poder entre los diversos organismos públicos creados por la Constitución. Para ello requieren contar necesariamente con una Constitución Política clara, ágil, flexible y valórica, como lo han logrado países del viejo y del nuevo mundo, entre los que naturalmente incluyo a Bolivia y Chile.

En este contexto la jurisdicción juega un rol trascendental al resguardar, a través del debido proceso, el Estado de Derecho previsto por la Constitución para regir los destinos del país y de sus habitantes y protegerlos frente a cualquier tipo de quebrantamiento.

**Louis Favoreu** en su trabajo sobre "Justicia y jueces constitucionales", afirma que el desarrollo de la Justicia Constitucional es ciertamente el acontecimiento más destacado del derecho público del siglo XX, en el viejo mundo y quizás en el mundo entero, y concluye

que hoy no se concibe un sistema constitucional que no reserve un lugar a esta institución. Esto explica que en Europa, todas las nuevas Constituciones han previsto, además de una Corte Suprema o de un Tribunal de Casación, la existencia de un Tribunal Constitucional, al igual como lo han hecho la mayor parte de los países latinoamericanos.

Como expusiera aquí, en Sucre, mi viejo amigo el Juez **Rafael de Mendizabal**, al disertar sobre la "Naturaleza de la Justicia Constitucional", expuso que ésta era "una manifestación más de la función jurisdiccional, al hilo siempre del caso concreto, vivito y coleando, sin abstracción alguna, en manos de todos los jueces, aunque la última palabra fuera dicha por el Supremo". Con su forma única de expresarse agregó que "no hay esquizofrenia funcional, ni dos jurisdicciones, la constitucional y la ordinaria, ni dos dimensiones normativas simétricas, ni dos justicias, la constitucional y la material. No hay posibilidad, pues, de tensiones o conflictos. La "ley suprema" y las demás están unidas indisolublemente en un conjunto que se explica recíprocamente. Esta hazaña fue posible por un cúmulo de factores convergentes, entre los que se cuenta la concepción del "common law" con un alcance trascendente y el contexto en el cual se elabora la Constitución".

Desde una perspectiva teórica, ya en 1761 había dicho **James Otis** que todo acto contrario a la Constitución es nulo y **Hamilton**, en 1788, desde el concepto de "Constitución limitada" explica que las limitaciones constitucionales no pueden ser preservadas en la práctica sino por medio de los Tribunales de Justicia cuya función, la jurisdiccional, ha de consistir en declarar nulos todos los actos contrarios al tenor manifiesto de la Constitución, sin lo cual todo derecho quedaría en nada. Alguna perplejidad puede producir la función de los tribunales para un tal pronunciamiento –anulación de los actos legislativos- por contradecir la Constitución, que parece implicar la superioridad del judicial sobre el poder legislativo, pero ello no es así puesto que ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido, porque significaría que la representación del pueblo es superior al mismo pueblo. Los tribunales se han diseñado como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura para mantener a ésta dentro de los límites que le están asignados. La interpretación de las leyes es el propio y peculiar ámbito de los tribunales. Una Constitución es en

realidad y debe ser contemplada por los jueces como una ley fundamental.

Finalmente, en este preámbulo deseo recordar lo expresado por **Silvia Snowiss** la que al referirse al análisis histórico sobre los orígenes de la Justicia Constitucional de Norteamérica, indicó que ésta ha surgido como un sustituto a la revolución. En efecto, si los ciudadanos tienen derecho a la supremacía constitucional, como pueblo soberano, cualquier violación de la Constitución podría dar lugar a la revocatoria del mandato de los representantes o a su sustitución por otros, en aplicación del derecho de resistencia o revuelta que defendía **John Locke**. En caso de opresión de los derechos o de abuso o usurpación, la revolución era la solución o la vía de solución de conflictos por el pueblo. Como sustituto de la misma, sin embargo, surgió el poder atribuido a los jueces para dirimir los conflictos constitucionales entre los poderes constituidos o entre éstos y el pueblo. Esta es, precisamente, la tarea del juez constitucional, quedando configurada la justicia constitucional como la principal garantía al derecho ciudadano a la supremacía constitucional.

En un sistema de control difuso todos los jueces son constitucionales, y en uno concentrado, él o los que establezca la propia Constitución.

c) El ámbito de la jurisdicción se extiende para proteger la supremacía constitucional.

A partir de la Revolución Francesa y de la consagración del principio de la separación de los poderes públicos, al sistema judicial le estaba vedado inmiscuirse en las atribuciones legislativas y administrativas.

El mundo ha presenciado las discrepancias entre los poderes públicos y la necesidad de resolverlas. Esta confrontación entre la necesidad de instaurar un control jurisdiccional de la Constitución y conservar en su esencia el principio de separación de poderes fue precisamente lo que motivó, a partir de **Kelsen**, la creación de tribunales constitucionales en la Europa continental, con la atribución jurisdiccional específica de velar por la constitucionalidad de las leyes, la que no podría atribuirse al orden judicial tradicional, cuya misión, precisamente, es la de aplicar la ley, sin que le fuere lícito cuestionarla.

De este enunciado surge la diferencia esencial entre la jurisdicción común y la constitucional. La primera aplica la ley y la segunda la Constitución.

En la actualidad, las Constituciones consagran y garantizan por la vía jurisdiccional, el principio de la Supremacía Constitucional.

Esta nueva perspectiva ha dado origen a la creación del derecho procesal constitucional que, entre otras áreas, considera este principio como valor esencial en su establecimiento.

La Supremacía Constitucional es un postulado ya universalmente aceptado y reconocido por la mayor parte de las Constituciones del mundo. Su protección, a través de la jurisdicción, constituye un elemento esencial para garantizar su eficacia.

Por el momento, en esta parte del trabajo me limitaré a resaltar algunos elementos históricos y conceptuales que se refieren a esta materia.

"O la Constitución es la Ley Suprema, inmutable por medios ordinarios, o está en el nivel de las leyes ordinarias, y como otra, puede ser alterada cuando la legislatura se proponga hacerlo. Si la primera parte de la alternativa es cierta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es ley; si la última parte es exacta, entonces las constituciones escritas son absurdos proyectos por parte del pueblo para limitar un poder ilimitable por su propia naturaleza. Ciertamente, todos los que han sancionado Constituciones escritas, las consideraban como ley fundamental y suprema de la nación y por consiguiente, la teoría de cada uno de los gobiernos debe ser que una ley de la legislatura que impugna a la Constitución es nula".

Con estas sencillas palabras el Ilustre Juez de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, **John Marshall**, exponiendo la opinión de la Corte en el caso **Marbury vs. Madison** consagraba definitivamente, a comienzos del siglo XIX, el principio de la supremacía constitucional.

Dicho principio, que reconociendo lejanos antecedentes había sido formulado originariamente por Sir **Edwards Coke**, es la más efectiva

garantía de la libertad y dignidad del hombre, puesto que impone a los poderes constitucionales la obligación de ceñirse a los límites que la Constitución - como Ley Superior - establece, y a respetar los derechos fundamentales que ella reconoce y asegura a todas las personas.

La idea de la Supremacía de la Constitución fue desarrollada por primera vez en 1788 por **Alexander Hamilton**, cuando al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley afirmó "que una Constitución es de hecho, y así debe ser considerada por los jueces, como una ley fundamental. Si se produce una situación irreconciliable entre la Constitución y la ley, por supuesto la Constitución debe prevalecer por sobre las leyes. Por consiguiente ningún acto contrario a la Constitución puede ser válido".

Al indicar claramente las Cartas Fundamentales como principio básico que todos los órganos del Estado y los particulares quedan sometidos a la Constitución, se establece la primera gran regla en que se consagra la Supremacía aludida, siendo, en consecuencia, obligatoria para todos ellos.

Al respecto cabe señalar que quedan comprendidos todos los órganos estatales, de gobierno, legislativos o jurisdiccionales, como todos los servicios administrativos encargados de la satisfacción de las necesidades públicas y que se encuentran vinculados orgánicamente al Estado.

El sólo hecho que el ordenamiento constitucional haya establecido esta amplia batería de instituciones para el resguardo de la Supremacía Constitucional y la protección de los particulares frente a la extendida capacidad del Ejecutivo para administrar el país, es el claro reconocimiento de que el poder del Presidente de la República en esta materia es amplio y requiere tener variadas instancias y contenciones en resguardo de los derechos de los ciudadanos.

Sin embargo, reitero en esta oportunidad que, como es fácil comprender, no basta con proclamar que las normas contenidas en la Constitución son las de mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico de un Estado, para que éstas sean respetadas por los poderes constituidos y obren así como límite de sus atribuciones y eficaz salvaguardia de los derechos del hombre. Siempre subsistiría la

posibilidad de que los órganos que ejercen los poderes instituidos sobrepasen las disposiciones de la Carta Fundamental y, extralimitándose en el ejercicio de sus atribuciones, pongan en peligro la institucionalidad misma de la República. La sola declaración de la Supremacía Constitucional resulta, pues, insuficiente.

Siendo así, al hablar de este principio debe incluirse, necesariamente, tanto la protección de las disposiciones escritas en la Constitución, como también y, especialmente, los valores fundamentales que están en la base de la misma, los que, por la vía de la decisión jurisdiccional, deben cobrar plena vigencia.

A propósito del tema, recuerdo a **Cappelletti** en cuanto expresa que la Constitución no debe ser concebida como una simple pauta de carácter político, moral o filosófico, sino como una ley verdadera positiva y obligante con carácter supremo y más permanente que la legislación positiva ordinaria.

Es por ello que **García de Enterría** concluye que hoy las Constituciones son normas jurídicas efectivas, que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez a todo el orden jurídico.

Finalmente, en esta parte quiero coincidir con **Brewer-Carias** en cuanto señala que la Justicia Constitucional es fundamentalmente posible, no sólo cuando existe una Constitución, como norma verdaderamente aplicable por los tribunales, sino además, cuando la misma tiene efectiva supremacía sobre el orden jurídico en su conjunto, en el sentido de que prevalece frente a todas las normas, actos y principios de derecho contenidos en un sistema jurídico determinado. Esta supremacía de la Constitución sobre las demás fuentes del derecho y, en particular, sobre los actos del Parlamento, implica que la Constitución es la ley suprema que determina los valores superiores del orden jurídico, y que, desde esa posición de supremacía, puede ser tomada como parámetro para determinar la validez de las demás normas jurídicas del sistema.

También debe destacarse que el control de constitucionalidad, implica la configuración de un mecanismo de defensa jurisdiccional de un orden constitucional concreto articulado en una Constitución, y que

se caracteriza por ser asumido por sujetos ajenos al proceso de producción normativa y por recaer, salvo excepciones, sobre normas perfectas y plenamente vigentes. Se articula formalmente como la garantía de la primacía de la Constitución sobre las demás normas del ordenamiento jurídico positivo.

Esta labor de integración del Tribunal Constitucional que no es otra que la síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad, la desarrolla al afirmar la supremacía de la Constitución. En este aspecto es ella, como expresión del pueblo -comunidad compuesta de las más diversas tendencias- la que desarrolla una decisiva función integradora, que se expresa en la consagración de valores que orientan y dan contenido al proceso integrador.

Por ello que el Tribunal Constitucional como órgano encargado de salvaguardar la supremacía de la Constitución, está protegiendo los principios que significan tal integración.

Teniendo presente que el peligro más grande que puede concebirse para la integridad del orden constitucional es la eventual vigencia de leyes inconstitucionales, dado que éstas, por el carácter general que normalmente tienen, entrañan la posibilidad permanente de continuas violaciones de la Ley Fundamental cada vez que sean aplicadas, debe buscarse un camino para que ellas sean eliminadas.

Su aplicación evita la alternativa, siempre atrayente para algunos, de usar la autotutela - empleo de la fuerza - para resolver un conflicto constitucional. La historia está llena de ejemplos de conflictos entre poderes públicos que se han resuelto por la fuerza, llámese ésta revolución o golpe de Estado.

Los habitantes de la Nación lograrán, como consecuencia de lo anterior, el pleno respeto de sus derechos constitucionales solo cuando cuenten con el proceso como forma de hacer efectiva la supremacía constitucional.

El éxito de la Supremacía Constitucional tiene pleno sustento en las modernas concepciones planteadas por destacados juristas como **Hans Kelsen, Mauro Cappelletti, Piero Calamandrei, Eduardo Couture y Pedro Sagües**, los que al dar un nuevo enfoque a la eficacia

jurisdiccional de las garantías constitucionales a través del proceso, lo han configurado con autonomía.

La Constitución así definitivamente se plantea como una norma *decisoria litis*, de aplicación directa para el juez, en la solución de todo conflicto constitucional.

En mi país, Chile, desde la década del 60 se enseñan las bases constitucionales del Derecho Procesal y las acciones y recursos constitucionales destinados a protegerlas. Entre estas, destacan el amparo personal y la protección de las garantías básicas.

Puede decirse que hoy presenciamos una nueva legitimidad, la legitimidad constitucional.

Concluyo esta parte afirmando que hoy la supremacía constitucional, además de cumplir su rol básico, es un derecho de los habitantes de la Nación, tanto para lograr que se respete el sistema institucional, como para obtener la tutela jurisdiccional de sus garantías constitucionales.

Esta exposición comprende solamente un análisis básico de la Supremacía Constitucional, tema extensamente analizado por los estudiosos, para incluirlo en las áreas que integran el Derecho Procesal Constitucional.

d) Para el ejercicio de la jurisdicción, hoy en día la tendencia mundial apunta a estructurar tres áreas fundamentales de tribunales: el primer grupo, destinado a custodiar la Constitución y sus valores; el segundo -que por supuesto sigue siendo el más amplio-, para la decisión de los conflictos derivados de la infracción de la ley; y, el último, encargado de resolver lo contencioso administrativo que debe incluir necesariamente el área tributaria. Los primeros son los tribunales constitucionales; los segundos los tribunales comunes, a cargo de una Corte Suprema o de una Corte de Casación, y los últimos son los tribunales de lo contencioso - administrativo.

e) Aunque estas jurisdicciones giren en órbitas diferentes, es posible que se produzcan choques o roces entre ellas, surgiendo las contiendas de competencia para cuya solución el propio sistema debe

contar con mecanismos que restablezcan el normal funcionamiento de cada área.

f) Toda organización judicial está destinada a la solución de los conflictos de intereses de relevancia jurídica generados por la infracción de las normas, por medio del proceso jurisdiccional o de sus equivalentes legitimados.

g) La creación, por la vía de los tratados de Cortes internacionales o supranacionales, obviamente que ha influido en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales nacionales, cuyos países la han aceptado, y que, como su consecuencia, han visto modificada su organización judicial, toda vez que la jurisdicción soberana es compartida con tribunales supranacionales.

h) Precisado lo anterior, hago presente que para el buen ejercicio de la jurisdicción debe establecerse una organización judicial eficiente con características precisas, que pueden sintetizarse de la siguiente manera:

La jurisdicción y sus bases operativas orgánicas y funcionales debe estar prevista en sus aspectos esenciales en la Constitución Política.

A su turno la ley deberá establecer los tribunales necesarios y adecuados para que en clase y número den satisfacción a la necesidad de justicia que tienen los habitantes de un grupo social, a los que la propia Constitución les prohíbe autotutelar sus derechos.

Para lograrlo, primero deberá analizarse lo que un país requiere en el área de la justicia, luego examinar las alternativas que dan los principios informadores, para posteriormente tomar las decisiones y, finalmente, traducir todo esto en la Constitución y en sus leyes orgánicas que la complementen.

Toda organización judicial debe buscar eficiencia y, en la medida de lo posible, justicia en la decisión de los conflictos, y para alcanzarlo debe coordinar adecuadamente tribunales, jueces y procedimiento. Para implementar el sistema el derecho procesal ofrece alternativas suficientes para el logro de estos propósitos.

Finalmente, debe tenerse especialmente en cuenta el tema del acceso a la justicia, puesto que nada se saca con tener la mejor organización judicial, si quienes requieren de su operación no cuentan con un fácil acceso al sistema. Para ello deberán formularse planes educativos, crear mecanismos de asesoría jurídica y, finalmente, implementar defensorías que trasladen con prontitud el conflicto al proceso.

## **II. ESTADO DE DERECHO Y MECANISMOS DE PROTECCIÓN**

La existencia del hombre, no podemos concebirla sino dentro del estado de sociedad, en obediencia a sus orgánicas condiciones gregarias. La historia nos confirma que desde las épocas más remotas éste vive agrupado, convive con sus semejantes formando una sociedad humana que, necesariamente, precisa de la cooperación del grupo organizado, tanto para subsistir como para satisfacer sus necesidades. Aristóteles sintetiza esta particularidad, que lo identifica, al expresar "el hombre es un animal social".

Desde que se percibe como tal, el ser humano manifiesta, más o menos claramente, su dependencia de la sociedad y la necesidad que tiene de ella. El salvaje no siente seguridad más que en su medio social; tan pronto sale de él, está expuesto a la muerte o a caer en la esclavitud. Hoy -- "mutatis mutandis" - necesita de la protección de sus derechos para no ser avasallado. Nada nuevo bajo el sol.

En los tiempos primitivos, el hombre no necesitó de normas, leyes ni jueces. Se hace justicia por sí mismo; vencía, resultando siempre triunfante, no aquél que tiene la razón sino el que poseía la fuerza o la astucia necesaria para lograrlo. En general, puede decirse que imperaba la ley del más fuerte. La autotutela emerge en ese momento como una forma normal, brutal y común en la solución de los conflictos entre personas.

En el contexto histórico de los pueblos civilizados, la organización pondrá a su disposición los instrumentos de desarrollo que le permitan vivir mejor.

A medida que los grupos comenzaron a encontrarse fueron creándose uniones y surgiendo conflictos de intereses entre ellos cuya solución por medio de la guerra produjo destrucción y exterminio. Surge entonces la ineludible necesidad de organizarse, sacrificando parte de la libertad a cambio de seguridad.

Es así como este hombre pleno de atributos, se enfrenta a una persona jurídica superior que es su obra y a la cual decide obedecer como única forma de poder convivir y compartir pacíficamente con sus semejantes. Nace el Estado, persona destinada a ser la reguladora de los altos intereses de la comunidad y garante de los derechos básicos de sus integrantes.

Su construcción jurídica presupone un antecedente esencial, una estructura previa, viviente, que es la Nación considerada como una sociedad humana en función de todos sus complejos fines: jurídicos, intelectuales, sociales y económicos. En definitiva, algo real que participa del elemento humano para cumplir con los dictados de su razón y naturaleza, que lo inducen a formar un grupo social, que habita un territorio propio, que tiene costumbres comunes, que se otorga sus normas y proclama a sus gobernantes a los que se compromete a obedecer. El Estado, identificado por Machiavello como la personificación de la Nación, sólo tiene realidad en cuanto la representa.

Las culturas griega y romana fueron las primeras en crear leyes sólidas y eficaces. Platón decía: "obedecer a las leyes es rendir culto a los Dioses". Los romanos cumplían rigurosamente sus leyes y tanto fue así, como lo recuerda Cuenca, "que el pretor tuvo que hacer derroche de habilidad y agudeza para atenuar el rigor de las doce tablas y adaptar, en una sostenida evolución de siglos, la hermética legislación del Derecho Civil a las nuevas necesidades".

Paulatinamente y con el andar de los años, los hombres comprendieron, como los griegos y los romanos, que no les sería posible subsistir en las condiciones en que estaban y buscaron su unión pacífica en ese "algo" superior a todos ellos, al cual entregaron parte de sus atributos a cambio de la paz, la justicia y la convivencia social ordenada. Por ello, entre los vínculos que impulsan a las personas a constituir una Nación o sociedad humana, el derecho es el que mayor trascendencia presenta en la organización y desarrollo de los pueblos.

Es el derecho político el que estudia fundamentalmente los esfuerzos que ha desplegado el hombre a través de los siglos, creando instituciones que estimulen los impulsos sociales y limiten, al mismo tiempo, los antisociales. En efecto, aún cuando los elementos jurídico y político por los cuales los hombres se constituyen en Nación, no son el

vínculo social más amplio, son, sin embargo, los más sólidos y tenaces, porque modelan y constituyen el Estado, aunando un conjunto de voluntades que pasan a integrar una sola, mayor y magistral, la suya, que se presenta a través de una persona jurídica ficticia, que es el sujeto de derecho por excelencia, ya que formularía la norma, determinaría su aplicación y resolvería los conflictos derivados de su contenido.

Cuando nace el concepto de facultad, de potestad que se delega, surge la soberanía, institución esencial del derecho público, que otorga a los gobernantes los poderes que les permiten regir a la comunidad con los atributos que de ella emanan.

Hans Kelsen, máximo exponente de esta concepción, estima que la esfera existencial del Estado posee validez normativa y no eficacia causal; que aquella unidad específica que ponemos en el concepto de Estado no radica en el reino de la realidad natural, sino en el de las normas o valores. El Estado es por naturaleza, un sistema de normas o la expresión para designar la unidad de tal sistema. El Estado, como orden, no puede ser más que el orden jurídico o la expresión de su unidad. Para Kelsen, el Estado es la totalidad del orden jurídico en cuanto constituye un sistema, o sea, una unidad cuyas partes son interdependientes y que descansa en una norma hipotética fundamental.

El Estado no es, en consecuencia, otra cosa que la personificación del orden jurídico que lo constituye y con el cual se identifica. A diferencia de la concepción sociológica, el Estado no existe como organización a la que posteriormente se dota de personalidad jurídica, sino que nace conjuntamente con el orden jurídico que lo constituye. Es expresión del conjunto normativo. El Estado se identifica así con el Derecho y no es una entidad diferente ubicada tras él.

Las instituciones de Derecho Público plasman en la Constitución Política, la organización del Estado, los deberes y derechos que éste tiene para con las personas y los derechos esenciales de aquellas.

El Estado cumple su alta misión desarrollando una actividad que se manifiesta legislando, administrando y resolviendo conflictos, atributos que, con el andar de los años, se han ido precisando y hoy se conocen con el nombre de "funciones públicas".

El Estado legisla al crear la norma jurídica general, abstracta y obligatoria, que pretende la paz, la seguridad de sus habitantes y la protección de sus derechos; administra, al obligar, tanto a cumplir lo normado como a realizar en la práctica los principios generales y teóricos contenidos en la legislación; y juzga dando a cada uno lo que le corresponde cuando surgen conflictos de intereses al cumplirse las normas; en otras palabras, aplica el derecho a casos particulares y concretos, decidiendo en consecuencia.

En el ejercicio de la función jurisdiccional, como anota Redenti, "el Estado obra y actúa finalmente para asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, para quien quiera y contra cualquiera que fuere, promoviendo y controlando su observancia o reprimiendo los hechos cometidos, in-yuria, o poniendo remedio a las consecuencias de eventuales transgresiones".

Los órganos encargados de ejercer la jurisdicción se denominan tribunales. La parte de jurisdicción que corresponde a cada uno de ellos, se conoce con el nombre de competencia; cada vez que actúan, ejercen una parte de esa función jurisdiccional que, como veremos, es la que permite distinguir la función propia de un tribunal de la de un servicio público.

Ahora bien, las funciones públicas le corresponden al Estado, que las ejerce a través de sus órganos competentes en virtud de la representación soberana que inviste. Todas ellas le pertenecen. En particular y en lo que interesa, le pertenece el ejercicio de la jurisdicción o función jurisdiccional. Ya no se admite, dice Chiovenda, "que en el territorio del Estado, instituciones y personas distintas del Estado constituyan órganos para la actuación de la ley como ocurría en otras épocas, particularmente en favor de la Iglesia, cuyos tribunales conocían muchas materias, incluso con efectos civiles".

La proclamación de este principio, contenido en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (artículo 3º) y consagrado en la mayor parte de las Constituciones del mundo, nos demuestra que la función jurisdiccional la tiene exclusivamente el Estado, quien la ejerce por medio de las autoridades que la misma Constitución establece y que son los tribunales establecidos por la ley. No importa que ellos sean constitucionales, ordinarios, especiales o arbitrales, o se ubiquen dentro o

fuera del poder judicial; lo que interesa y es esencial, es que estén investidos legítimamente de jurisdicción, función que los faculta para representar al Estado en la solución de conflictos a través del proceso. La forma y manera de reglamentar esta función es generalmente delegada en el legislador, correspondiendo a éste crear los tribunales y distribuir la jurisdicción entre ellos, otorgándoles su competencia.

### **III. LA JURISDICCIÓN: CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y SUS MOMENTOS<sup>1</sup>**

#### **1. Concepto de jurisdicción**

Existen muchas definiciones de jurisdicción. En el hecho, cada autor define y defiende su propia concepción acerca de lo que es y debe entenderse por jurisdicción. Personalmente, estimo que la esencia de la institución no surge de su definición, sino que fluye de su contenido y características. No obstante, para darle un trato pedagógicamente adecuado, se iniciará este estudio analizando su concepto.

Etimológicamente, la palabra jurisdicción deriva del latín "*ius dicere*", que significa declaración del derecho, y dicha declaración (*dicere*) del derecho (*ius*) es relativa al juicio (*iudicium*), aplicable al caso concreto.

Al irse perfeccionando la ciencia procesal, se vio que la concepción etimológica del vocablo resultaba insuficiente para explicar su esencia, ya que no reflejaba exactamente su trascendente contenido ni lo comprendía en toda su extensión. No obstante, el término "jurisdicción" se mantuvo como expresión de la ciencia jurídica para identificar la función de hacer justicia, término que la ciencia procesal estima apropiado para perfilar su concepto, y de donde lo tomaron legislaciones del mundo y estudiosos de nuestra disciplina.

Debe recordarse que fueron los especialistas en derecho público quienes realizaron la primera elaboración doctrinaria del concepto de jurisdicción, partiendo del supuesto de que ella era una parte de la soberanía nacional y, como tal, una función pública. Es por este motivo que, en derecho público, se habla de función jurisdiccional como término equivalente a jurisdicción. Debido a que las leyes procesales son normas complementarias de la Constitución Política, el derecho procesal hizo suyo el concepto de jurisdicción, incorporándolo a su contenido como vocablo técnico, siendo hoy una de sus bases de sustentación y materia esencial en su estudio y desarrollo.

<sup>1</sup> Sobre el particular véase "La Jurisdicción en el Derecho Chileno", obra del autor.

La doctrina procesal moderna se ha preocupado de precisar el concepto de jurisdicción y de anotar sus principales características, de señalar sus principios y, finalmente, de indicar las reglas para su reparto entre los tribunales de justicia.

Escriche, en su célebre "Diccionario", nos proporciona la definición más amplia y genérica de jurisdicción, al concebirla como "el poder o autoridad que tienen algunos para gobernar y poner en ejecución las leyes, y especialmente la potestad de que se hallan revestidos los jueces para administrar justicia, o sea, para conocer de los asuntos civiles y criminales o así de unos como de otros y decidirlos y sentenciarlos con arreglo a las leyes"<sup>2</sup>.

Nos interesa, de la definición transcrita, su segunda acepción, en cuanto entiende la jurisdicción como la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia; en otras palabras, su acepción restringida, ya que, en general, por jurisdicción puede entenderse el ejercicio de poder, autoridad.

Esta definición, actualmente, no satisface. Necesitamos determinar y escoger un concepto claro y preciso de esta institución del derecho público, que posteriormente nos permita diferenciarlo y distinguirlo de muchos otros.

Tradicionalmente, se concibió la jurisdicción como la potestad de que se hallan investidos los jueces para administrar justicia y por ello fue que, por muchos años, se definió como la facultad que tienen los tribunales de administrar justicia, concepto que, aunque simple y doctrinariamente imperfecto, de alguna manera refleja la idea de esta institución, simiente sobre la cual descansan la mayor parte de nuestras normas sobre organización y atribuciones de los tribunales.

Como lo manifestara en esta hermosa ciudad ya hace algunos años, mi opinión conduce necesariamente a concluir que los jueces, a través de su sentencia, lo que hacen al usar la jurisdicción es decidir conflictos de intereses de relevancia jurídica, por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada. Esta tesis implica descartar el empleo de la añeja definición de jurisdicción, que la concibe como la facultad de administrar justicia y que provocó, como consecuencia de su aplicación, el que los

<sup>2</sup> Joaquín Escriche: Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia. Acepción Jurisdicción.

tribunales hayan sido considerados como los únicos, omnipotentes "dueños de la justicia".

A partir de dicha concepción elemental son múltiples las definiciones y ensayos que los tratadistas presentan sobre la jurisdicción. Me limitaré a precisar y señalar los más esenciales, junto a aquellos que puedan proporcionar antecedentes de importancia para nuestras futuras conclusiones en el desarrollo de esta charla.

En primer lugar destaca la posición de Giuseppe Chiovenda, quien revolucionó el concepto al definir la jurisdicción como la función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución, por la actividad de los órganos jurisdiccionales, de la actividad de los particulares o de otros órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva.

Esta sustitución opera en la etapa del conocimiento y de la resolución, como también, generalmente, en la fase de ejecución.

La jurisdicción se manifiesta por la sustitución, definitiva y obligatoria, por la actividad intelectual del juez, de la actividad intelectual no sólo de las partes sino de todos los habitantes. Al declararse por el tribunal, como existente o no existente la voluntad concreta de la ley, ésta actúa lo mismo que si lo hiciera en virtud de una fuerza suya propia, automáticamente.

Satta y Segni complementarían luego la doctrina del maestro de Roma.

Según Segni, la sustitución en el ejercicio de la jurisdicción se pondría de manifiesto en la circunstancia de que, existiendo una separación tajante entre el ordenamiento material y el ordenamiento jurídico procesal y siendo el proceso el medio para zanjar el litigio o conflicto, en todo proceso, a la postre, se originaría una sustitución del primero por el segundo de aquellos ordenamientos. Dicho de otro modo, llevado a juicio el derecho material, como fundamento o razón de la pretensión, él cedería su puesto al derecho procesal, que ocuparía su lugar, restableciendo así el ordenamiento violado.

Por su parte, Salvatore Satta, titular de la cátedra romana, autor de esta variante de la teoría de la sustitución, sostiene que el ordenamiento jurídico no puede quedar jamás incumplido y que, consecuentemente, la abstracta facultad de administrar justicia debe concretarse en el caso específico de una transgresión de las normas que integran aquél por parte de los justiciables.

Es indiscutible que Satta queda emplazado en el sector de los partidarios de la doctrina genérica de la sustitución; pero dentro de la variable que corresponde a su particular modo de entenderla, ya que su planteamiento hace insoslayable el carácter secundario o subsidiario de la actividad jurisdiccional: el de que los respectivos órganos de esta función sólo pueden obrar a requerimiento de parte, una vez que el ordenamiento jurídico ha sido violado, una vez que se haya dado la condición negativa de incumplimiento de las normas por los justiciables.

La concreción del ordenamiento jurídico, en el caso específico sometido a juicio, se produce - según Satta - gracias al *ius dicere*. Ahora bien, como tal concreción sólo pueden llevarla a cabo determinados sujetos procesales (los jueces), debe concluirse, que la sustitución que opera con el ejercicio de la jurisdicción, consiste en situar al juzgador en la posición del ordenamiento jurídico: en sustituir al segundo por el primero.

Con un enfoque diferente, Carnelutti, otro insigne procesalista italiano, entiende la jurisdicción como la actividad destinada a obtener el arreglo de un conflicto de intereses mediante la justa composición de una litis contenida en una sentencia<sup>3</sup>.

Por su parte, Hugo Rocco nos dice que la función jurisdiccional "es la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo por requerimiento de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se sustituye a ellos en la actuación de la norma que tutela aquellos intereses, declarando en lugar de ellos si existe y cuál es la tutela que una norma concede a un determinado interés, imponiendo al obligado, en lugar del derecho-habiente, observancia de la norma, y realizando mediante el uso de la fuerza coactiva, en vez del derecho-habiente, directamente aquellos intereses cuya tutela legalmente se ha

<sup>3</sup> Francisco Carnelutti: Sistema de Derecho Procesal Civil. t II. pág. 294.

declarado cierta" <sup>4</sup>. Rocco, en consecuencia, limita la jurisdicción a la iniciativa de los particulares, negando cabida a la actuación de oficio de los tribunales en sus actuaciones.

En España, Jaime Guasp define la jurisdicción como la función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones, concepto que se cita porque incorpora a la definición a la pretensión procesal y Prieto Castro por su parte, la concibe como "la actividad del Estado para la realización del orden jurídico por medio de la aplicación del derecho objetivo" <sup>5</sup>. Concluye el autor, afirmando que es una de las formas de manifestación de la soberanía o poder, distinta de las funciones administrativas y legislativas. En ello concordamos plenamente.

Schonke, en una definición breve, concluye que "la jurisdicción es el derecho y el deber al ejercicio de la función de justicia" <sup>6</sup>.

En Latinoamérica, Podetti en Argentina, define la jurisdicción diciéndonos que es "la potestad-deber del Estado, representado por los jueces, de remover los obstáculos que afectan el orden jurídico, impidiendo o dificultando el ejercicio de los derechos subjetivos" <sup>7</sup>.

En Uruguay, Eduardo Couture concibe la jurisdicción como "la función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución" <sup>8</sup>.

Couture comprende también en su concepto la idea del debido proceso. No habla de cumplimiento de ley sino de "acto de juicio". Además, hace referencia a las formalidades del proceso correspondiente, a los conflictos o controversias de relevancia jurídica y al efecto de cosa juzgada de la sentencia y su eventual ejecución.

<sup>4</sup> Hugo Rocco: Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol I. Parte General. pág. 53.

<sup>5</sup> Leonardo Prieto Castro: Cuestiones de Derecho Procesal. pág. 23

<sup>6</sup> Adolfo Schonke: Derecho Procesal Civil. pág. 40

<sup>7</sup> Ramiro Podetti: Tratado de la Competencia. pág. 18

<sup>8</sup> Eduardo Couture: Fundamentos de Derecho Procesal Civil. pág. 40.

La jurisdicción es una potestad pública y se efectúa a través de los agentes de jurisdicción que son los tribunales de justicia según una ley preestablecida de procedimiento<sup>9</sup>.

De todas las definiciones transcritas, el factor permanente de la jurisdicción que se reconoce como elemento de su esencia es la solución de un conflicto de intereses de relevancia jurídica por un tercero imparcial. Este elemento se ve matizado según el lugar, la época histórica y el enfoque del autor que analice la jurisdicción.

En mi obra "La Jurisdicción en el Derecho Chileno", sostengo que la jurisdicción es el poder deber que tienen los tribunales para conocer y resolver por medio del proceso y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promuevan en el orden temporal, dentro del territorio de la República y en cuya solución les corresponda intervenir<sup>10</sup>.

Como elementos de esta definición, pueden expresarse los siguientes:

a) La jurisdicción es un "poder-deber", concepto que resulta más específico que el de "facultad" de que hablan las definiciones tradicionales.

b) Ella corresponde a los tribunales y tiene un único objeto: la solución de conflictos de intereses de relevancia jurídica. No hay jurisdicción en la solución de asuntos no contenciosos. Esta última atribución de los tribunales es una función administrativa especial que ha sido encargada por la ley a ellos.

c) La jurisdicción se traduce necesariamente en un proceso que se tramita de acuerdo con reglas predeterminadas de procedimiento que aseguran un debido proceso.

d) La sentencia que se dicta al final del proceso resolviendo el conflicto, produce cosa juzgada con sus dos efectos: acción y excepción de cosa juzgada.

<sup>9</sup> Eduardo Couture: Op. Cit. pág. 33.

<sup>10</sup> Obra del Autor: La Jurisdicción en el Derecho Chileno. pág. 41.

Esta definición pretende desterrar del ámbito del derecho procesal el concepto clásico de jurisdicción que la concibe como "la facultad de administrar justicia" sustituyéndolo por el recién mencionado, que le incorpora elementos de sustentación invariables y objetivos.

En nuestra opinión, la jurisdicción está destinada por mandato constitucional y legal a resolver los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se produzcan entre los sujetos que actúan regulados por el ordenamiento jurídico nacional. Me parece impropio incorporar a la definición de jurisdicción el concepto "administrar justicia" que no corresponde a su real función.

Lo justo para uno puede ser injusto para otro. Lo que fue justo ayer puede no serlo hoy. Lo justo de hoy puede dejar de serlo mañana.

Estando frente a una disciplina científica, debemos basar nuestra definición en conceptos exactos y no abstractos o valorativos. Es por tales razones, en las que no podemos ahondar atendida la naturaleza de este trabajo, que tratamos de buscar elementos, constitutivos del concepto de jurisdicción, válidos para todos los tiempos y lugares y que sirvan en la constante histórica, presente y futura. En este orden de ideas, puede afirmarse que en ejercicio de la función jurisdiccional lo que los tribunales han hecho, hacen y harán es resolver los conflictos de intereses de relevancia jurídica sometidos a su competencia, de acuerdo a la norma que el legislador estimó como justa para regular las relaciones entre las personas.

De tal manera que en primer término, debe preocuparse del concepto valorativo de justicia quien dicta las normas y luego, el juez cuando las aplica e interpreta. Es por ello que en un sistema de jurisdicción de derecho como el nuestro, muchas críticas al juez deben trasladarse al legislador, poder público a quien corresponde constitucionalmente dictar las normas que el tribunal debe necesariamente respetar.

Siendo así, la actividad jurisdiccional se expresa en la aplicación efectiva de las normas jurídicas imperativas, prohibitivas o permisivas vigentes cuando se ha producido su quebrantamiento. Este desajuste, este desajuste entre la norma y la conducta del sujeto, es el hecho que

origina el conflicto de relevancia jurídica cuya solución se logra a través del debido proceso jurisdiccional.

## 2.- Características de la Jurisdicción

a) Es un atributo de la soberanía y, en consecuencia, ella no puede faltar en una agrupación humana disciplinada capaz de dictar sus leyes y designar a sus gobernantes. La jurisdicción, así considerada, como por lo demás lo son todos los atributos de la soberanía, es indelegable y sólo corresponde ejercerla a los Tribunales creados en conformidad a la ley.

En cuanto es un atributo de la soberanía, la jurisdicción alcanza sólo hasta donde ella llega, ya que siendo la jurisdicción una actuación de la ley, "no puede haber sometimiento a la jurisdicción sino donde pueda haber sometimiento a la ley; y viceversa, donde hay sometimiento a la ley, hay, por lo común, sometimiento a la jurisdicción"<sup>11</sup> - <sup>12</sup>.

Esto es así, aun cuando se aplique la ley extranjera de acuerdo con las normas del Derecho Internacional, ya que si ello sucede es porque existe una ley nacional que lo autoriza y, en tal evento, es dicha disposición la que se remite a la extranjera. Para explicar esta situación, Chiovenda propone un ejemplo preciso; dice el autor: "Pensemos qué es lo que sucede si enviamos a nuestro criado a prestar servicios durante unas horas a un amigo nuestro; nuestro criado obedece y actúa siempre nuestra voluntad, si bien dándole como contenido las órdenes del amigo. Cuando Shakespeare en las Merry Wives of Windsor hace decir a Slender "ve muchacho, aunque seas mi criado, ve y sirve a mi primo Shallow", expresa a la fórmula ampulosa que conviene al tipo de Slender, esta simple verdad"<sup>13</sup>.

Sin embargo, la jurisdicción como atributo de la soberanía, no puede concentrarse en un solo tribunal; de allí que se haya producido un desmembramiento, una repartición de la función, atendiendo para ello a elementos diversos que normalmente son: el territorio, la persona que interviene y, más comúnmente, la materia o cuantía del conflicto. Ellos

<sup>11</sup> Giuseppe Chiovenda: op.cit. t II. pág. 38.

<sup>12</sup> No se puede confundir la identidad de la ley con la de la jurisdicción, ya que la legislación reconoce excepciones que se contienen en el Derecho Internacional, y que tienen el nombre de inmunidades de jurisdicción.

<sup>13</sup> Giuseppe Chiovenda: op. cit. t II. pág. 40

determinan la creación de innumerables tribunales que gozan y ejercen una parte de la jurisdicción llamada competencia, que corresponde a cada uno, y su división se efectúa sobre la base de los elementos anotados.

b) La jurisdicción es una función pública y su ejercicio corresponde al Estado, como un poder-deber.

Es poder porque implica el ejercicio de la potestad pública y, en consecuencia, puede obligar a todo sujeto de un proceso involucrado en un conflicto sub lite. Este poder, es el que otorga atribuciones a los tribunales para solucionar el conflicto por medio de la sentencia dictada en un debido proceso y para hacerla cumplir por la fuerza pública en caso de ser necesario.

Y es deber, como consecuencia de la reserva monopólica que tiene el Estado para la resolución de conflictos y de la conservación por la Constitución del derecho a la acción procesal. Además, una vez abierto el proceso el tribunal está obligado a conocer, resolver y hacer cumplir lo resuelto, de acuerdo a la regla universal de la inexcusabilidad.

Finalmente, podemos anotar que la jurisdicción, "para desenvolverse en la vida práctica, tiene a su servicio una serie de poderes que por sí mismos pueden pertenecer también a órganos que no sean los jurisdiccionales -Tribunales -, pero que tienen aquí carácter jurisdiccional, para el fin a que colaboran"<sup>14</sup>.

c) La jurisdicción es una función privativa de los tribunales de Justicia.

Sólo los tribunales tienen jurisdicción; los integrantes de los demás poderes públicos únicamente la tendrán en la medida en que rebasen su órbita estricta y pasen a desempeñar funciones ajenas a su ministerio (jurisdiccionales), dando elasticidad al principio de división de poderes<sup>15</sup>.

En consecuencia, puede afirmarse que la jurisdicción, considerada genéricamente, la tienen todos los tribunales por el solo hecho de serlos. Más aún, un órgano que carece de jurisdicción, no es tribunal. Los ordinarios gozarán de la mayor parte de su ejercicio, y los especiales la

<sup>14</sup> Giuseppe Chiovenda: Op. Cit. t. II. pág 28.

<sup>15</sup> Enrico Redenti: op. cit. pág. 25.

tendrán sólo en los asuntos de que deban conocer, mas todos ellos tienen jurisdicción, ya que de lo contrario no podrían resolver conflictos. Así entonces, el Tribunal Constitucional, los Tribunales Electorales, el Senado, los Tribunales Militares, la Contraloría, los Juzgados del Trabajo, y otros, gozan de una parte de jurisdicción que es su competencia. La diferencia entre competencia y jurisdicción radica en que la primera "está en el poder perteneciente, no a cada oficio, sino a todos los oficios en conjunto" <sup>16</sup>.

Así, por ejemplo, en nuestro país, cuando se dice que el poder legislativo tiene facultades jurisdiccionales al conocer de la acusación constitucional, no las tiene como poder legislativo sino como un órgano que extralimita su función propia, la legislativa, para tomar una parte de otra que no le es propia, pero que la Constitución o la ley le encomiendan, la jurisdiccional.

En otras palabras, la Constitución ha investido al Senado, en el caso que estamos comentando, de la calidad de tribunal, lo que hace que, desempeñando esa función, sea un juez constitucional dentro de nuestro ordenamiento judicial, cuando conoce de las referidas acusaciones.

En consecuencia, para apreciar este problema, debemos enfocarlo en términos doctrinarios y distinguir claramente entre poder y función. Sabemos que a cada poder público corresponde preferentemente el ejercicio de una función; sin embargo, cuando al poder legislativo, como en este caso, o al administrativo en otros, se les dice, por la Constitución o la ley, que son soberanas en materia de creación de tribunales, las funciones de tipo jurisdiccional que se les otorgan no las desempeñan cumpliendo su función propia, sino debido a que para ese caso concreto ejercen jurisdicción, resolviendo un conflicto. Como sólo tienen jurisdicción los tribunales, debemos concluir, que en la medida en que esos órganos ejecutivos o legislativos desempeñan funciones jurisdiccionales, lo hacen como tribunales especiales. De esta manera, queda consagrado el principio de que la jurisdicción es privativa de los Tribunales de Justicia.

Algunas confusiones sobre esta característica de la jurisdicción derivan de la creencia de que al poder judicial corresponde privativamente

<sup>16</sup> Francesco Carnelutti: Sistema de Derecho Procesal Civil. t II. pág. 287.

el ejercicio de la función jurisdiccional. Ello, a nuestro juicio, no es efectivo.

No se pueden confundir los términos función y poder. Si se cree que la jurisdicción es un atributo del poder judicial, evidentemente habrá un grupo de tribunales que al no formar parte del poder judicial no tendrán jurisdicción. En cambio, si se afirma, como es nuestra creencia, que la jurisdicción radica en los tribunales de justicia, cualquiera que sea el poder a que pertenecen, es evidente que todos los tribunales, por el sólo hecho de serlo, tendrán jurisdicción; y a la inversa, un órgano sin jurisdicción no puede tener el carácter de tribunal. Chiovenda, en su obra, trata "in extenso" esta materia y concluye que la jurisdicción es ejercida por órganos que pueden o no pertenecer al poder judicial, pero que toman el carácter de tribunales por el fin a que están destinados <sup>17</sup>.

La Constitución de Bolivia, en su artículo 116, en el Tercer Título, destinado al Poder Judicial, expresa que: "El Poder Judicial se ejerce por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Tribunal Constitucional, las Cortes Superiores de Distrito, los tribunales y jueces de Instancia y demás tribunales y juzgados que establece la ley. La ley determina la organización y atribuciones de los tribunales y juzgados de la República. El Consejo de la Judicatura forma parte del Poder Judicial".

El Capítulo II, lo destina a la Corte Suprema y el Capítulo III al Tribunal Constitucional.

La Constitución chilena también se refiere al poder Judicial en términos diferentes y destina capítulos separados, no incluidos en el Poder Judicial, para el Tribunal Constitucional y los Tribunales Electorales.

En suma, sostenemos en esta característica que la jurisdicción pertenece a los tribunales de justicia, es un atributo de los tribunales mismos y no del poder judicial, que, si bien es efectivo agrupa a la mayor parte de ellos, no los comprende en su totalidad. Afirmar lo contrario, sería concluir que todo tribunal especial que no quedare dentro de la esfera del poder judicial, incluidos los que la propia Constitución establece, carecería de jurisdicción y, en consecuencia, no podría decidir conflictos, ya que dicha función se la entrega la Constitución a los

<sup>17</sup> Giuseppe Chiovenda: op. cit. t II. pág. 28.

tribunales, y sólo tienen el carácter de tales, aquellos órganos que gozan de jurisdicción.

Además, hoy en día es un hecho que existen tribunales internacionales, como la Corte Penal Internacional, el Tribunal de Derechos Humanos de Costa Rica, el Tribunal Centroamericano, el tribunal de Estrasburgo, el de Luxemburgo y la Corte de La Haya, que tiene jurisdicción y que obviamente no pertenecen ni puede pertenecer a un poder judicial nacional.

Ellos ejercen jurisdicción porque han sido reconocidos por los respectivos países como tribunales, y por lo tanto sus constituciones les han otorgado jurisdicción para decidir conflictos.

Esta es una razón más para concluir que no sólo son tribunales los que se encuentran en el Poder Judicial.

Evidentemente, como medida de orden práctico no es posible destruir la división de los poderes públicos, y cualquier ley que contrarie abiertamente tal principio adolecería de un vicio de inconstitucionalidad.

Volviendo por fin a nuestro enunciado, podemos afirmar que la jurisdicción es evidentemente un atributo de los tribunales de justicia y no del poder judicial. Todo tribunal de la República tiene una parte de jurisdicción que es su competencia y la suma de todas ellas es la jurisdicción. Ahora bien, si todos los tribunales integran el poder judicial, se identifican.

**d) Es improrrogable:** La jurisdicción es improrrogable. La prórroga en derecho procesal es la facultad que tienen las partes para someter el conocimiento y la decisión de un asunto a un tribunal distinto al que establece la ley. Esta se ocupa de distribuir el ejercicio de la jurisdicción entre los distintos tribunales, pero ni ella ni las partes pueden entregar dicho ejercicio a otros órganos que no sean los tribunales.

En el derecho interno, desde el momento en que todo tribunal goza de una parte de ella, no es posible la prórroga de la jurisdicción. En el derecho internacional, ello tampoco es posible ya que es de toda evidencia que la jurisdicción que el Estado, inspirándose en supremos

intereses nacionales, se atribuye a sí mismo, no puede ser objeto de disposición por parte de los litigantes.

Es por esta razón que los distintos Tribunales Constitucionales del mundo que han debido pronunciarse sobre la incorporación a su sistema jurídico de la Corte Penal Internacional de Roma, han debido entregar una parte de la jurisdicción que le es propia como Estado al referido tribunal supranacional.

Si no fuese así, carecería de jurisdicción y por lo tanto sus sentencias no producirían efecto alguno dentro de los límites soberanos del país.

En síntesis, ni siquiera en este caso hay una prórroga, sino que hay un reparto de jurisdicción entre tribunales nacionales y supranacionales.

**e) Todo órgano que ejerce jurisdicción es un tribunal.** El Estado, en general, tiene tres grandes funciones: la legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Sin embargo, la mayor parte de las Constituciones del mundo, al establecer las bases de la organización del Estado, no hablan de un poder administrativo o uno legislativo sino que de sus órganos (Presidente de la República y Congreso Nacional). Respecto de los órganos jurisdiccionales, la Constitución los consagra bajo el capítulo "Del Poder Judicial" y habla expresamente de "tribunales", no obstante que no reúne allí a todos ellos, puesto que los hay también fuera del Poder Judicial sin que por ello dejen de ser órganos jurisdiccionales.

Esta característica está en estrecha relación con la cosa juzgada, pues un órgano que no es tribunal siempre puede revisar los actos de su propia función y no así los tribunales, salvo en casos muy excepcionales.

Los tribunales con mayor carga jurisdiccional son los ordinarios y algunos especiales. Hay, además, tribunales especiales que funcionan sólo en oportunidades precisas, como por ejemplo el Tribunal Calificador de Elecciones o los tribunales militares en tiempo de guerra.

**f) La jurisdicción es unitaria.** Ella es una sola y no admite clasificaciones. Desde el momento en que se le clasifica o divide pasa a ser competencia. Aun así, hay una clasificación que no se refiere a la

competencia, pero en una categoría que no responde, en realidad, al concepto de jurisdicción: es la que distingue entre jurisdicción contenciosa y no contenciosa. Esta última, por definición, no es jurisdicción, ya que es esencial en ésta la existencia de un conflicto a decidir.

No obstante, es frecuente que se hable de jurisdicciones civiles, penales, constitucionales, lo que podría aceptarse solamente como una costumbre en el ámbito del derecho, puesto que producida la distribución de la jurisdicción ésta automáticamente pasa a denominarse competencia, que es la parte de la jurisdicción que corresponde a cada tribunal.

**g) Es territorial:** "el ejercicio de la jurisdicción, está íntimamente ligado a la idea de territorio del Estado"<sup>18</sup>; en cuanto afirmamos que ella es un atributo de la soberanía, es lógico que sólo pueda concebirse su ejercicio dentro de los límites físicos o territoriales del Estado, sin perjuicio de las reglas generalmente aceptadas por el Derecho Internacional, que, por ser excepcionales, no hacen más que confirmar la regla general de la territorialidad de la jurisdicción. Habrá en el mundo, entonces, tantas jurisdicciones como Estados capaces de ejercerlas<sup>19</sup>.

La mayor parte de las legislaciones incorpora a sus textos legales el principio de la territorialidad de la jurisdicción, al declarar que las leyes son obligatorias para todos los habitantes, incluso los extranjeros, como asimismo que los bienes situados en los respectivos países se rigen por sus leyes<sup>20</sup>.

Por otra parte, la lógica, las reglas del derecho internacional y el respeto mutuo de los Estados, hacen que la jurisdicción sólo tenga cabida dentro del territorio de un Estado: "es obvio", dice Podetti, "que siendo la jurisdicción un poder del Estado, sólo pueda ejercitarse dentro de los límites territoriales de cada Estado"<sup>21</sup>.

Siendo la función jurisdiccional un atributo de la soberanía, sólo puede ejercerse donde ella exista; y la soberanía existe donde existe una

<sup>18</sup> Giuseppe Chiovenda: Op. Cit. t. II, pág. 40.

<sup>19</sup> Ramiro Podetti: op. cit. págs. 284-285.

<sup>20</sup> Artículos 14 y 16 del Código Civil. Fernando Varas. Apuntes de clases Derecho Internacional Privado. Curso 1955.

<sup>21</sup> Ramiro Podetti: op. cit. pág. 284.

Nación con todos sus atributos<sup>22</sup>. Pero la territorialidad de la jurisdicción supone, además, que sólo ella puede ejercitarse dentro de los límites territoriales del Estado. Su poder, dice Amunátegui, "es un poder exclusivo que no admite partición"<sup>23</sup>.

Sin embargo, el hombre es un ser cosmopolita, que viaja y se mueve haciendo uso de sus innegables derechos de ser humano. Desde el momento que ese individuo sale de su Estado para ir a otro, se plantea un problema de jurisdicción difícil de resolver: este individuo ¿por qué ley se rige?, ¿por la ley de su nacionalidad o por la de su territorio? Los tratadistas de Derecho Internacional Privado han agotado las discusiones sobre la materia y no nos corresponde, por ahora, preocuparnos de ellas. Trataremos en su oportunidad, las reglas de competencia internacional comprendidas en el Código de Bustamante, donde tendremos ocasión de desarrollar un poco más en detalle esta interesante materia.

Lo expresado es sin perjuicio de las facultades jurisdiccionales que un país pueda otorgar a tribunales supranacionales o a los pactos de sumisión de jurisdicción tratándose de derechos disponibles como es el caso de los arbitrajes comerciales internacionales.

Finalmente, para terminar el análisis de esta importante característica de la jurisdicción, debemos llamar la atención en cuanto a no confundirla con el territorio como factor determinante de la competencia relativa. Este territorio determina sólo la existencia de un elemento de juicio para distribuir la jurisdicción entre los diversos jueces, vale decir, para establecer su competencia. En consecuencia, el territorio es también un elemento determinante de la competencia, que no debemos confundir con la territorialidad de la jurisdicción, ya que ella emana de la soberanía y ésta es única e indivisible. "En consecuencia no existe dentro del país más que una jurisdicción"<sup>24</sup>.

**h) La parte de jurisdicción que corresponde a cada tribunal es su competencia.** Para determinar qué tribunal es el que debe conocer de un asunto concreto, se considera:

<sup>22</sup> Gabriel Amunátegui: op. cit. pág. 72.

<sup>23</sup> Gabriel Amunátegui: op. cit. pág. 72.

<sup>24</sup> Ramiro Podetti: op. cit. pág. 285.

a) La competencia absoluta, cuyos elementos determinantes son la materia, el fuero y la cuantía;

b) La competencia relativa entra en juego cuando hay más de un tribunal que tenga la misma competencia absoluta y sirve para distribuir dicha competencia entre todos los tribunales de justicia, empleando como factor determinante al territorio.

c) La distribución de causas, cuyas reglas se aplican siempre que haya más de un tribunal con igual competencia absoluta y relativa. No obstante, tratándose de la competencia penal, cualquier tribunal que la tenga está obligado a conocer de un asunto para el efecto de practicar las primeras diligencias del sumario, y

d) La competencia específica. Una vez que se ha radicado el conocimiento de un proceso ante el tribunal competente, sólo a él corresponde conocer del asunto; iniciado el proceso, el tribunal está obligado a conocer de él. Es el deber de la jurisdicción. Además, con las pretensiones y contrapretensiones, queda fijada la materia sobre la cual deberá pronunciarse, no pudiendo extenderse a otras, so pena de incurrir en *extra-petita* ni dar más de lo que se le ha pedido en su sentencia – *ultra-petita* -.

**i) La jurisdicción se manifiesta, en general, a través de actos jurisdiccionales llamados resoluciones judiciales, las cuales difieren según si el tribunal está conociendo o juzgando. Tales resoluciones son:**

a) Los decretos, providencias o proveídos, que sirven para instruir el proceso;

b) Los autos, que se pronuncian sobre trámites o resuelven incidentes que no producen cosa juzgada;

c) Las sentencias interlocutorias, que resuelven las mismas materias que los autos, pero con efecto de cosa juzgada.

Las tres clases de resoluciones hasta aquí mencionadas, son utilizadas en el momento jurisdiccional del conocimiento.

d) Las sentencias definitivas, que se dictan como cierre de la respectiva instancia decidiendo el conflicto con efecto final de cosa juzgada.

La sentencia definitiva es la que se dicta en la etapa de juzgamiento del proceso.

Además de las resoluciones anteriores, se considera como una resolución judicial distinta la sentencia de casación, que no responde a ninguna de las categorías anteriores y constituye una sentencia de nulidad que invalida la sentencia casada y la sustituye por otra que resuelve el asunto de que se trata.

Por medio de los actos jurisdiccionales, los tribunales logran materializar los momentos jurisdiccionales que tiene el proceso. Y en complemento de tales actos existen otros actos procesales del tribunal que no son jurisdiccionales, puesto que el juez no decide nada en ellos, como son los de comunicación (notificaciones) o los de prueba (inspección personal del tribunal).

**j) La jurisdicción es de ejercicio eventual.** El evento del cual depende el ejercicio de la jurisdicción es la existencia de un conflicto de intereses de relevancia jurídica, sometido a la jurisdicción a través del proceso. Pero Calamandrei plantea que la jurisdicción se ejerce cuando la función legislativa es insuficiente para asegurar el cumplimiento del derecho. Ella opera sólo una vez que se ha verificado la transgresión a la norma.

**k) La jurisdicción limita en la competencia específica del tribunal.** Tal competencia es la que fijan generalmente las partes y, excepcionalmente, el juez cuando está autorizado legalmente para conocer de oficio; o sea, es el conflicto traspasado al proceso. De manera que la jurisdicción tiene un límite subjetivo y uno objetivo:

a) Constituyen el límite subjetivo, las partes del conflicto, que serán las únicas obligadas por la sentencia como consecuencia de sus efectos relativos.

b) Objetivamente la jurisdicción limita en el asunto sometido a proceso por las partes o, excepcionalmente, por el propio juez. Cuando el

juez actúa sin haber sido impulsado por una acción, se sanciona el proceso con la inexistencia; pero cuando, habiendo acción, se sale el juez de sus límites objetivos, se sanciona su acto con la nulidad, por la causal de ultra-petita o extra-petita.

El tribunal debe atenerse en el ejercicio de su jurisdicción al mérito del proceso, esto es, a los hechos y las pruebas aportados por las partes y, excepcionalmente, por el juez al proceso.

**l) Es indelegable:** La jurisdicción no admite convención alguna por parte de los órganos que la ejercen. Mattiolo dice: "delegar la jurisdicción es el acto de quien investido de jurisdicción propia confía el ejercicio de ésta a otro juez". La misma razón expuesta al tratar de la prórroga de la jurisdicción, hace que la jurisdicción sea indelegable. El ser un atributo soberano hace que ella también tenga esta característica muy esencial y propia de la soberanía<sup>25</sup>.

**m) El ejercicio de la jurisdicción aplicado a un caso concreto, produce cosa juzgada en torno a lo resuelto.** La jurisdicción tiene como efecto la cosa juzgada que producen ciertos actos jurisdiccionales una vez que están firmes o ejecutoriados. La cosa juzgada es el efecto de verdad jurídica indiscutible e inamovible de ciertas resoluciones judiciales cuando están firmes o ejecutoriadas.

Los presupuestos para que opere la cosa juzgada son los siguientes:

a) un proceso en que haya un tribunal que ejerza jurisdicción; y

b) que el tribunal dicte, en ese proceso, una de las resoluciones que, según la ley, producen efecto de cosa juzgada. Tales resoluciones son las sentencias definitivas e interlocutorias firmes o ejecutoriadas.

Este efecto se produce cuando:

b.1.) Procediendo recursos en contra de la resolución, ellos han sido efectivamente entablados y fallados;

b.2.) Procediendo recursos, ellos no fueron entablados dentro de plazo y, por lo tanto, ha precluido el derecho, y

b.3.) No proceden recursos en contra de la resolución.

Una vez que una sentencia se encuentra firme, ella no puede ser revocada ni alterada por nadie, ni por el tribunal, las partes, el Presidente de la República o el Congreso Nacional.

La jurisdicción es la única potestad que tiene este particular efecto. Pese a ello, existen actos no jurisdiccionales y que sí producen cosa juzgada: los equivalentes jurisdiccionales. En Chile, sólo se conocen la transacción, la conciliación y el avenimiento. Ellos no son sentencias pero son sus equivalentes legitimados y por ello la ley les asigna el efecto de cosa juzgada.

Sus efectos operan en dos ámbitos distintos; de ahí surgen la acción y la excepción de cosa juzgada. La acción de cosa juzgada sirve para hacer cumplir efectivamente lo resuelto por el tribunal en la sentencia. La excepción de cosa juzgada impide que se vuelva a litigar en un nuevo proceso sobre lo resuelto; ella es la que da certeza y estabilidad a las sentencias y al proceso.

La única salvedad que existe en Chile respecto de la excepción de cosa juzgada es la revisión, que es una acción especialísima que tiende a reabrir un proceso estando ya ejecutoriada la sentencia en él dictada. Las causales que la hacen procedente son de derecho estricto. El fundamento para esta acción de revisión es la prevalencia de la justicia por sobre la certeza cuando la sentencia firme contiene una injusticia manifiesta. La acción de revisión tiene un plazo de prescripción de un año en materia civil; en materia penal es imprescriptible.

Los códigos de procedimiento civil, penal y procesal penal la contemplan.

Las sentencias emanadas de los tribunales de justicia en el ejercicio de la función jurisdiccional que les es propia, producen este efecto de verdad jurídica indiscutible e inamovible. Su estudio está más allá de nuestras pretensiones. Bástenos, por el momento, saber que la cosa juzgada es una característica emanada de la jurisdicción.

<sup>25</sup> Gabriel Amunategui: op. cit. pág. 74

### 3.- Los momentos de la Jurisdicción

La jurisdicción se desarrolla en el proceso a través de los momentos jurisdiccionales. Ellos representan el desenvolvimiento de su ejercicio con el objeto de proporcionar al tribunal los antecedentes previos indispensables para que pueda hacer uso de su facultad de juzgar y, hecho, para obligar al vencido al cumplimiento de lo resuelto.

En general las normas procesales establecen que, tanto el ejercicio de la función jurisdiccional como la actividad de las partes en el proceso, se encuentran regulados de antemano por procedimientos generalmente preestablecidos por la ley y, excepcionalmente, señalados por las partes o por el propio tribunal.

De lo expuesto en este trabajo se deduce que el momento más trascendente de la jurisdicción es, sin duda, el del juzgamiento, fase en que el tribunal resuelve el conflicto y pone fin a la incertidumbre de la discusión mediante una sentencia que, oportunamente, adquirirá los efectos de verdad jurídica indiscutible e inamovible propios de la cosa juzgada.

Pero, no es menos efectivo que el tribunal nunca estará en condiciones de resolver sin conocer el conflicto sobre el cual debe recaer su pronunciamiento, sin escuchar a las partes y recibir sus pruebas. De allí que el momento del juzgamiento está siempre precedido por el del conocimiento que, por su importancia, no sólo cuenta con un reconocimiento doctrinario sino constitucional y legal.

El axioma procesal que expresa que "nadie puede ser condenado sin ser oído", es una clásica manifestación de lo expuesto. Nuestra legislación procesal, civil y penal, da plenas garantías y oportunidades a los litigantes para que puedan hacer valer sus derechos ante el tribunal en forma previa al juzgamiento. Basta abrir un código de procedimiento y examinar las disposiciones pertinentes.

Pero aún hay más sobre este particular; al litigante no sólo le interesa la solución declarativa de su pretensión, sino que desea verla traducida a la realidad; en otros términos, obtener el cumplimiento de lo resuelto. Para ello, la doctrina procesal ha elaborado y la ley chilena

establecido, un tercer momento jurisdiccional que se denomina de la ejecución o del cumplimiento del fallo y que, lógicamente, es posterior al del juzgamiento. Se hace efectivo solamente cuando la parte perdedora no se allana buenamente al cumplimiento de la decisión judicial.

No obstante su nítido carácter jurisdiccional, algunos autores niegan la existencia de este tercer momento, anotando que se trata de procedimientos administrativos que no emanan de la jurisdicción, lo que ocurriría especialmente en el área del derecho procesal penal, donde toda la fase de cumplimiento de lo resuelto está a cargo de la autoridad administrativa. Más adelante volveremos sobre el particular, anticipando que, a nuestro juicio, este momento corresponde al ejercicio pleno de la jurisdicción.

Por ahora, lo que deseamos dejar en claro y a modo de resumen de lo expuesto, es que el ejercicio de la jurisdicción se manifiesta en el proceso en tres momentos o etapas, a saber: la del conocimiento, la del juzgamiento y la del cumplimiento.

Si las resoluciones están sujetas a revisión por la vía de los recursos, los momentos vuelven a repetirse total o parcialmente, según cual sea la naturaleza del recurso interpuesto. Ello puede acontecer ante el mismo tribunal, ante el superior jerárquico o ante aquel que deba conocer de la impugnación, todo ello según las normas de competencia.

Previo a examinar su desarrollo en la legislación nacional, debemos dejar constancia que los momentos de la jurisdicción se encuentran íntimamente vinculados al procedimiento a que debe someterse el proceso.<sup>26</sup>

Examinemos ahora los momentos de la jurisdicción.

La facultad de conocer permite a los tribunales la intervención y análisis de las causas que las partes en procedimientos contenciosos, someten a su conocimiento y posterior decisión. Avocándose a ellas, el juez se forma un concepto más o menos claro de los problemas de hecho y de derecho ventilados en el pleito, que, luego de planteados según corresponda y de acuerdo con las reglas de procedimiento, está en condiciones de juzgar.

<sup>26</sup> Darío Benavente: Apuntes de clases. Curso 1953, sin página.

Analizado desde ese punto de vista, la facultad de conocer encierra el poder de que están investidos los jueces para dictar una serie de resoluciones, tendientes a la sustanciación del proceso, tanto en lo relativo al emplazamiento de las partes, como en cuanto a la prueba de los hechos, materia de la disputa. Entre ellas hay algunas actuaciones declaradas esenciales y otras que no lo son; algunas, realizadas por el juez, otras, por sus funcionarios auxiliares, cuya misión es colaborar en el ejercicio de su jurisdicción. El conocer, entonces, permite al tribunal formarse una idea precisa y perfecta de lo que las partes someten a su decisión; son ellas las que plantean la controversia; es el juez quien determina los hechos controvertidos. Las partes rinden sus pruebas, que el juez aprecia de acuerdo con las reglas procesales, pero el sentenciador, a su vez, como medidas para mejor resolver, cuenta con una serie de facultades tendientes a quedar perfectamente informado del asunto que se somete a su decisión.

Por último, debemos manifestar que la facultad de conocer tiene también importancia en relación a la sentencia misma, que es la forma de exteriorizar la facultad de decidir o resolver derechamente la cuestión sometida a su decisión. En efecto, al conocer el juez, debe ceñirse a una serie de normas de carácter procesal cuya infracción puede llevar a la invalidación de la sentencia por la vía del recurso de casación en la forma. Además, el juez debe, en la sentencia, precisar los hechos objeto de su decisión, vale decir, los fundamentos de hecho que necesariamente surgen de este momento jurisdiccional.

La facultad de juzgar es la más propia y evidente función del tribunal y la más preciosa potestad que emana de la jurisdicción. Ella nace cuando las partes, incapaces de resolver por sí una controversia, deciden someter a la justicia la materia objeto del litigio; por ello, la actividad jurisdiccional, en esencia, es una actividad de sustitución, como bien afirma Chiovenda, ya que es, propiamente, la sustitución por una actividad pública de una actividad de otro.<sup>27</sup>

Esta manera de concebir la jurisdicción, en el momento de juzgar se traduce en que la voluntad del tribunal sustituye a la de los sujetos del proceso, y es la que Chiovenda define como la sustitución "por la actividad intelectual del juez, no sólo la actividad intelectual de las partes,

<sup>27</sup> Giuseppe Chiovenda: Op. Cit. t II, pág. 10.

sino de todos los ciudadanos al afirmarse como existente o no existente una voluntad concreta de ley que concierne a las partes"<sup>28</sup>. Es el concepto de Cicerón: "Vere dici magistratum legem eso loquentem"<sup>29</sup>.

Esta facultad, en consecuencia, otorga al juez la potestad suficiente para decidir la controversia ante él propuesta por medio de una resolución judicial que toma el nombre de sentencia. La forma de hablar del juez, como decía Gabriel Amunátegui en su curso, es la sentencia, que es la decisión en forma obligatoria para las partes y para la colectividad entera del asunto litigioso sometido al conocimiento y decisión de los tribunales de justicia.

Juzgar es la labor propia del juez. Conocer y hacer cumplir lo juzgado son, si pudiéramos así decirlo, complementarias de esa facultad esencial que representa y es, en suma, la jurisdicción en sí misma. Sin la facultad de juzgar, de nada servirían las facultades de conocer y menos aún la de hacer cumplir lo juzgado, porque sin sentencia no hay nada que hacer cumplir. No es difícil apreciar, entonces, como ambas dependen de la facultad de juzgar que, por naturaleza, es la función propia del juez.

Pero si bien es efectivo que la tercera facultad que otorga la jurisdicción, la de hacer cumplir lo juzgado, no es la más importante, sin embargo, tiene ella su misión que cumplir. De nada servirían las decisiones generales y obligatorias de los jueces si ellas pudiesen ser burladas. Por ello es que de la jurisdicción emana esta tercera facultad, que entrega al juez una serie de medios tendientes al cumplimiento material de lo ya teóricamente declarado en la sentencia. Su fundamento está en obtener que las resoluciones judiciales no sean meramente teóricas, no queden en el papel, sino que tengan la fuerza suficiente para tomar vida en el campo del derecho. Nada se lograría con una sentencia favorable, si posteriormente alguien nos impidiese cumplirla; por esta razón, las legislaciones y la doctrina, desde antiguo, han otorgado esta facultad a los tribunales de justicia para que así su magna función pueda ser cumplida íntegra y totalmente. Hoy se considera que el imperio es un atributo de los tribunales.

Analizadas ya las facultades que otorga la jurisdicción a los jueces, no podemos cerrar este capítulo sin manifestar que ellos, además de las

<sup>28</sup> Giuseppe Chiovenda: Op. Cit. t II, pág. 10.

<sup>29</sup> Cicerón, De leg. III, I. Citado por Chiovenda: Op. Cit. t II, pág. 11.

facultades analizadas, tienen el deber de abrir proceso cuando son requeridos en forma legal sin que puedan excusarse de desempeñar su ministerio.

Ello no queda al arbitrio del juez; en las legislaciones del mundo existen cuerpos legales ordenados y sistemáticos que reglamentan la forma de acudir en demanda de justicia ante los tribunales competentes. Los ordenamientos jurídicos establecen con claridad el deber de los tribunales de ejercerla en innumerables disposiciones legales y señalan que reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia no podrán excusarse de ejercer su autoridad para conocer y decidir el conflicto. Es el llamado principio de la inexcusabilidad que se desprende del hecho de ser la jurisdicción un poder-deber.

Al establecer las reglas de competencia y los deberes de los jueces, quedan claramente delineadas sus obligaciones, respaldadas por una triple responsabilidad: civil, funcionaria y criminal. Por esta razón, algunos tratadistas definen la jurisdicción como la potestad deber del Estado, representado por los jueces, de remover los obstáculos que afecten al orden jurídico impidiendo o dificultando el ejercicio de los derechos subjetivos, con lo que hacen notar de preferencia la obligación indiscutida de los jueces de administrar justicia<sup>30</sup>.

Se ha discutido mucho sobre la sanción que afecta a los actos en que no se ejerce adecuadamente jurisdicción para la solución de conflictos. Algunos afirman que ella está dada por los artículos 6° y 7° de la Constitución, según los cuales la extralimitación de órganos o personas en sus funciones, acarrea la nulidad de derecho público. Personalmente, opino que la falta de jurisdicción no genera nulidad sino que inexistencia. La distinción entre una y otra sanción es de enorme importancia, porque la cosa juzgada tiene el efecto de sanear todo vicio que haya en el acto anulable, pero si no hay jurisdicción tampoco puede haber cosa juzgada ni, por tanto, saneamiento alguno.

Los actos procesales tienen requisitos de existencia y de valdez y los vicios que se presenten en unos u otros sufren sanciones distintas. Así, por ejemplo, la falta de conflicto o la mencionada falta de jurisdicción generan inexistencia y la incompetencia produce nulidad<sup>31</sup>.

<sup>30</sup> Ramiro Podetti: Op. Cit. pág. 18.

<sup>31</sup> Véase Los Actos Procesales —obra del Autor—. T II. Capítulo 11.

#### **IV. LAS DENOMINADAS JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y ORDINARIA**

En el marco de este trabajo, emplearemos las expresiones jurisdicción constitucional y ordinaria en un sentido tradicional, para significar el mismo concepto, no obstante que lo propio es referirse a la competencia constitucional y ordinaria ya que en estricta doctrina, constituyen institutos diferentes.

En este entendido, la jurisdicción constitucional es equivalente a la competencia de los tribunales constitucionales, y la común, a los del resto del sistema.

En definitiva, su uso está relacionado con las tendencias y sistemas de cada país.

Además, deben tenerse en cuenta que si el mecanismo de control de constitucionalidad es difuso, se confunden ambas jurisdicciones y por lo tanto no hay relaciones entre ellas. En cambio, en el sistema del control concentrado, si existe una jurisdicción o competencia constitucional entregada a un Tribunal Constitucional, a la Corte Suprema, a una de sus Salas o compartida y otra, asignada al sistema común.

En este contexto, cabe establecer algunas relaciones entre Constitución, Justicia Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, para concluir que todo el resto de la jurisdicción le corresponde a los tribunales ordinarios, con la salvedad del contencioso administrativo.

Efectuada esta precisión, me referiré en primer término a la Constitución y sus necesarias vinculaciones con la jurisdicción.

##### **1. Constitución y jurisdicción.**

El Juez norteamericano **Joseph Caldwell** señala que se puede decir que una Constitución es el esfuerzo de un pueblo para dejar escrito su espíritu sustantivo. También, se puede decir que la

Jurisprudencia constitucional es, en gran parte, la búsqueda, dentro de los límites de las palabras escritas en ella, de un equilibrio entre todas estas fuerzas contrarias que se necesita en cualquier momento para que un pueblo siga gobernándose.

La Constitución que es producto de la libre autodeterminación del pueblo, que contempla los límites y controla los diversos poderes del estado y consagra el respeto y potencia de derechos fundamentales, todos principios constitucionales de la democracia moderna, es una Constitución que responde al sistema democrático.

También la Constitución para que se transforme en norma vinculante debe contener los mecanismos idóneos y eficaces que la protejan. Esta misión es la encomendada al Derecho Procesal Constitucional.

Como sostiene **García de Enterría** hoy las Constituciones son normas jurídicas efectivas que prevalecen en el proceso político, en la vida social y económica del país y que sustentan la validez de todo el orden jurídico. Como sentenció el juez **Marshall** es "la ley suprema y soberana de la Nación" y un acto incompatible con su normativa es nulo, decisión sobre la cual los expertos concluyen que Europa ha vuelto a descubrir la Constitución como una ley suprema, que coloca algunos valores fundamentales de la sociedad fuera del alcance de mayorías parlamentarias ocasionales. De allí que haya sido rejuridificada en el sentido de que se le considera ahora como una ley fundamental directamente ejecutable por los jueces y aplicables a los individuos. Es aquí donde emerge la concepción de la vinculación directa entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

Para que exista Justicia Constitucional se requiere una Constitución y una jurisdicción constitucional que le permita controlar, por la vía del proceso la vigencia real de su preceptiva. Es por ello, que podemos afirmar con **Zarco Luksic** que el tema de la Justicia Constitucional está íntimamente ligado al valor de la norma constitucional. Por otra parte, el valor de la Constitución al interior de la comunidad humana, está hoy sólidamente encadenada al sistema democrático.

Ello hace necesario referirse en esta oportunidad a la vinculación que existe entre la Constitución y sus mecanismos jurisdiccionales de protección.

En la actualidad, de acuerdo a la moderna doctrina constitucional, en el concepto de Constitución deben concurrir una multiplicidad de elementos: un elemento formal, un documento legal y especial escrito; material, orientado hacia un objeto; y normativo donde se establecen normas jurídicas que son inmediatamente consecuencia del Poder Constituyente.

El status y significado de la Constitución en un Estado moderno que se sujeta a principios democráticos y de Estado de Derecho, obliga a construir en su interior los mecanismos destinados a proteger y salvaguardar las normas que se contienen en ellas.

Uno de los instrumentos jurídicos por excelencia destinado a la tarea de protección de la normativa constitucional, es el proceso que se sustancia por la Justicia Constitucional y que tiene por misión principal velar por el respeto del principio de la "supremacía constitucional". Sin embargo, su cometido esencial no se reduce solo a resolver la inconstitucionalidad de las normas que son contrarias a la Carta Fundamental, sino que, además, tendrá la fundamental labor de interpretar dicha norma constitucional. Por último, en algunos casos, la Justicia Constitucional tendrá la tarea de conocer y resolver aquellas cuestiones donde el ciudadano ve violados sus derechos fundamentales o existen conflictos entre poderes.

## 2. El Derecho Procesal Constitucional

El Derecho Procesal Constitucional es aquella rama del derecho público que establece las normas procesales orgánicas y funcionales necesarias para dar eficacia real a la normativa constitucional cuando surja un conflicto entre un acto de la autoridad o de un particular y sus disposiciones.

Comprende la organización y atribuciones de los Tribunales Constitucionales y la forma en que éstos ejercen su jurisdicción al resolver conflictos constitucionales por medio del proceso y con efectos permanentes.

**Nestor Pedro Sagües**, uno de los grandes precursores de esta disciplina, en su obra "Derecho Procesal Constitucional", nos dice que esta rama del derecho "es principalmente, el derecho de la jurisdicción constitucional, y tiene dos áreas claves: la magistratura constitucional y los procesos constitucionales", y nos recuerda una expresión de **Calamandrei** en el sentido de que todas las declaraciones constitucionales son fútiles, si no existen remedios jurídicos procesales que aseguren su funcionamiento real.

Por lo tanto, le corresponde al Derecho Procesal Constitucional la función de aportar al sistema jurídico nacional, los elementos orgánicos y funcionales necesarios y apropiados para que un conflicto constitucional pueda ser decidido por medio de una decisión jurisdiccional, lográndose así la plena vigencia de la supremacía constitucional.

La obra de **Hans Kelsen** "Las Garantías de la Jurisdicción Constitucional", escrita en 1928, constituye, en opinión de **Carlos Mesía**, "el inicio de las formulaciones teóricas del derecho procesal constitucional".

A partir de entonces, ésta disciplina surge con fuerza independizándose decididamente del Derecho Constitucional, cuando en el año 1955, **Mauro Cappelletti**, publica en Italia su monografía intitulada "Jurisdicción Constitucional de la Libertad". Esta obra, en opinión de **Héctor Fix-Zamudio**, fue aceptada por un sector mayoritario de ambos continentes -Europa y América-, y corresponde en su desarrollo al conjunto de instituciones procesales tutelares de los derechos consagrados constitucionalmente. El trabajo de **Cappelletti** se complementará, más tarde, con su estudio sobre "El control de constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado", publicado, en Milán en 1968.

Al entrar en funcionamiento Tribunales Constitucionales en la mayor parte de las naciones jurídicamente organizadas, se produce un veloz progreso en el desarrollo del Derecho Procesal Constitucional, el que en las últimas décadas comienza a enseñarse como disciplina autónoma. En el año 1982, la Universidad de Belgrano inauguró un curso de post grado sobre el Derecho Procesal Constitucional

experiencia que se repite en la Universidad de Chile y en otras universidades latinoamericanas.

Concordante con las ideas expresadas, **Luigi Ferrajoli** ha calificado su establecimiento como la conquista más importante del derecho contemporáneo para el logro de la protección jurisdiccional de la dignidad de las personas y de los derechos fundamentales frente a la ley, los que no podrían sobrevivir si carecen de una tutela eficaz a través del proceso.

Personalmente estimo que es correcta la denominación de Derecho Procesal Constitucional, puesto que su contenido se refiere a la competencia jurisdiccional constitucional y al proceso que debe seguirse para decidir sobre las garantías y no a preceptos constitucionales que se encuadran en el marco de la Constitución en forma estática.

En este contexto, las funciones del Derecho Procesal Constitucional pueden precisarse en las siguientes:

- a) Velar por la aplicación del principio de la supremacía constitucional.
- b) Solucionar los conflictos constitucionales.
- c) Realizar la función integradora de la Justicia Constitucional.
- d) La defensa de la Constitución a través de su labor de interprete de la Constitución.
- e) Colocar a disposición del Estado los elementos técnicos adecuados para que opere la Carta Fundamental.

También es útil agregar que los ordenamientos jurídicos constitucionales de las naciones que se inspiran en el estado democrático de derecho, le otorgan al Tribunal Constitucional un rol de guardián de la Constitución. Tal denominación se deriva de la función de protección de los enunciados constitucionales ante el desborde que puede provenir de los demás órganos del estado sea este ejecutivo, legislativo y judicial o de otra potestad que tenga consagración constitucional o jerárquicamente se encuentre subordinada a la Constitución. Sin embargo, hay que señalar además, que la defensa de la Constitución es una tarea que compete a todos los órganos y autoridades del Estado.

Hay que señalar que el papel que le ha tocado cumplir a la Justicia Constitucional desde sus comienzos ha sido de gran significación en la consolidación del Estado Constitucional de Derecho que se han dado las naciones democráticas.

Hoy para los jueces, ya sea que tengan un control concentrado o difuso, la Constitución es una norma *decisoria litis*.

A lo largo de todo el proceso de configuración de los distintos sistemas de Justicia Constitucional, y muy específicamente del de la creación de los Tribunales Constitucionales como órganos encargados de asumir el control de la actividad normativa del legislativo, se aprecia un hilo conductor que es la aparición de estos órganos en países que están en proceso de creación de un orden constitucional nuevo que se percibe amenazado por resistencia en contra y que necesita afianzarse; los Tribunales Constitucionales se articulan en estas situaciones como formulas de defensa de ese orden recién nacido que es necesario preservar y garantizar. De hecho la evidente expansión de los Tribunales Constitucionales no puede ocultar la circunstancia de que estos órganos no se han articulado nunca en Estados que no han visto seriamente amenazado su orden constitucional y sin embargo sí se han percibido como una necesidad imperiosa en aquellas situaciones en las que ha habido que construir el Estado democrático en su contexto conflictivo.

### 3. La Jurisdicción Constitucional

Precisado lo anterior, estimo útil recapitular en torno a lo que es la jurisdicción constitucional.

Es la ampliación de su ámbito para incluir en ella la potestad necesaria para la decisión del conflicto constitucional.

La jurisdicción se extiende a la solución de los conflictos que la Constitución, los tratados o la ley, ponen en la esfera de atribuciones de los Tribunales Constitucionales o, por excepción, a la de los tribunales ordinarios, cuando les atribuye expresamente la facultad de decidirlos, toda vez que sin disposición que así lo señale carecen de competencia para ello.

**Favoreu** expresa "que un Tribunal Constitucional es una jurisdicción creada para conocer especial y exclusivamente en materia de lo contencioso constitucional, situada fuera del aparato jurisdiccional ordinario e independiente tanto de éste como de los poderes públicos".

Recuerdo que en Chile, imitando el sistema francés, la propia Constitución, previniendo los conflictos que pudiesen presentarse cuando el contenido de un proyecto de ley orgánica aprobada sobrepase el mandato constitucional, ha otorgado competencia preventiva al Tribunal Constitucional para controlar su constitucionalidad, pudiendo declararla total o parcialmente inconstitucional, haciéndole perder su eficacia en la medida que declare que contempla preceptos contrarios a nuestra Constitución Política. El proyecto nunca será ley.

El derecho fundamental a la integridad y primacía de la Constitución y las normas que articulan la Jurisdicción Constitucional, deben interpretarse de manera que potencien al máximo la defensa y cumplimiento de la Constitución. Basta observar que la Jurisdicción Constitucional tiene una significación esencial para el perfeccionamiento y vigencia del Estado constitucional de derecho, la división y equilibrio de las ramas del poder público, la distinción entre poder constituyente y poderes constituidos, la división vertical del poder del Estado y el respeto de los derechos fundamentales.

También debe tenerse en cuenta que su competencia permite a los Tribunales Constitucionales desempeñar una función esencial de adaptación de la Constitución y de los textos constitucionales a la realidad nacional, en los casos en que la rigidez de ellos provoque problemas de aplicación de sus normas o de la alteración de las garantías en su esencia.

Para cumplir su alta misión los Tribunales Constitucionales deben contar con jurisdicción suficiente para resolver los conflictos propiamente contenciosos y para intervenir, a través de la denominada jurisdicción de certeza, en el control preventivo de las leyes. Con ello, al ejercer su jurisdicción en uno y otro caso garantizan el principio de la Supremacía Constitucional y logran dar eficacia real a los derechos personales.

La jurisdicción constitucional se presenta así como la garantía básica del Estado constitucional de derecho. El poder público en todas sus manifestaciones -Estado-legislador, Estado-administrador y Estado-Juez-

debe someter su quehacer a la Constitución. La jurisdicción constitucional asegura que efectivamente todos los poderes públicos sujeten sus actos (aquí quedan comprendidos entre otros las leyes, las sentencias y los actos administrativos) a las normas, valores y principios constitucionales, de modo que cada una de las funciones estatales sea el correcto y legítimo ejercicio de una función constitucional.

En efecto, el tipo normal y habitual de control jurisdiccional de la constitucionalidad existe en todo los regímenes que establecen el principio de supremacía de la Constitución al que deben conformarse los actos de todos los órganos del Estado y la actividad de los particulares.

Constituciones modernas como la de Italia, Austria, Alemania, Francia, España, Bélgica y Portugal contemplan Cortes Constitucionales como los tribunales idóneos para decidir conflictos constitucionales, a los que otorgan una amplia y suficiente jurisdicción.

El establecimiento de una Justicia Constitucional se traduce en borrar la sombra siniestra de la autotutela en la solución de los conflictos sometidos al proceso jurisdiccional que, de no existir dicho mecanismo, estará siempre al acecho.

Desde el punto de vista del Derecho Procesal Constitucional, la creación de tribunales constitucionales amplía la esfera de la jurisdicción y sus funciones, para incluir en ella la solución de conflictos constitucionales, especialmente los generados por el uso, por parte de los órganos competentes, de las funciones legislativa y ejecutiva. La primera es la que el juez de la Corte Suprema de Estados Unidos **Stephen Breyer** denomina "revisión judicial independiente", expresión que usa para referirse a la autoridad que es dada a los jueces para invalidar leyes sobre la base de que ellas violan disposiciones de una Constitución escrita.

La conversión de la Constitución en una verdadera norma jurídica vinculante para todos los poderes públicos, entre ellos el juez, ha revolucionado y cambiado definitivamente el rol de la Justicia Constitucional, toda vez que ha generado un vaso comunicante entre los tribunales constitucionales y los establecidos por el resto del sistema. Un buen ejemplo de ello es el caso italiano, en que cualquier tribunal puede suspender el conocimiento de un proceso a su cargo, si surge en él una cuestión de

constitucionalidad, cuya decisión somete a la consideración de la Corte Constitucional.

Se ha dicho, que cuando un Tribunal Constitucional en uso de su jurisdicción declarará nula una ley por vicios de inconstitucionalidad, no es sino el portavoz, el instrumento de la Constitución destinado a protegerla. Es su guardián.

Hoy la doctrina especializada, a partir de **Cappelletti**, postula que hay consenso en que la función que desarrollan los Tribunales Constitucionales es netamente jurisdiccional.

Este planteamiento tiene importancia, por cuanto si se considera que la actuación del tribunal es propia de un legislador, sus decisiones no vinculan a los jueces cuya libertad para interpretar la ley se mantiene inalterable. Sólo produce efecto su decisión, cuando la ley cuestionada es declarada inconstitucional.

Reitero que en Estados Unidos el control difuso significa que todos los jueces deben aplicar la Constitución por sobre la ley y, por lo tanto, en ese modelo no se cuestiona la jurisdicción de los tribunales comunes para conocer de materias constitucionales, pero el asunto resulta importante en los países que tienen control concentrado de constitucionalidad.

**Pedro Sagües** en su obra "Derecho Procesal Constitucional", se refiere extensamente al concepto de jurisdicción que proclama como "decisivo" para el Derecho Procesal y agrega que puede considerarse en sentido amplio o restrictivo, en sentido material y dentro de lo que denomina doctrina orgánica. En el primer caso, dice que puede hablarse de jurisdicción judicial, ejecutiva, parlamentaria, militar, y agrega el poder de los jurados.

La postura restrictiva describe un solo tipo de jurisdicción, la judicial y recuerda el concepto que da **Alfredo Di Iorio** que entiende la jurisdicción "como un poder-deber del Estado, programado para resolver conflictos a través de órganos independientes, mediante la aplicación de una norma general al caso concreto, y de las reglas constitucionales pertinentes, decisión que deberá poseer cosa juzgada material".

La jurisdicción constitucional, en sentido material, la doctrina la entiende como la actividad estatal encargada de decidir en las cuestiones de materia constitucional y viene a ser la tutela jurisdiccional destinada a corregir actos inconstitucionales de los órganos del Estado, lo que incluye el control de constitucionalidad de las leyes y otras normas, la solución de los conflictos de competencia y la defensa de los derechos públicos subjetivos constitucionales de los habitantes.

Finalmente la doctrina orgánica considera que una autentica jurisdicción constitucional sólo se presenta cuando el conocimiento de las pretensiones fundadas en normas de derecho constitucional se atribuyen a órganos jurisdiccionales independientes de la común organización judicial.

Conuerdo con **Pedro Sagües** en que la jurisdicción constitucional se define no por el órgano que la cumplimenta sino por la materia sobre la cual versa. En otros términos, ella existe con o sin órgano especializado.

Además, como apunta **Biscaretti** aun cuando se programa un Tribunal Constitucional "único", algunas funciones jurisdiccional materialmente constitucionales, siguen confiadas a otros órganos del estado, entre los cuales figuran los tribunales comunes, el Parlamento y órganos administrativos. Este es, precisamente, el caso del sistema chileno, en que hay un sistema compartido de jurisdicción constitucional.

En cambio, discrepo en cuanto concluye que una versión amplia del vocablo jurisdicción se impone, no tanto por sus méritos, sino porque refleja una realidad inocultable.

En mi opinión, enfocado el tema desde el punto de vista del conflicto, debe llegarse necesariamente a concluir que, siendo el proceso jurisdiccional una forma de solución prevista por la Constitución para resolverlos, la función que desarrolla el juez constitucional, cualquiera que éste sea, es necesariamente jurisdiccional, ya que de lo contrario, no podría decidirlos con efecto de cosa juzgada.

En torno a este interesante tema, el Profesor **Lautaro Ríos Alvarez** sostiene con mucha razón que la jurisdicción constitucional es la potestad decisoría atribuida por la Constitución a uno o más órganos jurisdiccionales con la precisa misión de resguardar y hacer prevalecer el principio de

supremacía de la Constitución en todas o en algunas de sus manifestaciones.

La mayor parte de los tratadistas concuerdan con dicha posición. La idea central que sostienen, es que estos órganos siempre resuelven conflictos constitucionales en el marco del ejercicio de una función jurisdiccional. Podemos citar entre muchos otros a **Favoreu, Cappelletti, Brewer-Carías, Rodolfo Piza, Francisco Rubio Llorente, José Luis Cea, Gastón Gómez Bernales, Francisco Cumpido, Mario Verdugo, Raúl Bertelsen, Humberto Nogueira Alcalá y Teodoro Ribera Neumann.**

Cabe concluir entonces, que la función que desempeñan los Tribunales Constitucionales al resolver conflictos constitucionales, es jurisdiccional.

Por lo tanto, planteo como tesis, que la función que ejercen los Tribunales Constitucionales al resolver las materias de su competencia es jurisdiccional. Las teorías del poder neutro y del legislador negativo resultan interesantes e ingeniosas para explicar las atribuciones del tribunal, pero, como yo lo expresara en mi obra sobre la jurisdicción, cada vez que un tribunal resuelve un conflicto con efecto de cosa juzgada, está ejerciendo jurisdicción.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional tiene una jurisdicción que la Constitución le otorga a un Tribunal que está fuera de la organización común, lo que marca la diferencia fundamental entre un Tribunal Supremo y un Tribunal Constitucional: mientras el primero se sitúa necesariamente - y de ahí su nombre - en la cúspide de un edificio jurisdiccional, el segundo se halla fuera de todo aparato jurisdiccional. Como subraya **V. Crisafulli** a propósito del Tribunal italiano, éste "no sólo no se incluye en el orden judicial, sino que ni siquiera pertenece a la organización jurisdiccional en el sentido más amplio del término. El Tribunal Constitucional se mantiene ajeno a los poderes estatales conocidos tradicionalmente. Forma un Poder independiente cuyo papel consiste en asegurar el respeto a la Constitución en todos los ámbitos". Lo anterior es válido para todos los sistemas estudiados, pues, como también lo señalara **Kelsen**, el órgano encargado de hacer respetar la Constitución no puede asimilarse a uno de los poderes que controla.

En efecto, partiendo de la teoría del conflicto de intereses de relevancia jurídica y de sus formas de solución, corresponde siempre a la Constitución Política determinar cuáles de ellos quedarán sometidos al imperio de la jurisdicción.

El órgano encargado de efectuar el control debe estar dotado de facultades *decisorias*. Ello significa que las resoluciones o sentencias del órgano contralor producen efectos jurídicos vinculantes para los afectados, los que no pueden actuar al margen de lo decidido por el órgano que realiza el control. Es la concreción de la facultad de las personas afectadas o interesadas de impugnar por sí mismas el precepto o acto inconstitucional.

Sin embargo, y a pesar de la afirmación de su naturaleza jurisdiccional, no es posible negar la existencia de un elemento indubitablemente político en la función del Tribunal Constitucional, pero este elemento no deriva, como se afirma en ocasiones, de la naturaleza de los órganos que designan a los miembros del Tribunal Constitucional, sino que es un elemento conscientemente vinculado al concepto de Justicia Constitucional que deriva del significado de la función que asume el Tribunal. En efecto, la función del Tribunal Constitucional es la defensa del orden constitucional concreto, específico, que es el articulado en una Constitución también determinada, que en cada caso es la vigente y que se llama precisamente Constitución Política.

Ahora bien, la Constitución es una norma jurídica con un significado político incuestionable, significado político que reflejan los principios y valores constitucionales que han expresado en ese texto unas fuerzas políticas concretas que son las que, vinculadas al pueblo, han integrado el Poder Constituyente en un momento histórico concreto y han hecho materialmente la Constitución. En definitiva la Constitución es un acto normativo cuyo carácter político es especialmente pronunciado. De allí la inexcusable conexión de todo Tribunal Constitucional a esos principios y valores constitucionales específicos cuya primacía debe organizar ya que en caso contrario no tendría sentido su función.

Este ingrediente de la jurisdicción constitucional lo confirma González Pérez, al señalar que ella tiene matices políticos, pese a que

siempre asume una problemática jurídica y por eso es saludable confiarla a un órgano especial. Concluye que la jurisdicción constitucional se perfila como el primero y más importantes de los requisitos procesales para conocer en los procesos constitucionales.

A estas alturas, y al término de esta parte del trabajo, concuerdo plenamente con mi estimado amigo **Humberto Nogueira**, en cuanto sostiene que la jurisdicción constitucional es una de las expresiones de la defensa de la Constitución de tipo institucionalizada y jurídica, constituyendo una limitación del poder político con carácter objetivo y de control generalmente solicitado, y que por tratarse de un control jurídico es siempre un control interorgano que hace efectiva la supralegalidad como garantía de la supremacía constitucional.

Que el orden sea objetivo significa que existe un orden normativo preexistente, que la valoración del objeto sometido a control está basado en razones jurídicas y que el órgano es independiente, imparcial y calificado.

Que el control sea necesario, implica que el órgano controlante debe ejercer el control cuando le sea solicitado, y si del resultado del control resulta la infracción, el órgano que desarrolla el control debe emitir en su fallo la sanción sea la anulación o la aplicación de la norma o acto controlado, según sea el caso.

#### 4. El Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional es el órgano al que la Constitución y sus leyes complementarias otorgan jurisdicción y competencia para resolver los conflictos constitucionales.

Hoy es imposible concebir un sistema constitucional sin un Tribunal o tribunales con jurisdicciones constitucionales.

El sistema procesal orgánico puede otorgar competencia a un Tribunal Constitucional, a la Corte Suprema o establecer un sistema de control compartido de constitucionalidad. En el desarrollo de este trabajo ya se han expresado ideas en relación a este punto.

Su competencia presenta, como principales características, que debe ser creado por la Constitución; debe ser absolutamente independiente y no pertenecer a ninguno de los poderes públicos tradicionales; sus jueces deben ser cuidadosamente escogidos, y sus sentencias producirán el efecto de cosa juzgada.

Este Tribunal, como lo sostiene **García Pelayo**, es un regulador de la constitucionalidad de la acción estatal, está destinado a dar plena existencia al estado de Derecho y a asegurar la vigencia de la distribución de poderes establecida por la Constitución, ambos componentes inexcusables, en nuestro tiempo, del verdadero "Estado constitucional".

Para que el mecanismo de control de constitucionalidad opere plenamente el órgano controlador debe ser distinto al ente que decide los actos sometidos a revisión.

La autonomía del órgano se transforma en un principio informador básico de la Justicia Constitucional. **Vanossi**, en su obra "Introducción a los Sistemas de Control de la Constitucionalidad", afirma que si hay subordinación es absolutamente ingenuo pensar que estando sujeto el controlante al controlado pueda ejercer una sobre otra función de control.

Finalmente, debemos expresar que, por su propia naturaleza, estos Tribunales deben estar fuera del Poder Judicial y con competencia absolutamente diferenciada para evitar eventuales conflictos de poderes entre ambos sistemas, teniendo siempre en cuenta, como lo sostiene la doctrina, que el Tribunal Constitucional especializado es el intérprete natural y final de la Constitución.

Por último, se ha criticado a los Tribunales Constitucionales su legitimidad como órganos democráticos ya que, no obstante que sus jueces no son elegidos por el pueblo, pueden dejar sin efecto leyes aprobadas por sus representantes.

Estimo que esta crítica queda absolutamente superada con lo expresado por **Pedro Cruz Villalón**, en su trabajo "Legitimidade de Justiça Constitucional e Princípio da Maioria" presentada en el Coloquio del Décimo Aniversario del Tribunal Constitucional de Portugal, donde postula que hay una legitimidad objetiva, una de origen y, finalmente, una legitimidad de ejercicio. "La legitimidad de los Tribunales Constitucionales

es, ante todo, pura y simplemente la legitimidad de la propia Constitución. La segunda, es la legitimidad de la minoría frente a la de la mayoría, en cuanto la defensa de los derechos fundamentales que se garantiza a todos los ciudadanos con independencia de la voluntad mayoritaria. Finalmente, la Justicia Constitucional posee la legitimidad de la neutralidad y de la independencia, atributos con que cuentan los Tribunales Constitucionales.

La legitimidad de la Justicia Constitucional, en su esencia, fue compartida por los 17 participantes en el Coloquio sobre Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, realizado en Lisboa, entre el 28 y 29 de mayo de 1993.

## **V. DE LA FALTA DE JURISDICCIÓN Y DE LA INCOMPETENCIA**<sup>32</sup>

### **1. Planteamiento del tema.**

Del análisis de los conceptos de jurisdicción y competencia, se deduce claramente que son dos instituciones diversas del derecho procesal. La jurisdicción, una función pública genérica que la Constitución y las leyes radican en todos los jueces; la competencia, una parte de esa jurisdicción que corresponde a cada tribunal y que puede definirse como la facultad que éstos tienen para conocer de los negocios que la ley ha colocado dentro de la esfera de sus atribuciones y la competencia específica como el poder que tiene para conocer y resolver el caso concreto radicado y sometido a proceso ante ellos.

Corresponde analizar cuál es la sanción a la infracción de las normas constitucionales, legales o convencionales establecidas cuando falte la jurisdicción o el tribunal sea incompetente; vale decir, que sucede, procesalmente hablando, cuando el que pretende decidir el conflicto de intereses de relevancia jurídica carece de jurisdicción o si teniéndola, el tribunal, las partes o una de ellas incumplen las reglas de competencia previstas para el desempeño de la función jurisdiccional por parte de los tribunales.

Esta materia es sumamente compleja y para analizarla, es menester sistematizar las ideas en torno a las siguientes áreas: 1) falta de jurisdicción; 2) incompetencia absoluta; 3) incompetencia relativa; 4) incompetencia específica.

### **2. La Falta de Jurisdicción**

#### **a) Sanción a la falta de jurisdicción; la inexistencia o la nulidad procesal.**

Falta la jurisdicción cuando el órgano o la persona que lo representa en la decisión de un conflicto de intereses de relevancia jurídica carece de las facultades inherentes y necesarias para hacerlo, en

<sup>32</sup> Véase Tomo II Capítulo 11 de Los Actos Procesales, Op.Cit., obra del autor.

otros términos cuando no está investido con los atributos para desempeñarse como tribunal de justicia, únicos habilitados para ejercer la jurisdicción, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 116 de la Constitución de Bolivia y 73 de la Constitución chilena. Puede suceder también que el conflicto no está sometido a la jurisdicción de nuestros tribunales por motivos funcionales o territoriales. Es el caso de las personas que tienen inmunidad de jurisdicción, o de los conflictos ocurridos fuera del ámbito territorial de la soberanía nacional y que, como tales, no quedan sometidos a la jurisdicción.

La jurisdicción, como lo hemos repetido tantas veces, es una función del Estado cuyo ejercicio la Constitución y las leyes entregan privativamente a los tribunales de justicia establecidos por el sistema procesal orgánico.

Las autoridades que las Constituciones establecen para ejercer jurisdicción, son los tribunales de justicia y en ellos radica plena y privativamente su ejercicio. Si una persona o un órgano estatal carece de jurisdicción, no es un tribunal y, en consecuencia, le está vedado el ejercicio de la función jurisdiccional y si la empleare, estaría arrogándose atribuciones que según la Constitución no le pertenecen y, en consecuencia, sus actos serían procesalmente ineficaces e incurriría en sanción legal. El punto está en precisar cual es la ineficacia procesal que genera la falta de jurisdicción.

Para una mejor comprensión, del tenor debe reiterarse que todo tribunal, por esencia, tiene jurisdicción y es por ello que puede abrir un proceso jurisdiccional. Mediante él se logra la solución de un conflicto a través de la intervención de un órgano legitimado y ello solo ocurre cuando interviene alguno de los tribunales establecidos por la Constitución o la ley.

Ya en mis libros intitulados La Jurisdicción en el derecho chileno y Los Actos Procesales, ha quedado claramente demostrado que sin jurisdicción no hay proceso, no hay actos procesales ni menos cosa juzgada y si los hubiere aparentemente, estaría todo cubierto por el manto de la inexistencia procesal.

A propósito de ello Rocco muy bien afirma que "es *inexistente* el acto procesal de los órganos jurisdiccionales, cuando carezca incluso de

aquel mínimo de elementos que se requieren para que pueda existir como acto de los órganos jurisdiccionales". Demuestra lo expuesto cuando coloca como clásico ejemplo de inexistencia procesal el acto realizado en la esfera judicial por un particular no investido de jurisdicción<sup>33</sup>.

Agrega, siguiendo la enseñanza de Chiovenda, que si el órgano desprovisto de jurisdicción dicta la sentencia, la emitida es "*tanquam nono eses*", esto es, una "*no sentencia*", y por consiguiente, inexistente, al igual que un acto de un particular no investido de jurisdicción".<sup>34</sup>

Por su parte Rosenberg habla de las resoluciones que no son tales "sentencia inexistente" y comprende por ello el caso en que no se da siquiera el hecho externo de una resolución. Coloca como ejemplo actos ejecutados cuando ha resuelto un no tribunal, esto es, un órgano estatal no facultado para el ejercicio de la jurisdicción. Agrega que ello ocurre cuando un funcionario administrativo prusiano, un consejo de obrero o de soldados de la revolución dictan una sentencia en la mesa de tertulia.

Razonando lógicamente no puede llegarse a otra conclusión. Recordemos que Couture afirma que la sentencia dictada por quien no es juez no es una sentencia sino una "*no sentencia*" (Nichturteil). Ni siquiera es un acto; es frente al proceso un simple hecho de terceros.

En síntesis "si los actos se realizan por un órgano que carece de jurisdicción, o se llevan a cabo por personas o contra personas no legitimadas, el acto procesal es inexistente y no puede producir efecto alguno"<sup>35</sup>.

Agrega con acierto Jaime Gusp que "puede ocurrir que el requisito que falte en el acto sea de tal importancia que el acto mismo no pueda concebirse sin él; en este caso se trata solamente de un acto aparente, que en realidad no existe. La nulidad se convierte aquí en inexistencia: tal sería el caso de la sentencia dictada por quien no es juez o del proceso redactado con fines didácticos. El acto inexistente no produce los efectos a que por su naturaleza *in abstracto* va destinado: en esto coincide con

<sup>33</sup> Ugo Rocco, Teoría General del Proceso Civil, pág. 409.

<sup>34</sup> Ugo Rocco, Op. Cit., Vol II, págs. 287 y 288.

<sup>35</sup> De la Plaza, Derecho Procesal Civil Español, pág. 431.

los restantes tipos de nulidad; pero además, no cabe que sea objeto de convalidación"<sup>36</sup>.

El insigne procesalista italiano Chiovenda es partidario de la teoría de la inexistencia en el derecho procesal y aún llega a pensar "que si esta distinción (de nulidad e inexistencia) es discutible en el campo del derecho sustantivo, es, en cambio, necesaria teórica y prácticamente en el proceso"<sup>37</sup>. Chiovenda argumenta para sustentar su doctrina sobre la inexistencia en el derecho procesal en la siguiente forma: "Para la existencia de una relación procesal se requieren una demanda y un órgano jurisdiccional, al que va dirigida. Si la demanda es dirigida a un particular o a un órgano administrativo privado, de una jurisdicción cualquiera, o a un órgano jurisdiccional, pero que no tenga poder de decisión (secretario, juez delegado, etc.) la relación no existe; no hay, entonces obligación alguna de pronunciarse, ni siquiera para declarar que no se puede fallar"<sup>38</sup>.

Mattirolo, de igual forma, es partidario de esta sanción procesal y opina así sobre el problema: "Adviértase -dice- que la anulación por vicio de incompetencia se debe hacer valer por los interesados por los medios que la ley franquea según los casos y si no se pide en los términos y formas legales, la sentencia no se podrá impugnar; pero, si por el contrario, se trata de falta absoluta de jurisdicción no se está en el caso de nulidad sino de inexistencia del fallo, porque faltando la jurisdicción no hay autoridad para juzgar y, en consecuencia, no hay sentencia. Ni la voluntad de las partes ni el lapso del tiempo pueden dar vida a lo que jurídicamente no existe"<sup>39</sup>.

Aubry y Rau afirman también que es necesario no confundir los actos nulos con los actos no sucedidos o inexistentes. El acto que no reúne los elementos de hecho que suponen su naturaleza o su objeto y en ausencia de lo que es lógicamente imposible concluir su existencia, deben ser considerados no solamente nulos, sino como no sucedidos". De la Colina sustenta una opinión similar<sup>40,41</sup>.

<sup>36</sup> Guasp, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, t I, pág. 692.

<sup>37</sup> Giuseppe Chiovenda, Op. Cit., t II, pág. 37.

<sup>38</sup> Giuseppe Chiovenda, Op. Cit., t II, pág. 38.

<sup>39</sup> Mattirolo, Instituciones del Derecho Procesal, t I, págs. 186 y 187.

<sup>40</sup> Aubry e Ray y de la Colina, citado por Manuel Urrutia, Nulidades Procesales, pág. 73.

<sup>41</sup> Véase además a Giuseppe Chiovenda, Op. Cit., t II, Pág. 104.

No obstante la cita anterior, la doctrina francesa, en general, niega cabida a la teoría de la inexistencia en el derecho procesal y, en especial, a que la falta de jurisdicción tenga señalada como efecto la inexistencia jurídica. Ellos opinan que la sanción para tal supuesto no es otra que la nulidad. Pero gran parte de la doctrina moderna a partir de Chiovenda, sostiene que es posible sustentar la tesis de la inexistencia jurídica en el derecho procesal, al menos por falta de jurisdicción, que es el caso que ahora interesa dilucidar.

A propósito de lo expuesto cabe preguntarse qué ocurre si un órgano público o un particular que no tienen el carácter de tribunal instruye un proceso y dictan sentencia. Dicho acto es nulo, anulable o simplemente no existe para el derecho. Visto desde otro ángulo todo tribunal tiene jurisdicción que es su requisito de existencia, pero para actuar válidamente requiere de capacidad o sea competencia. Si el tribunal es incompetente no hay duda que el acto podrá o será nulo y que producirá efectos mientras la nulidad no se declare, pero si carece de jurisdicción, en opinión nuestra, habría inexistencia del supuesto acto procesal.

En el fondo, si no hay tribunal - y no lo hay cuando el órgano carece de jurisdicción - no hay relación procesal, porque él es un elemento de su existencia. El mismo argumento es válido para los otros casos en que falla la jurisdicción.

En general las Constituciones establecen claramente que sólo en virtud de una ley se puede determinar la competencia de un tribunal y, a su vez, modificarla, pero aquí debemos distinguir claramente entre la ley que crea el tribunal, y por ese sólo hecho lo inviste de la función jurisdiccional, y la ley que determina su competencia. Basta que el tribunal sea creado por una ley para que como tal, goce de jurisdicción, pero para tener competencia es, además necesario, que la ley señale sus atribuciones; esto es, fije su esfera de actuación en el campo de lo jurisdiccional.

En el primer caso, falta la jurisdicción; en el segundo, hay incompetencia.

Francisco Hoyos en su obra recientemente reeditada "Temas Fundamentales de Derecho Procesal" afirma categóricamente que la falta de jurisdicción acarrea inexistencia del acto reclamable en cualquier tiempo, "no se sanea por la ejecutoriedad del fallo, que no existe, y tan solo pasa en autoridad de cosa juzgada aparente"<sup>42</sup>.

#### **b) Diferencias entre inexistencia y nulidad como sanción de ineficacia a la falta de jurisdicción.**

Aceptada la "existencia de la inexistencia procesal" como sanción a la falta de jurisdicción, cobran importancia las diferencias que, a juicio de la doctrina, existen entre ésta y la nulidad procesal y que pueden resumirse así:

1º) El acto inexistente produce lo que Pablo Rodríguez denomina el efecto autárquico considerado como los efectos fácticos que pueden haber sido erróneamente atribuidos al acto. Agrega, que no puede por lo mismo, hablarse de consecuencias producidas "con ocasión" del mismo. "De aquí nuestra afirmación obvia: para que el negocio jurídico inexistente pueda generar algún efecto, ello será el resultado de un cambio fáctico que se produce "con ocasión" del acto y que se asigna equívocamente a éste. Apreciando el problema con rigor científico, podemos sostener, entonces, que la causa del efecto no es el negocio jurídico inexistente, sino la alteración de hecho desencadenada, que se atribuye equívocadamente por los agentes jurídicos al acto inexistente.

Empero, con el mismo rigor, debemos reconocer que esta alteración fáctica tiene un antecedente remoto que puede ser el falso concepto de que el negocio inexistente generaba derechos y obligaciones que, al cumplirse, transformaban la realidad objetiva. Este antecedente remoto proviene de la "voluntad", que expresada en forma irregular o aisladamente, generó el efecto que hemos llamado autárquico en cuanto se basta así mismo".

"La distinción que hemos planteado es sutil. Pero no puede desconocerse a la luz de la voluntad que provoca un cambio fáctico y que tiene como motivación la idea de que existe una obligación que debe cumplirse o un derecho que permite ser reclamado en virtud de una voluntad que aparentemente genera consecuencias jurídicas".

<sup>42</sup> Francisco Hoyos, Op. Cit., pág. 65

"El efecto autárquico, entonces, proviene remotamente del acto inexistente y sólo tiene una causa motriz: *el cambio o alteración de hecho que se provoca con ocasión del negocio inexistente, y en el falso entendido de que éste tenía poder vinculante. Puede también el efecto "autárquico" provenir directamente de la manifestación de voluntad aislada e incapaz de generar un negocio jurídico"* <sup>43</sup>.

2°) En el caso de inexistencia, no hay obligación de resolver porque no hay nada que resolver. No existe relación procesal. Si el acto es inexistente en concepto de Rocco, como ya se dijo, no es necesario ninguna impugnación, ya que el acto es *tanquam non esse*, y no existe en el mundo material y menos en el jurídico <sup>44</sup>.

En el caso de la nulidad procesal, ella debe ser alegada oportunamente, aun cuando se sostenga que pueda producir sus efectos por el sólo ministerio de la ley. Tratándose de la nulidad, afirma Chiovenda, "en primer lugar conviene observar que el defecto jurídico que vicia una relación procesal, hasta el punto de hacerla nula o anulable, no impide la existencia actual de esa relación, con tal que exista un órgano jurisdiccional y una demanda a él dirigida, aunque ella misma sea nula. Pero este vicio puede ser subsanado y perfeccionarse entonces la relación procesal. Pero en todo caso el órgano jurisdiccional, si no tiene la obligación de fallar sobre el fondo, porque la relación contiene un vicio, tiene sí, la obligación de declarar que no puede fallar. Una resolución es, por lo tanto, siempre necesaria para que el órgano quede libre de su obligación; y hasta ese momento, la relación existe" <sup>45</sup>.

A juicio del citado autor, en caso de no existir un órgano jurisdiccional, la relación es inexistente y, en consecuencia, no es menester solicitar su nulidad <sup>46</sup>.

3°) Si el Juez se niega a ejercer jurisdicción, porque a su juicio carece de ella en el caso concreto y si fuere efectivo, no incurre en sanciones de ninguna especie ya sean penales, civiles o administrativas, impuestas a los jueces que no cumplen con la obligación que la ley

<sup>43</sup> Pablo Rodríguez, Op. Cit., pág. 19.

<sup>44</sup> Ugo Rocco, Op. Cit., pág. 305.

<sup>45</sup> Giuseppe Chiovenda, Op. Cit., t III, pág. 34.

<sup>46</sup> Giuseppe Chiovenda, Op. Cit., t III, pág. 39.

señala, contenida en la regla de la inexcusabilidad. Si no abre proceso teniendo jurisdicción, ni se declara incompetente, puede incurrir en sanciones de tipo legal.

Chiovenda sostiene que "en caso de inexistencia, no hay, obligación de resolver; por lo tanto, no puede hablarse de sanciones civiles o penales por denegación de jurisdicción. Si la demanda propuesta, pero no notificada, fuese abandonada, el demandado no tendrá el derecho de proseguirla, pidiendo su desestimación. El actor no tiene obligación de notificar su desistimiento al demandado; no se le llama a éste para aceptarlo o rechazarlo" <sup>47</sup>.

4°) En caso de inexistencia no nace la excepción de litis pendencia. En caso de nulidad, es necesario que ésta sea declarada por el juez, y, por consiguiente, existirá litis pendencia mientras tal cosa no acontezca.

5°) Una sentencia dictada por un órgano que carece de jurisdicción no producirá jamás el efecto de cosa juzgada propio de las sentencias judiciales; en cambio, una sentencia dictada por tribunal incompetente puede quedar ejecutoriada si no se reclama de ella, en la forma y grados señalados por la ley. Ello es así, porque "existe una diferencia capital entre el juez incompetente en forma absoluta y el juez falto de jurisdicción. El primero es representante del Estado y en contra de sus resoluciones existen los recursos; por eso es que no Interponiéndose en tiempo y forma, no cabe acción alguna de nulidad; la cosa juzgada cubrirá con su poder a la sentencia del juez incompetente" <sup>48</sup>.

En suma si el proceso es inexistente no puede haber jurídicamente sentencia que lo decida ni cosa juzgada que lo ampare. Por lo tanto, basta con desconocer simplemente sus efectos sin necesidad de entablar recurso alguno ni efectuar gestiones en el supuesto proceso.

Recordemos que la cosa juzgada aparente es la que se produce en un proceso en que falta un requisito de existencia. Sin éste concepto de cosa juzgada resulta inexplicable la posibilidad de invalidar un proceso una vez firme la sentencia.

<sup>47</sup> Giuseppe Chiovenda, Op. Cit., t III, pág. 39.

<sup>48</sup> Manuel Urrutia, Op. Cit., pág. 77.

Esta opinión la confirma Devia Echeandía quien expresa si una sentencia es inexistente puede ser desconocida por la parte perjudicada en el momento de su ejecución <sup>49</sup>.

6°) Además, como bien lo hace notar el profesor Urrutia Salas, no es posible que un tribunal de alzada declare la nulidad de lo obrado por el tribunal inferior, ya que por el hecho de reconocer su calidad de tribunal incompetente, le está reconociendo jurisdicción. Como dicha facultad emana de la ley, estaríamos frente al caso de que una sentencia judicial invertiría de jurisdicción a un órgano que carece de ella. "El poder judicial se transformaría en otra fuente de potestad jurisdiccional" <sup>50</sup>.

7°) En el acto inexistente falta algún requisito de la existencia del acto procesal; en el acto nulo concurren todos, pero uno o más de ellos están afectados por un vicio de nulidad.

8°) El acto inexistente no necesita de una declaración judicial que lo constate; es algo que no alcanzó a nacer, en el acto nulo, dicha declaración es indispensable <sup>51</sup>.

Si se solicita al tribunal pronunciamiento sobre esta materia no tiene obligación de hacerlo, ya que no puede resolver sobre algo que no existe. La acción carecería de objeto y causa. El acto inexistente no requiere pronunciamiento judicial pero puede pedirse si se necesita un proceso aparte.

"Los negocios jurídicos procesales inexistentes no producen efecto jurídico alguno, ni aun siquiera el de obligar a los órganos jurisdiccionales a declarar la inexistencia de ellos. Acerca de la *nulidad* y de la *anulabilidad* de los negocios jurídicos procesales, valen los siguientes principios generales" <sup>52</sup>.

9°) El acto nulo puede sanearse y validarse por el transcurso del tiempo. El acto inexistente, no.

<sup>49</sup> H. Devia Echeandía, Op. Cit., pág. 119.

<sup>50</sup> Manuel Urrutia, Op. Cit., pág. 73.

<sup>51</sup> Giuseppe Chioventa, Op. Cit., I III, pág.

<sup>52</sup> Ugo Rocco, Op. Cit., pág. 309.

Para desconocer los efectos supuestos del acto inexistente no hay plazo, tesis que es aceptado mayoritariamente por la doctrina.

La inexistencia no acepta convalidación ni por voluntad de las partes ni por transcurso del tiempo.

Las diferencias anotadas entre la falta de jurisdicción y la incompetencia del tribunal, hacen necesario pensar en estudiar más atentamente el problema <sup>53</sup>.

En nuestra opinión, la sanción procesal por falta de jurisdicción es la inexistencia, toda vez que, si una persona o un órgano ejerce la función jurisdiccional sin estar investido por la ley con la facultad necesaria para ello, jamás podrá pensarse que los actos de ese órgano han nacido a la vida del derecho. Desde ese momento cualquier persona puede no acatar una orden o aparente sentencia, emanada de un órgano que carece de jurisdicción.

"En suma, el proceso seguido ante tribunal que carece de competencia es nulo, pero esa nulidad debe pedirse y debe ser declarada por sentencia judicial. El que se sigue ante quien carece de jurisdicción no existe y puede desconocerse toda su autoridad" <sup>54</sup>

En el fondo, lo que sucede es que cuando un órgano carece de jurisdicción no hay tribunal y, en consecuencia, por definición, no puede existir tampoco relación procesal, porque la existencia de un tribunal es elemento determinante de la misma. Para poder atacar una sentencia o una actuación procesal es menester, en primer término, que ella exista; si ella existe y suponemos que encierra un vicio, por ejemplo, incompetencia absoluta del tribunal que la dictó, solicitaremos de quien corresponda, que declare, la consiguiente nulidad. Si no hay órgano jurisdiccional, no puede haber sentencia y, en consecuencia, sólo cabe no cumplir, ya que no hay sentencia que atacar y, por consiguiente, no hay un acto susceptible de ser anulado.

Frente a la inexistencia procesal la posición del Juez y de las partes deben ser las siguientes:

<sup>53</sup> Manuel Urrutia, Nulidades Procesales, pág. 76.

<sup>54</sup> Giuseppe Chioventa, Op. Cit., I III, pág. 39.

1) El Tribunal. Si por cualquier razón un tribunal u otro órgano que no goce en ese momento de jurisdicción es requerido para que intervenga en un determinado asunto, debe, sin más trámite, no conocer del mismo sin pronunciarse siquiera acerca de su competencia. Hacerlo, importaría un reconocimiento de la función jurisdiccional. Es el caso de conflictos que no entran al ámbito de la solución a través del proceso jurisdiccional.

2) Las Partes. Estas no deben solicitar nada de los tribunales de justicia, sino que deben limitarse a no cumplir lo ordenado por el órgano, fundándose para ello en la no existencia de la resolución que los obliga a cumplir lo resuelto.

No obstante, por razones prácticas pueden solicitar a los tribunales la declaración de la inexistencia procesal.

Finalmente, reitero lo expresado en mi libro sobre los actos procesales, en que concluyo que el proceso es un acto procesal complejo y si le falta algún requisito de existencia -como lo es la jurisdicción- su sanción es la inexistencia procesal.

### c) Características de la inexistencia

1) La inexistencia genera la ineficacia absoluta del proceso, de los actos procesales que lo integren o de los equivalentes jurisdiccionales.

Puede considerarse como una sanción de ineficacia o de una consecuencia negativa, pero en ambas tesis su resultado es el mismo. Estamos frente a un no acto procesal que como se dijo solo puede revestir una apariencia de tal.

2) El acto procesal inexistente no genera efecto alguno. Puede crear ilusiones hasta llegar a la apariencia de la cosa juzgada, pero ella carecerá de todo sustento de eficacia en el sistema procesal.

Claro Solar sostiene que "la falta de uno de los requisitos que la ley establece como esenciales al perfeccionamiento jurídico del acto o contrato, produce su inexistencia" y cuando el acto no puede jurídicamente existir, "no puede producir efecto alguno"<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> C. Solar, Explicaciones del Derecho Civil, t XII, pág. 599.

"Desde luego, podemos anticipar, pues la lógica más elemental así lo exige, que la inexistencia no puede producir nunca ningún efecto de derecho, puesto que es idéntica a la nada, al no ser; ésta inexistencia no puede tener ni producir efecto alguno. El acto inexistente, entonces, "no habiendo existido o subsistido ni un sólo instante a la vida del derecho, no puede dejar en él ningún rastro"<sup>56</sup>.

"Un acto jurídico procesal que carece de algún requisito que el orden jurídico le exige para su nacimiento, no tendrá jamás el efecto de cosa juzgada, puesto que éste efecto es propio de los actos jurisdiccionales que tiene todos los elementos de su ser"<sup>57</sup>.

"La no resolución es un *nullum*, y no puede tener *ningún efecto*. No obliga al tribunal, no termina la instancia; de manera que las partes pueden presentarse de nuevo al tribunal; no se producen costas; no es susceptible de recurso, excepto en el caso de ser publicada defectuosamente, o si, a pesar de no ser publicada, es extendida por secretaría y notificada de oficio o a impulso de parte; porque al interés de las partes conviene descartar una resolución que se manifiesta de ese modo; y "para la procedencia de la apelación basta la apariencia de una sentencia"; pero en ningún caso pasará en autoridad de cosa juzgada ni formal, ni material. La ejecución de una sentencia inexistente es improcedente y nula; pero, si se ha cumplido sobre la base de copia ejecutoria eficazmente otorgada, funda el embargo, que deberá hacer levantar el deudor de la ejecución.

Finalmente, a propósito de esta característica Planio! expresa que cuando un acto es inexistente, la ley no tiene necesidad de anularla; es un acto que no ha sido hecho realmente y que no existe más que en apariencia.

3) Puede invocarse como acción o como defensa. Ello dependerá de la situación en que se encuentra la persona afectada por la apariencia del acto procesal inexistente.

Si a una persona se le trata de forzar a cumplir un acto procesal inexistente podrá de una u otra forma acclonar ante los tribunales para que estos declaren que tal acto es inexistente. Ello es así porque el

<sup>56</sup> Luis Campino, citado por Guerrero y Mariangel, Nullidades Procesales, pág. 45.

<sup>57</sup> Carlos Rogel, Op. Cit., pág. 62.

invocar una persona a su favor los efectos de un acto inexistente está violentando el sistema jurídico normativo y generando un conflicto de intereses de relevancia jurídica que es el presupuesto de todo proceso que habilita al juez para declarar inexistente al acto procesal.

Debe ser invocado como excepción o defensa cuando se haga valer un acto inexistente en el proceso. El caso más típico es la sentencia inexistente.

"Consecuencia de lo anterior es que la "inexistencia" deberá alegarse generalmente como excepción, no como acción. Es posible, sin embargo, que a propósito de ella, pueda deducirse una acción de mera certeza, o una acción de jactancia si concurren los presupuestos legales. Todo ello como un medio encaminado a generar seguridad en las relaciones jurídicas. ¿De qué manera puede una persona consolidar su posición jurídica ante la posibilidad de que alguien afirme tener un derecho emanado de un acto inexistente que le afecta pasivamente? Pensamos que la única forma de resolver esta situación es mediante la interposición de una acción de jactancia o de una acción de mera certeza".

"Agreguemos que, a juicio nuestro, la acción de "mera certeza" no es más que una excepción transformada en acción. Como el sujeto supuestamente pasivo de obligaciones emanadas de actos inexistentes no está obligado a esperar que su presunto acreedor ponga fin a su inactividad demandando, puede él accionar, con el solo fin de que el órgano jurisdiccional declare que el acto no existe o que por efecto del transcurso del tiempo se afirme la generación de derechos y obligaciones".

"No creemos posible, tampoco, que el ordenamiento jurídico no abra, a quien se halla afectado por una pretensión basada en un acto inexistente, una puerta para que pueda entrar a conocer de la misma el órgano jurisdiccional, sea por parte de quien afirma la pretensión o de quien la desconoce."<sup>58</sup>

No obstante hay quienes sostienen que la inexistencia no puede ser declarada por ningún tribunal, ya que el hecho de actual de tal manera supone tácitamente el reconocimiento de la jurisdicción y de los otros

<sup>58</sup> Pablo Rodríguez, Op. Cit., pág. 60.

actos que adolecen de faltas en su constitución que les impiden el nacimiento a la vida del derecho.

Sobre el particular Luis Campino confirmando nuestra posición expresa que puede hacerse valer la inexistencia de un acto solicitando una simple declaración de inexistencia, con el fin de premunirse de una acción eventual de la otra parte o de un tercero, y en este caso la prueba de la inexistencia deberá ser provista por el que la alega o esperando la acción de la otra parte o de un tercero, encaminada a exigir el cumplimiento de una acción o el reconocimiento de un derecho nacido del acto o convención inexistente. Aquí corresponde al que alega dicha inexistencia probar las causales de ella<sup>59</sup>.

4) La inexistencia no se altera por el transcurso del tiempo. Por lo tanto, no existe una relación en ella prescripción ni saneamiento procesal.

5) Las partes no pueden convalidar sus efectos. Por su importancia se reitera este efecto de la inexistencia como una de sus características.

"No pueden las partes, con efecto retroactivo, completar el acto tentado (haciéndolo operar hacia el pasado). Lo que señalamos no significa delimitar arbitrariamente la autonomía de la voluntad o la libertad contractual. Lo que se quiere destacar es que, respecto de terceros, no puede completarse el acto y pretenderse que éste tenga efecto antes de que concurren todos sus elementos estructurales (cosas de su esencia). Carece de sentido hablar, como suele ocurrir, que el acto "inexistente" no puede ratificarse, ya que la ratificación o confirmación sólo procede cuando el acto existe y adolece de vicios o defectos que comprometen su poder vinculante (validez). Se confirma lo que existe, no puede confirmarse aquello que no existe, en este último caso sólo puede hablarse de completar un acto tentado".

"Demostraremos más adelante que la ratificación es una reformulación, con los requisitos legales, de un elemento de validez del negocio jurídico. En la "inexistencia" carece de todo sentido hablar de "reformulación", lo que supone reiteración de un hecho que, en este caso, jamás ha ocurrido. Por con siguiente, los actos tentados pueden completarse, pero no ratificarse. En el primer caso el acto existirá tanto para las partes como respecto de terceros, desde que se reúnen

<sup>59</sup> Luis Campino, Op. Cit., pág. 49.

(completan) los elementos estructurales que le dan vida. Todo lo cual debe entenderse sin perjuicio de que las partes, en cuanto sólo comprometen sus propios derechos, puedan dar efecto retroactivo a un acto jurídico, lo que jamás podrá suceder respecto de terceros sin voluntad expresa de aquellos a quienes va a afectar" <sup>60</sup>.

"La inexistencia de un acto procesal no podrá ser subsanada ni siquiera cuando adquiera firmeza la sentencia que ponga término al proceso" <sup>61</sup>.

En consecuencia la inexistencia procesal no puede natural ni lógicamente ser ratificada, puesto que no se puede ratificar o confirmar aquello que no existe" <sup>62</sup>.

6) La inexistencia es un hecho que puede demostrarse por todos los medios de prueba autorizados por la ley.

7) Debe ser constatada. "La "inexistencia" debe ser "constatada" por el juez tan pronto compruebe que el negocio jurídico que se invoca es incompleto o tentado. A este efecto surte plena aplicación el vocablo jurídico que se expresa diciendo "*iura novit curia*" (el derecho lo pone el tribunal que conoce de la causa). Las partes litigantes exponen y prueban los hechos; el juez debe aplicar el derecho. Por lo dicho, aun cuando las partes nada digan sobre la inexistencia del acto tentado, el tribunal debe constatarlo y negar al negocio Incompleto todo efecto jurídico. Lo que sostenemos es evidente y para ello basta una reflexión. Si el juez puede y debe declarar de oficio la nulidad absoluta cuando ella aparece de manifiesto en el acto o contrato, lo cual se explica porque dicha sanción está establecida en beneficio de la moral y de la ley, no puede ponerse en duda la facultad del tribunal para "constatar" la inexistencia como quiera que aparezca en el proceso. Privar de esta atribución al juez implicaría obligarlo a tener por real y verdadero un acto que no existe como tal en la naturaleza. Por consiguiente, las facultades del tribunal son más amplias que en la nulidad absoluta. El juez debe "constatar" la inexistencia cuando de los antecedentes de que conoce aparece en el proceso, sin que sea necesario que ello

<sup>60</sup> Pablo Rodríguez, Op. Cit., pág. 61.

<sup>61</sup> Villar y Romero, Irregularidad y Nulidad de los Actos Procesales Administrativos, Revista de Derecho Procesal, pág. 317.

<sup>62</sup> Nelson Mariangel, Nulidades Procesales, pág. 47.

resulte de modo manifiesto (en el solo instrumento en que se ha dejado constancia del acto supuesto)".

"La sentencia judicial que "constata" la inexistencia de un negocio jurídico opera *erga omnes*, ya que no puede un acto jurídico existir para una cierta relación jurídica y no para otra. Lo que señalamos, que puede parecer discutible, no lo es tanto. La "inexistencia", según hemos consignado en lo precedente, es un hecho que el juez "constata" y no declara, como sucede con la nulidad, que es una "sanción jurídica". De aquí que, establecida la "inexistencia" en sentencia judicial, ella tenga efectos absolutos y no relativos, como ocurriría normalmente tratándose de una sentencia judicial. Creemos que no puede ser de otra manera. Si un tribunal constata un hecho de esta significación y lo deja consagrado en la sentencia, no nos parece posible que otro tribunal, en causa distinta, pueda establecer lo contrario en relación al mismo acto tentado o incompleto. Ocurre, en este caso, algo semejante a lo que sucede con las sentencias sobre la regla general sobre el valor relativo de las sentencias judiciales" <sup>63</sup>.

La inexistencia jurídica es independiente de toda declaración judicial, y opera "ipso jure", en tanto que la nulidad, por el contrario, y como queda establecido, necesita una expresa declaración de su calidad de tal.

Sin embargo, en el hecho un caso de inexistencia cualquiera puede ser llevado a proceso y solicitarse la declaración de inexistencia respectiva, o mejor dicho, debe ser constatada su inexistencia.

Puede concluirse que existe la inexistencia procesal como sanción de los actos procesales.

### 3. La Incompetencia.

Es la falta de competencia del tribunal para abrir, conocer y decidir en un proceso el conflicto sublite.

Existe incompetencia "si un tribunal pasa su círculo de negocios y penetra en el de otro tribunal" <sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Pablo Rodríguez, Op. Cit., pág. 66.

<sup>64</sup> Leo Rosenberg, Op. Cit., F 1, pág. 161.

El tribunal, como órgano del Estado, debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella.

Por lo tanto, el tribunal que actúa en contravención a las reglas de competencia, es incompetente.

La incompetencia puede ser absoluta, relativa o específica. También examinaremos al final la situación que surge por infracción a las reglas sobre distribución de causas.

#### A. La incompetencia absoluta.

##### 1. Antecedentes Generales.

Ella se produce cuando el sujeto del conflicto acciona ante tribunal absolutamente incompetente o este sujeto le plantea al tribunal que está conociendo de un proceso, que es absolutamente incompetente para conocerlo. En otros términos, en razón de alguno de los elementos que determinan la competencia absoluta, dicho asunto queda comprendido en la esfera de atribuciones de otro tribunal y no de aquel ante el que se accionó o que está conociendo de un proceso. Recordemos que tratándose de reglas de competencia absoluta, no procede prórroga de ninguna especie, salvo en el caso del arbitraje facultativo, ya estudiado como excepción a la regla general que contempla el sistema.

La sanción impuesta por la ley a la incompetencia absoluta del tribunal que entra a conocer es, sin lugar a dudas, la nulidad procesal de lo obrado. Debemos en consecuencia, analizar esta acción de ineficacia a la luz de las disposiciones que la ley señala al respecto, aplicando la teoría de las nulidades procesales a esta clase de incompetencia.

En otros términos, si se desconocen las reglas de competencia absoluta ya analizadas, por cualquiera de los sujetos procesales, se incurre en el proceso en un vicio de nulidad que debe ser declarado por una sentencia, conforme al procedimiento que señala la ley.

Esta nulidad es de orden público y podrá declararse a petición de parte o de oficio por el tribunal para evitar posteriormente una nulidad de todo lo obrado incluida la sentencia.

La nulidad procesal encuentra su fundamento en principios elementales del derecho y tiene por objeto dejar sin efecto, sin valor, los actos que se han realizado en contravención a la ley. La nulidad es pues, en el ámbito del derecho procesal, la negación absoluta de todos los efectos que el acto viciado estaría llamado a producir. "Quod nullum est, nullum prodit effectum"<sup>65</sup>.

Es la ley quien señala las condiciones en que un acto debe verificarse para que éste sea válido. En el Derecho Procesal y en la parte que nos interesa, la ley determinó con toda precisión las reglas de competencia a que debían ceñirse las partes para solicitar la intervención de los tribunales de justicia, ya fuere en asuntos contenciosos o voluntarios y la de éstos para operar en un proceso. La sanción por la infracción de dichas normas es, como se dijo, evidentemente, la nulidad procesal de lo obrado.

Tanto es así que la incompetencia absoluta excepciona al tribunal de aplicar la regla constitucional de la inexcusabilidad y por lo tanto, accionado, no está obligado a abrir proceso. Si lo hiciera, las partes pueden pedirle que se declaren absolutamente incompetente y ponga fin a la relación procesal aparente.

El problema grave es este punto se presenta con el límite en el tiempo y la oportunidad para reclamar la incompetencia absoluta.

Sobre el tema hay dos posiciones. La primera, afirma que solo puede pedirse nulidad procesal por incompetencia absoluta hasta que la sentencia que recaiga en el proceso quede ejecutoriada. Enfrentada la incompetencia absoluta y la cosa juzgada, se privilegia la cosa juzgada por sobre la incompetencia absoluta.

En cambio hay quienes sostienen que si el tribunal es absolutamente incompetente no se producirá la radicación y por lo tanto no podrá existir proceso, sentencia ni cosa juzgada.

Ambas teorías se sustentan en buenos argumentos.

<sup>65</sup> Victor Santa Cruz, Op. Cit, pág. 9.

Pienso que en el ámbito del derecho procesal, la tesis válida es la primera, más no deja de hacerme reflexionar las consecuencias que significa que una sentencia ejecutoriada de un tribunal absolutamente incompetente no puede invalidarse.

Siendo así, ésta será de las pocas materias en que no emitiré opinión por extralimitar el objetivo de esta obra y dejo el problema planteado para que algún estudioso lo tome y lo desarrolle y plantee alguna solución.

## **2. Declaración de nulidad procesal por incompetencia absoluta.**

Nos corresponde señalar ahora, en forma ordenada, como puede solicitarse y declararse la nulidad procesal por incompetencia absoluta, incluyendo en esta a la falta de jurisdicción, para aquellos que estiman que su sanción es también la nulidad procesal por no considerar a la inexistencia como sanción de ineficacia.

Esta puede ser declarada de oficio o a petición de parte y por diversos mecanismos que se señalan a continuación.

## **3. Formas de declarar la nulidad procesal por incompetencia absoluta.**

En general se acepta que pueda ser declarada a petición de parte o de oficio, toda vez que esta competencia es un elemento de la radicación y sin radicación no hay proceso.

Resulta interesante tener presente que en doctrina podría solicitarse la incompetencia por falta de jurisdicción puesto que si el tribunal no tiene jurisdicción tampoco puede tener competencia.

### **B) La Incompetencia Relativa.**

Ella se produce toda vez la parte accione ante un tribunal relativamente incompetente.

La sanción a la incompetencia relativa es también la nulidad procesal, pero con distintas características, toda vez esta incompetencia

es susceptible de sanearse y de renunciarse por las partes en los casos en que es procedente la prórroga.

Esta situación no se presentará nunca tratándose de la Corte Suprema ni del Tribunal Constitucional, puesto que existe solo uno en cada país.

### **C) La Incompetencia Específica.**

Se produce cuando el tribunal se pronuncia sobre materias que exceden al conflicto sometido a proceso lo que general la ultra o extrapetita.

Esta incompetencia genera la nulidad procesal de la sentencia y se reclaman en los procedimientos tradicionales por el recurso de casación en la forma.

Cobra importancia este tema ya que la ultra petita y la extrapetita deben considerarse incluidas en la expresión tribunal incompetente.

Hay autores que consideran que la extralimitación del Tribunal afecta a su propia jurisdicción en virtud del principio dispositivo consideran que lo actuado por él es inexistente.

## VI. CONSIDERACIONES FINALES EN TORNO A LA JURISDICCION CONSTITUCIONAL Y COMUN

Para finalizar este planteamiento solo me resta efectuar las siguientes precisiones:

1. La relación entre las denominadas jurisdicción constitucional y ordinaria es total, puesto que se trata de un solo concepto procesal, el de jurisdicción, que amplía su órbita tradicional destinada a la solución de los conflictos comunes, para ingresar a su esfera la facultad de resolver los conflictos constitucionales, que antes no tenían solución por la vía del proceso.

2. Todos los tribunales tienen jurisdicción, cualquiera que sea su clase, ubicación o naturaleza. Lo que tienen o no tienen es competencia, como consecuencia de la necesidad de repartir el ejercicio de la jurisdicción entre los diversos tribunales del sistema. En este aspecto la Constitución de Bolivia, en su texto establece la competencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema. La Constitución chilena, solo contempla la competencia del Tribunal Constitucional; y la de la Corte Suprema solo para conflictos determinados.

3. La órbita en que se mueven las competencias constitucionales y ordinaria es diferente y por lo tanto no debieran producirse choques ni roces entre ellas. No obstante, ello puede ocurrir y, por lo tanto, el propio sistema debe buscar la forma de solucionar los conflictos de competencia.

4. Como elemento determinante de las jurisdicciones o competencias puede decirse que hay competencia constitucional cuando la Constitución se aplica directamente por el tribunal como norma decisora litis y que es común, cuando el juzgador aplica la ley.

Si se estima que la ley es inconstitucional debe recurrirse siempre al Tribunal Constitucional en un sistema concentrado.

5. La competencia de los Tribunales Constitucionales debe analizarse según el principio informador de cada país, distinguiéndose si aplican el sistema difuso o el concentrado, y en este último caso, si se otorga toda la competencia a un Tribunal Constitucional, a la Corte Suprema o una de sus salas, o se comparte.

6. El principio de la deferencia razonada, encierra dos mensajes que es útil recordar. Significa, por un lado, que los poderes públicos se deben una actitud permanente y recíproca de respeto y cortesía, y lo segundo se traduce en que los Tribunales Superiores deben reconocer y respetar las respectivas esferas competenciales en que cada uno tiene derecho a tomar decisiones con relativa autonomía.

7. El ejercicio de la jurisdicción debe ser necesariamente compartido por las distintas clases de tribunales establecido por el sistema. Pero más allá de esta distribución necesaria, debe tenerse especialmente presente que todos los jueces son los seres humanos escogidos para ejercer la jurisdicción y que el decidir conflictos de intereses regulados por la normativa, aspiramos a que nuestras decisiones se aproximen lo más posible al concepto ideal de justicia que todo juez lleva y cultiva en su interior.

Sucre, Noviembre, 2002.