

BREVES APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE JURISDICCIÓN

THE CONCEPT OF JURISDICTION: BRIEF APPROACHES

*Luis Felipe Vivares Porras**

Resumen

El presente artículo pretende exponer, de manera básica, las notas esenciales de la jurisdicción. No espere el lector un texto exhaustivo, contenido de todos los problemas que acarrea la potestad jurisdiccional. Se encontrará, por el contrario, con una descripción muy sencilla de la jurisdicción desde diversos puntos de vista: los métodos de creación normativa, el significado pleno del término *juris-dictio*, la jurisdiccionalidad del proceso voluntario, las modalidades declarativas y ejecutivas de la jurisdicción y, por último, la cautela jurisdiccional.

Palabras clave: Interés, litigio, jurisdicción, composición, prevención

Abstract

This is an article that is intended to expose, in the most basic way, the essential jurisdiction notes. Not the reader waits for a comprehensive, containing text of all the problems that entails the jurisdictional authority. You will find, instead, a very simple description of the jurisdiction from different points of view: policy creation methods, the full meaning of the term *juris dictio*, the jurisdictional of the voluntary process, declarative and Executive modalities of jurisdiction and, finally, jurisdictional caution.

Key words: Interest, litigation, jurisdiction, composition, prevention.

*Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad Medellín. Docente del área de Derecho Procesal en la Universidad Pontificia Bolivariana.
E-mail: lfvivares@yahoo.com

Fecha de recepción: 25 de septiembre de 2012 - Fecha de aprobación: 10 de diciembre de 2012.

INTRODUCCIÓN

Este artículo discurrirá en torno al concepto de jurisdicción. Advierto, en primer lugar, que no son pocas las veces que otras voces, indudablemente más autorizadas que la mía, se han manifestado en igual sentido¹; exhorto al lector para que acuda a ellas y se haga una idea completa del problema que aquí se esbozará. En segundo lugar, hago notar que pese a ser un convencido de la idoneidad del *sistema* como norte último de toda elucubración científica (y, por lo mismo, un enemigo del palabrerío en el que se han convertido los ejercicios académicos actuales, quedados por falta de profundidad, en el artículo o en la pequeña monografía), las presentes no pasan de ser unas breves reflexiones de un docente que –más de una vez– ha visto enfrentados los conceptos que procura enseñar con la práctica forense en la que se sumerge a diario. Quizá, sometiéndolos al debate público y enfrentándolos con las críticas que deberán llegar, se alcanzará la precisión conceptual que justifica éste y cualquier otro esfuerzo similar.

Ahora bien: no busco disertar exhaustivamente sobre la potestad jurisdiccional. Sólo recogeré, en cortas aproximaciones, aquéllos que son sus datos esenciales. Expondré la sustancia de la jurisdicción: lo que en ella permanece, a pesar de los cambios que experimentan los ordenamientos jurídicos. No vaya a creerse, por demás, que este texto es el manifiesto de un iusnaturalista, firme creyente de universalidades jurídicas metamundanas; no: las que miro como notas esenciales de la jurisdicción son aquellas conclusiones extraídas de la historia y recogidas por esa larga experiencia colectiva que es el derecho procesal.

¹ Cito algunas a título de ejemplo:

Carnelutti, F. (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

_____. (1993). *Sistema de Derecho Procesal*, tomo I. Buenos Aires: U.T.H.E.A (reimpresión)

_____. (2003). *Teoría General del Derecho*, primera edición. Granada: Colmenares

_____. (1952). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vols. I y II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Couture, E. J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: B. de F.

Ibañez Perfecto, A. (2005). *Los “Hechos” en la Sentencia Penal*. Ciudad de Méjico: Fontamara

Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J.L.; Montón Redondo, A.; & Barona Vilar, S. (2003). *Derecho Jurisdiccional I*, 12ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch

Montero Aroca, J. (2000). *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Tirant Lo Blanch.

El lector descubrirá una fuerte simpatía de este autor por la ya clásica ciencia procesal italiana, principalmente por uno de sus exponentes: Francesco Carnelutti. Esto es así porque creo que ese edificio conceptual que llamamos derecho procesal debe mucho al maestro italiano, no tanto porque sus aportes científicos se hayan plasmado en las codificaciones procesales que lo acompañaron en vida o haya influido en las generaciones de procesalistas que lo siguieron (pues esto no ocurrió), sino porque él mismo representó el paradigma ideal (pero también contradictorio) del jurista estudioso del proceso: un abogado que, sin ser sólo un filósofo, un dogmático y un práctico, es todo eso a la vez. Con este ejemplo, los discursos aquí planteados, pasaron primero por el filtro, muy exigente por demás, de la práctica.

Los apartados que conforman este escrito podrían constituir escritos independientes. Cada una de ellos versa sobre aspectos de la jurisdicción susceptibles de ser estudiados por separado. No obstante, he querido unirlos, enlazar las conclusiones a las que unas llegan con los presupuestos de las que continúan, con el objetivo de dar una mirada completa de la jurisdicción desde puntos de vista distintos. Esta mirada holística será de gran utilidad para el lector cuando, más adelante, inicie estudios e investigaciones de mayor calibre, pues contará con un piso conceptual del cual, pese a no gozar de rigurosa solidez, será suficiente para comprender el mundo del proceso y de la jurisdicción.

Por ende, ruego al lector no esperar de este trabajo la respuesta a los problemas teórico-prácticos más acuciantes en la actualidad procesal: la congestión judicial, la desigualdad económica de las partes, la complejidad de los problemas sometidos a enjuiciamiento, la mal llamada "jurisdicción constitucional", etcétera. Encontrará, eso sí, elementos que, proyectados sobre tales problemas con la ayuda de otros instrumentos teóricos (la teoría de la argumentación, la hermenéutica jurídica, la lógica del derecho, entre otros), le ayudarán a comprender el problemático mundo jurídico que ha decidido, si no ejercer, al menos estudiar.

EL DERECHO, EL CONFLICTO Y LA JURISDICCIÓN

La característica principal de la vida en sociedad, de la vida con los otros —en una palabra: de la convivencia - es el hecho de ser regulada, es decir, ordenada por normas². Dicha regulación, a diferencia de lo que suele pensarse, no se lleva a cabo exclusivamente por el derecho. Éste no es más que una de las tantas instituciones sociales reguladoras de la conducta de los hombres en cuanto miembros de una colectividad.

¿Por qué se regula la conducta de los hombres? El hecho de la ordenación de la conducta es vastísimo porque no se limita a las instituciones que regulan el obrar de los hombres en comunidad. Al lado de éstas, se encuentra la moral que, circunscrita al contorno individual de un hombre, se encarga de ordenar sus actos³. La búsqueda de una respuesta al interrogante formulado exige, pues, una investigación exhaustiva, capaz de abarcar tanto las regulaciones conductuales externas como las internas, lo que la hace más cercana a la filosofía que a cualquier ciencia particular. Es evidente, entonces, que el problema planteado trasciende los objetivos trazados desde un inicio para este escrito, pues sólo nos interesa el hecho de la regulación como sustrato necesario de un concepto pleno de la jurisdicción.

¿Por qué, entonces, la conducta es regulada por la institución que conocemos como derecho (contexto dentro del cual surge la idea de jurisdicción)? Para empezar, medítese sobre algunas de las circunstancias en las que viven los hombres en comunidad⁴: los recursos idóneos para satisfacer las necesidades son escasos, cada uno es vulnerable ante las agresiones de los demás, muchos son indolentes frente a las necesidades de los hombres que están por fuera del círculo de sus allegados, en fin: el ser humano vive en condiciones que propician enfrentamientos entre nosotros mismos.

² Al respecto, recuérdese a Hans Kelsen, quien dijo lo siguiente: “La convivencia de los seres humanos se caracteriza porque sus relaciones mutuas quedan reguladas. La convivencia de los individuos, que es en sí misma un fenómeno biológico, pasa a ser un fenómeno social por el mero hecho de estar regulada. La sociedad es una convivencia ordenada o, más exactamente, es el orden de la convivencia de los individuos”, véase: Kelsen, H. (2001). *El Derecho como técnica social específica. ¿Qué es justicia?* Barcelona: Ariel. p. 152.

³ En este punto vale la pena recordar a Luis Recasens Siches cuando afirmaba que: “La moral considera los actos humanos en relación con el sujeto que los cumple y dentro del ámbito individual de éste, determinando entre las conductas posibles cuál es la debida: selecciona, entre las posibilidades del comportamiento, aquellas que son debidas o son lícitas y las opone en aquellas otras conductas posibles pero indebidas, ilícitas, prohibidas”; véase: Recasens Siches, L. (2003). *Introducción al estudio del Derecho*, Decimocuarta Edición. Méjico: Porrúa. p. 86.

⁴ Confróntese a Nino, C.S. (2005). *Introducción al análisis del Derecho*. Buenos Aires: Astrea. p. 2.

Un concepto que, por su abstracción, es capaz de referirse a cada una de las circunstancias antes mencionadas, es ése que ha llamado “conflicto de intereses”. Es un concepto complejo, pues está conformado por dos elementos distintos —interés y conflicto—. Procedo a separarlos, con miras a entender luego su conjunción:

El término interés puede entenderse de dos maneras. La primera se extrae de la expresión latina *interesse*, que significa importar, afectar, incumbir, concernir. En pocas palabras, interés es el nombre que recibe una particular disposición psicológica de un hombre respecto de otro ente distinto. Este punto de vista (propio de los estudiosos de la psiquis) es inadecuado para la teoría jurídica, pues se concentra en aspectos exclusivamente internos de los individuos; la plena subjetividad que entraña esta semántica del interés es ajena a ciencias como el derecho que miran al hombre desde la posición que ocupa en el mundo en relación con los demás, no como una simple unidad.

La segunda manera de entender el interés sí se adecua a las necesidades del razonamiento jurídico. Ésta se colige, según Carnelutti (2003, p. 48), de la expresión latina *quod inter est*, es decir, lo que está en el medio. Interés, entonces, es aquello que media entre dos entes distintos o, más exactamente, es la relación que existe entre aquéllos. Pero no es cualquier relación: es aquella que existe entre un hombre que padece una necesidad y un bien idóneo para satisfacer dicha necesidad. Desde este punto de vista, se entiende con facilidad la definición que el jurista italiano da del interés:

Interés no significa un juicio, sino una posición del hombre o, más exactamente, *la posición favorable a la satisfacción de una necesidad*. La posesión de alimento o del dinero es, ante todo, un interés, porque quien posee uno u otro está en condiciones de satisfacer su hambre (Carnelutti (1993) p. 11).

Ahora bien, los bienes son insuficientes para satisfacer todas las necesidades de los hombres⁵. Este contraste entre la finitud de los bienes y la infinitud de las necesidades deviene, por desgracia, en un conflicto de intereses porque el interés de un sujeto excluye el de otro, es decir, la posición favorable para la satisfacción de una necesidad es incompatible

⁵ Véase, para este punto en especial, a Carnelutti, Francesco, *Teoría General del Derecho*, Tercera Edición. Lima: ARA Editores, 2006, p. 44 – 45.

con la posición favorable de un sujeto distinto para satisfacer otra necesidad. Este conflicto, sin embargo, tiende a componerse, pues es poco probable que los implicados en el mismo estén dispuestos a mantenerse en él indefinidamente. Son múltiples las técnicas usadas para lograr dicha composición. Una de ellas es la lucha violenta, en la que los más fuertes sacian sus necesidades a costa de los más débiles. Otra es el derecho, que se define como una técnica compositiva de los conflictos de intereses. Como dicho objetivo se logra mediante la regulación, esto es, el control de la conducta de los hombres en sociedad, adelanto una pequeña pero importante conclusión preliminar: el derecho es una técnica de control social.

El instrumento por medio del cual el derecho intenta cumplir con este objetivo es la *norma jurídica*. No me interesa, en este momento, estudiar con vastedad el concepto de norma jurídica; me contentaré con afirmar que la misma es un enunciado del *deber ser*, una proposición cuyo contenido es la ordenación de una conducta, la pauta de la misma de acuerdo con una particular manera de creer que debe ejecutarse. Su estructura básica (advierto: mencionada superficialmente) es la siguiente: una hipótesis de comportamiento, vinculada con una consecuencia jurídica y se concibe que, ocurrido el hecho supuesto por la norma, deberá producirse la consecuencia.

Para la producción de tales normas, el derecho cuenta con diversas tecnologías o métodos que se conocen como potestades o poderes normativos. Tradicionalmente, se ha considerado que estas potestades se reducen a las siguientes: la *legislación*, la *administración* y la *jurisdicción*.

El método legislativo es aquel en el que solamente la autoridad (el Estado) crea la norma, sin participación alguna del súbdito (destinatario de la misma). En pocas palabras: la legislación se caracteriza porque la producción de la norma opera *súper partes*, no tanto –advierte Carnelutti (2003, p. 87) – porque el legislador esté por encima de los destinatarios sino porque éstos no intervienen de ninguna manera en el proceso creador. En ella existe una clara contraposición entre el *conditor* y el *subditus iuris*, entre el legislador y las partes puesto que aquél sólo habla (manda) y éstas simplemente escuchan (obedecen).

La potestad administrativa o método administrativo de creación de normas se caracteriza porque ya no es el Estado quien, obrando *supra partes* a los integrantes de un conflicto de intereses, crea las normas, sino que son estos últimos los que concurren a su formulación. Se llama administrativo porque parte de la facultad reconocida a los súbditos de *administrar*, de dirigir, de ejercer mando, de auto-normar sus propios intereses. Si la legislación es *supra partes*, la administración, en cambio, es *inter partes*: opera entre los mismos sujetos para los que se crea la norma. Si una de las partes del litigio es una personificación concreta del Estado (un municipio, una entidad pública, una empresa estatal, etcétera) y, además, se comporta como una destinataria más de las normas, la potestad administrativa se califica de pública; si ambas son particulares, ésta se tilda de privada (también se le denomina potestad convencional o contractual, pues el contrato es el instrumento arquetípico por medio del cual los particulares regulan sus propias conductas).

La potestad jurisdiccional, por último, es aquella que se traduce en una coparticipación del Estado creador de las normas y los súbditos destinatarios de las mismas, en el proceso creativo de estas últimas. En los métodos normativos anteriores sólo la autoridad política o los destinatarios crean las normas; en este método, la autoridad crea por solicitud de los sujetos que, al final de cuentas, verán regulada su conducta por la norma. Al respecto dice Carnelutti:

(...) el carácter específico de la función o fuente judicial consiste en que si bien la orden es pronunciada por un tercero (juez), no la dicta éste más que en cuanto las partes se lo piden proponiéndole sus razones (...) (Carnelutti (2006), p. 95).

En el método jurisdiccional de creación de normas —no así en los otros dos métodos— la actividad del conditor iuris se encuentra limitada por los intereses de los protagonistas del conflicto, pues la norma que éste ha de crear está dirigida esencialmente a disciplinarlos, esto es, a regular sus intereses contrastantes.

El criterio diferenciador de los métodos antedichos es puramente formal, pues no depende ni del contenido ni de la extensión de la norma creada. Así, es posible que de la legislación provenga una norma individual y concreta reguladora de un conflicto estrictamente privado; mientras que

en ejercicio de la administración —a través de un contrato, por ejemplo— o de la jurisdicción—como sucede con los Tribunales Constitucionales—se cree una norma general y abstracta compositora de un conflicto de orden público⁶.

El ejercicio de estas potestades comporta, por regla general, un deber para sus titulares, pues la potestad se ha otorgado para favorecer la consecución de ciertos fines específicos, delimitados por el órgano constituyente⁷. Por tanto, estos métodos son poderes-deberes o, con más sencillez, funciones públicas, tareas, papeles propios del Estado.

De todo lo anterior, me permito formular la siguiente conclusión: la jurisdicción es, ante todo, una potestad, un poder creador de normas. Pero se diferencia de otras potestades también reconocidas por el Estado moderno en lo siguiente: a su ejercicio concurre tanto el Estado (y lo diré de una vez: representado por el juez) como los destinatarios del proceso.

LA DICTIO IURIS

Si la jurisdicción es una potestad, ¿por qué suele decirse que la jurisdicción se resuelve en la *dicción del derecho*? Pero, además, ¿por qué el juez (y en general cualquier titular de la potestad jurisdiccional) y no otro representante del Estado, es quien *dice el derecho*? ¿Por qué no el *conditor legis*, el fundador de la ley, el constituyente mismo y sí un tercero imparcial investido (permanente o parcialmente) de la potestad de juzgar? ¿Qué significa que el método jurisdiccional de creación de normas se defina como la *dicción del derecho*? ¿Qué es, al final de cuentas, esa *dicción del derecho*?

Lo primero que hay que decir es que la etimología de la palabra “jurisdicción” no basta para encontrarles respuesta a los interrogantes formulados. Desde los tiempos del Derecho Romano, dice Eugene Petit, la expresión *jurisdictio*, el *jus dicere*, se ha entendido en dos sentidos aparen-

⁶ Dice Kelsen en forma categórica: “La categoría de la convención no es incompatible ni con la creación de normas generales ni con la creación de normas heterónomas”. Véase: Kelsen, H. (2007). *El contrato y el tratado*. Méjico: Ediciones Coyoacán. p. 116.

⁷ Con excepción de la potestad administrativa privada o convencional, cuyo ejercicio es, generalmente, un privilegio de sus titulares.

temente distintos: Decir el derecho significa: es lo mismo proponer una regla de derecho que aplicar una regla preexistente (Petit (2005), p. 613).

Sin embargo, al ser el derecho un sistema autorreferencial, autopoietico⁸ —esto es: él mismo regula su propia producción— la diferencia entre creación y aplicación de una norma es simplemente relativa. En efecto, bien lo dice Kelsen cuando afirma que:

La norma que regula la creación de otra es “aplicada” en el acto de creación. La creación del derecho es siempre aplicación del mismo. Estos dos conceptos en manera alguna se oponen absolutamente, como lo piensan los partidarios de la teoría tradicional. No es enteramente correcto dividir los actos jurídicos en actos de creación y actos de aplicación del derecho; pues, si prescindimos de los casos limítrofes a que más adelante habremos de referirnos, normalmente cada acto es al propio tiempo creador y aplicador del derecho. Por regla general, la creación de una norma jurídica es aplicación de un precepto de grado más alto, que regula su aplicación; y la aplicación de una norma superior, normalmente es creación de otra inferior determinada por aquélla. Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto por el cual una norma general, una ley, es aplicada; pero al mismo tiempo, es norma individual que impone obligaciones a una de las partes o a las dos de un conflicto (...) (Kelsen (1995), p. 157).

Son dos las conclusiones iniciales a las que debemos llegar: en primer lugar, considerando que, por regla general, todo acto de creación del derecho es aplicación del mismo y viceversa, la ambigüedad en el significado de la expresión jurisdicción (temida desde la época de los romanos) es, en realidad, una ficción: decir el derecho significará, usualmente, la creación de una norma jurídica en aplicación de otra de mayor jerarquía. En segundo lugar, la jurisdicción, vista desde su real etimología: como creación-actuación del derecho, abarca los tres métodos de creación normativa citados anteriormente: el jurisdiccional, el legislativo y el administrativo.

¿Qué es lo que diferencia, entonces, la jurisdicción de la administración y la legislación, hasta el punto de ver en la primera la única potestad en la que efectivamente se *dice el derecho*? En el apartado anterior expresamos una diferencia: en la jurisdicción acuden los destinatarios de las normas y el Estado-juez a la creación de estas últimas, mientras que en

⁸ Según la terminología de Niklas Luhmann, explicada por Juan Antonio García Amado. Al respecto, véase: García Amado, J.A. (1999). *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. p. 131 – 135.

los otros dos métodos, cada uno de estos extremos obra de manera exclusiva en la producción de la norma. Esta diferencia, por ser estrictamente formal y no depender del contenido particular de la norma jurisdiccional, es, a su vez, universal, pues permanece a pesar de los cambios en los contenidos, en la materia de las normas creadas, lo que permite hablar de método jurisdiccional tanto en un Estado de derecho como en otro calificado de totalitario, así como en un régimen político confesional como en otro laico.

Pero esta diferencia no nos dice por qué la jurisdicción es *la que dice el derecho*. Hay que buscar otra diferencia y, si no me equivoco, la misma se encuentra en el concepto de *litis* o litigio.

El litigio no es más que una especie de conflicto de intereses. Éste se torna en aquél cuando uno de los titulares de los intereses en conflicto aspira a la tutela jurídica mediante una pretensión y el otro resiste a la misma⁹. En pocas palabras: el conflicto deviene en litigio cuando las partes del mismo actúan como contendores, rivales, antagonistas; uno exige que el interés de su contraparte se sacrifique en favor del suyo, el otro se opone a tal exigencia; una parte se auto-atribuye un derecho¹⁰ sobre el bien en conflicto y la otra se resiste a dicha auto-atribución. Por este motivo, el litigio, además de ser un conflicto de intereses, es una *oposición de actividades* (Carnelutti (2006), p. 51).

En un esfuerzo por simplificar la terminología anterior y adecuarla a expresiones quizá más conocidas para los lectores de este artículo, me atrevo a afirmar que el litigio no es otra cosa que el *caso concreto* sobre el cual se dice el derecho. La tradición ha dicho que la potestad jurisdiccional se resuelve en la aplicación del derecho en el caso concreto¹¹. Ya he dicho que

⁹ Confróntese a Carnelutti, F. (1952). *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vol. II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América. p. 12. Así mismo, véase a Alvarado Velloso, A. (2004) *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, primera parte. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni. pp. 13 – 14.

¹⁰ Dice Couture: “La pretensión (*Anspruchm, pretesa*) es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras: la auto-atribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica” (Couture, E.J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: B. de F. p. 5)

¹¹ Devis Echandía, conspicuo pero limitado citador de doctrinas extranjeras, define la jurisdicción como “(...) la facultad de administrar justicia, función pública encomendada a un órgano del Estado, que tiene por fin la realización o declaración del derecho mediante la actuación de la ley a casos concretos”, véase: Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, segunda edición. Bogotá: Temis. p. 77.

cuando se dice “aplicación”, también se habla de “creación” y, así, la jurisdicción se traduce en la creación de una norma reguladora de un caso concreto en aplicación de otra(s) de rango(s) superior(es). Pero, ¿Qué cosa distinta a la *litis* habría de ser el susodicho caso concreto? El conflicto de intereses se concreta e individualiza, reduciéndose su alcance pero ampliándose consecuentemente los términos de su definición, cuando una de las partes del mismo formula una pretensión que es resistida por la otra. En otras palabras: un conflicto de intereses sólo se torna en algo único en el mundo, con caracteres propios, cuando contiene una pretensión resistida, esto es, cuando ha devenido en litigio.

Si la jurisdicción compone litigios y éstos, a su vez, no son más que *casos concretos*, se entiende por qué la *dictio iuris* está atribuida al método jurisdiccional. Nada mejor que acudir a Carnelutti para hallar la conclusión buscada, pues él —antes que cualquier otro— ya meditó sobre este mismo problema:

La razón está, si no me engaño, en aquel concepto de la ley como juicio de valor de un posible, esto es, como juicio de valor no fundado sobre un juicio de existencia, en torno a lo cual aconsejo al lector que medite. Resulta de ello que lo que la ley declara es que un deber ser *puede existir*, pero no que *existe*; y esto no es todavía *dicere ius*, porque *ex facto oritur ius*, el derecho nace del hecho y el hecho no es un posible sino un existente. En otros términos, el mandato, para ser mandato, debe ser concreto, no abstracto; no hipotético sino actual. He aquí porqué el *ius* en rigor, no es *dictum* hasta tanto el juez, establecida la certeza del hecho y su conformidad con la hipótesis legal, no lo declara (Carnelutti (1971), p 23).

El mandato impuesto por la norma jurídica, es decir, la real regulación de la conducta efectuada por el derecho, sólo aparece cuando el caso concreto es objeto de regulación. En los demás casos no hay una verdadera regulación de la conducta; tan sólo hay una *promesa* de regularla. La ley, la norma legislativa, promete beneficios o castigos, busca estimular o reprimir una conducta determinada y, así, regular el conflicto de intereses; la norma jurisdiccional, por el contrario, materializa el beneficio o castiga al individuo¹².

¹² Al respecto, dice el profesor Luis Alonso Rico Puerta: “Ya hemos dicho que la ley equivale a un supuesto normativo, que es una mera hipótesis en la que se describe un antecedente de hecho que incidió en su promulgación, que jalonó su promulgación. De allí que la ley, desde el punto de vista lógico formal, está integrada en la mayoría de los casos por un precepto primario y uno secundario (que no son sinónimos de norma primera y norma secundario), el primero de los cuales (preceptos) describe hipotéticamente el hecho real del cual es trasunto y el precepto secundario apareja a la realización efectiva de esa hipótesis, el surgimiento de la consecuencia jurídica. Hasta allí es fácil deducir que la ley por sí misma es apenas una advertencia de premio o castigo, no el premio o el castigo mismo” (subraya fuera del texto original), véase: Rico Puerta, L.A. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Comlibros. p. 120.

Debo hacer, empero, dos precisiones a guisa de conclusión. La primera es que no es una característica formal (y por tanto necesaria) de la jurisdicción la producción de normas particulares reguladoras de litigios. La única característica formal es aquella que ya hemos mencionado: estamos en presencia de la jurisdicción cuando la autoridad concurre a su creación con los destinatarios de las normas. Por tanto, es posible que este método produzca una norma de naturaleza general y abstracta, reguladora de un conflicto de intereses, mas no de un litigio. En este caso, la jurisdicción no implicaría una verdadera *dicción del derecho*, pero no por ello dejaría de ser una potestad pública productora de normas válidas. La producción de normas particulares de la jurisdicción es una característica significativa, pero accidental de la misma.

En segundo lugar y, en razón de lo manifestado, debe quedar claro que no existe óbice alguno para que a través de los demás métodos normativos (legislación y administración) se produzcan normas compositoras de litigios. Tal sería el caso de una ley o una norma administrativa particular y concreta. El primer supuesto es posible pero de poca (o nula) aparición en la realidad; el segundo no sólo es posible sino habitual. Es común observar manifestaciones de la potestad administrativa en las que se procure la composición de un litigio. Obsérvese, por poner un ejemplo, el supuesto de una transacción: las partes del litigio, por sí mismas, lo auto-regulan por medio de una convención; o la actividad denominada “vía gubernativa”, en la que una persona jurídica pública (un *administrador*) auto-compone un litigio que tiene con un particular mediante el proveimiento de un acto administrativo. En ambos casos, se ha normado frente a hechos concretos, frente a litigios. Sin embargo, no se ha dicho el derecho *stricto sensu*, si ha de entenderse por esta expresión lo que se entiende cuando está referida a la composición de litigios por parte de la jurisdicción, pues para que opere la *dictio iuris* se requiere, además de la naturaleza concreta de la norma producida, la inmutabilidad del mandato derivado de ella.

Esta inmutabilidad, conocida bajo las rúbricas de “cosa juzgada” o “autoridad de los efectos de la sentencia” (según la elegante terminología del profesor Enrico Tullio Liebman¹³), supone el último eslabón indicador

¹³ “En esto consiste, pues, la autoridad de la cosa juzgada, que se puede precisamente definir como la inmutabilidad del mandato que nace de la sentencia.” Véase: Liebman, E.T. (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia*. Buenos Aires: Ediar. p. 71.

de la esencia de la jurisdicción. La norma administrativa, si bien compone la *litis*, no lo hace de manera definitiva, quedando, por regla general, la posibilidad de acudir a la jurisdicción para encontrar una decisión inmodificable en relación con la misma. Sólo en aquellos casos en los que el derecho objetivo, de manera expresa, estatuyera la inmutabilidad de los mandatos generados por las normas administrativas, debería concluirse que el derecho sería afirmado *stricto sensu* por fuera de la potestad jurisdiccional¹⁴.

Consideraciones análogas debo hacer en relación con el método legislativo: es de su esencia la constante modificación: el legislador, en cualquier momento y con argumentos ajenos al derecho (argumentos de oportunidad) puede abrogar, sustituir, modificar las leyes o crear otras nuevas; no así la norma jurisdiccional, que permanecerá pese a los cambios de la legislación y de la constitución¹⁵.

LA COMPOSICIÓN Y LA PREVENCIÓN DEL LITIGIO

He establecido que la jurisdicción se resuelve en una fuente de producción normativa en la que se dice el derecho en un litigio o caso concreto. Debo, sin embargo, hacer una aclaración que, sin lugar a dudas, será objeto de debate. Para tal efecto, me he reservado un apartado individual, en la que procuraré presentar mis argumentos.

La aclaración es la que sigue: la jurisdicción, entendida como *ius dicere*, como *dicción del derecho*, no sólo significa *composición* de litigios, sino, también, *prevención* de los mismos. El mandato contenido en la norma jurisdiccional sirve tanto para componer un litigio actual como para prevenir litigios virtuales. Así, por ejemplo, cuando el juez verifica y autoriza la enajenación de un inmueble de un hijo menor, impide que en el futuro aparezca una relación litigiosa entre el hijo y sus padres por cuenta de la enajenación; lo mismo sucede en el caso de la adopción puesto que el juez

¹⁴ Como ejemplo de lo dicho, puede traerse a colación la norma contenida en el artículo 2483 del Código Civil colombiano, según la cual: “la transacción produce efecto de cosa juzgada en última instancia (...)”.

¹⁵ Al respecto dice Couture: “La cosa juzgada es el atributo de la jurisdicción. Ninguna otra actividad del orden jurídico, tiene la virtud de reunir los caracteres arriba mencionados: la irreversibilidad, la inmutabilidad y la coercibilidad. Ni la legislación ni la administración pueden expedir actos con estas modalidades, ya que, por su propia naturaleza, las leyes se derogan con otras leyes y los actos administrativos se revocan o modifican con otros actos”. Véase: Couture, E. J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial B de F.

la autoriza cuando ha advertido que no existen motivos para creer que a partir de la misma ha de producirse una *litis*; igualmente, cuando, como consecuencia de un proceso voluntario, se somete a un individuo a interdicción por demencia. Allí, no se ha compuesto un litigio presente —no hay rastro alguno del mismo— sino que se ha evitado el litigio futuro que podría surgir entre éste y un tercero que llegara a contratar con él.

¿Pero en realidad es la prevención una manifestación de la potestad jurisdiccional? ¿Por qué la actividad *higiénica y no terapéutica*¹⁶ que se desarrolla en el proceso voluntario es una manifestación del método jurisdiccional de creación de mandatos y no de otro distinto? La respuesta se halla en la *forma* de la prevención: como ya lo hemos dicho, en la administración son las propias partes del litigio las que previenen o componen el mismo; en el específico caso de la potestad administrativa pública, el Estado —que obra por medio de uno de sus órganos— opera sobre un litigio del cual él es una de las partes, de donde se concluye que la función administrativa siempre se ejerce *inter partes*. En la jurisdicción, en cambio, el Estado —representado en el juez— regula un litigio del que él no es parte (de allí que se hable del desinterés objetivo¹⁷ o, con más sencillez, de imparcialidad¹⁸ como nota esencial de la función jurisdiccional): se ubica *arriba* de los destinatarios del fruto de la potestad jurisdiccional y, en colaboración con los mismos, produce un mandato cuyo objeto es prevenir o componer un conflicto concreto de intereses. Vistas así las instituciones, resulta difícil seguir insistiendo en la naturaleza administrativa de los pro-

¹⁶ Expresión tomada de Carnelutti: “El proceso civil opera para combatir la *litis*, como el proceso penal opera para combatir el delito. Pero la acción, o mejor la reacción del proceso civil, es más compleja que la del proceso penal. Este último, mientras no se dé, si no propiamente la existencia, por lo menos la apariencia de un delito, no se pone en movimiento. En cambio, el proceso civil puede operar, no sólo para la represión, sino, también, para la prevención del litigio, a fines higiénicos y no terapéuticos”. Véase: Carnelutti, F. (2004). *Cómo se hace un proceso*, segunda edición. Bogotá: Temis. p. 25.

¹⁷ Dice Juan Montero Aroca lo siguiente: “La Jurisdicción actúa el derecho sobre situaciones jurídicas ajenas, y respecto de las cuales está desinteresada objetivamente. No trata de tutelar un interés propio. Con la actuación del derecho no pretende trascender a otros fines; su potestad se reduce a la aplicación de derecho en asuntos de otros”. Véase: Montero Aroca, J.; Gómez Colomer, J.L.; Montón Redondo, A. & Barona Vilar, S. (2003) *Derecho Jurisdiccional I*, 12ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch. p. 120.

¹⁸ Confróntese, entre muchos, a Satta, quien afirma lo siguiente: “Para establecer, aunque sea *cum grano salis*, un cierto paralelismo, puede decirse que así como hay una legitimación de la parte, establecida en (sic) base al interés, también se puede configurar una legitimación del juez, establecida en (sic) base al desinterés: y el mejor juez es el que ofrece en concreto la mayor garantía de imparcialidad. (...) Pero es preciso añadir que, a diferencia de la parte, la legitimación concreta del juez no puede establecerse sino en modo negativo, desde que el juez, en abstracto, por el solo hecho de ser juez, elegido con todas las garantías posibles, tiene una legitimación genérica. O sea que puede sólo decirse que el juez, y ese juez determinado, no tiene legitimación, cuando no tiene o se presume que no tenga, la necesaria imparcialidad”. Véase: Satta, S. (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: E.J.E.A. p. 62 – 63.

cesos de jurisdicción voluntaria: éstos, al igual que los llamados procesos contenciosos, implican el ejercicio de una potestad de un tercero imparcial sobre los destinatarios de la norma jurisdiccional.

No es legislativa, por otro lado, la función preventiva de los litigios, porque, en primer lugar, se recordará que la materia prima habitual de la legislación, a diferencia de lo que ocurre con la jurisdicción o la administración, no es la *litis* sino el conflicto de intereses. Frente al legislador no se encuentran unas personas concretas con un enfrentamiento real que resolver: él trabaja con abstracciones y generalidades, con arquetipos situacionales y modelos de hombres. No regula vidas específicas: regula expectativas, supuestos, hipótesis. Cuando el legislador habla, no lo escuchan las partes de un litigio: él habla para todos y ninguno es especial, él dirige su voz a la otredad, sin estar ésta individualizada. El juez del proceso voluntario obra de manera distinta: él sí tiene de frente a los protagonistas de un litigio (al menos a una de las futuras partes del mismo), pero no actual sino contingente. Él tiene una serie de elementos que le indican la probabilidad de un litigio, disponiendo al respecto medidas preventivas. Ni los sujetos ni el objeto a regular son generales y abstractos como en la legislación: aquí son personas concretas que viven vidas específicas y que están *ad portas* de un litigio que es posible prevenir mediante un mandato proveído por el juez.

Conclusión: el proceso voluntario es jurisdiccional tanto desde su función como desde su estructura: *funcionalmente*, porque obra en un sentido idéntico al proceso contencioso: hacia la represión de la *litis*, mas no de la ya ocurrida, sino de la próxima a ocurrir; *estructuralmente*, porque implica el ejercicio de una potestad de un tercero imparcial.

LA PRETENSIÓN INCIERTA Y LA PRETENSIÓN CIERTA

Retorno al escenario en el que un juez se encuentra con un litigio actual. Este último aparece de dos formas distintas: es posible, por un lado, que la pretensión formulada por una de las partes en litigio sea incierta, o sea, que el derecho que se auto-atribuye el pretensor (en cuanto a su existencia o características) aún es objeto de discusión. La resistencia que encuentra esta clase de pretensión no implica la vulneración del interés del pretensor, pues

todavía queda por resolver si dicho interés es tutelado o no por el derecho en el caso concreto. Estamos frente a una *pretensión incierta* y, por tanto, frente a un litigio con pretensión incierta. Pero también puede pasar, por otro lado, que el ordenamiento jurídico ya no permita la discusión de la pretensión por considerarla cierta. En este caso, hablaríamos de pretensión cierta (y, por lo mismo, de litigio con pretensión cierta) aunque Carnelutti prefiere llamarla *pretensión insatisfecha* (Carnelutti (1993) p. 12), por cuanto su resistencia sí implica la lesión de un interés tutelado por el derecho.

Para estas dos clases del litigio la jurisdicción opera de distinta forma o, si se me permite la expresión, en modalidades diferentes. Frente al litigio con pretensión incierta, la modalidad jurisdiccional idónea es aquella que es denominada de muchas maneras: declarativa, cognoscitiva, de conocimiento, etcétera. Frente al litigio con pretensión cierta, es la modalidad ejecutiva o de ejecución la apropiada para componerlo.

La primera —que denominaré jurisdicción declarativa— tiene por fin erradicar la incertidumbre en torno al derecho que se auto-atribuye una de las partes del litigio, por tanto, busca el accertamiento de los estados jurídicos, lo que significa establecer la aplicación obligatoria de las normas que tutelan el interés cuya preferencia solicita el pretensor. La jurisdicción, pues, se perfila como una potestad que produce un conocimiento cierto y, de allí, los nombres que recibe esta modalidad. Desde este punto de vista, resulta correcta (aunque no suficiente) la definición que Dante Barrios de Angelis da de la jurisdicción:

(...) es jurisdicción el poder-deber conferido a órganos imparciales -estructural y funcionalmente- susceptible de establecer el grado máximo de certeza oficial —y eventualmente la cosa juzgada—, excluida la insatisfacción jurídica, en método contradictorio. (Barrios de Angelis (2002) p. 127).

Ahora bien: la intervención del titular de la potestad jurisdiccional no es necesaria siempre que se presenta una incertidumbre en el ordenamiento jurídico. Por el contrario, el derecho positivo establece casos específicos en los que ha de operar la jurisdicción declarativa. Luego de recoger sus características esenciales, la tradición procesalista ha formulado la siguiente clasificación:

- a) El litigio se origina por el simple desacuerdo en torno al derecho cuya protección exige el pretensor. Las partes solamente discuten sobre la existencia o las cualidades del derecho que, según el sujeto de la pretensión, el ordenamiento jurídico le ha reconocido en tutela de un interés propio. En estos casos, la jurisdicción se resuelve, únicamente, en un accertamiento (positivo o negativo) del derecho auto-atribuido, y se da por terminado el estado de incertidumbre que lo rodeaba. Ésta es la llamada jurisdicción mero declarativa, meramente cognoscitiva, simplemente de conocimiento, etcétera.

Vale la pena agregar, en este punto especial, lo siguiente: la Teoría del Derecho Procesal ha hecho un esfuerzo por definir el concepto de “interés para obrar” y lo concibe como un presupuesto para proferir sentencia de fondo. Chiovenda, con más claridad, lo definió de la siguiente manera: “Como regla general, puede decirse que el interés en obrar consiste en que, sin la intervención de los órganos jurisdiccionales, sufrirá un daño el actor” (200, p. 202).

Por tanto, la jurisdicción mero declarativa habrá de operar sólo en aquellos casos en los que la incertidumbre, sobre un estado jurídico, produzca un perjuicio cierto a las partes del litigio. De no ser así, la intervención jurisdiccional será innecesaria y, de producirse, terminará en una sentencia inhibitoria por ausencia de uno de los requisitos dispuestos por el ordenamiento para producir una sentencia de fondo.

- b) El litigio brota cuando el pretensor busca que se le reconozca un derecho que, de existir, surgió como consecuencia del incumplimiento de una obligación previa por parte de quien resiste a la pretensión. En este caso, la actividad jurisdiccional se traduce en un *accertamiento triple*: primero, se establece con certeza si es cierto o no que sobre el resistente pesaba una obligación; segundo, se decide sobre su incumplimiento y, finalmente, se concretan las consecuencias del mismo estatuidas por el orden jurídico. En este caso específico sólo se tiene en consideración este último aspecto de la actividad cognoscitiva del juez. Esta forma de la potestad jurisdiccional suele denominarse como “de condena”.

- c) Finalmente, es posible que la declaración de certeza que deba efectuar el juez sobre la composición de un litigio sea, a su vez, presupuesto para una modificación de la relación jurídica que vincula a los sujetos del mismo. En tal caso, dice Carnelutti: “La declaración es no sólo un fenómeno procesal, sino además un hecho jurídico material, y la sentencia tiene no sólo eficacia declarativa, sino además eficacia constitutiva del evento” (1993), Tomo II, p. 171.

En este caso se habla de jurisdicción constitutiva. Sin embargo, es menester diferenciar dos situaciones distintas: unas veces es necesario que la potestad jurisdiccional actúe de este modo puesto que el ordenamiento jurídico no autoriza otra forma de producirse el cambio. Es el caso de la anulación de un matrimonio civil: sólo en virtud de un mandato jurisdiccional por cuya virtud se haya declarado con certeza la ocurrencia de uno de las causales de nulidad matrimonial, se producirá la misma. Otras veces, la necesidad de la jurisdicción constitutiva es coyuntural dada la imposibilidad de ejecutar los otros mecanismos que el derecho consagra para producir los cambios en los estatus jurídicos. Es el caso del divorcio o la disolución de una sociedad comercial en caso de desacuerdo entre los cónyuges o los socios.

Por su parte, el litigio con pretensión cierta o insatisfecha requiere que la jurisdicción obre de manera diferente. Esta forma se conoce con el nombre de jurisdicción ejecutiva o de ejecución. El presupuesto básico para esta modalidad de la jurisdicción es la certeza del derecho pretendido por el pretensor. Usualmente, los ordenamientos jurídicos exigen que la declaración de certeza sea consignada en un documento, que se identificará con la sentencia en los casos en los que la certidumbre jurídica provenga de una actividad jurisdiccional previa. Pero resulta viable, de acuerdo con la política que al respecto tenga cada ordenamiento jurídico, que el accertamiento de las relaciones jurídicas provenga del ejercicio del método administrativo de creación de mandatos. En estos casos, el documento contentivo de la declaración de certeza adquirirá una fisonomía distinta a la de la sentencia. Con todo, sea de origen judicial o extrajudicial, el documento al que se hace referencia lleva el nombre de “título ejecutivo”.

El proceso mediante el que se ejerce esta modalidad jurisdiccional consiste, pese a las diferencias que en su diseño establezca cada ordenamiento positivo, en una conducta física productora de un cambio real en el mundo, con el objetivo único de acomodarlo a lo dispuesto en el mandato. Se entiende, de acuerdo con lo expuesto, que el mandato al que se alude es aquel que, creado jurisdiccional o administrativamente, haya quedado consignado en un título.

LA JURISDICCIÓN CAUTELAR

Componer un litigio, sea con pretensión cierta o incierta, toma tiempo. Aunque los procesos sean ejecutados en forma expedita, corriendo la justicia a producir sentencias, necesariamente habrá un lapso, un periodo entre la aparición de la *litis* y su composición jurisdiccional.

Esta demora natural en su composición puede tener como efecto el empeoramiento del litigio, haciendo ineficaz la norma jurisdiccional que eventualmente se produzca, dirigida a componer un litigio que ya no existe (pues ha devenido en otro pero). Piénsese, verbigracia, en un litigio en el que una de las partes (un hijo) se auto-atribuye el derecho de recibir alimentos de la parte resistente (su padre): el tiempo que ha de transcurrir entre la aparición del litigio, el surtimiento del proceso y la producción de la sentencia, supone el peligro de su prolongación excesiva, lo que significaría para el pretensor la posibilidad de sufrir la consecuencia más gravosa de no ver satisfecha su necesidad de alimento (la muerte por inanición); es decir, la norma jurisdiccional, cual sea su contenido, es totalmente ineficaz en el momento de su llegada.

Para hacerle frente a esta circunstancia, natural pero también perjudicial para el recto cumplimiento de la potestad jurisdiccional, existe una última sub-función (otra modalidad jurisdiccional, de acuerdo con la terminología usada en este escrito), denominada cautelar o de seguridad, cuya finalidad es garantizar los resultados de las otras modalidades jurisdiccionales.

Se tilda de “jurisdiccional” esta actividad, ya que se adapta a la definición básica y formal que hemos dado de la jurisdicción: un método creador de normas a cuya ejecución se presentan los destinatarios de las mismas

normas y el Estado, encarnado en un funcionario específico llamado juez. La norma creada no es otra cosa que una providencia cautelar o, para ser más exactos, un mandato que tiene por finalidad prevenir que el proceso compositor del litigio sirva de instrumento agravador del mismo.

Esta providencia o proveimiento cautelar se caracteriza por anticipar provisionalmente todos o algunos de los efectos de la norma jurisdiccional compositora de la *litis* (la creada en la sentencia). Es en este sentido como Calamandrei ha entendido la jurisdicción cautelar y concibe la sustancia de la providencia cautelar como “una (...) anticipación provisoria de ciertos efectos de la providencia definitiva, encaminada a prevenir el daño que podría derivar del retardo de la misma (...)”. (2005, p. 45).

Separando algunos de los elementos del concepto transcrito del jurista italiano, se evidencian las siguientes notas descolantes de la norma jurisdiccional de cautela:

- a. *Es un mandato provisional.* La norma producida por la jurisdicción cautelar no tiene por finalidad componer el litigio de manera definitiva: lo hará (en su totalidad o en alguno de sus aspectos) mientras se produce la sentencia. La providencia de cautela nace sometida a una condición resolutoria: la formulación de la norma compositora, en términos definitivos, de la *litis*.
- b. *Es un mandato instrumental.* La providencia cautelar existe para contribuir al mejor éxito de la providencia componedora del litigio —la *principal*—. Surgida esta última, la norma cautelar carece de todo objeto y, por lo mismo, desaparece del ordenamiento jurídico.
- c. *Es un mandato dirigido a evitar el daño que podría derivarse de la demora natural de la composición del litigio.* Me permito insistir en un argumento ya presentado: la providencia cautelar se dirige a contrarrestar los estragos que el tiempo supone para los litigios. Sin embargo, no siempre se justifica el proveimiento de esta clase de decisiones jurisdiccionales. La necesidad de la misma se encuentra definida por los “presupuestos de la jurisdicción cautelar”. Son dos: el primero de ellos, identificado tradicionalmente con la expresión latina *fumus boni iuris* (apariencia de buen derecho), significa que el juez debe hacer un cálculo anticipado de la ve-

rosimilitud del derecho alegado por el pretensor: debe verificar si, por lo menos, es probable que se acoja la pretensión formulada. Se deducirá, fácilmente, que esta apariencia del derecho se torna en certeza en el campo de la jurisdicción ejecutiva y, por lo mismo, son más comunes las manifestaciones de la justicia cautelar en el proceso de ejecución que en el proceso en el que se ejerce la jurisdicción declarativa, pues en ésta el derecho auto-atribuido es, por esencia, incierto. El segundo presupuesto, también identificado por la tradición con una expresión latina –*periculum in mora* (peligro en la mora) – consiste en la posibilidad, razonable y objetivamente fundada, en un empeoramiento de las condiciones del litigio, por el transcurso del tiempo necesario para el dictado de la sentencia principal y se lesiona el interés del sujeto pretensor. Se concluye, entonces, que si no hay apariencia de buen derecho pero, sobre todo, si no existe el riesgo del agravamiento del litigio por el tiempo que naturalmente toma el proceso (no hay peligro por la mora), no debe producirse ninguna norma cautelar, pues la misma carecería de objeto dentro del ordenamiento.

La jurisdicción cautelar, para cumplir su cometido, obra en dos direcciones distintas, denominadas respectivamente *jurisdicción cautelar conservativa* y *jurisdicción cautelar innovadora*. La finalidad de la prevención conservativa es la evitación de cualquier cambio de la situación de hecho en la que se inserta el litigio y busca que las cosas sigan como estaban en el momento en el que se originaron. En este caso, la jurisdicción cautelar ataca al tiempo y evita que sus efectos se plasmen sobre la *litis*. Por ejemplo: si el objeto del litigio es un bien inmueble radicado en el patrimonio del resistente, una forma de la cautela conservativa sería el mantenimiento de dicho estado mediante la sustracción del comercio del inmueble y se evita que su propietario deje de serlo mientras dura el proceso. La cautela innovadora, por el contrario, busca cambiar las condiciones del litigio de manera anticipada a la terminación del proceso. Verbigracia: el artículo 7 del decreto 2591 de 1991, relativo a las acciones de tutela, reza que: “Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger un derecho, suspenderá la aplicación del acto que lo amenace o vulnere”. En este caso, el juez provee una norma que cambia el estado del litigio porque suspende la aplicación de un acto que, presuntamente, vulnera algún derecho fundamental de la parte pretensora.

CONCLUSIONES

De la anterior mirada la potestad jurisdiccional, extraigo varias conclusiones. La primera es que la misma es un método creador de normas. Es común escuchar en el mundo forense que sólo el legislador crea normas. No: el legislador sólo crea *leyes*, una de las clases de normas que forman un ordenamiento jurídico típico. Puede ser (como, en efecto, ocurre dentro de nuestro ordenamiento) que por política legislativa se dé una jerarquización entre las diversas normas y se fije en la cúspide —o cerca a ella— a la ley. Sin embargo, esto no quiere decir que las únicas normas de un ordenamiento sean las leyes y la única fuente de producción jurídica sea la legislación. Afirmar esto sería desconocer la obviedad que es la multiplicidad normativa de un sistema jurídico.

En segundo lugar, concluyo que la jurisdicción significa, *stricto sensu*, la dicción del derecho, cuando crea una norma reguladora de un litigio. Sin embargo, no deja de ser un método creador de normas cuando produce normas ordenadoras de los conflictos de intereses. Que un juez produzca una norma general y abstracta (como lo hace, por ejemplo, un Tribunal Constitucional cuando deroga una norma del ordenamiento por considerarla inconstitucional (Kelsen, 2001, p. 54) no hace mella en su naturaleza jurisdiccional.

En tercer lugar, sea visto que la jurisdicción, dependiendo de la actualidad y la particularidad del litigio que debe regular, actúa de distinta manera y se configura lo que llamé *las cuatro modalidades del método jurisdiccional*: la declaración, la ejecución, la cautela y la voluntaria. De esta tipología, se desprende una clasificación de los procesos que atienden a su función, es decir, a su papel en relación con la litis: procesos declarativos o de conocimiento, procesos ejecutivos, procesos cautelares y procesos voluntarios.

Estudiada la jurisdicción de esta manera, se trasciende de su estado formal de fuente de normas jurídicas para convertirse en un instrumento de suma valía, pues la misma implica un momento de diálogo entre el Estado y los litigantes, en veces caótico pero también en ocasiones productivo, que funge como motor de optimación del valor base de todo discurso jurídico: la justicia obtenida sin violencia.

REFERENCIAS

- Alvarado Velloso, A. (2004). *Introducción al estudio del Derecho Procesal, primera parte*. Santa Fe: Editorial Rubinzal-Culzoni.
- Andrés Ibáñez, P. (2005). *Los "Hechos" en la Sentencia Penal*. México: Editorial Fontamara.
- Barrios de Angelis, D. (2002). *Teoría del Proceso, segunda edición*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Calamandrei, P. (2005). *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima: Ara Editores.
- Carnelutti, F. (1952) *Estudios de Derecho Procesal Civil*, vols. I y II. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952.
- (1971). *Derecho y Proceso*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- (1993). *Sistema de Derecho Procesal*, tomos I y II. Buenos Aires: Editorial U.T.H.E.A.
- (2003). *Teoría General del Derecho*, primera edición. Granada: Editorial Colmenares.
- (2004). *Cómo se hace un proceso*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis
- (2006). *Teoría General del Derecho*, tercera Edición. Lima: ARA Editores
- Chiovenda, G. (2000). *Principios de Derecho Procesal Civil*, tomo I. Madrid: Editorial Reus.
- Couture, E.J. (2002). *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial B de F.
- Devis Echandía, H. (2009). *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, segunda edición. Bogotá: Editorial Temis.

- García, J.A. (1999). *La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. Ciudad de México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2001). "El Derecho como técnica social específica", en: *¿Qué es justicia?* Barcelona: Editorial Ariel.
- (2001). *La garantía jurisdiccional de la Constitución (La justicia constitucional)*. Ciudad de México: Editorial Universidad Nacional Autónoma de México.
- (2007). *El contrato y el tratado*. Ciudad de México: Ediciones Coyoacán.
- Liebman, E.T. (1946). *Eficacia y autoridad de la sentencia*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Montero, J. (2000). *El Derecho Procesal en el siglo XX*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Montero, J.; Gómez, J.; Montón, J.L. & Barona, A. (2003). *Derecho Jurisdiccional I*, 12° edición. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch.
- Nino, C.S. (2005). *Introducción al análisis del Derecho*, segunda edición. Buenos Aires: editorial Astrea.
- Petit, E. (2005). *Derecho Romano*. Ciudad de México: Editorial Porrúa.
- Recasens Siches, L. (2003). *Introducción al estudio del Derecho*. Ciudad de México. Editorial Porrúa.
- Rico, L.A. (2006). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Comlibros.
- Satta, S. (1971). *Manual de Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Editorial E.J.E.A.