

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO

El Pacto de Foro Prorrogando en la
Ley Procesal del Distrito Federal

MARIANO ALBOR SALCEDO

MEXICO, D. F.

1972



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**EL PACTO DE FORO PRORROGANDO EN LA
LEY PROCESAL DEL DISTRITO FEDERAL**

CON GRATITUD

A LA SRA. DOLORES C. DE NORIEGA.

*Cuyo bondadoso corazón de madre
acogió mis esperanzas juveniles.*

PROLOGO

Este trabajo es el resultado de un esfuerzo que tiene el propósito de analizar una de las reglas que contiene el Código de Procedimientos Civiles, en relación con la competencia de los órganos judiciales, **el pacto de foro prorrogando.**

Tradicionalmente, el pacto de foro prorrogando ha sido más que explicado, descrito en los límites conceptuados del ordenamiento legislativo, por esto nosotros intentamos caracterizarlo con los fundamentos teóricos y técnicos que le importan y conforme a la realidad que condiciona su recepción en los cuerpos legales.

Acontece en el estudio del derecho, que al observar figuras que parecen no entrañar mayor dificultad de entendimiento, en cuanto se quiere aprehenderlas, se inicia un recorrido por el sistema jurídico de alcances insospechados, y que proporciona una experiencia de gran valor. Por eso consideramos necesario replantear una serie de problemas, que injustificadamente se dan por resueltos para lograr una mejor comprensión de nuestra ciencia.

Previo a nuestra exposición, queremos patentizar la gratitud que guardamos para el señor Doctor don Humberto Briseño Sierra, quien nos sugirió desarrollar el tema, nos condujo en el trabajo de in-

vestigación proporcionándonos material de su biblioteca, respetando absolutamente nuestro criterio, inclusive, en los eventuales casos de discrepancia con generosa comprensión de las que son nuestras limitaciones personales.

Nuestro agradecimiento afectuoso al señor Licenciado don Sergio Vela Treviño, de quien cotidianamente recibimos la lección profesional, el consejo amistoso y en el ejemplo de su calidad humana como maestro, abogado y amigo la permanente inquietud de ejercer la abogacía con dignidad.

Damos gracias a la señorita Licenciado Inés Acevedo Solís, quien nos prestó su valiosa ayuda para la revisión de este trabajo.

INTRODUCCION

La necesidad de caracterizar el Derecho con rango científico, ocasiona la necesidad de emplear un método, si se quiere alcanzar resultados positivos en un estudio.

Al desarrollar, entonces, una tarea investigadora sobre los fenómenos jurídicos, ha de buscarse el camino, mismo que no puede dejar a un lado la calidad fáctica de los hechos, lo cual, ya no permite analizar exclusivamente en forma arbitraria, aunque sí deja margen para asumir un criterio propio.

Al tomar la realidad, permaneciendo fija en ella la atención y con respeto, convencional si así se quiere calificar, de la terminología, se obtiene en principio, la objetividad atribuida al derecho, observada al nivel de una convicción que se reputa fundada.

No obstante lo anterior, las citas de los textos escogidos, se hizo respetando el sentido que les da el contexto en que aparecen, sin intentar variar ni cambiarles palabras, términos o conceptos.

Hemos dado la misma importancia que en general preocupa a la doctrina al aspecto terminológico, ya que creemos que de su formalización de-

pende en parte el progreso científico del conocimiento, porque las graves dificultades de la teoría, la técnica y la práctica surgen en una gran proporción del deficiente uso que del lenguaje se hace en nuestro medio, en el que los conceptos oscilan entre la multisignificación y la asignificación, que no han hecho sino conducirnos a polémicas que por interminables son estériles. Esta intención formalizadora del lenguaje jurídico, nos obliga a obtener la univocidad de los conceptos como resultado metodológico, aspiración que creemos haber respetado en las páginas siguientes.

Queremos indicar, que al eludir a las referencias históricas de la prórroga de competencia, ampliamos las citas de los autores respectivos a proporciones de literalidad, por varias razones; pensamos que las corrientes modernas imperantes en la Facultad de Derecho, injustificadamente, los rechazan, con una actitud que podemos definir como un olvido reprobable; hay en ellos una riqueza de elementos y vetas de valor incalculable para el estudio del derecho, y porque, si algún día se configura una Escuela Mexicana de Derecho Procesal encontrará en ellos las raíces profundas, vigorosas y fructíferas que la iniciaron.

Finalmente queremos decir, que si a alguna idea pudiera acogerse la actitud que asumimos en este trabajo, es la expresada por Ramiro Podetti: "Entre el simple expositor de ideas ajenas, no siempre bien comprendidas, y el creador genial de teorías y de sistemas, cabe la posición de quien, al exponer teorías e ideas generalmente acertadas, lo haga con el aporte de su propio pensamiento o, mejor dicho, desde su punto de observación que no

puede ser otro que la intersección entre el derecho de su país, la ciencia jurídica contemporánea y los valores existenciales de la sociedad en que vive".¹

1 "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral", "Tratado de la Competencia", EDIAR, Buenos Aires 1954, Tomo I, pág. 9.

Y ahora, roguemos a la intención de quienes detentan alguna desgraciada partícula de autoridad, roguemos por todos aquellos a través de quienes tenemos que sufrir la tiranía impersonal del Estado, por todos aquellos que dan autorizaciones y promulgan prohibiciones, roguemos porque no consideren la letra y la cifra como algo más real y más vivo que la carne y la sangre, y hacer, Señor, haced que nosotros, simples ciudadanos de esta tierra, no lleguemos a confundir al hombre con la función que ocupa. Haced que tengamos siempre presente en el espíritu de la mente, que de nuestra impaciencia o de nuestra pereza, de nuestros abusos o de nuestro temor a la libertad, de nuestras propias injusticias, en fin, ha nacido este Estado que tenemos que sufrir para perdón y remisión de nuestros pecados. ()*

(*) Plegaria de W. A. Auden citada por Constant V. Gheorghiu en "La Hora Veinticinco", Barcelona, España, Ediciones G. P. Barcelona 1957, Págs. 81-82.

CAPITULO I

LA FUNCION PUBLICA

SUMARIO: A) Introducción. B) Concepto de Función. C) Ideas en Torno a la Naturaleza de las Funciones del Estado: a) R. Carré de Malberg; b) Jorge Jellinek; c) Enrico Redenti; d) Piero Calamandrei; e) Manuel María Díez; f) Rafael Bielsa; g) Hugo Alsina; h) Rafael de Pina; i) Gabino Fraga. D) Nociones de Función Pública y Función Privada. Su Verificación.

A) La Ley, impulsada por los juristas y por un legislador no siempre afortunado, ha creado diversas figuras jurídicas, que afectan las condiciones normales de uno de los presupuestos procesales de mayor importancia: la competencia de los órganos de la jurisdicción.

Podemos referir entre otras los actos prejudiciales,¹ los impedimentos² y excusas,³ el compromiso en árbitros,⁴ recusaciones,⁵ la cláusula compromisoria,⁶ la acumulación,⁷ la reconvencción⁸ y el pacto de **foro prorrogando**.⁹

Cada una de las figuras enunciadas, además de guardar su propia naturaleza jurídica, tiene la peculiaridad de ocasionar consecuencias diversas sobre la competencia.

Múltiples son los argumentos a los que podemos acudir válidamente para encontrar fundada su presencia en el sistema legal. Para crearlas, el legislador considera factores de índole diversa. Recuérdese por ejemplo, la advertencia que hizo Hugo Alsina, "El régimen procesal de un país y particularmente el procedimiento, tienen una trascendencia social y económica que se traduce en consecuencias prácticas, en donde el procedimiento es defectuoso, la administración de justicia es tardía, cara y deficiente, lo que origina la desconfianza de los litigan-

1 Art. 193 Código de Procedimientos Civiles.

2 Art. 170 Código de Procedimientos Civiles.

3 Art. 171 Código de Procedimientos Civiles.

4 Art. 172 Código de Procedimientos Civiles.

5 Art. 612 Código de Procedimientos Civiles.

6 Art. 31 Código de Procedimientos Civiles.

7 Art. 31 Código de Procedimientos Civiles.

8 Artículos 260 y 261 Código de Procedimientos Civiles.

9 Artículos 149 a 153 Código de Procedimientos Civiles.

tes y el retraimiento de los negocios, por lo que en lugar de constituir una garantía, se convierte en una amenaza".¹⁰

Por otra parte, nadie puede desconocer que un sistema procesal requiere de un adecuado equilibrio de las reglas para establecer la competencia, lográndose con ello un mejor desarrollo de las funciones a cargo de los órganos jurisdiccionales.

En la anterior enumeración deben incluirse los principios de cumplidos avances que se implican en la función judicial de un Estado de Derecho, no ajenos a la técnica jurídica, que lleva la pretensión de recoger sistemáticamente disposiciones que permitan solucionar en forma legítima los conflictos de intereses que son llevados ante los juzgadores.

Hemos anotado la intención de significar en forma unívoca, los fenómenos jurídicos que se entrelazan o se dan en forma paralela al objeto de nuestro estudio, aunándonos a la constante preocupación de los estudiosos del derecho motivada por razones de método, de comprensión o de política legislativa, aunque muchas veces no se haya logrado el definir unívocamente los conceptos de derecho.

B) Si consideramos que en el actual Estado de Derecho a los órganos y entes creados se les otorga una funcionalidad con el propósito de que se obtengan finalidades predeterminadas, vemos que la idea ha llegado hasta la afirmación, en algunos casos, de que los fines del Estado constituyen direcciones de carácter general que se reconocen a éste y se consagran en su legislación. Es necesario detener nues-

10 Alsina Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", 2a. Edición Ediar, Buenos Aires, Tomo I, Pág. 47.

tra atención en un primer concepto; la voz función, ya que obtenidas sus notas esenciales, se habrá logrado un dato de utilidad para lograr una mejor comprensión de los fenómenos que aquí nos ocupan; orientada hacia tal punto nuestra búsqueda, estaremos en posibilidad de calificar jurídicamente como pública o privada a esa manifestación fenoménica del derecho.

Este tema ha merecido especial dedicación por los tratadistas de derecho, y se puede apreciar, que generalmente no coinciden en su análisis. Los autores se ocupan de la función en cuanto la califican de pública por su relación Poder-Estado, con lo cual quedan de principio invertidos los términos de la cuestión, dando como resultado un alejamiento del objeto a estudiar, cuya debida comprensión conduciría a niveles sistemáticos de mayor precisión, que acatasen el principio de unificación que pretende el conocimiento científico. O acontece también, que se amplía el campo de observación, actitud que Carnelutti ha criticado en la "Metodología del Derecho" por correrse el riesgo de que, destacando la visión de un fenómeno, ello motiva que otros queden definitivamente en la penumbra.

La multivocidad otorgada a la voz **función** ha creado dificultades de importantes consecuencias, pese a lo cual, afirmamos que su empleo nos proporciona, en forma idónea, la realidad del fenómeno que queremos significar.

La etimología de la palabra **función** determina completamente su concepto, según indica José Pablo de la Herrán Pozas en su "Derecho Notarial". Proviene de **fungor** que significa hacer cumplir o ejercitar, que a su vez deriva de **finis**, por lo que, dentro del campo de las relaciones jurídicas,

la función será "toda actividad por razón del fin jurídico en su doble esfera de pública o privada".¹¹

A este respecto Manuel María Díez indica: "La etimología de la palabra **función** perteneciente a la misma raíz del verbo **fungor - fungorís** quiere decir cumplir, ejercitar, desempeñar; entonces significa cumplimiento, ejecución, desempeño".¹²

A este primer dato nosotros agregamos los siguientes:

a) Ejercicio de un órgano o aparato de los seres vivos, máquinas o instrumentos.

b) Acción y ejercicio de un empleo, facultad u oficio.

Se advierte que las acepciones que se anotan implican la idea de movilidad o actividad.

Entendido que la función es una actividad desarrollada por órganos, seres o entes, (sujetos), debemos saber ahora qué tipo de actividad debe manifestarse como función. En el lenguaje común se dice que algo funciona o es funcional, cuando la actividad realizada es idónea para obtener la finalidad pretendida; esta es la idea que se encuentra en la mayoría de los planteamientos que posteriormente serán expuestos.

La insuficiencia de las definiciones teleológicas se deriva de una excesiva preocupación por el **fin** o **finalidad**, conceptuándose algo ajeno al objeto de conocimiento; en nuestro caso la finalidad que se obtenga con una actividad no nos daría las no-

11 Citado por A. Serra Rojas, "Derecho Administrativo. Doctrina, Legislación y Jurisprudencia", México, Porrúa, 1961, Pág. 200.

12 "Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ormeba 1967, Tomo III, Pág. 329.

tas esenciales de la función, de tal suerte que, un órgano para ejercer la función judicial, puede desarrollar una multiplicidad de actividades, con las cuales obtiene resultados que le son propios; así, ordena que se formen expedientes, que se registren en los libros de gobierno, guarda documentos en resguardo, gira o cumplimenta exhortos, dicta sentencias, etc., pero tales conductas no podemos calificarlas en forma individualizada como jurisdicción.

Excluída la finalidad, como nota característica de la función, debemos atenernos a la calidad de la actividad que llevan a cabo los órganos de un ente.

Manuel María Díez nos aproxima a la noción que consideramos correcta: "El Estado tiene que realizar ciertas funciones esenciales que son inherentes a su calidad de tal y que no se conciben sino ejercidas por él mismo."¹³

Aquí se ve con claridad la presencia de un sujeto que, conforme a su naturaleza o estructura, actúa objetivamente, por serle esencial. Si efectuamos una substitución de términos decimos que **funcionar es el actuar objetivo de un órgano conforme a la naturaleza de su ente o institución.**

Esta concepción tiene validez porque consideramos que destaca cumplidamente el fenómeno a significar, permitiéndonos, por otra parte, realizar las invariaciones que le son propias; así, sabemos ahora, que hay una actividad, ya sea de legislar, juzgar o administrar, que cuando es conducta que objetiva un órgano conforme a sus atribuciones, se transforma en función, y que, sin este dato no la podríamos entender con ese concepto.

13 Op. cit. Pág. 188.

De tal suerte que la presencia del órgano que tiene la misión de objetivar una conducta, puede entenderse en sí misma, y ver que la función se da en el derecho, tanto en el área pública como en la privada, y claros ejemplos nos los ofrecen el juzgador oficial y el árbitro, el administrador estatal y el albacea, el legislador del Estado y la celebración de concordato de los acreedores en la quiebra. Es claro que los dos grupos de sujetos objetivan su actividad dirigiendo un proceso, operando un patrimonio o imponiendo un contenido normativo; destaca sin embargo, que unos pertenecen al oficio estatal, mientras que los otros no pierden su carácter de particulares, aún llevando a cabo una función pública.

Constitucionalmente, se señalan al órgano diversas funciones, que como sujeto de gobierno, debe desarrollar si pretende, primero, entenderse en sí mismo y segundo, tener razón de ser porque si careciera de las atribuciones que se le indican, no se daría establemente como una institución dentro del sistema jurídico.

C) Las funciones del Estado son objeto de innumerables estudios doctrinales; estos trabajos, que tienen alcances diversos, generalmente se circunscriben a la legislación, administración y jurisdicción, porque se cree que del análisis de dichos fenómenos se podrá obtener, en conclusión, la naturaleza jurídica de la función pública.

a) R. Carré de Malberg en su "Teoría General del Estado",¹⁴ desarrolla una de las más completas y acuciosas exposiciones; refiere, que las funciones

14 Versión española José Lion Depetre, México C.F.E., 1948.

estatales, en derecho público, deberán entenderse, como las diversas actividades del Estado, en cuanto constituyen diferentes manifestaciones o diversidad del ejercicio de la potestad estatal; estos últimos conceptos los define como: "el poder que tiene el Estado, de querer por sus órganos especiales y por cuenta de la colectividad y de imponer su voluntad a los individuos".¹⁵

Se debe recordar, que el autor francés ha considerado exacto hablar de "una voluntad del Estado, en virtud de la organización jurídica de la nación".¹⁶

A Carré de Malberg le preocupa notoriamente en este tema, el inadecuado empleo del lenguaje que se ha hecho al abordar las cuestiones planteadas, el cual llega inclusive a calificar de **vicioso**.¹⁷

Por esa razón, al intentar la precisión conceptual de la problemática, explica que las actividades estatales se pueden reducir a tres grupos principales:

- a) El resguardo de la seguridad de la nación respecto de países extranjeros;
- b) El aseguramiento del orden y del derecho en las relaciones que mantienen entre sí los individuos;
- c) Y el avocarse todas las atribuciones que respondan a una necesidad o utilidad nacional.¹⁸

"Corresponde pues, a la teoría jurídica de las

15 Op. cit. Pág. 249.

16 Id. Pág. 44.

17 Id. Pág. 249, nota 1.

18 Id. Págs. 249, 250 y 251.

funciones precisar cuáles son los actos por los cuales el Estado realiza las atribuciones que él mismo puede asignarse"¹⁹ y afirma: "Así entendidas las funciones conforme a una tradición muy antigua, se reducen por unanimidad de los autores a tres grandes clases de actividad: la legislación, la administración y la justicia".²⁰

Se rechaza pues, la escuela que halla la distinción de las funciones en la diversidad de los fines estatales, por considerar que confunde indebidamente dos cuestiones diferentes: la de los cometidos del Estado y la de las funciones del mismo.²¹

No admite, tampoco, el criterio de Paul Laband de que la diferencia específica que separa los diversos actos del Estado, consiste en que tales actos se componen los unos de operaciones intelectuales (legislación y justicia) y los otros de operaciones actuantes (administración)²², y funda sus principales objeciones manifestando que en primer lugar, la oposición entre actividades de juicio y las de acción no puede ser absoluta sino relativa, ya que se debe considerar que a todo acto administrativo precede una operación de juicio; asimismo la ley no puede reducirse a simples operaciones de juicio, ya que toda norma creadora de derecho contiene necesariamente una orden, una prescripción de observar la regla que consagra y por lo tanto, viene a ser un mandamiento.²³ Con Duguit afirma, como argumento definitivo para no considerar correcta la exposi-

19 Id. Pág. 252.

20 Id. Pág. 252.

21 Id. Págs. 253 y 254.

22 Id. Pág. 254.

23 CFR. Op. cit. Pág. 255 y 256.

ción de Laband, que tal doctrina adolece de psicologismo, y por tanto no puede ser recogida por los juristas, ya que no responde al especial orden de ideas de la ciencia del derecho.²⁴

Para Carré de Malberg, la distinción de las funciones estatales desde el punto de vista jurídico, debe encontrar su apoyo en el terreno definitivo del derecho y en particular del derecho constitucional vigente. Los elementos de identificación de las funciones los establece la Constitución cuando "hacen depender la calificación y la eficacia jurídicas de los diversos actos estatales de una cuestión de forma y órgano".²⁵

Por esta razón, "todo acto en forma legislativa que emane del cuerpo legislativo posee fuerza efectiva de ley, como también, recíprocamente, la decisión que emana de una autoridad administrativa o judicial nunca tendrá la virtud legislativa".²⁶ "En una palabra, desde el punto de vista jurídico, los actos del Estado constituyen actos de legislación, administración o de justicia, según tengan por autores a los órganos legislativos, administrativos o judiciales". "Cualquiera otra clasificación quedaría desprovista de exactitud jurídica, al encontrarse en oposición con el sistema positivo de derecho constitucional".²⁷

Como es evidente, Carré de Malberg se encuentra directamente frente a la Constitución Francesa, que se atiene al criterio formalista, y define en todo momento la función por el órgano; como él mismo

24 CFR. Op. cit. Pág. 257.

25 Id. Pág. 257.

26 Id. Pág. 257.

27 Id. Pág. 251.

dice: no puede sorprender que la doctrina, a su vez haya sufrido la misma influencia.

Conforme a tal exposición, parece lógico que "el Derecho Francés discierne en la actividad del Estado tres vías distintas: la legislación, la administración y la jurisdicción, así como también, hay que distinguir en la potestad estatal, tres cualidades o tres poderes, correspondientes a la triple naturaleza o fuerza especial de la potestad de que se hayan investidos respectivamente los órganos legislativos, ejecutivos y jurisdiccionales. A esta distinción de tres vías y potestades se refiere la clasificación de las funciones del Estado en legislativa, administrativa y judicial".²⁸

No hay que reprochar —manifiesta— a esta clasificación su **carácter puramente formal**. Evidentemente se atiende a un carácter de orden simplemente orgánico y de procedimiento, y "de ningún modo tiene en cuenta la naturaleza interna de las decisiones o medidas contenidas en los actos legislativos, administrativos y jurisdiccionales".²⁹

La distinción material de las funciones, sólo sería procedente para Carré de Malberg "siempre y cuando el derecho público vigente hubiese establecido correspondencia entre la competencia de los diversos órganos y el empleo de las diferentes formas de actividad estatal o categorías de materias estrictamente limitadas y predeterminadas".³⁰

Se ha citado en forma tan prolija al autor francés, tomando en cuenta que su exposición guarda

28 Ibi. Pág. 738.

29 Id. Pág. 738.

30 Id. Pág. 738.

una meridiana claridad didáctica, que permite de una sola observación contemplar el panorama que las corrientes doctrinales han impuesto a la problemática de las funciones.

Por lo demás, no podemos eludir, en primer lugar el análisis crítico de la posición de Carré de Malberg, ni dejar de exponer lo que consideramos objetable, como forma de manifestar nuestra propia opinión.

Es de verse, que el desmedido formalismo a que se acoge, lo deja en posibilidad de establecer la presencia de un órgano funcional, pero no le permite precisar el concepto objetivo de la función.

Consideramos que no es correcto, para plantear un método lógico jurídico, cuya validez en sus resultados debe ser universal, y que pretende como dice este autor siguiendo a Paul Laband "fijar la estructura de las instituciones",³¹ acudir exclusivamente a la experiencia de un derecho positivo local. Porque resulta claro que, frente a las diversas organizaciones constitucionales que en la realidad puedan darse, siempre se encontrará un fenómeno universal: la **funcionalidad**, concepto que, como hemos dicho, debe caracterizarse a pesar de las divergencias de los múltiples órdenes nacionales, con las notas esenciales que lo caracterizan como concepto.

Finalmente, no podemos admitir la afirmación, de que la función del Estado sea su actividad como manifestación de su potestad estatal, ya que, lo que acontece en la realidad del fenómeno, es que al objetivarse la actividad que llevan a cabo los órganos del Estado se configura la función.

31 Id. Pág. 46.

b) Jorge Jellinek expone que las funciones del Estado derivan del acontecer histórico, razón que deberá tomarse en cuenta para un análisis objetivo: "Una vez más búscase en la historia lo racional y con el caso particular histórico se construye la teoría general".³²

"Desde Aristóteles a Montesquieu se fundó el conocimiento de la distinción objetiva en la distinción del sujeto".³³

Pero el último de los autores, establece la coincidencia de la objetividad con la subjetividad, lográndose la oposición formal y material como caracterización de las funciones.

Para el maestro alemán, hacer una exposición de las funciones ateniéndose a los órganos resulta posible, "por la intimidad que se da en toda la vida estatal".³⁴

Por eso "han sido más bien consideraciones acerca de los fines las que han determinado las funciones que a cada órgano se han de encomendar".³⁵

De aquí que rechace categóricamente la corriente tradicional a la que califica de *ingenua*, toda vez que "la identificación del órgano y la función del Estado, no puede dar solución a los más importantes problemas teóricos y prácticos de las funciones".³⁶

Predica Jellinek, que la causa de existencia de

32 "Teoría General del Estado", Trad. Fernando de los Ríos, Ediciones Albatros 1943, Pág. 485.

33 Id. Pág. 492.

34 Id. Pág. 495.

35 Id. Pág. 495.

36 Id. Pág. 496.

las funciones materiales, se basa en el vínculo entre **actividad y fin**; que las actividades estatales únicamente pueden mostrarse en dos formas: estableciendo reglas abstractas y ejecutándolas mediante actividades dirigidas a ese fin.

Con tales argumentos, puede concluir: que la función **legislativa material** "establece normas abstractas que regulan una pluralidad de casos o un hecho individual". La **función jurisdiccional** "fija en los casos individuales el derecho incierto o cuestionable a las situaciones e intereses jurídicos"; en tanto que la **administrativa** "resuelve casos concretos acorde a las normas jurídicas".³⁷ Esta división dará origen a las leyes, actos administrativos y decisiones judiciales.

Conviene destacar, el aspecto definitivo de diferenciación que hace Jorge Jellinek en su **Teoría General del Estado**: "La distinción de las funciones corresponde al menos en parte a la diversidad de los fines estatales, fines que según dicho autor, se reducen esencialmente, por una parte, a la creación y mantenimiento del derecho y por otra a la conservación de la nación y desarrollo de la cultura".³⁸

La teoría del maestro alemán es objeto de numerosas adhesiones en la doctrina y de una exitosa difusión en los textos jurídicos, inclusive nacionales, pese a lo cual, estamos actualmente en posibilidad de no admitir la exposición de referencia, porque su actitud teleológica no le permite deslindar jurídicamente la cuestión: es el mismo Carré de Malberg quien nos da un argumento contundente:

37 Id. Pág. 497.

38 Id. Pág. 497.

“que funciones diversas pueden ejercerse con un fin idéntico, y esto demuestra bien claro (sic) que la preocupación de los fines debe permanecer extraña a la definición de las funciones. En sentido inverso, una misma función puede referirse a múltiples fines”.³⁹

Nosotros añadimos, que aplicando los calificativos de formal y material a la función, se está incurriendo en una multivocidad inadmisibles para el derecho; primero, porque impide significar en forma lógica un fenómeno y, seguidamente, porque se producen confusiones tan evidentes como la afirmación de que, por ejemplo, la administración como función formal materialmente administre, legisle o realice jurisdicción, lo cual como se aprecia no clarifica en nada la cuestión debatida.

C) Se ha entendido, que el estudio de la función pública, debe corresponder al Derecho Público;⁴⁰ por eso, algunos autores de Derecho Procesal, le dedican su atención en mayor o menor grado; vemos así que, ocupados en caracterizar correctamente la naturaleza jurídica de la función jurisdiccional, los lleva a aludir el concepto de las funciones, que desde su punto de vista, desarrolla el Estado.

Tomemos por ejemplo a Enrico Redenti, quien en nuestra opinión, expone ideas verdaderamente atractivas para observar los fenómenos jurídicos en su concreta realidad “para considerarlos **subnomine juris**, sin dejar de repudiar, las tortuosidades que suelen obtener los aficionados a la semántica como

39 Id. Pág. 253.

40 Manuel María Díez, op. cit. Pág. 332.

objeto permanente de análisis".⁴¹

Expresa, que "bajo el aspecto sociológico el Estado se nos presenta como el producto de procesos históricos milenarios que determinan la diferencia de pueblos y territorios permanentes y dentro de ellos, la formación de organismos que provean a los intereses generales del grupo".⁴²

Así, la función legislativa se dará cuando el Estado se avoque a la **determinación** (formación) de las normas del derecho formulando y promulgando, en formas solemnes previamente establecidas proposiciones (leyes).

En el momento en que describe el conjunto de actividades a cargo de la administración, que se da en beneficio del llamado bien público, como auto-organización de los propios oficios, (producción, distribución, asistencia y previsión social, etc.), afirma que estas **funciones-actividades**⁴³ se comprendían todas bajo el nombre de administración pública. En este punto, nos proporciona un dato de relevante interés, el hecho de que todas las actividades que lleguen a realizar la multitud de órganos estatales puedan identificarse como una individualizada.

En seguida explica, que cuando el Estado obra y actúa para "asegurar y garantizar el vigor práctico del derecho, ejercen, salvo disposiciones especiales, los jueces ordinarios".⁴⁴

Redenti concluye diciendo: "Poner, observar y

41 "Derecho Procesal Civil", Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redía, EJEA, Buenos Aires 1957, Págs. 3 y 4.

42 Id. Pág. 4.

43 Id. Pág. 6.

44 Id. Pág. 6.

garantizar son tres posiciones manifiestamente diversas que el Estado asume frente al Derecho, postulando como razón práctica de este razonamiento la exigencia de crear una organización para su desarrollo. Por lo tanto cada una será **función-organización actividad**".⁴⁵

En nuestra opinión, sin discutir la validez de lo dicho por el procesalista italiano, nos está indicando la posibilidad de encontrar un significado unívoco al concepto de función, si se toma como elemento el dato que le es común, sin importar sea ésta legislativa, ejecutiva o judicial. Por otra parte, creemos que plantea, con marcado interés, la ruptura de la división tripartita de las funciones estatales, y asienta la presencia de tantas como órganos se den en el Estado (como sujetos de gobierno).

d) En tanto, a Piero Calamandrei, no le es suficiente razón para distinguir las funciones, la adopción de un criterio formalista, ni tampoco el que establece la formalidad y materialidad de las mismas.⁴⁶

Este autor sostiene, que el verdadero criterio radica en lo substancial, "entendiendo por substancia o contenido del acto los efectos jurídicos que el mismo típicamente produce",⁴⁷ esto claro, sin relación con el órgano que lo lleva a cabo y de la forma como es realizado.

La función legislativa substancialmente es establecer normas. La función jurisdiccional es hacer observar en concreto las normas ya establecidas, la

45 Id. Pág. 6.

46 "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJE, 1962, Tomo I, Pág. 185.

función administrativa significa observancia de un precepto primario que se dirige al órgano administrativo.

El acierto de Calamandrei, radica en la indicación de que, ha de contemplarse la objetividad del fenómeno como nota esencial. En tanto que la objeción que puede formularse, es que a la función jurisdiccional, por ejemplo, no la caracteriza por tal sustancialidad sino considera el fin que le es propio, la sentencia.

e) En América, la doctrina no ha podido permanecer ajena a la cuestión, ya sea recogiendo los conceptos obtenidos por las escuelas europeas o lo que es más importante, aportando conceptos emanados de la propia experiencia, derivada de novedosas actitudes metodológicas cuyo rigor, de carácter científico, le permite ya postular universalmente, situación por demás estimulante, ya que conduciéndonos a rechazar las formas tradicionales que para estudiar el derecho han imperado en nuestro medio, nos permite calificar objetivamente nuestra problemática.

A Manuel María Díez, le inquieta de principio, el aspecto terminológico del problema: "Función es una palabra, que se ha empleado en las ciencias físico-naturales y más tarde fue transferida al dominio de las disciplinas jurídico-sociales, pasando al campo de derecho público, por lo que experimentó las consecuencias de su propia transposición".⁴⁸

"La función es entonces un concepto evidentemente dinámico, que lleva la idea de vida, de movi-

47 Tomo I, Pág. 186.

48 Op. cit. Tomo III, Pág. 329.

miento, de actividad. Por eso podría decirse que función es toda actividad ejercida por un órgano para la realización de un fin".⁴⁹

"Como la idea **función** implica una actividad que está referida al Estado, la función es pública o estatal. El Estado reconoce tres funciones: legislativa, ejecutiva y judicial, de acuerdo con la distribución que preceptúa el ordenamiento jurídico".⁵⁰

Para basar esta tesis, Díez cita en primer lugar a G. Timsit,⁵¹ quien distingue las nociones de Poder (como manifestación de voluntad) y Función (como manifestación de actividad, como objeto o fin).

La función como objeto es el producto, el resultado de la actividad del órgano, vale decir, el acto del órgano. El fin de la actividad del Estado corresponde a la intención del autor de esa actividad. "Se debe admitir la **concepción finalista** de la actividad estatal".⁵²

Independientemente de que a Manuel María Díez, como administrativista, le importe más estudiar a la función pública "con relación al funcionamiento público y no con referencia a la institución"⁵³ se le puede criticar en el mismo sentido que a Jellinek.

Aunque sí nos interesa destacar una idea de este autor, cuando afirma que: "toda función pública se caracteriza por su competencia, es decir el con-

49 Id. Tomo III, Pág. 331.

50 Id. Tomo III, Pág. 332.

51 "Le Role de la Notion de Fonction Administrative en Droit Administratif Français", París 1963, Pág. 6. Citado por Manuel María Díez op. cit. Tomo III, Pág. 332.

52 Id. Tomo III, Pág. 332.

53 Id. Tomo III, Pág. 332.

junto de atribuciones que cada uno de los órganos puede ejercer, por estar referida a los órganos del Estado, ésta es pública o estatal".⁵⁴

f) Rafael Bielsa, para quien el Estado está constituido por elementos materiales **pueblo y territorio** y como elemento formal la **organización jurídica** de la sociedad, encuentra la justificación de la existencia de sus funciones en las necesidades colectivas.⁵⁵

Para poder realizar el examen del contenido y fin de las acciones, Bielsa apunta una referencia a la teoría de la División de los Poderes, anotada la cual, indica que hay como consecuencia de aquella una división de funciones: "la actividad jurídica del Estado preséntase diferenciada por su especial contenido y objeto referido al derecho en tres fases: la legislación, la administración y la jurisdicción".⁵⁶

Según este autor, la función legislativa establece positivamente el derecho objetivo, reputando a la Ley como "la expresión auténtica de la voluntad del Estado".⁵⁷

Aunque no es explícito al referirse a la función jurisdiccional, sí deja entender, que tal actividad queda determinada por "la necesidad de que se cumpla u obedezca la norma creada por el legislador, con los datos que le son propios, por ejemplo: la generalidad".⁵⁸

54 Id. Tomo III, Pág. 332.

55 "Principios de Derecho Administrativo", Buenos Aires, de Palma, Ed. Tores, 3a. Edición, 1963, Pág. 33.

56 Id. Pág. 37.

57 Id. Pág. 37.

58 Id. Pág. 40.

59 Ibid. Pág. 42.

En relación con la función administrativa, señala el tratadista argentino, se puede indicar "que viene a integrar la actividad jurídica del Estado, interviniendo en forma continua en actos de orden individual o colectivos, previniendo, ordenando, manteniendo en suma el orden jurídico".⁵⁹

Según Bielsa, resulta necesario, para distinguir sistemáticamente en qué estriba función, oponer los conceptos: función y servicio público, planteando así uno de los aspectos fundamentales de la problemática que actualmente presenta este tema; acto seguido indica que las notas que puede oponer la función al servicio público; son las siguientes:

- a) abstracta y general;
- b) es un concepto institucional; y,
- c) siempre es realizada por el Estado.⁶⁰

A pesar de la parca referencia que de Rafael Bielsa hemos realizado, sí queremos señalar expresamente, que, para él, la publicidad de la función descansa en forma primordial, en la idea de que sólo puede ser desarrollada por órganos pertenecientes al oficio estatal. Destacamos esta idea, no porque estemos de acuerdo con ella, sino que nos representará utilidad para distinguir posteriormente, la caracterización de la función privada.

Deberá, por lo pronto, convenirse que una división esquemática como la hecha por Rafael Bielsa, no puede actualmente darse por aceptable, ya que como hemos venido sosteniendo, la complejidad social impide el cumplimiento de una sola función a cargo exclusivamente de un órgano. Situación so-

60 Ibid. Págs. 48 y 49.

cial que plantea necesidades a satisfacer ya sea por el Estado o los particulares alternándose, substituyéndose o combinándose, y que al darse la actividad los diversos sujetos están funcionando.

G) Hugo Alsina cuando se refiere a la independencia del Poder Judicial consigna la siguiente opinión: "es advertir que aún los países que han incorporado a su constitución el principio de la separación de funciones, no lo hicieron en forma absoluta, lo cual se explica, porque no sólo es fácil romper con la influencia de una larga tradición histórica, sino que es imposible crear tres poderes totalmente independientes, cuando su origen es uno mismo, ya que no son sino desmembramientos de la soberanía".⁶¹

"El principio de la separación de poderes no significa que la acción de éstos deba ser divergente, sino concordante de mutua colaboración y tendientes al fin común. Por eso el Poder Legislativo ejerce en algunos casos funciones ejecutivas y judiciales, el Poder Ejecutivo, a su vez tiene facultades legislativas y judiciales, en tanto que el Poder Judicial también ejerce funciones legislativas y ejecutivas".⁶²

La implicación hecha por Hugo Alsina indica que, en su opinión, la función se caracterizará por un aspecto formal (sujeto que la realiza) y otro material (contenido de la actividad). Razón insuficiente, porque incurre en la idea de que la actividad de los órganos es funcional por llevarse a cabo, sin ver que la función no es la actividad del Estado, sino una consecuencia de ésta.

61 Op. cit. Tomo II, Págs. 22 y 23.

62 Ibid. Tomo II, Págs. 22 y 23.

H) Rafael de Pina, en la Parte Cuarta, capítulo segundo de su libro "Principios de Derecho Procesal Civil", que denomina **Jurisdicción, Legislación y Administración**, no propone una argumentación precisa para caracterizar a tales fenómenos, aunque sí nos lleva, decididamente, a plantearnos las verdaderas proporciones del problema: "La delimitación de las funciones del Estado tiene un extraordinario interés, no sólo para los tratadistas de Derecho Procesal, sino igualmente para los de Derecho Político o Constitucional y para los de Derecho Administrativo, no obstante los estudios realizados hasta ahora para alcanzarla no han obtenido el éxito deseado"⁶³.

Considera que la dificultad estriba, en forma relevante en la profusión legislativa, que condena necesariamente a la imposibilidad de distinguir las funciones del Estado.

Su exposición en este punto se basa en su concepción de la realidad, que no es otra que la planteada por los autores aquí citados con anterioridad: "El observador de esta realidad advierte pronto que el Poder Judicial, lejos de ejercitar la **función jurisdiccional** con carácter exclusivo, aunque desarrolla el mayor volumen de actividades de esta naturaleza que se producen en el Estado, lo comparte con órganos de los demás tanto en la esfera civil como penal"⁶⁴.

La función legislativa "se manifiesta en la elaboración de las normas generales que integran el sistema jurídico legal de un país"⁶⁵.

63 Librería Herrera, 2a. Edición, 1957, México, D. F., Pág. 114.

64 Ibid. Pág. 114.

65 Ibid. Pág. 114.

H) Rafael de Pina, en la Parte Cuarta, capítulo segundo de su libro "Principios de Derecho Procesal Civil", que denomina **Jurisdicción, Legislación y Administración**, no propone una argumentación precisa para caracterizar a tales fenómenos, aunque sí nos lleva, decididamente, a plantearnos las verdaderas proporciones del problema: "La delimitación de las funciones del Estado tiene un extraordinario interés, no sólo para los tratadistas de Derecho Procesal, sino igualmente para los de Derecho Político o Constitucional y para los de Derecho Administrativo, no obstante los estudios realizados hasta ahora para alcanzarla no han obtenido el éxito deseado".⁶³

Considera que la dificultad estriba, en forma relevante en la profusión legislativa, que condena necesariamente a la imposibilidad de distinguir las funciones del Estado.

Su exposición en este punto se basa en su concepción de la realidad, que no es otra que la planteada por los autores aquí citados con anterioridad: "El observador de esta realidad advierte pronto que el Poder Judicial, lejos de ejercitar la **función jurisdiccional** con carácter exclusivo, aunque desarrolla el mayor volumen de actividades de esta naturaleza que se producen en el Estado, lo comparte con órganos de los demás tanto en la esfera civil como penal".⁶⁴

La función legislativa "se manifiesta en la elaboración de las normas generales que integran el sistema jurídico legal de un país".⁶⁵

63 Librería Herrera, 2a. Edición, 1957, México, D. F., Pág. 114.

64 Ibid. Pág. 114.

65 Ibid. Pág. 114.

“La función administrativa es una actividad autónoma impuesta directa e inmediata por la ley a los órganos públicos, es además actividad de realización de derecho que aunque no sólo propone exactamente sino la prestación de servicios públicos con sujeción al derecho”.⁶⁶

I) Los autores mexicanos se han ocupado de tan importante cuestión, como una necesidad sistemática que les permita plantear, con corrección, la naturaleza jurídica de las instituciones que se dan en sus respectivas áreas del derecho.

Para Gabino Fraga, “La actividad del Estado está constituida por el conjunto de operaciones y tareas que conforme a la legislación positiva debe de ejecutar para la realización de sus fines”;⁶⁷ que esta actividad ha sido significada con diversos conceptos entre los que señala: **derechos del Estado, facultades, competencias estatales, cometidos, prerrogativas**, anotando seguidamente, que, con la voz **función** se significa en forma precisa “la forma de la actividad del Estado, negando categóricamente que se refiera al contenido de la misma”.⁶⁸

Tal idea de la actividad lo conduce, tomando la idea de Bonnard, a indicar que el concepto **atribución**, por sus características gramaticales, es el correcto para designar cualquier tarea atribuida al Estado para que realice sus fines.⁶⁹

Refiere a continuación un resumen de lo que

66 Ibid. Pág. 116.

67 “Derecho Administrativo”, Porrúa 1963, México, D. F., Pág. 3.

68 Ibid. Pág. 4.

69 Ibid. Pág. 4.

considera como desarrollo histórico del Estado moderno en las siguientes etapas:

- a) El Estado Gendarme;
- b) El Estado Providencia; y,
- c) El Estado Social de Derecho.

Considera que la sucesividad en el desarrollo del Estado le permite ir asimilando a éste, las características de las primeras etapas, que al llegar a su concepción moderna reúne una serie de atribuciones, las cuales este autor distribuye en tres grupos:

- 1) Las de policía o de coacción;
- 2) Las de fomento; y
- 3) Las de servicio público y seguridad social.⁷⁰

A este respecto, cita de nueva cuenta a Bonnard que en este punto destaca como su fuente más directa para afirmar: "que la doctrina con el propósito de resaltar las atribuciones del Estado ha redistribuido esa clasificación así:

A) Atribuciones del Estado para reglamentar la actividad privada;

B) Atribuciones que tienden al fomento, limitación y vigilancia de tal actividad;

C) Atribuciones para substituirse total o parcialmente a la actividad de los particulares o para combinarse con ella en la satisfacción de necesidades colectivas".⁷¹

70 Ibid. Pág. 5.

71 Cfr. Op. cit. Págs. 7, 8 y 55.

Propone el tratadista mexicano para no incurrir en la situación de confundir función y atribución, darles una significación exacta, reiterando que **la primera como concepto** se refiere a la forma y a los medios de la actividad del Estado, en tanto que la segunda comprende el contenido de tal actividad; explicación que hace estas derivaciones conceptuales del orden público.⁷²

Conforme a la exposición anotada, las funciones no hallarán diversificación, por el hecho de que cada una tenga un contenido diferente, pues todas sirven para realizar una misma atribución.

Contemplada de tal suerte esta problemática, nada difícil resultará que postulando la existencia de tres funciones del Estado en Legislativa, Administrativa y Judicial, se establezcan fácilmente las relaciones de estos fenómenos jurídicos; "si recordamos el primer grupo de atribuciones —Reglamentación de la actividad de los particulares— veremos que la función legislativa constituye el medio de realizar esa regulación, ya que se manifiesta por normas generales un derecho";⁷³ siendo en este grupo de atribuciones, escasa la influencia de la función administrativa.

Respecto del segundo grupo —fomento, limitación y vigilancia de la actividad de los particulares— la legislación se convierte en el medio de crear la competencia de los agentes públicos por medio de normas generales.

Aquí la función administrativa se desenvuelve

72 Ibid. Pág. 25.

73 Ibid. Págs. 25 y 55.

con amplitud, si se considera que la actividad refiere actos concretos e individualizados.⁷⁴

El actualizarse de tales funciones motivará, lógicamente, controversias y conflictos que serán resueltos por la función judicial.

Las ideas hasta aquí expuestas, colocan al administrativista mexicano en posibilidad de concluir, que, conforme al derecho positivo, deberán ordenarse los órganos, acatando como orientación definitiva al respecto, la teoría de la División de Poderes.⁷⁵

Anotamos por lo pronto que tal teoría en principio señala que a cada poder, por necesidades políticas, sólo puede corresponder el desempeño exclusivo de una función, sin que se dé la probabilidad de intervención de un poder sobre otro. Postulando, que la realidad social en su compleja estructura moderna ha motivado que el Derecho lo haga a un lado.

La conclusión pues, es sencilla: a cada uno de los tres poderes constitucionales les corresponderá la función que en su denominación implican.

La idea de confusión de funciones, se transforma en la necesidad de clasificarlas en dos categorías:

a) **Formal.** Considerando el órgano que las realiza.

b) **Material.** Que prescinde del órgano que las realiza, atendiendo únicamente a su naturaleza intrínseca.⁷⁶

74 Ibid. Pág. 26.

75 Cfr. Pág. 27.

76 Ibid. Pág. 28.

Lo normal es que ambos caracteres se muestren simultáneamente, pero puede no existir tal coincidencia.

Llegado a este punto se puede concluir:

A) **La función legislativa formal**, es la actividad del Estado que realiza por conducto de los órganos que forman el Poder Legislativo.⁷⁷

B) **La función legislativa material** es la que tiene su concreción y manifestación en la ley.⁷⁸

C) **La función jurisdiccional formal** está constituida por la actividad desarrollada por el Poder Judicial que constitucionalmente está encargado de los actos judiciales.⁷⁹

D) **La función jurisdiccional material**, es la que se concreta y manifiesta en la sentencia.⁸⁰

E) **La función administrativa formal**, es la actividad que el Estado realiza por medio del Poder Ejecutivo.⁸¹

F) **La función administrativa material**, es la que se realiza bajo un orden jurídico, consistente en la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones jurídicas para casos individuales.⁸²

La aceptación que en nuestro medio ha merecido la posición de Gabino Fraga, suscita numerosas adhesiones; destaca la figura de José Becerra Bau-

77 Cfr. Pág. 36.

78 Cfr. Pág. 40.

79 Cfr. Pág. 45.

80 Cfr. Pág. 45.

81 Cfr. Pág. 52.

82 Cfr. Pág. 61.

tista,⁸³ y Andrés Serra Rojas quien, en la primera edición de su Derecho Administrativo,⁸⁴ se refirió a la naturaleza de la función desde el punto de vista del funcionario, pero en subsecuentes ediciones se ha avocado al estudio del tema bajo el rubro de "Teoría de las Funciones", y afirma en clara coincidencia con Gabino Fraga: "El Estado lleva a cabo la realización de sus fines por medio de la actividad que constituyen sus funciones". Agrega: "propiamente el Estado divide sus funciones no sus fines, estas funciones se encomiendan a los Poderes del Estado";⁸⁵ ésto lo lleva a concluir, que los autores atendiendo a un método selectivo, deben considerar un criterio formal y otro material.

D) De la literatura jurídica aquí referida, creemos haber obtenido elementos, para identificar correctamente a la función pública y a la privada.

Como se ha apreciado, en forma casi unánime se afirma, que la función es una actividad, inversión terminológica, que ha originado la confusión que impera en el debate de la cuestión. **Si se observa con fijeza lo que acontece en la realidad, se ve que la función no deviene en actividad, sino todo lo contrario, la actividad deviene en función, si atiende a determinadas cualidades.**

La actividad asumida por un órgano perteneciente a un ente o institución de acuerdo con su estructura, es el fenómeno que se significa como función. Es por eso que las operaciones legislativa, administrativa y jurisdiccional, deben calificarse como funciones, en cuanto las desarrolla un sujeto con-

83 Cfr. "El Proceso Civil en México", Porrúa, México 1965, Págs. 8 y 97.

84 México, Ed. Porrúa, 1959, Pág. 213.

85 Op. cit. Pág. 267.

forme a su naturaleza orgánica, o sea, en cuanto es órgano del ente o institución al que se otorga la actividad relativa.

Creemos en la validez de la opinión que emitimos porque:

a) Se significa en forma unívoca el fenómeno que contemplamos.

b) Se excluye como dato de caracterización al fin o finalidad, aunque se comprende, que hay en éste un elemento de identificación.

c) Se connota el concepto de referencia con las características que les son propias: el actuar objetivado de un órgano conforme a sus atribuciones.

Es evidente que las funciones se pueden manifestar como públicas o privadas, pero su naturaleza no depende de la índole del sujeto que las realice. Hemos dicho, que la legislación, administración y jurisdicción pueden llevarse a cabo tanto por los oficios estatales como por los particulares; a este argumento, añadimos ahora, que el Estado funciona también en forma privada. Con lo que se ratifica la imposibilidad de obtener la caracterización de pública o privada por la calidad de los sujetos que asumen las actividades.

Se aprecia en la realidad —entendida como la experiencia normativa y no física—, que los particulares y los órganos estatales no quedan a cargo exclusivamente de las funciones que tradicionalmente se han clasificado en forma tripartita, dato que representa gran interés y que ha logrado el derecho moderno, ya que la ruptura de dicha limitación motiva una visión más certera del problema. Forsthoff habla ya de "La multiplicidad en que se diversifican

las funciones de la administración".⁸⁶ Es por esto que actualmente podemos enumerar, por ejemplo, como funciones públicas a las actividades administrativas, legislativas, disciplinarias, inquisitivas, etc.; que son objetivadas por un solo oficio estatal: el órgano de la jurisdicción.

Por eso, surge la necesidad de encontrar una adecuada terminología, que nos permita entender la actividad característica, que se halla en cada función.

Creemos, porque la doctrina lo ha demostrado, que la actividad que caracteriza a la función jurisdiccional **es la dirección del proceso.**

La nota distintiva de la actividad, que objetiva la función legislativa es: **el hecho de postular una normatividad**, entendiéndose jurídicamente como un acontecimiento real, temporalmente localizado", según Fritz Schereir.⁸⁷

Corresponde a Forsthoff, haber logrado la significación de la actividad administrativa, **como el operar de un patrimonio ajeno;**⁸⁸ concepto que ha sido explicado en el "Derecho Procesal" de Humberto Briseño Sierra: "El camino para llegar al significado unívoco está en el sendero que lleva a la distinción entre pertenencia y ajeneidad".⁸⁹

Reiteramos, en la complejidad social de nuestro tiempo, los particulares y el Estado están en posibilidad de llevar a cabo actividades que califiquen como funciones privadas o públicas indistintamen-

86 Ibid. Pág. 13.

87 Citado por Briseño Sierra Humberto, op. cit. Tomo II, Pág. 271.

88 Cfr. Págs. 12 y 13.

89 Ibid. Tomo II, Pág. 275.

te. Es por esta razón que la calidad de los sujetos no nos permite llegar a la calificación de las funciones como pertenecientes a la división anotada.

Lo que acontece es que la actividad funcional es una manifestación normativa —no fáctica—, que por necesidades sistemáticas se institucionaliza, y como consecuencia, se invarían en su contexto normas públicas y privadas.

Ahora bien, cuando en el ejercicio de una función, el órgano o sujeto particular no están en posibilidad de modificar una norma, por ser ésta pública, la función tiene entonces tal naturaleza. Por eso, el juez y el árbitro no pueden derogar las normas que se imponen a la jurisdicción al funcionar dirigiendo un proceso. Lo mismo acontece con la función retenedora de impuestos a cargo de los dos grupos de sujetos (órgano o particular), siempre es una función pública.

En oposición, en el momento en que el órgano o el particular tienen la posibilidad de modificar la normatividad de una función, se aprecia entonces a la función que calificamos de privada; tomamos los casos de las sociedades mercantiles, el reglamento de condominios o las empresas de intervención estatal.

En apoyo a la distinción aquí consignada, vemos que las normas manifestadas en las relaciones, en el primer caso, derivan su imposibilidad de ser modificadas subjetivamente de la forma heterónoma de su imposición. En el segundo caso la normatividad es modificable, porque las partes de una relación pueden decidir autónomamente las consecuencias del actualizarse de los mismos.

En los dos grupos funcionales se manifiestan

deberes, por integrarse relaciones jurídicas. En la función pública, el órgano que la desarrolla es responsabilizado de los efectos que su actuar cause, sin que pueda evadirlas, ya que, llegado el caso, siempre será objeto de control. En la función privada se distingue que por los alcances atribuidos a la voluntad, los sujetos sólo quedan obligados y no responsabilizados, diferencias que tienen su verificación, una en el amparo y la otra en el juicio ordinariamente establecido.

Unido con los demás humanos por el más fuerte de todos los lazos, el lazo de un común destino, el hombre libre descubre que tiene siempre consigo una nueva visión, que derrama sobre cada tarea diaria la luz del amor. ()*

(*) Tomado de "La Religión del Hombre Libre", Bertrand Russel, Escritos Básicos 1903-1959, Recopilados por Robert E. Egner, y Lester E. Donnon, Aguilar, México, 1969.

CAPITULO II

EL SERVICIO PUBLICO

SUMARIO: A) Justificación de su Análisis. B) Ideas en torno al Servicio Público. C) Función y Servicio Público. Su distinción.

A) La preocupación de lograr la identificación de la jurisdicción, como función, halla razón, en que, el pacto de foro prorrogando, tema central de este trabajo, es una figura de repercusión procesal, lo cual, nos impone la obligación de alcanzar la mayor precisión significativa que nos sea posible.

Parece superfluo hablar de la jurisdicción como actividad funcional, pero acontece, que un sector de la doctrina ha pretendido significarla con un concepto que muestra una difusa multivocidad: el **servicio público**. En efecto, el reconocido desbordamiento de la administración en las relaciones sociales de nuestro tiempo, ha originado que esa noción se lleve hasta los puntos más apartados de su área para acoger a una multitud de fenómenos. Todavía más, se ha querido tomar dicho término para denotar objetos de conocimiento que guardan una naturaleza totalmente distinta y definida ya con exactitud por el derecho.

B) Gabino Fraga halla en la doctrina francesa, la posibilidad de aproximarse a la expresión servicio público ya que "no corresponde dentro de la doctrina que se examina, a un concepto bien definido".¹ En este argumento, se advierten ya, las dificultades que tradicionalmente se han admitido para lograr la correcta aprehensión de la cuestión. Por eso, consideramos, que si en el terreno que le es propio, es difícil su connotación, los obstáculos son insalvables si se pretenden designar fenómenos que definitivamente le son ajenos.

El desconcierto se inicia con la idea que de servicio público expresa León Duguit: "Toda actividad cuyo cumplimiento debe ser asegurado, regulado y

1 Gabino Fraga, op. cit. Pág. 15.

controlado por los gobernantes, porque el cumplimiento de esta actividad es indispensable para la realización y es de tal naturaleza que no puede ser realizada completamente sino por la fuerza gubernamental".²

Como atinadamente indican, tanto el autor mexicano³ como Manuel María Díez,⁴ la definición apuntada subsume toda la actividad del Estado, por lo que la legislación y la jurisdicción vienen a ser servicios públicos.

Manuel María Díez toma como punto de partida la exposición de León Duguit y señala la existencia de otras dos posiciones, la que considera que el servicio público se manifiesta en toda la actividad. Al referirse a Gastón Jeze y R. Bonnard, indica la afirmación hecha por el primero: "reservo la expresión servicios públicos para los casos en que la satisfacción de una necesidad de interés general se realice por medio de procedimientos de derecho público y la expresión gestión administrativa cuando para la satisfacción de una necesidad de interés general se usan los procedimientos de derecho privado";⁵ con esta apreciación es coincidente Gabino Fraga.⁶

El autor argentino señala un tercer grupo, que tiene en Maurice Hauriou su autor más destacado, mismo que predica: El servicio público es una parte de la administración pública, y lo define como: "el servicio técnico prestado al público de una manera

2 Ibid. Pág. 15.

3 Cfr. op. cit. Pág. 16.

4 Ibid. Tomo III, Pág. 184.

5 Ibid. Pág. 184.

6 Cfr. Págs. 17 y 18.

regular y continúa para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública".⁷

Según nosotros, existe una cuarta posición, la que tiene a Rafael Bielsa como su exponente, "nada contribuye a demarcar mejor esa noción —la de servicio público— que la diferencia entre el servicio y la función y luego la discriminación de sus elementos.

En principio, la función es lo abstracto y general y, el servicio público es lo particular; la función es institucional, el servicio público la actualiza y materializa.⁸

Se dan entonces los datos de interés para nosotros:

A) La confirmada concepción de la voz servicio público, como concepto demasiado dúctil.⁹

B) La necesidad de distinguir función de servicio público, y la posibilidad de hacerlo, si se observan las cualidades que le son propias.

En razón de que la doctrina, no llega a significar un fenómeno individualizado con el concepto servicio público, los autores se avocan a destacar los elementos que aparecen como propios de esa prestación. Para Andrés Serra Rojas, tales elementos, son los siguientes:

- a) Es una creación del Estado,
- b) Es una necesidad,

7 Cfr. Pág. 185.

8 Op. cit. Pág. 48.

9 Cfr. Manuel María Díez, op. cit. Tomo III, Pág. 182, Rafael Bielsa, op. cit. Pág. 48. Gabino Fraga, op. cit. Pág. 14. Andrés Serra Rojas, op. cit. Pág. 185.

- c) Requiere una empresa pública,
- d) Que organice ese servicio en una forma continua y técnica,
- e) Debe ofrecerse al público con idea de fuero,
- f) Debe dotársele de medios exorbitantes de derecho, y
- g) Puede estar en manos de los particulares.

La ligereza terminológica con que está elaborada la clasificación elemental que se ofrece, es razón suficiente para no admitirla. La mencionamos porque la doctrina ha sostenido que tal actitud metodológica, es la única posibilidad de localizar en el sistema jurídico al servicio público. Consideramos conveniente aludir la clasificación del administrativista mexicano, por brindarnos, en la forma más gráfica, el planteamiento con el que mayor coincidencia parecen acusar los autores en general.

En nuestra opinión, creemos que sí es posible intentar una conceptualización del acontecimiento que nos ocupa, porque se puede establecer, como quiere José Guarneri, "un manto terminológico uniforme que encierre la verdadera substancia del contenido",¹⁰ logrando con ello, un concepto que se expresa en un término "adecuado, específico, inalterable, de tal suerte que su empleo eliminaría toda equivocación".¹¹

En apoyo de esta proposición, acudimos a Manuel María Díez, quien claramente expone: "La noción de servicio público comprende como veremos,

10 "Las influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal". Trad. Constanancio Bernaldo de Quiroz, Ed. José Ma. Cajica Jr., Puebla, Pue. México 1952, Pág. 17.

11 Ibid. Pág. 21.

cierta parte de la administración dirigida a satisfacer el interés público",¹² en el momento en que desarrolla el análisis de las características distintivas entre la función y el servicio públicos, categóricamente indica que este último consiste en una actividad y a continuación expone las siguientes ideas:

"En la definición de Duguit se puede apreciar que los elementos que concurren para fijar la noción de servicio público son muy semejantes a los que sirven para precisar el concepto de atribución del Estado, tal como lo hemos expuesto en el capítulo precedente. En efecto, decir que el servicio público es una actividad que debe ser regulada y controlada por los gobernantes porque sólo la fuerza de que éstos disponen le puede dar eficaz cumplimiento, equivale a afirmar que hay ciertas actividades que no deben estar en manos de los particulares, o de otro modo, que existen actividades que deben ser atribuidas al Estado.

"A primera vista podría parecer que dada esa equivalencia de contenido de los conceptos de atribución del Estado y de servicio público, se trata simplemente de una cuestión de terminología, que podría salvarse por la adopción convencional de una u otra expresión".¹³

La posición de Jeze y Bonnard, aunque de matiz diverso a la de Duguit, es totalmente coincidente en su base: la actividad del Estado en su totalidad es servicio público, de aquí que la crítica anterior sea suficiente para esta segunda teoría de los autores franceses.

Otro dato de diferenciación lo proporciona en

12 Op. cit. Tomo III, Pág. 187.

13 Gabino Fraga, op. cit. Pág. 16.

la exposición de Rafael Bielsa, en el momento en que afirma que tanto la función se institucionaliza, el servicio público la actualiza, para resumir: "En la administración es posible distinguir la función pública del servicio público, mientras en la actividad del Estado, la legislación y la justicia (rectius, jurisdicción) se caracterizan por ser el ejercicio de una función pública, la actividad administrativa comprende además el de los servicios públicos. "Es necesario limitar el concepto de servicio a algunos aspectos de la actividad administrativa y contraponerlo al concepto de función pública como forma superior de la misma actividad".¹⁴

Con lo hasta aquí expuesto, podemos afirmar que el servicio público no puede significar al proceso ni a la jurisdicción, sólo que este aserto no constituye la conclusión que nos propusimos obtener. Por lo que, continuando el planteamiento referido al iniciar este capítulo creemos conveniente expresar las proposiciones siguientes:

La teoría de León Duguit se critica porque, no precisa la realidad de lo que acontece, sabido era ya en su época, que no toda la actividad estatal podía encuadrarse en el servicio público, que ésta se manifestaba en las funciones legislativa y jurisdiccional.

Conforme queda expuesto por Manuel María Díez, la tercera posición se matiza en dos formas:

a) El concepto orgánico, que considera el servicio público como parte de la actividad administrativa, corresponde considerarlo en los siguientes términos:

14 Op. cit. Tomo III, Pág. 187.

“El concepto orgánico atiende, para definir al servicio público, a los órganos o entes que integran la administración del Estado. Se podrá decir, entonces, que son las instituciones de interés general colocadas bajo la alta dirección de los gobernantes y destinadas a las necesidades colectivas del público”.¹⁵ En esta concepción orgánica, la expresión servicio público es utilizada para designar no una actividad sino una organización.

La crítica que propone el autor argentino, citando a Laubadere, Rivero, Sayaguez Lazo, Lamarque; es la siguiente: “La doctrina orgánica ha sido criticada por su demasiada extensión, ya que el conjunto orgánico de la administración puede no prestar un servicio público”.¹⁶

Nosotros agregamos que una definición como la apuntada, puede llegar a caracterizar la obra a través de la que o por la cual se presta el servicio público, pero no se logra la aprehensión de éste.

b) El criterio funcional, “se basa en la actividad que desarrolla la administración y no en los órganos que la componen. El elemento esencial entonces es la actividad y no la organización o la empresa que lo realiza”.¹⁷

De los dos extremos aquí presentados, “ha privado la teoría funcional, en el sentido de que para que exista un servicio público debe haber cierta actividad de la administración”.¹⁸

Con esta idea, se trata de comprender también

15. Op. cit. Pág. 185.

16 Op. cit. Pág. 185.

17 Ibid. Págs. 185 y 186.

18 Ibid. Pág. 186.

a los particulares que lleven a cabo algún servicio público, por ejemplo la transportación.

Ahora, el problema que se plantea para esta teoría es saber a cuál de las actividades de la administración se le puede aplicar la noción servicio público; recordemos que el Estado da competencia legislativa o jurisdiccional a sus órganos, (artículo 83 de la Constitución General de la República, Facultad Reglamentaria del Ejecutivo, Tribunal Fiscal de la Federación y Juntas de Conciliación y Arbitraje), no es siguiendo esta línea por donde se encuentra el significado de servicio público.

Como se aprecia, a partir de este punto en lugar de aclararse el problema, acontece todo lo contrario, se avizoran ya las complicaciones sin fin que deberá superar quien postula esta teoría, que cabe reafirmarlo, es la de mejor éxito y mayor consistencia lógica, de aquí que manifieste Manuel María Díez: "Conviene, antes de llegar a la noción de servicio público, analizar previamente otros conceptos como los de función pública, servicio social, servicio público virtual y propio".¹⁹

Se ha consignado ya, la distinción que para este autor existe entre la función y el servicio. Al estudiar los temas propuestos en el párrafo que antecede, va logrando extraer lo que en su opinión constituye el correcto significado del fenómeno analizado.

Para él, los servicios sociales, son servicios públicos, "ya que consisten en prestaciones que hace la administración para satisfacer una necesidad de interés general. Existe una actividad que la adminis-

19 *Ibid.* Pág. 189.

a los particulares que lleven a cabo algún servicio público, por ejemplo la transportación.

Ahora, el problema que se plantea para esta teoría es saber a cuál de las actividades de la administración se le puede aplicar la noción servicio público; recordemos que el Estado da competencia legislativa o jurisdiccional a sus órganos, (artículo 83 de la Constitución General de la República, Facultad Reglamentaria del Ejecutivo, Tribunal Fiscal de la Federación y Juntas de Conciliación y Arbitraje), no es siguiendo esta línea por donde se encuentra el significado de servicio público.

Como se aprecia, a partir de este punto en lugar de aclararse el problema, acontece todo lo contrario, se avizoran ya las complicaciones sin fin que deberá superar quien postula esta teoría, que cabe reafirmarlo, es la de mejor éxito y mayor consistencia lógica, de aquí que manifieste Manuel María Díez: "Conviene, antes de llegar a la noción de servicio público, analizar previamente otros conceptos como los de función pública, servicio social, servicio público virtual y propio".¹⁹

Se ha consignado ya, la distinción que para este autor existe entre la función y el servicio. Al estudiar los temas propuestos en el párrafo que antecede, va logrando extraer lo que en su opinión constituye el correcto significado del fenómeno analizado.

Para él, los servicios sociales, son servicios públicos, "ya que consisten en prestaciones que hace la administración para satisfacer una necesidad de interés general. Existe una actividad que la adminis-

19 Ibid. Pág. 189.

tración ha prestado directa o indirectamente en beneficio de otro sujeto determinado y en virtud de una naturaleza jurídica obligatoria".²⁰

Para obtener esta conclusión, recurre, con objeto de contrastar, a las ideas de Sayagués Lazo quien plantea la distinción entre servicio público y servicio social, "éstos se realizan para impulsar el desarrollo de la cultura, la salud pública y el desenvolvimiento de la previsión social, para cumplir esos fines deben organizarse servicios administrativos especiales".²¹

Para la cuestión que plantea la presencia de los servicios públicos en impropios o virtuales, hace valer la siguiente argumentación:

a) Es servicio público propio, aquel que presta el Estado directamente o por concesionarios.

b) Es servicio público impropio, aquel que tiene de común con el propio la satisfacción, en forma más o menos continua, de necesidades colectivas, pero no es el Estado el que lo presta sino que tan sólo lo reglamenta.

Para que este último se dé, de acuerdo con De Valles, se requieren los siguientes requisitos:

1) Que se trate de una actividad dirigida al público sin distinción de personas;

2) La obligatoriedad de una tarifa; y,

3) El acto administrativo en virtud del cual se establece. Este acto es una autorización.

20 Ibid. Pág. 191.

21 Ibid. Pág. 190.

Conforme a la doctrina francesa, el servicio público virtual requiere:

1) La necesidad de una autorización, que se prestará para el ejercicio de actividades en bienes del dominio público.

2) Que la actividad que se preste sea de interés general.

3) La existencia de un régimen especial consistente fundamentalmente en la necesidad de realizar determinadas prestaciones y de someter a tarificación la actividad que se desarrolla.²²

Como todas las opiniones sobre el tema, estas ideas no pueden evitar la crítica que les vulnera: "Esa noción puramente subjetiva es muy vaga y arbitraria para reconocerle cualquier valor jurídico".²³ "Esta teoría de servicio público virtual, presenta también el peligro de abandonar a la administración las prerrogativas del Poder Legislativo y en lugar de limitar la creación de los servicios públicos tiende a facilitarla.²⁴ El mismo maestro argentino indica: "En mérito de las consideraciones que anteceden, entendemos que no corresponde aceptar el criterio de servicio público virtual, por cuanto, de hacerlo, la administración podría, en cualquier momento, erigir en servicio público cualquier actividad privada e imponerle la reglamentación que considerase apropiada, en perjuicio de los derechos del administrado".²⁵

22 Op. cit. Pág. 192.

23 Rivero J., "Droit Administratif", Tomo I, 2a. edición, París 1962, citado por Manuel María Díez, op. cit. Tomo III, Pág. 193.

24 Laubadere, "Traité de Droit Administratif", Tomo I, Pág. 522, citado por Manuel María Díez, op. cit. Tomo III, Pág. 193.

25 Ibid. Pág. 190.

En su afanosa búsqueda, Díez halla, analiza y critica diversas clasificaciones más:

I. La que caracteriza al servicio público por el monopolio.

Esta tesis, dice: "no nos parece aceptable, ello es así porque en muchas oportunidades se realiza el servicio público en forma competitiva y aún usando el dominio público".²⁶

Existen además servicios públicos que son prestados por el Estado en concurrencia con la actividad de los particulares para suplirla.²⁷

II. La que conceptúa al servicio público como **uti singuli** y **uti universi**.

El servicio público **uti singuli**, es la prestación que efectúa la administración en forma directa o indirecta para satisfacer necesidades de interés general. De esta definición se deduce que los elementos del servicio público son:

- A) Prestación de la administración;
- B) En forma directa o indirecta, y,
- C) Satisfacción de una necesidad de interés general.

El primero de los elementos, "entendido en sentido técnico, se vincula con la existencia de una concreta relación jurídica intercurrente entre dos sujetos, de cuya relación constituye el objeto. "La prestación en sentido técnico es una actividad personal que un sujeto debe efectuar en beneficio de

26 Ibid. Pág. 197.

27 Ibid. Pág. 196 y 197.

otro sujeto a quien se proporciona una utilidad concreta y en virtud de una relación jurídica de naturaleza obligatoria intercurrente".²⁸

Este concepto de prestación, no puede tener sentido frente al servicio público *uti universi*, porque la actividad se efectúa en beneficio de toda la colectividad.

"La prestación ha de tener por objeto, directo e inmediato la satisfacción en sí y por sí, de necesidades individuales de importancia colectiva, teniendo en cuenta el interés público".²⁹

En el desarrollo que hace, apegado a la doctrina francesa, Gabino Fraga define el servicio público: "como una actividad destinada a satisfacer una necesidad colectiva de carácter material, económico o cultural, mediante prestaciones concretas e individualizadas sujetas a un régimen jurídico que les imponga adecuación, regularidad y uniformidad".³⁰

Cabe recordar, que este autor tiene interés en caracterizar este fenómeno, no por lo que sea en sí, sino como variable permanente en que pueda basar su idea del Derecho Administrativo, fundamento que, por otra parte, ha localizado en el concepto atribución. Este término permite además abarcar al servicio público en la forma descrita arriba.

La definición propuesta obliga al tratadista mexicano, a abordar el análisis de los términos empleados, así, servicio, "es realizar prestación en favor de alguien individual y concreto",³¹ cuando se

28 Ibid. Pág. 199.

29 Ibid. Pág. 200.

30 Ibid. Pág. 22.

31 Ibid. Pág. 21.

le califica de público, es porque con claridad se está aludiendo a su destino, y se significa que se trata de una "prestación para satisfacer una necesidad permanente suficientemente generalizada".³²

"Un último elemento esencial caracteriza al servicio público, es el régimen jurídico especial a que se sujetan las prestaciones que la forman".³³

Esa especial forma de regulación normativa, que necesariamente, integra al servicio público halla su apoyo en los principios de: adaptación, regularidad, continuidad e igualdad del usuario, los cuales expone brevemente en coincidencia con Manuel María Díez.

En el tomo tercero de su "Derecho Procesal", Humberto Briseño Sierra plantea en su adecuada proporción la magnitud del problema, renovando con ello la problemática que entraña interés en la cuestión.

En efecto, cuando se refiere a la idea del proceso como servicio público señala: "Si bien los autores suelen afirmar que servicio y función públicos son distintos, que las ideas de uno y de otro no pueden asimilarse, son escasas las noticias que se dan respecto a las mentadas discrepancias".³⁴

Esto indica, que la conclusión a obtener, no es la idea cierta de tal distinción, sino las características lógicas en que se funda. Nosotros consideramos que la diferencia es de matices tan sutiles, que su observación, con facilidad pueden llevarnos de la confusión al error, con las consecuencias siste-

32 Ibid. Pág. 21.

33 Ibid. Pág. 22.

34 Ibid. Tomo III, Pág. 87.

máticas que esas situaciones pueden originar en perjuicio de una correcta apreciación.

Para el procesalista mexicano, la idea del proceso como servicio público ha sido expuesta entre otros, por Giuseppe Guarneri, que la ofrece particularmente en su aplicación penal.³⁵

Según este autor, "Guarneri, en realidad, se encarga de recoger una postura francesa, proveniente del campo administrativista".³⁶ Tal doctrina ya ha sido aludida y encuentra a sus expositores en Duguit, Jeze, Bonnard.

La posición que se comenta es para Briseño Sierra, "fraccionaria y poco profunda",³⁷ agravando su inconsistencia, porque considera que es la sentencia el acto donde se localiza el elemento característico de la jurisdicción.

Conviene destacar que la noción del servicio público como significativa del proceso, no obstante carecer de relevancia frente a las modernas corrientes procesales, si es representativa de interés porque, conduce a repensar aspectos que en una primera reflexión se consideraron superados y prácticamente de conocimiento general, válidos para el sistema jurídico en que se hallan presentes, sin mayor posibilidad de ser contempladas con nuevas actitudes metodológicas.

"Algo apreciable hay en esta tesis —se refiere a Guarneri— no por lo que tenga de positivo, sino precisamente por sus aspectos negativos. No se trata de que la idea del proceso como servicio público,

35 Cfr. Op. cit. Tomo III, Pág. 85.

36 Ibid. Tomo III, Pág. 85.

37 Ibid. Tomo III, Pág. 85.

siguiera algunas interesantes aplicaciones del derecho administrativo, sino que se han destacado nociones que en otras doctrinas estaban veladas: tales como la del servicio público en sí".³⁸

Si la jurisdicción como actividad puede desarrollarse indistintamente por una autoridad estatal, por un particular, se verá que ésta como función está atribuida competencialmente a determinados órganos, lo mismo acontece con el servicio que es una atribución competencial que puede llevarse a cabo por órganos del oficio estatal o por particulares. Acontece al servicio lo que a la función, la calidad de los sujetos no distinguirá al servicio público del privado.

"La función se distingue del servicio, no en la nota de atribución, porque ambos la tienen o pueden tenerla". Servicio y función tienen elementos de distinción materiales".³⁹

Servir, dice el autor mexicano que nos ocupa, "es dotar de bienes y prestaciones concretamente determinadas".⁴⁰

Para poder obtener el aspecto distintivo de uno y otro, quedan opuestos en los siguientes términos:

a) La función es una actividad atribuida al órgano oficial, o sea, por consideraciones vinculadas con la idea directriz de la empresa de gobierno.

El servicio es la prestación hacia la generalidad de la población que se convierte en público, cuando el Estado considera pertinente que la satisfacción de las necesidades se asegure y regularice.

38 Briseño Sierra, op. cit. Tomo III, Pág. 87.

39 Briseño Sierra, op. cit. Tomo III, Pág. 88.

40 Briseño Sierra, op. cit. Tomo III, Pág. 88.

b) La función se convierte en pública cuando por circunstancias propias de la empresa de gobierno, el Estado entiende que no puede conseguir sus metas políticas sin ejercerla.

El servicio puede ser concesionado sin perder su condición.

c) La función integrada a un organismo público está regulada por disposiciones legales.

El servicio público puede prestarse en los términos de la ley y de la concesión o contrato administrativo.

d) La función se cumple aún cuando los resultados pueden ser contrarios a los intereses del sujeto que lo provoca o promueve.

El servicio no puede prestarse en perjuicio del usuario, por más que sea factible establecer una contraprestación económica a su cargo.

e) La función no está prevista proporcionalmente a las capacidades de los gobernados en lo particular.

El servicio está planeado de acuerdo con las circunstancias y puede ser proporcional a sus respectivas necesidades individuales. Un usuario puede recibir más servicios que otro.

Por todo ello, el servicio suele solicitarse o ser utilizado sin necesidad de instancia.⁴¹

“El servicio está generalmente planificado como carga sobre los particulares, mientras que la fun-

41 Briseño Sierra, *Ibid.* Tomo III, pág. 89.

ción puede llegar a ser gratuita, como la administración de justicia en México".⁴²

Es este uno de los planteamientos, que con notoria claridad conduce a la ruptura de esa sutileza aparentemente insalvable que plantea el problema y es nuestra opinión que de considerarse con mayor amplitud algunos de los puntos anotados se obtiene una noción realmente clara.

C) Consideramos, que servir es hacer algo en favor de una persona, esto es, participar de una relación en la que un sujeto realiza una prestación para satisfacer la necesidad de otro.

El carácter prestacional del servicio, puede inducir, en una primera reflexión, que su capacidad satisfactora nos conduce a la distinción planteada como objeto de análisis y conclusión. Sin embargo, es nuestra opinión que la función es en sí una actividad satisfactora, con lo cual nuevamente hallamos un vínculo de similitud y no un rasgo de diferenciación.

Ocurre entonces que no es la satisfacción de necesidades donde radica la solución del problema. Pero veamos al gobernado frente al órgano de la jurisdicción y frente al organismo que le proporciona transportación, educación, envío de correspondencia, aguas de riego, caminos, puentes, luz, etc.

Se aprecia, que el ciudadano plantea, mediante la instancia (acción) una necesidad, que cuando es eficaz su actuar proyectivo, le será satisfecha con el actualizarse de la dirección procesal a cargo

42 Ibid. Tomo III, pág. 89.

del titular de la función jurisdiccional. Sabemos que la instancia refiere al concepto pretensión, que no es otra cosa que el reconocimiento de un derecho y la exigencia de su tutela, pues bien acontece que si en el fondo de un proceso se encuentra un litigio, que significa conflicto, o como magistralmente enunció Carnelutti: "La litis, por tanto puede definirse como un conflicto (intersubjetivo) de intereses calificados por una pretensión resistida (disentida). El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal".⁴³

Durante el desarrollo de lo que el ilustre tratadista italiano define como breve análisis de la litis, señala los siguientes elementos:

a) El subjetivo; consistente en la presencia de dos sujetos con intereses en conflicto, idea de la que deriva la noción de parte.

b) La calificación jurídica, derivada de que a cada interés ha de agregarse la pretensión o la resistencia.

c) El objeto del interés, esto es un bien.⁴⁴

El interés que se lleva al conflicto queda descrito como la situación propicia en que un sujeto puede satisfacer una necesidad. Como a continuación demostramos, esta necesidad no queda nunca satisfecha materialmente por el órgano funcional.

Observamos que cuando una persona insta, ejerciendo la acción procesal para pretender la satis-

43 "Instituciones del Proceso Civil", Trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Argentina, EJA 1959, Tomo I, pág. 28.

44 Cfr. Tomo I, pág. 30.

facción de un interés, la causa petitum o el thema decidendum, queda por llamarlo en alguna forma latente o estática a la mirada del juzgador durante la substanciación de los grados procesales, y será apreciado por el órgano hasta el momento de resolución, quien previamente a la calificación de eficiencia de la pretensión, debe contemplar la eficacia de la instancia que ha motivado su actividad no solucionadora sino procesal.

Ante la instancia, el órgano de la función debe satisfacer eficazmente la necesidad que plantea la acción, y esto lo hace tramitando el proceso, y durante el cumplimiento de tal actividad, no puede contemplar eficientemente la pretensión.

Esta separación lógica halla razón en que el proceso y la sentencia, son entidades diversas pero siempre referida una por el otro.

Suponemos en un primer caso, que la instancia del actor es eficaz y su pretensión eficiente; el juzgador no puede satisfacer en forma material la necesidad litigiosa del demandante, sino que exclusivamente lo llevará a la posición en que el reo pueda satisfacerla, mediante el resultado de una sentencia que obviamente es favorable al primero.

En un segundo caso, la instancia del actor resulta ineficaz, el juez queda impedido para dictar una sentencia que convierta en eficiente la pretensión; al absolver al demandado, no satisface ningún interés de éste, sino que le dejan en situación de satisfacer el que, hasta ese momento le habían controvertido.

En un último ejemplo, si el actor accionó eficazmente, puede por interpretación del juzgador, re-

sultar deficiente su pretensión; y acontece que el demandado satisface su necesidad implicada en el interés litigioso no por intervención directa del juez como agente satisfactor, sino que su fallo ha sido el vehículo por el cual llega a la situación en que obtiene la satisfacción contrariada.

Las afirmaciones anteriores cobran mayor validez si se ve el cumplimiento de la sentencia, el reo realizará la satisfacción de la necesidad del actor, ya sea voluntariamente o en ejecución forzada.

Creemos poder obtener mayor claridad, si añadimos al árbitro en los tres casos planteados, este órgano satisface las necesidades que plantea la instancia, en el ejercicio de sus funciones, pero no sólo no podrá satisfacer la necesidad material del vencedor en el trámite, sino que está imposibilitado para conducirlo en ejecución forzada a la situación en que pueda lograrlo.

Pensamos que en toda relación que se constituya entre los gobernados para obtener la actividad del Estado como funcionario o servidor público, atento a su naturaleza propia de empresa gubernativa, hay, por así decirlo, un manto instancial, aunque claro, no se concibe igualmente su ejercicio, en la acción procesal, en la queja o en el reasertamiento administrativo, como cuando se cubre el importe de una tarifa de transportación.

Lo anterior guarda lugar, porque si consideramos a una persona necesitada de un servicio público, o en situaciones culturales o sociales que solamente se pueden satisfacer mediante éste, vemos que cuando va hacia el órgano que funciona como servidor, o el órgano se encamina hacia aquel, sólo en el agente prestador cabe la posibilidad de cali-

ficar la eficacia y la eficiencia de las conductas o situaciones en que se halle la persona servida, y sólo el órgano puede satisfacer directamente la necesidad que entraña el interés del gobernado.

Esta premisa nos ha guiado a considerar que la continuidad, regularidad, igualdad y generalidad no son las características esenciales que hagan del servicio un fenómeno que corresponda al área del derecho público, ni obtendrá ese lugar porque el Estado lo regularice o asegure para la satisfacción de las necesidades.

Todas sus cualidades le son propias al servicio público pero no para distinguirlo como tal, sino que se derivan de la eficiencia del interés planteado, esto indica que de la magnitud o gravedad de la necesidad se derivará la forma de prestación.

Anotamos ya, que la publicidad del servicio no se puede derivar de la calidad de los sujetos que lo presten, sean oficios estatales o personas particulares; ni por la forma que como el agente satisfactor proporcione la prestación ni mucho menos de un fenómeno que como concepto le es totalmente ajeno: la necesidad, sea cultural, social, comunal o colectiva.

Seguimos pensando, que las características jurídicas de un fenómeno se han de localizar en el sistema que importa al Derecho, que si bien otros datos nos ayudan a identificarlos; sólo al conocimiento del Derecho corresponde caracterizarlo, por esto creemos que la publicidad del servicio sólo puede devenir de la normatividad que se manifiesta en la relación jurídica de la que es objeto; de tal manera que las normas impuestas heterónomamente a los sujetos de la relación sin posibilidad de dero-

garlas o limitar libremente sus alcances, permitir identificar al servicio público como tal; tómesese como ejemplos el imperativo de emplear el libro de texto gratuito creado por el Estado en las instituciones de educación elemental a cargo de éste o de personas particulares; los horarios y condiciones que normativamente se imponen al transporte, los mandamientos normativos que indirectamente debe cumplir el servicio de mensajería; las obligaciones que importa el empleo de aguas de riego, o la circulación por carreteras.

La conclusión aquí obtenida, es que el **servicio público consiste en la actividad prestadora que desarrollan los órganos de un ente que satisface directamente intereses eficaz y eficientemente considerados, en acatamiento de una normatividad heterónomamente impuesta.**

No tengo más pasión que la de la luz, en nombre de la humanidad que tanto ha sufrido y que tiene derecho a la felicidad. Mi airada protesta no es más que el grito de mi alma. ¡Que me hagan comparecer ante los Tribunales y que el juicio se celebre a puertas abiertas!

¡AQUI ESPERO! (*)

(*) Tomado del "Yo Acuso" de Emil Zolá citado por Bruno Weil, en "El Proceso Dreyfus", Colección Ideas, Letras y Vida, Cía. General de Ediciones, México, 1961.

CAPITULO III

LA JURISDICCION

SUMARIO: A) Antecedentes. B) Los Conceptos de Jurisdicción. C) Características de la Jurisdicción.

A) La figura del Juez frente al conflicto, ante las partes o compelido por los gobernados a cumplir el reclamo milenario de justicia, ha merecido ser objeto de interesantes y profundas reflexiones.

El acontecer del hombre parece transcurrir entre su quehacer cultural como ciudadano histórico y su presencia ineluctable en el Tribunal. ¡Qué inmensa porción del bagaje humano se ha integrado ante y por los jueces! Alguna vez, Clarence Darrow dijo que el Juez **está colocado entre el pasado y el futuro**, y en ocasiones, pensamos nosotros, se configura como el centro del tiempo.

Ningún hombre parece más propicio a ser acusado por la sombra del oprobio, que este personaje de la decisión. No obstante, su figura es familiar a la obra filosófica o literaria. Platón, en La República, quiso que los jueces ejercieran la función de gobierno; frente al juez, Cicerón esculpió en el Foro su propia dimensión, si recordamos por ejemplo, las defensas de Marcelo o de Bruto; y, es en el juicio de Jerusalén, donde la Civilización Occidental concluyó la talla de su peculiar perfil.

Por eso, frente al argumento de que la indignidad judicial campea en la Historia desde la época en que Atenas azorada contempló la condena de Sócrates, o cuando en la sociedad se entronizó la crueldad de la Inquisición, hasta nuestro tiempo en que se creó el **Tribunal de Nuremberg**, están los empeños del jurista y, sobre todo, la esperanza del hombre.

Se nos revela, pues, que la función del Juez es propicia a motivar la imaginación para el argumento literario. Recuérdense las obras de Stendhal, Dostoyevski, Bruno Weil, Meyer Levin, Robert Traver,

hasta las de Albert Camus. No podemos olvidar la discreción del arbitrio judicial de que tan buenas muestras dio Sancho, propiciada por la sana intención de su señor. creatividad, a la que no permanecen ajenos los autores de la literatura estrictamente jurídica, y que han logrado páginas de un valor estético de altísimo nivel, por ejemplo, en "El Elogio de los Jueces" de Piero Calamandrei, o "Las Miserias del Proceso Penal" de Francisco Carnelutti.

El mismo Piero Calamandrei, en su "Proceso y Democracia" dice: "El más importante entre los personajes del proceso, el verdadero protagonista es el juez. Asiste mudo e impenetrable a todo el desenvolvimiento del drama, siempre presente, aún cuando se limita a escuchar en silencio la disputa de los otros personajes. Pero al final, la última palabra, es la suya, todo lo que ha sido dicho en el curso del debate se resume y se disuelve en su decisión. El epílogo del drama, el último acto del rito, es la sentencia "Ite Missa est", "ite iudicata est". El Juez es el "deus ex machina" como la aparición purificadora de Atenas en la Catarsis de la Orestíada".¹

Infortunadamente, el lirismo no conduce a precisar técnicamente la calidad jurídica del actuar judicial; no obstante, algún sector de la doctrina insiste en encontrar las características de la función, en donde sólo hay una descripción poética. Ya hemos dicho que las notas esenciales de la actividad jurisdiccional, debemos buscarlas cuando el Juez está frente al proceso; por lo que no devendrán de la relevancia social, política o cultural de su misión.

B) La jurisdicción representa para la doctrina,

1 "Proceso y Democracia", E.J.E.A., Buenos Aires, 1960, página 59.

uno de los temas capitales del Derecho Procesal; en apoyo de este aserto, indicamos que tanto Piero Calamandrei como Redenti, ubican en primer plano dentro de sus respectivas obras, la cuestión jurisdiccional. El primero, se apoya en que el artículo primero del Código de Procedimiento Civil italiano de 1942, se refiere a dicha actividad judicial;² para el segundo, implica la debida comprensión de las disciplinas del proceso, aunada, claro está, a otros conceptos.³

David Lazcano destaca que "la jurisdicción es el contexto substancial de la rama".⁴

Hugo Alsina opina en forma similar: "La determinación del concepto jurisdicción tiene particular importancia porque afecta el régimen procesal".⁵

No obstante la intensa dedicación de los autores, no se ha obtenido una precisión significativa que se admita generalmente, sino que ha acontecido todo lo contrario, pues se está a punto de llegar a una total asignificación. Vale citar aquí la exclamación de Calamandrei: "Esta multiplicidad de significados, que tiene tras de sí una larga historia de vicisitudes semánticas vinculadas en el tiempo de los ordenamientos jurídicos, es no pocas veces motivo u ocasión de equívocos y desacuerdos, y hace falta por tanto cuidar de distinguir y precisar palabras, y no confundir las cosas por el solo hecho de que se confundan las palabras".⁶

2 Cfr. T. I, pág. 110.

3 Cfr. Tomo I, págs. 3 y 55.

4 Citado por Humberto Briseño Sierra, "Derecho Procesal", Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1969, Tomo III, pág. 244.

5 Ibid. Tomo II, pág. 415.

6 Ibid. Tomo I, pág. 44.

José Becerra Bautista, para quien la jurisdicción consiste en "la facultad de decidir con fuerza vinculativa para las partes una determinada situación jurídica controvertida; indica además que; desde el punto de vista etimológico deriva de "jus" —derecho—, y "dicere" —decir—, o sea decir el derecho;⁷ íntegra para justificar su proposición una relación con las siguientes definiciones:

a) "Para Cuajacio es: conocimientos y definición de las causas que competen al magistrado por derecho propio".

b) Para Donellus se manifiesta como: "La potestad de conocer y juzgar de una causa, con la potestad de ejecutar lo juzgado".

c) D'Onofrio, la define como. "La facultad conferida al juez de declarar la voluntad concreta de la Ley, con efecto obligatorio para las partes y en relación al objeto de tal declaración y de efectuar todo cuanto la ley le ordena o le consiente para tal fin".

d) Chiovenda dice: "Esta función del Estado que tiene por fin la actuación de la voluntad concreta de la Ley mediante la substitución, por la actividad de los órganos públicos, sea de afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea de hacerla prácticamente efectiva".

e) Ugo Rocco, expresa: "Es la actividad con que el Estado, a través de los órganos jurisdiccionales, interviniendo a petición de los particulares, sujetos de intereses jurídicamente protegidos, se substituye a los mismos en la actuación de la norma, que tales

7 Op. cit. pág. 3.

intereses ampara, declarando, en vez de dichos sujetos, qué tutela concede una norma a un interés determinado, imponiendo al obligado, en lugar del titular del derecho, la observación de la norma y realizando mediante el uso de su fuerza coactiva, directamente aquellos intereses cuya protección está legalmente declarada".⁸

Nosotros agregamos a este panorama la definición expuesta por Hugo Alsina: "La función jurisdiccional, comprende, la creación de los órganos encargados de la administración de justicia, la determinación de sus facultades y la fijación de las reglas para la tramitación de los juicios";⁹ y la opinión de Ignacio Burgoa: "La función jurisdiccional o judicial estriba en "decir el derecho" (de acuerdo con la acepción etimológica de la palabra), esto es, en aplicar el Derecho Objetivo, mediante la resolución de un conflicto previo, suscitado por una controversia entre partes determinadas, dentro del orden estatal".¹⁰

Más todavía, si acudimos a las opiniones de autores dedicados al estudio del "proceso penal", encontramos definiciones de interés para este panorama.

Bajo el rubro "La Jurisdicción Penal y sus Organos". "Concepto y Contenido", Florián expresa "que la jurisdicción surge de la necesidad de aplicar concreta e individualizadamente las previsiones abstractas de la ley penal", y bajo este supuesto refiere la siguiente explicación:

8 Ibid. pág. 5.

9 Ibid. Tomo II, págs. 415, 416 y siguientes.

10 "El Juicio de Amparo", 4a. edición, México, Porrúa, S. A., 1957, pág. 313.

"La misma comprende tres elementos"

"1. La potestad de declarar la aplicación de la Ley penal en los casos concretos, declaración que tiene lugar mediante el juicio. Pero si la facultad jurisdiccional se agota en esta declaración, los fines prácticos del proceso dejarían de realizarse; la declaración sería puramente teórica si no tuviese la fuerza bastante para hacerse efectiva. Por esto es necesario el segundo elemento".

"2. La potestad de imprimir fuerza ejecutiva a la declaración con que se aplica la ley penal en el caso concreto".

"3. La facultad de dictar las disposiciones adecuadas para la ejecución de la sentencia y, en general, para la efectiva aplicación de la ley penal (penas y medidas de seguridad)".¹¹

Jorge A. Claría Olmedo, asentada la afirmación de que "El Estado desenvuelve su función jurisdiccional con respecto a todo el derecho positivo vigente que establece el orden jurídico de una determinada colectividad"¹² indica que en relación con el sector penal se traduce en el poder de ejercicio obligatorio de actuar el derecho vigente ante la presentación de un caso penal concreto.¹³

En nuestro medio destaca la figura de Julio Acero, como autor de este campo de literatura jurídica; pues bien, la jurisdicción en su obra, como cuestión, ocupa un primer plano, y sobre ella expo-

11 "Elementos de Derecho Procesal Penal", Traducción J. Prieto Castro, Bosch, Casa Editora Barcelona, España, 1933.

12 "Tratado de Derecho Procesal Penal", E.D.I.A.R.S.A. E. Buenos Aires, Argentina, 1960, Vol. I, Nociones Fundamentales, pág. 284.

13 Idem, página 284.

ne las siguientes razones: "Puede decirse que el poder social delegando la facultad de aplicar la ley en ciertas autoridades, constituye la jurisdicción; a la inversa, que la jurisdicción es la facultad de conocer de determinados negocios por delegación parcial del poder, hecha en una autoridad. La medida de esa facultad, los límites de la jurisdicción, constituyen la competencia de la autoridad delegatoria". Añadamos que aunque la jurisdicción (de *juris dicere* —declarar el derecho—) se atribuye sólo a los funcionarios con facultad decisoria, es decir exclusivamente a los jueces, nosotros la aplicamos en sentido nato consonante; se indicó, a todo el conjunto de autoridades que intervenían en la aplicación de la ley penal".¹⁴

Si a esta relación, que no obstante su amplitud la consideramos omisa, se le adiciona con la confusa sinonimia que emplea la ley, (artículos 144 y 149 del Código de Procedimientos Civiles), así como el deficiente empleo de los vocablos en que al respecto incurren los tribunales, incluyéndose en nuestro medio a la Suprema Corte de Justicia (que parece empeñada en no reconocer su papel de reguladora del lenguaje jurídico), parece entonces que con propiedad podemos afirmar, siguiendo las palabras de Calamandrei: "Del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos",¹⁵ o bien encontrar justificada la observación de Briseño Sierra: "El concepto de jurisdicción es vago en la literatura jurídica. Apenas al llegar al campo procesal

14 "Procedimiento Penal", 4a. edición, Editorial osé Ma. Cajica, Puebla, Pue., México 1956. pág. 239.

15 *Ibíd.* Tomo I, pág. 114.

se logra una cierta precisión, sin que pueda afirmarse ni que se han desterrado vicios tales como llamar jurisdicción al ámbito de competencia, ni que la jurisdicción haya alcanzado su definitiva connotación".¹⁶

Hacemos notar, que para este último el tema de la jurisdicción le merece reiterada atención; su insistencia es patente durante casi toda su obra. En efecto, su preocupación parte desde "Categorías Institucionales del Proceso" hasta el "Derecho Procesal", incluyendo el "Derecho Procesal Fiscal" y su "Teoría y Técnica del Amparo". Creemos, que en estas obras se encuentra el estudio más acucioso del problema, el análisis de la bibliografía más relevante y la comprensión del problema en sus proporciones para expresarlo en un concepto sistemáticamente válido. El desarrollo hecho en dichos títulos permite a la vez, que expresemos nuestras propias ideas.

C) Para aprehender el significado de la jurisdicción, debemos pensar, claro, en el Juzgador, no importa en qué parcela del ente estatal lo localizamos (Legislativa, Administrativa y Jurisdiccional); el cual en ejercicio de su competencia le vemos frente a las partes de un conflicto, que en ocasiones esperan a ser citados para oír la resolución autorizada de ese tercero decisor.

Ante esta imagen podemos distinguir, en principio, dos panoramas distintos: aquel en que los sujetos del litigio actúan (demandando, contestando, probando o alegando) y el otro en que paralizan su actuar para oír la sentencia.

16 "Teoría y Técnica del Amparo", Editorial José Ma. Cajica, Puebla, Pue., México 1966, Tomo I, pág. 182.

Con lo cual obtenemos una conclusión ya postulada en este trabajo: el proceso y la sentencia son dos conceptos distintos, uno no contiene al otro, sino que llegado el caso en que se manifieste la sentencia, siempre tendrá como antecedente de referencia o percusión al proceso.

Sabemos que no todos los conflictos llevados al juez o al árbitro, son motivo de sentencia, porque el proceso puede extinguirse por desistimiento, caducidad, transacción, etc.

Esto se puede traducir, diciendo que el Juez desarrolla una actividad que le es exclusivamente propia, por naturaleza, independientemente de que arribe a la situación en que pueda pronunciar un fallo.

Es por esta razón, que toda tesis que sustente la caracterización de la jurisdicción por la facultad resolutoria, incurre en nuestro concepto, en los siguientes equívocos:

a) No significan la actividad que desarrolla el juez, previa al pronunciamiento de fondo.

b) No incluyen los casos en que el litigio se compone antes de la etapa procesal en que se hallan las partes, con posibilidad de realizar conductas eficaces y que es la de los alegatos.

c) Se caracteriza a la función, por el fin que su eficacia ha alcanzado: el fallo, y por tanto se conceptúa un fenómeno que le es externo.

d) Se basan en un aserto de evidente multivocidad, el decir y cumplir ejecutivamente el derecho, es abarcar mucho sin precisar nada, toda vez que en un Estado de Derecho todo órgano al que se le atribuye una competencia, está en posibilidad de decir y aplicar el derecho.

e) No se atiende a esa especial actividad, que en el orden jurídico única y exclusivamente puede realizar el juzgador, la cual, repetimos, sólo puede manifestarse frente al proceso.

El postular los anteriores argumentos, como fundamento para desechar aquellas posiciones que afirman que el acto decisorio que liga a las partes vinculativas, substitutiva o determinadamente, (en las cuales se entiende al fallo como "decir y aplicar el derecho") distingue y califica a la función jurisdiccional, puede parecer una irreverencia de nuestra parte si se contempla el prestigio y autoridad de los autores citados, más a pesar de la validez, que a nuestro rechazo de tales corrientes otorgamos, consideramos que tal actitud no es razón bastante para superar la anfibología que representa el vocablo jurisdicción.

No nos parece aventurado el hecho de proponer un empleo preciso en cuanto al significado de la voz jurisdicción; con objeto de consolidarlo terminológicamente, y para terminar, hablando con Carnelutti, con el empleo promiscuo de la palabra.

Hemos anticipado ya, que es nuestra reiterada opinión, el identificar al concepto de jurisdicción, en el desarrollo de la actividad estrictamente procesal y no en la facultad sentenciadora. Asimismo, rechazamos toda proposición que indique una relación de contenido y continente entre el proceso y la sentencia; pensamos que asiste en todo el sistema procesal una relación vinculativa de referencias o percusiones que provienen de la eficacia o ineficacia de la instancia, o de las conductas procesales.

Afirmar que el proceso y la sentencia son fenómenos individualizados, es una idea vieja ya en el

Derecho: "El trazo característico del procedimiento romano, desde la República hasta el fin del siglo III de nuestra era, es decir, bajo los dos primeros sistemas, es la división de las funciones judiciales entre dos categorías de personas: los magistrados y los jueces. Un proceso comprende dos partes: La primera se realiza delante del magistrado, *in jure*, y la segunda delante del juez, *in iudicio*. El magistrado es quien regula la marcha general de la instancia y quien precisa el objeto de los debates; y el juez quien examina los hechos y pronuncia la sentencia, pues el magistrado sólo juzga en casos excepcionales".¹⁷

En la época moderna, Chiovenda, para quien el proceso es una relación finalista entre un conjunto de actos coordinados y la actuación de la voluntad concreta de la ley, dice: "Normalmente, el proceso se desenvuelve con la participación activa de todas las partes interesadas, excepcionalmente, puede haber un proceso y los actos se desenvuelven sin su concurso.

"Todas estas actividades y situaciones están sujetas a determinadas reglas concernientes a su modo de expresión, su contenido, tiempo, lugar (términos y formas procesales), y se siguen en un orden establecido por la ley; que se llama procedimiento, la inobservancia de las formas puede dar lugar a la nulidad de los actos. La inobservancia de los términos o del orden legal, el expirar el tiempo señalado para determinadas actividades, da lugar a la preclusión de la facultad de realizarlas, o de con-

17: "Tratado Elemental de Derecho Romano", E. Petit, Traducción José Fernández González, Ed. Nacional, México, D. F., 1961, pág. 612.

tinuarlas o renovarlas. Reunido el material de conocimiento, el juez pronuncia la sentencia".¹⁸

Aunque claro está, no olvidamos que para el ilustre procesalista italiano, la jurisdicción se manifiesta en la resolución que actúa la ley, sus argumentos indican que el juez se presenta con una actitud distinta en el proceso a aquella que puede asumir en el fallo.

La doctrina en general, en una forma o en otra, ha pretendido integrar un basamento conceptual desde el cual se pueden realizar invariaciones verificables como verdaderas, y coincide generalmente en los fenómenos que tal papel les importa en el sistema: acción, proceso, litigio, jurisdicción, competencia, sentencia.

Sabemos, que el litigio es un conflicto intersubjetivo jurídicamente calificado, ante tal eventualidad anormal, se manifiestan una serie de soluciones con cualidades jurídicas para eficiente arreglo, y que van de la autocomposición a la sentencia.

Francisco Carnelutti expresa: "La finalidad del proceso contencioso es típicamente represiva, hacer que cese la contienda, lo cual no quiere decir hacer que cese el conflicto sin terminarlo, componerlo mediante el derecho, o bien con la integración de un mandato".¹⁹

Tal idea, queda ampliada con las siguientes palabras:

18 "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Trad. E. Gómez Orbeneja, Volumen I, "Conceptos Fundamentales", "La Doctrina de las Acciones", Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, pág. 59.

19 "Instituciones del Proceso Civil", Trad. Santiago Sentís Melendo, EJEA, Buenos Aires, Argentina 1959, Volumen I, pág. 27.

“El proceso contencioso, es, por tanto, un proceso caracterizado por el fin, que no es otro que la composición de la litis; quien hace consistir su fin en la declaración de certeza o en la actuación del derecho”.²⁰

La corriente española, que a nuestros ojos, representa Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, sigue de cerca la orientación del maestro italiano; el jurista hispano, al desarrollar con la acuciosidad que le es característica el análisis de la autodefensa, la autocomposición y el proceso, porque: “se nos presentan, pues, como las tres desembocaduras del litigio”,²¹ arriba a tal afirmación, exponiendo las siguientes premisas:

1.—Presentado el litigio, “cabe que se solviente por obra de los propios litigantes o mediante la decisión de un tercero”.²²

2.—La solución parcial del litigio ofrece a la vez dos perspectivas:

a) Uno de los litigantes sacrifica su propio interés y da lugar a la autocomposición.

b) Una de las partes del conflicto, impone el sacrificio del interés ajeno, y se origina la autodefensa.²³

Esta orientación, establecida en “el planteamiento del problema”, induce al autor ibero a las siguientes afirmaciones:

20 Ibid. pág. 43.

21 “Proceso, Autocomposición y Autodefensa”, (Colaboración al Estudio de los fines del Proceso), México, Imprenta Universitaria 1947, pág. 13.

22 Ibid. pág. 13.

23 Cfr. Ibid. pág. 13.

A) "El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio".²⁴

B) "A diferencia de las restringidas posibilidades canalizadoras de litigios correspondientes a autocomposición y autodefensa, las relativas al proceso son, en principio eliminadas, ya que es el instrumento previsto como normal por el Estado para la solución de toda clase de conflictos jurídicos".²⁵

Es nuestra opinión, que tales argumentos no pueden invocarse justificadamente en el contexto que venimos proponiendo en esta parte del trabajo, porque el proceso no resuelve el conflicto, ni está en posibilidad de hacerlo. Lo que acontece, en realidad, es que el proceso lleva al juzgador a colocarse en situación en la que legalmente puede pronunciar el fallo, el cual sí viene a resolver el litigio.

Por otra parte, cuando se sostiene que el proceso es el medio idóneo que se da en un Estado, organizado jurídicamente para la solución de un conflicto de intereses, motiva el que se insista en los equívocos que tradicionalmente han impedido una correcta identificación de la función jurisdiccional, equívocos tales como la afirmación de que la sentencia quede contenida dentro del proceso, o la de creer en tal razón, que las partes y el juez, se comporten de la misma manera durante la tramitación procesal y durante el fallo.

Todavía más, la deficiencia conceptual replantea un problema, que en ocasiones parece solamen-

²⁴ Ibid. pág. 111.

²⁵ Ibid., parte IV, Epígrafe: Función y Finalidad: los tipos de proceso, Apartado 77, pág. 127.

te superable recurriendo a sutilezas realmente difíciles de sostener: la identidad del acto jurisdiccional con el acto administrativo.

Mientras que la correcta ubicación del acto jurisdiccional en el proceso da los siguientes resultados: se significa unívocamente el vocablo jurisdicción al individualizarse en el ámbito que le es propio; no cabe posibilidad de confundirlo con ningún otro acto jurídico, se dé en la operación de un patrimonio ajeno, o postulando una normatividad; además, permite realizar las invariaciones que corresponden a un concepto propuesto convencionalmente, pero debidamente significado.

Si con el propósito depurador que asiste al conocimiento jurídico, se mantiene la idea de oponer algún acto judicial, que aparentemente guarde alguna similitud con el acto de administración, se ve que la proximidad más gráfica a partir de sus propias estructuras se advierte entre la sentencia y el acto administrativo.

Pero se ve, que frente a este problema, el observador ya no considera el acto jurisdiccional, quedando definitivamente separado de aquél y atenido a su propia naturaleza.

La exposición anterior halla mayor razón si consideramos la naturaleza del proceso. Cuestión que a la doctrina le ha representado capital interés, ya por sus consecuencias prácticas, técnicas o metodológicas, y que con ello se llega a determinar: "si este fenómeno forma parte de alguna de las figuras del derecho, o si por el contrario constituye por sí solo una categoría especial".²⁶

26 Couture, Eduardo J. "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, Argentina, A. López, Editor, 1942, pág. 61.

El propio Couture señaló, que la doctrina ha dado cuatro respuestas principales y Alcalá-Zamora y Castillo, coincide con esta idea.

Humberto Briseño Sierra, al respecto indica: "Acerca del proceso, se han elaborado las más diversas nociones, las cuales, al ser agrupadas y distribuidas conducen a una clasificación provisional y elástica, porque resulta casi más difícil destacar con precisión las líneas de separación entre cada teoría y asimilar las tesis de cada sección que intentar un ensayo sobre el proceso mismo".²⁷

En torno a la naturaleza del proceso se conocen posiciones diversas —afirma Rafael de Pina Vera—, algunas pueden considerarse abandonadas, o como bien dice Briseño Sierra al ratificar la importancia de las teorías que consideran al proceso como situación o relación: "Los restantes han pasado casi desapercibidos y sólo se les cita en los Tratados anecdóticamente o por razones de recopilación".²⁸

No es propósito de este trabajo, reseñar la inagotable polémica del proceso, que como bien se ve cabe, con facilidad, en el esfuerzo de otro análisis.

Es nuestra particular opinión que la teoría que

27 "Categorías Institucionales del Proceso", Ediciones José Ma. Cajica Jr., Puebla, Puebla, México 1956, pág. 30. "Este autor, en su obra más reciente" *Derecho Procesal*, Vol. Tercero, repite con mayor amplitud el panorama doctrinal que muestra el proceso y que explicó en el libro citado; las teorías son explicadas en su propio contexto bajo los rubros: "Doctrinas Empiristas", "La Corriente Teorizante", "El Proceso como Situación", "Las Teorías de Carnelutti", "El Proceso como Estado de Ligamen", "El Proceso como Entidad Jurídica Compleja", "El Proceso como Servicio Público", "El Proceso como Reproducción Jurídica", "El Proceso como Institución", "El Proceso como Serie de Actos Proyectivos".

28 "Derecho Procesal", Tomo III, pág. 97.

contempla en un nivel significativo como unidad institucional al proceso, es la concepción de la serie de actos proyectivos; en la que, no se pierde de vista la estructura elemental del fenómeno, durante ese movimiento técnico que ocasionan las partes bajo la dirección del juzgador, que va de la acción a las alegaciones.

Esta coincidencia, con la idea apriorística del proceso, conduce a una clara objetividad, por otra parte nos resulta difícil rechazar una definición unívoca, básica y verificable en todo sistema procesal.

Considerado de tal suerte el proceso, o como, un producto del instar de las partes y la jurisdicción, que el Juez no permanece impasible ni se convierte en un tramitador mecanicista, no es tampoco un funcionario que quede al arbitrio de las partes, todo lo contrario, es participante activo, que integra el proceso dirigiéndolo, observamos su actividad jurisdiccional: admite la demanda, la traslada, abre la dilación probatoria, decide la forma de desahogo de la probanza, califica posiciones, señala los actos de comunicación procesal, fija plazos, etc., es decir marca la pauta de apertura y cierre de los grados procesales. Más aún, nadie puede afirmar que a igual litigio, siga igual interpretación judicial, de la misma manera que no se puede expresar válidamente, que a distinto conflicto corresponde distinto proceso.

Ahora bien, la dirección del proceso, implica que el órgano de la jurisdicción dicta resoluciones, sólo que ninguna afecta al conflicto debatido en el fondo por las partes.

Finalmente, convenida la distinción del proceso y el fallo, nos referimos a la aparente similitud

del segundo con el acto administrativo, como resoluciones imperativas provenientes de un órgano estatal con atribuciones para dictarlas, son características de resoluciones imperativas que motivan el acto de ejecución; la diferencia deviene de la firme estabilidad que guarda como cosa juzgada la decisión judicial, frente a la eventualidad que acompaña a todo acto administrativo, a pesar de la firmeza que se pretenda otorgarle.

La jurisdicción es, entonces, la función que se manifiesta objetivamente cuando el órgano del ente o la institución dirige el proceso como serie de actos proyectivos independientemente del valor que su interpretación le haga manifestar en el fallo.

La sacrosanta justicia sigue siendo objeto de escarnio en el pueblo, y las mismas personas educadas, aún cuando tienen el derecho a su favor, temen caer en sus garras, tratando en vano de orientarse en medio de sus formalidades y procedimientos. ¡Qué cúmulo de leyes y, no obstante, cuántas lagunas! ¡Qué ejército de funcionarios y, no obstante, cuánta lentitud en la administración de justicia! ¡Qué lujo de estudios y de erudición y, no obstante, cuántas oscilaciones, cuánta inseguridad en la teoría y en la práctica! ()*

(*) Von Kirchmann, Jacobo H., "La jurisprudencia no es Ciencia", Trad. Antonio Truyol y Serra, Instituto de Estudios Políticos, 2a. Edición, Pág. 31.

CAPITULO IV

LA COMPETENCIA

SUMARIO: A) Consideraciones Preliminares. B) Diversas Concepciones Sobre su Naturaleza. C) Su Caracterización. D) La Competencia Judicial.

A) Los conceptos de función, servicio, jurisdicción y competencia son significativos cada uno de ellos de fenómenos distintos, aunque claro, estrechamente vinculados y relacionados en el sistema jurídico. La intimidad que guardan conceptualmente, ocasionan la necesidad de individualizarlos previamente, y con ello, evitar incurrir en la confusión que para su análisis ha resultado generalmente común.

Este argumento tiene razón, porque a la competencia se le ha ubicado de tal manera allegada a la función o al servicio que se originan en algunos casos similitudes ilógicas y confusas.

La competencia no representa para la doctrina un motivo de debate laborioso o interminable (como lo son la acción y el proceso), aunque sí se le contempla desde diversos enfoques; vemos que ha quedado expuesta como poder en relación, en ejercicio o limitado; como facultad derivada de la Ley o, como atribución orgánica.

B) Con lo anterior, se ha dado lugar a una diversidad conceptual que motiva asimilar el fenómeno de la competencia a la función o al servicio (téngase en cuenta la sinonimia que la Ley y la práctica han creado entre competencia y jurisdicción). En igual sentido Niceto Alcalá-Zamora.¹ No obstante, se localizan datos apreciados por la generalidad de los autores que permiten la correcta concepción del problema que representa la competencia, destacan entre otros los siguientes: la división del trabajo que se muestra en el ente estatal

1 "Panorama del Derecho Mexicano, Síntesis del Derecho Procesal", U.N.A.M., México 1966, página 52.

y en sus funciones, y; la justificación del propio Estado como ente jurídico.

La primera de estas ideas es explícita en la afirmación de Carnelutti: "El Instituto de la competencia toma origen de la distribución del trabajo entre los diversos oficios judiciales o entre los diversos componentes de ellas² a su vez Hugo Alsina indica "puede concebirse la existencia de un solo juez que ejerza la plenitud de jurisdicción en un territorio y al cual, por consiguiente, estarían sometidas todas las personas y cosas sin distinción de clases ni de cuestiones. En la práctica, sin embargo, no siempre resulta eso posible, porque si el territorio es dilatado, no podrá el juez, sin desmedro de sus funciones, trasladarse de un lugar para administrar justicia, ni sería razonable que una persona se viera obligada a cubrir largas distancias para comparecer ante él por el solo hecho de habersele formulado una demanda de la que puede resultar absuelto. Por otra parte, aunque el territorio fuera reducido, la densidad de la población y la multiplicidad de litigios que, de perturbar gravemente la función del juez, por la imposibilidad de examinarlas con la atención debida. Necesario es entonces arbitrar un medio que facilite la tarea del juez. y ese medio es la regulación de la competencia"³.

Acto seguido, al acatar el casuismo que este planteamiento le impone, Hugo Alsina señala los siguientes casos:

- 1) Jueces con distinta competencia territorial.

² Instituciones, Tomo I, pág. 208.

³ Ibid. Tomo III. páginas 508 y 509.

2) Jueces con distinta competencia por la naturaleza del litigio.

3) Jueces con distinta competencia por razón del grado.

4) Jueces con competencia distinta por razón del tiempo en que reciben las causas.⁴

“De lo expuesto resulta que los jueces deben ejercer su jurisdicción en la **medida de su competencia**. Entre estos dos conceptos existe entonces una diferencia fundamental. La jurisdicción es la potestad de administrar justicia, y la competencia fija los límites dentro de los cuales el juez puede ejercer aquella facultad.

“Los elementos de jurisdicción están fijados en la Ley, con prescindencia de todo caso concreto; la competencia en cambio, debe determinarse en relación a cada juicio. De ahí que pueda definirse la competencia como la aptitud del juez para ejercer su jurisdicción en un caso determinado”.⁵

Leemos en Piero Calamandrei una exposición definitiva en torno a estas ideas:

“La cuestión de “competencia surge, pues, lógicamente como un **posterius** de la cuestión de jurisdicción”. La distribución del trabajo entre los distintos órganos, presupone que se hayan establecido primeramente cuáles son en su totalidad las funciones encomendadas por el Estado a la organización judicial considerada en su conjunto; sólo después de trazados los límites extremos de los cometidos que los jueces deben resolver, tomados to-

4 Cfr. op. cit. Tomo II, págs. 509, 510 y 511.

5 Idem, Tomo III, pág. 512.

dos ellos en conjunto, se puede proceder provechosamente a distribuir esos cometidos entre ellos, de modo que su trabajo se desarrolle ordenadamente y cada uno de ellos tenga su propia esfera de oficios, dentro de la cual pueda desenvolver su propia actividad sin entorpecer la de otros jueces. Esa esfera de oficios que la Ley atribuye a cada uno de los jueces dentro de la jerarquía judicial, distribuyendo entre ellos el ejercicio práctico de la jurisdicción, constituye para cada juez su propia competencia que suele tradicionalmente definirse como "medida de la jurisdicción" por cuanto el Estado al determinar cuál es en concreto la fracción de jurisdicción atribuida a un juez, viene con ello a trazar los confines recíprocos de actividades entre ese juez y los demás jueces".

"La competencia es, pues, ante todo una determinación de los poderes jurisdiccionales de cada uno de los jueces; pero, como esa limitación de poderes se manifiesta prácticamente en una limitación de las causas sobre las cuales puede ejercerlas cada juez, el concepto de competencia se desplaza así por un fenómeno de **metonimia** de medida subjetiva de los poderes del órgano judicial pasa a ser entendida prácticamente como medida objetiva de la materia sobre la cual está en concreto a proveer el órgano judicial entendiéndose de este modo por competencia de un juez el conjunto de causas sobre las cuales puede él ejercer, según la ley su fracción de jurisdicción".⁶

Hay autores mexicanos que encuentran en esta línea la directriz que orienta su posición, así por ejemplo Rafael de Pina es categórico: "definida la

6 Op. cit., Tomo II, págs. 136 y 139.

jurisdicción como el poder del juez la competencia se define como la medida de este poder";⁷ bajo el rubro **límites objetivos de la jurisdicción**. José Berra Bautista expone: "La competencia es el límite de la jurisdicción o como dice Mortara, es la parte del poder jurisdiccional poseída por cada magistrado". Lo que fundamenta de la siguiente manera: "La imposibilidad de que una sola persona resuelva todas las controversias, ha originado esta institución que tiende precisamente, a hacer posible la administración de justicia en un Estado. La jurisdicción se fracciona entre muchos tribunales y jueces en proporciones iguales o desiguales. El efecto de esta distribución es obligar a las partes a acudir precisamente, al tribunal competente".⁸

Para nosotros, adherirnos a esta generalizada posición de la doctrina, representa la comodidad de no ocurrir a una exposición más adecuada con la significación otorgada en nuestro estudio a la función, al servicio y a la jurisdicción; llevados tal vez por la atracción que pueden motivar el prestigio y valor de los expositores, no obstante, la intención sistemática de nuestro trabajo nos conduce a una segunda reflexión: La competencia no puede ser **la medida de la jurisdicción**, porque se entiende como esta última la representación potestativa que comprende la sentencia y su ejecución y no lo que entendemos como la dirección del proceso y ésta no puede fraccionarse ni concebirse como el contenido de la competencia. Si la atribución distribuida fuese el límite del servicio o de la función se concluye que los particulares que lleven a cabo tales actividades

7 Op. cit., pág. 127.

8 Ibid. pág. 13.

serían competentes y por tanto participantes orgánicos del ente estatal.

Carnelutti, en notoria congruencia con el método que emplea, significa a la competencia como "la pertenencia de un oficio, a un oficial, a un encargado de la potestad respecto de una litis o de un negocio determinado".⁹ Este concepto le permite fundar la legitimación de los actos del oficio judicial, "no basta que el actuante tenga el nombramiento de oficial o de encargado, sino que es necesario, además, que pertenezca al oficio judicial competente para la composición de la litis o para la administración del negocio.

En Calamandrei y en Carnelutti, basamos el argumento de que **el fenómeno competencial únicamente puede atribuirse al órgano estatal**, conclusión a la que llega también Marienhoff: "La competencia en su naturaleza jurídica, se nos muestra como una obligación, en oposición al derecho subjetivo, ya que éstas sólo se dan en las personas. La competencia causa a la autoridad dotada de ella el derecho (y naturalmente, también el deber), de hacer uso de las facultades implicadas en la competencia. Pero la autoridad no tiene un derecho a la competencia".¹⁰

Esta obligación debe acatar una serie de principios básicos, de los que deriva sus peculiares consecuencias, las cuales son:

"a) La competencia es la excepción y la incompetencia la regla."¹¹

⁹ "Instituciones del Proceso Civil", pág. 209.

¹⁰ "Derecho Administrativo", Ediciones Slene, Buenos Aires 1965, pág. 543.

¹¹ Ibid. pág. 544.

b) La competencia es improrrogable; esto es así por dos razones:

1a.—Porque se halla establecida en interés público.

2a.—Porque la competencia surge de una misma norma estatal y no de la voluntad del órgano administrativo que actuaría sin competencia, por cuanto la atribuida por la norma no habría sido respetada.

c) La competencia pertenece al órgano y no a la persona física titular del mismo.¹²

A su vez Ignacio Burgoa explica que las atribuciones estatales, que en su conjunto integran el fin del Estado, se manifiestan mediante las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, por esto encuentra que las funciones están a cargo de los órganos correspondientes "creados por la constitución o por la ley en general, cada una de las cuales las desempeña según las facultades otorgadas. Por consiguiente, en el ejercicio de dichas funciones genéricamente hablando pueden intervenir distintos órganos o por ejemplo, la función legislativa en general, abstracta del Estado mexicano, es desempeñada por diversas entidades o poderes creados por la Ley Fundamental.

"Pues bien, el concierto de esas facultades con que la Ley en general inviste a cada una de las autoridades encargadas de desempeñar una determinada función estatal, es lo que constituye la competencia, que se revela, por ende, como una limi-

12 Cfr. *Ibid.* pág. 546.

tación legal a las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccional.

“En vista de lo anterior y refiriéndonos ya en especial a la competencia jurisdiccional, diremos que ésta se traduce en aquel conjunto de facultades específicas con que legalmente están investidas las autoridades encargadas de desempeñar la función jurisdiccional”.¹³

En los mismos términos se ha expresado Gabino Fraga: “La competencia no es la capacidad genérica del Estado, sino la facultad concreta que se otorga a uno de sus órganos para ejecutar los actos que integran aquella capacidad, facultad que puede ser dividida entre varios órganos respecto a uno solo de dichos actos”.¹⁴

Como es de notarse la doctrina aporta diversos puntos de observación que van desde el litigio, a los sujetos que son afectados por la actividad del órgano, hasta las facultades que la ley otorga a éste para decidir en materia judicial el conflicto de intereses.

Cuestión aparte es coincidir o no con la terminología. Admitido este primer plano, proponemos el aserto de que un órgano no es competente para tener determinadas atribuciones, sino que, por otorgarle el ente estatal un conjunto de atribuciones es competente; dicho en otra forma en el Estado no hay órganos competentes para legislar, administrar o juzgar, sino que hay órganos que postulan normas, operan un patrimonio o dirigen un proceso porque son competentes.

13 Op. cit., pág. 313.

14 Op. cit., págs. 3 y 4.

Ahora bien, si recordamos que en las funciones y servicios públicos se manifiesta una normatividad de imposición heterónoma, el órgano que realice esas actividades lo hace porque a sus atribuciones les asiste un conjunto de normas de tal naturaleza, con lo que puede actuar válidamente en la relación que se proponga a tal objeto.

Los órganos estatales funcionan o sirven porque son competentes, aunque lo tenemos dicho, los particulares lo hacen también careciendo de competencia, esto es, porque conforme a la conclusión obtenida la competencia es el conjunto de atribuciones que el ente estatal otorga con una normatividad heterónomamente impuesta al órgano que le permite funcionar y servir.

La creciente intensidad de las relaciones que el grupo social le muestra al ente estatal, tiene como consecuencia que se actualice en forma constante la experiencia histórica de solucionar tal eventualidad, proliferando tribunales y acumulando en estos atribuciones de diversa índole.

La legislación nacional no es ajena a tales lineamientos, en nuestros días se aprecia un surgimiento permanente de órganos con atribución de juzgamiento; esta situación se acentúa en el sector de la administración y claro en el judicial, aunque en menor grado.

D) Conforme al artículo 94 de la Constitución, los depositarios del ejercicio del Poder Judicial de la Federación, son la Suprema Corte de Justicia, Tribunales de Circuito, Colegiados en Materia de Amparo y Unitarios en Materia de Apelación y en Juzgados de Distrito. La Suprema Corte de Justicia de la Nación se compondrá de veintiún Ministros y

funcionará en Pleno o con Salas. Habrá además cinco Ministros Supernumerarios. Las audiencias del Tribunal Pleno o de las Salas serán públicas, excepción hecha de los casos en que la moral o el interés público exijan que sean privadas. Los períodos de sesiones de la Suprema Corte, funcionamientos del Pleno y de las Salas. Las atribuciones de los Ministros Supernumerarios y el número y competencia de los Tribunales de Circuito y de los Jueces de Distrito se regirán por esta Constitución y lo que dispongan las leyes. En ningún caso los Ministros Supernumerarios integrarán el Pleno. La remuneración que perciban por sus servicios los Ministros de la Suprema Corte de Justicia, los Magistrados de Circuito y los Jueces de Distrito no podrá ser disminuida durante su encargo. Los Ministros de la Suprema Corte de Justicia podrán ser privados de sus puestos cuando observen mala conducta, de acuerdo con la parte final del artículo 111, o previo el juicio de responsabilidad correspondiente.

Los Tribunales Federales tienen competencia para conocer de las controversias que se susciten:

a) Por leyes o actos de autoridad que viole las garantías individuales.

b) Por leyes o actos de autoridad que vulnere o restrinjan la soberanía de los Estados.

c) Por leyes o actos de las autoridades de estos que invaden la esfera de la autoridad federal. (Artículo 103 de la Constitución).

d) De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras.

Cuando dichas controversias sólo afecten intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los Estados, del Distrito y Territorios Federales, las sentencias de primera instancia serán apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto de primer grado.

e) En los juicios que la Federación esté interesada, las leyes podrán establecer recursos ante la Suprema Corte de Justicia contra las sentencias de segunda instancia o contra las de tribunales administrativos creados por la ley federal, siempre que dichos tribunales estén dotados de plena autonomía para dictar sus fallos.¹⁵

f) De todas las controversias sobre derecho marítimo.¹⁶

g) De aquéllas en que la Federación fuere parte.¹⁷

h) De las que se susciten entre dos o más Estados, o un Estado y la Federación; así como los que surgieren entre los Tribunales del Distrito Federal y los de la Federación o un Estado.¹⁸

i) De los que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro.¹⁹

j) De los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular.²⁰

15 Artículo 104 Constitucional, fracción I.

16 Artículo 104 Constitucional, fracción II.

17 Artículo 104 Constitucional, fracción III.

18 Artículo 104 Constitucional, fracción IV.

19 Artículo 104 Constitucional, fracción V.

20 Artículo 104 Constitucional, fracción VI.

k) Corresponde sólo a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, conocer de las controversias que se susciten entre dos o más Estados, entre los Poderes de un, mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos, y de los conflictos entre la Federación y uno o más Estados, así como de aquellos en que la Federación fuese parte.²¹

l) Corresponde también a la Suprema Corte de Justicia de la Nación dirimir las competencias que se susciten entre los Tribunales de la Federación, entre éstos y los de los Estados, o entre los de un Estado y otro.²²

De la transcripción anterior se aprecia que la judicatura federal desarrolla en principio tres actividades definitivamente judiciales: la tramitación del procedimiento de control constitucional, de procesos impugnativos, y la sustanciación de procesos de contenido civil y penal a niveles federales.

El artículo 10. de la Ley que organiza y estructura los Tribunales Federales ordena la siguiente distribución para el ejercicio del Poder Judicial que le atañe:

- 1.—La Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- 2.—Tribunales Colegiados de Circuito.
- 3.—Tribunales Unitarios de Circuito.
- 4.—Juzgados de Distrito.
- 5.—Jurado Popular Federal.
- 6.—Tribunales de los Estados, del Distrito y

21 Artículo 105 Constitucional.

22 Artículo 106 Constitucional.

de los Territorios Federales en los casos que indica la fracción XII del artículo 107 Constitucional, y cuando deben actuar como auxiliares de las autoridades judiciales federales.

A su vez, el artículo 64 se refiere a los Tribunales para menores y Consejos de Vigilancia en la circunscripción de los Juzgados de Distrito.

Es comprensible que la organización judicial local, estructure a los Tribunales en el Distrito y Territorios Federales acatando el criterio establecido por el legislador en el sistema federal, en principio la organización es sobre planos de un mismo nivel y en forma jerarquizada.

La Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común, publicada en el Diario Oficial de veinticinco de enero de mil novecientos sesenta y nueve, reformada según aparece en el Diario Oficial de veinticuatro de febrero de mil novecientos sesenta y uno, la circunscripción territorial del Distrito Federal se divide en cuatro partidos judiciales.

a) El primero comprende las Delegaciones de Cuauhtémoc, Miguel Hidalgo, Benito Juárez, Venustiano Carranza, Gustavo A. Madero, Azcapotzalco, Ixtacalco e Ixtapalapa.

b) El segundo formado por las Delegaciones de Aylaro Obregón, La Magdalena Contreras y Cuajimalpa de Morelos.

c) El tercero que comprende las Delegaciones de Coyoacán y Tlalpan.

d) El cuarto, integrado por las Delegaciones de Xochimilco, Milpa Alta y Tláhuac.²³

23 Artículo 5o.

En tanto que los Partidos Judiciales de los Territorios que dependen del Tribunal Superior de Justicia son organizados, así, el de la Baja California en tres partidos judiciales.

a) El de La Paz con la comprensión Político administrativa de ese nombre, con exclusión de lo que integra al segundo respecto a Villa Constitución, y las delegaciones de San Antonio, Todos Santos, José del Cabo y Santiago.

b) El de Villa Constitución con la comprensión político-administrativa de ese nombre, la Delegación de Loreto, y al sur la porción que pertenecía al partido judicial de La Paz, porción que tendrá como límite geográfico una línea recta que partiendo del lugar denominado Los Dolores, ubicado en litoral del Golfo de California vaya hasta el fondo de la rada de Puerto Coyuco en el Litoral del Océano Pacífico comprendiéndose en esta circunscripción la Isla Margarita, y;

c) El de Santa Rosalía con la comprensión política administrativa de ese nombre y la Delegación de Mulegé.

d) El Territorio de Quintana Roo formó un solo partido judicial, cuya cabecera será la ciudad de Chetumal.²⁴

La estructura orgánica queda conforme los artículos 2o. y 4o. de la última Ley Orgánica, en la que destaca la presencia de los Tribunales de lo Familiar, y la supresión de las antiguas cortes penales, vemos dos planos; a saber los que ejercen la facul-

24 Artículos 5o., 6o., 7o., 8o. y 9o., Ley Orgánica de los Tribunales del Distrito y Territorios Federales.

tad de aplicar las leyes en asuntos penales y civiles, y los que encuadra como auxiliares de la Administración de Justicia; en el primer grupo, quedan establecidos los siguientes órganos jurisdiccionales:

- a) Jueces de Paz.
- b) Jueces de Primera Instancia y Menores de Jurisdicción Mixta.
- c) Jueces de Primera Instancia de lo Civil.
- d) Jueces de lo Familiar.
- e) Arbitros.
- f) Jueces Penales.
- g) Presidente de Debates.
- h) Jurado Popular.
- i) Tribunal Superior de Justicia (Artículo 2o.).

Y en el segundo grupo enlista a:

- a) La Dirección General de Servicios Coordinados de Prevención y Readaptación Social y sus delegados en los Territorios Federales.
- b) Los Consejos Locales de Tutelas.
- c) Las Oficinas del Registro Civil.
- d) Peritos Médicos Legistas.
- e) Los intérpretes oficiales y peritos en las ramas que se les atribuyen.
- f) Síndicos e Interventores de Quiebras y Concursos.
- g) Albaceas e Interventores de Sucesiones, Tutores, Curadores y Notarios.

- h) Depositarios e Interventores.
- i) Jefes y Agentes de la Policía.
- j) Todos los demás que las leyes les confieran tal carácter (artículo 2o.).

Establecida normativamente la circunscripción territorial del Distrito Federal y la presencia de los órganos jurisdiccionales, queda por distribuirlos a éstos en aquella. Esta distribución territorial en la práctica es motivo de constante censura por lo inadecuado de su configuración, que ocasiona una serie de inconvenientes tanto para el juzgador como para los justiciables; a saber, acumulación de causas, amplias distancias para traslado por una parte, por otra centralización innecesaria de tribunales.

La distribución orgánica ordenada por la Ley es la siguiente:

A) El Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales está integrado por veinticinco magistrados y tres Supernumerarios, su funcionamiento es en Salas y en Pleno, el Magistrado que funge como Presidente no integrara Sala.²⁵

B) El Tribunal Pleno, se forma con los veinticinco Magistrados Numerarios y el Presidente.²⁶

C) Las Salas del Tribunal son ocho, integradas cada una por tres Magistrados y se designan por números ordinales.²⁷

D) En cumplimiento del artículo 51 de la Ley Orgánica, de que se trata, se han establecido trein-

25 Artículo 25, Ley Orgánica.

26 Artículo 27, Ley Orgánica.

27 Artículo 42, Ley Orgánica.

ta y dos Juzgados Civiles en el Partido Judicial de la Ciudad de México, uno en el Partido Judicial de Coyoacán.

E) Para acatar el artículo 55 de la propia Ley, el Tribunal Pleno acordó instaurar en el primer Partido Judicial de la Ciudad de México seis jueces de lo Familiar, uno en el Partido Judicial de San Angel, y en el Partido Judicial de Coyoacán se creó un Juzgado de lo Familiar.

F) El artículo 70 de la Ley citada, atribuyó al Tribunal Pleno, la facultad de determinar el número de Juzgados Penales para cada uno de los Partidos Judiciales, lo que realiza estableciendo veinticinco Juzgados Penales en el primer Partido de la ciudad de México, suprimiéndose el funcionamiento de las Cortes Penales. Y uno respectivamente en San Angel, Coyoacán y Xochimilco.

G) De conformidad con el artículo 86, en los Partidos Judiciales Segundo, Tercero y Cuarto del Distrito Federal hay un Juez Menor con atribuciones mixtas.

H) El establecimiento de los Juzgados de Paz, queda regulado por los artículos 90, 91, 92, 93 y 94 de la Ley de los cuales catorce están en el Primer Partido con atribuciones mixtas y dieciséis juzgados de Paz Civiles foráneos.

I) El Jurado Popular, que se instala en los términos de los artículos 100 y 101 de la Ley que se alude.

J) Finalmente mencionamos al Tribunal para Menores, derivado de su propia Ley.

La lectura de la Ley nos proporciona la visión de órganos jurisdiccionales agobiados de atribucio-

nes, en ejercicio de actividades funcionales que les obstruyen o distraen de cometidos que les son más propios a su naturaleza y, que les permitirían proyectar fructíferamente los mandatos constitucionales.

Por otra parte, las actividades conferidas a los órganos judiciales, nos permiten observarlos legislando, administrando, juzgando, en fin, ejerciendo una variedad de funciones localizadas en el sistema jurídico.

El Pleno del Tribunal puede postular una normatividad localizable en el tiempo, atendiendo el contenido del artículo 15 transitorio del Código de Procedimientos Civiles.

El órgano judicial, opera un patrimonio, cuando procura distribuir las erogaciones necesarias a su labor, conforme al presupuesto que le corresponde por disposición legal.²⁸

Asimismo, los Jueces y Magistrados actúan para disciplinar a los gobernados con objeto de mantener el orden en sus respectivos tribunales.

Apreciamos que las actividades conferidas, conservan la estructura orgánica en correcto funcionamiento, de ahí que se regulan las ausencias temporales de magistrados, jueces y empleados, las renunciaciones, nombramientos y todo lo que procure el mejoramiento de la administración de justicia.

Todavía más, tienen los órganos judiciales la posibilidad de actuar investigando y denunciar ante el Ministerio Público, cuando se realicen hechos que pueden configurar delitos oficiales.

28 Artículo 28, Ley Orgánica.

Es este el panorama orgánico y competencial al que han de acudir los justiciables para llevar su instar que haga valer su interés contenido, con la aspiración de que el fallo sea legítimo, técnicamente obtenido y con posibilidades de cumplimiento.

"Cuando se aventuren en el calor y la refriega de la práctica del Derecho, recuerden que su profesión es la tregua más noble del hombre consigo mismo". ()*

(*) Del discurso del Decano Lattimore, personaje del libro "El Testigo Sonriente" de Robert Traver, Grijalbo, S. A., Barcelona 1970, página 29.

CAPITULO V

EL PACTO DE FORO PRORROGANDO

SUMARIO: A) Reglas para Fijar la Competencia. B) Disposiciones Legales. C) Referencias Históricas de la Prórroga de Competencia. D) Caracterización del Pacto de Foro Prorrogando como Acuerdo.

A) En el Capítulo Segundo del Título Tercero; el Código de Procedimientos Civiles establece las "Reglas para fijar la competencia", por lo general la doctrina, respecto al tema, no tiene discrepancias de fondo sino desacuerdos terminológicos.

"Elementos o factores varios y de diversa índole —dice Podetti—, objetivos y subjetivos, sirven para individualizar al juez competente para intervenir en un proceso".¹

"La forma o manera de determinar y fijar la competencia o la capacidad del juez para conocer de un determinado litigio es materia fundamental, su importancia para la correcta instrucción y decisión tiene raíces constitucionales. La competencia del juez es un presupuesto del proceso que puede ser discutido "in limini litis" y sobre el cual debe pronunciarse el juez de oficio".²

"Preguntar cual es la competencia de un juez, equivale a preguntar cuales son los tipos de causas sobre las cuales dicho juez está llamado a proveer".³

Por estos lineamientos se conduce también Rendenti: "La competencia es determinada por la demanda", con este brocardo inicia la siguiente explicación: "Criterio fundamental es siempre el ya indicado en otras ocasiones: que la competencia se comensura al quid disputatum (quid decidendum) (lo que se disputa) (Lo que hay que decidir). Tradicionalmente se suele expresar diciendo que "la

1 J. Ramiro Podetti, "Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral", Tratado de la Competencia, Principios y Normas Generales, Primera Parte, EDIAR, Buenos Aires, pág. 291.

2 Ibid. pág. 297.

3 Calamandrei Piero, op. cit., Tomo II, pág. 137.

competencia es determinada por la demanda", formulación que encuentra ecos también en los códigos. Pero debe oportunamente aclararse e integrarse, pues tomada a la letra deja en la sombra un elemento al que atribuye también el código no pocas veces decisiva importancia, y es el de que haya efectiva discusión o controversia".

Aceptamos la enseñanza de Redenti en el sentido de que si bien se considera la formulación de la demanda ante juez competente una regla general su deficiencia terminológica debe tomarse con reservas, en consecuencia debe repensarse la cuestión, recuérdese que Alcalá-Zamora y Castillo, tomado como ejemplo, al referirse a este fenómeno en la ley y analizar el artículo 143 del Código de Procedimientos Civiles coincide en un primer nivel con el autor italiano citado: Tras asentar la afirmación de que "toda demanda debe formularse ante juez competente, cuando, en vigor, debería haberse dicho que "todo proceso, que la competencia no se circunscribe al momento inicial, sino que se extiende al desenvolvimiento íntegro".⁴

La exposición de Redenti, con mayor extensión indica que: "En efecto, inicialmente, es decir en el momento de la proposición de la demanda introductiva, no se puede atender más que al tenor de la editio acciones. A este efecto no vendrá todavía en consideración solamente la providencia final que se demanda (petitum en bruto) es decir abstracción hecha de la causa pretendida".⁵

Y concluye: "No decimos sin embargo, que la

4 Panorama, pág. 53.

5 Op. cit., Tomo I, pág. 332.

competencia inicialmente determinada sobre la base de la exposición del actor (tenor de la demanda introductiva) tenga después en todo caso que quedar "firme" hasta el resultado del juicio, pues si el demandado se constituye y se defiende, podrá resultar de sus deducciones que la discusión no recae en modo alguno o no recae solamente sobre los puntos indicados por el actor. Puede ocurrir por ejemplo (y el caso no dejará de ser frecuente), que este último no está libre de alguna (verdadera o fingida)... ingenuidad, y de cándidamente por indiscutidos puntos que luego viene a revelarse, por el contrario como discutidos aparte... Entonces será preciso volver a examinar y valorar la competencia, tomando en consideración en segundo tiempo también estas impugnaciones sobrevenidas y de ello podrá surgir la necesidad de trasladar el proceso ante otro juez porque el adido por el actor, y que inicialmente parecía ser competente en realidad ya no lo es".⁶

No entraña, pues, mayor dificultad entender que la fijación o determinación de la competencia es el fenómeno por el cual los justiciables localizan en la organización estructural al juzgador que hará cumplir la eficacia de la instancia, por la atribución que tiene de naturaleza procesal que por las características de los asuntos de que conoce por el agobio de atribuciones que actúa, no siempre es jurisdiccional ni generará un proceso.

Es conveniente destacar, que en ocasiones y por un simple giro literario se afirma que los jueces vienen a conocer determinadas causas, idea de principio inadmisibles, ya que en la realidad son los go-

⁶ Ibid., pág. 333, Tomo 1.

bernados quienes en todo tiempo llevarán a los tribunales sus asuntos, el juez está en su sede, localizable y con los atributos que le permiten objetivar las funciones que le competen; recuérdese que el juez no somete a las partes, sino que éstas son las que se someten a aquél, lo que es claramente distinto.

B) En la experiencia competencial de la legislación distrital se ha pretendido abarcar la realidad que se considera peculiar por razones sociológicas, económicas y políticas, asignándose con ello una regulación que no puede reputarse con la característica de generalidad, ya que basándose en juicios de valor para su establecimiento, la fijación de competencia se matizará siempre en forma local.

La localización individualizada en el Código de Procedimientos Civiles se basa en los cuatro criterios que establece el artículo 144, separación que es dubitada por la doctrina que quiere asimilar la cuantía a la materia, y otro sector califica el criterio legislativo de incompleto.⁷

El artículo 156 vincula a los gobernados con los jueces que tienen atribuido un territorio, cuando en ese territorio:

- a) El deudor haya señalado domicilio para ser requerido judicialmente;
- b) Para los casos de ejecución, cumplimiento, rescisión o nulidad se haya señalado lugar;
- c) Está ubicada la cosa, si se tiene una pretensión real respecto de bienes inmuebles, igual si surgen cuestiones en materia de arrendamiento. Si hay

7 Cfr. Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, Síntesis del Derecho Procesal, pág. 53.

comprensión de dos o más partidos será a prevención;

d) Tenga su domicilio el demandado cuando se tengan pretensiones en relación con bienes muebles, o pretensiones personales. En caso de ser varios los demandados el actor decide quién es el juez competente;

e) El autor de una sucesión tuvo su último domicilio; si los bienes raíces que forman el haber hereditario están en él ubicados en caso de que falte el domicilio de la primera hipótesis; si los bienes se localizan en varios distritos se decide a prevención; si en él fallece el autor de sucesión que carezca de bienes raíces y domicilio. Se observa lo mismo en caso de ausencia;

f) Radicado un juicio sucesorio, tendrán que acudir los que pretendan petición de herencia; de las acciones contra la sucesión antes de la partición y adjudicación de los bienes, cuando se pretenda nulidad, rescisión y evicción de la partición de herencia;

g) Un deudor de acreedores en concurso tenga su domicilio;

h) En los asuntos de jurisdicción voluntaria, el domicilio del que promueve y en caso de que los bienes raíces estén ubicados ahí;

i) Los menores e incapacitados tengan en su residencia negocios que se relacionen con tutela, y en otros casos si el tutor tiene su domicilio en él;

j) Cuando se supla el consentimiento de quien ejerza la patria potestad, o surjan impedimentos si en él se presentaran los pretendientes;

k) Se localiza el domicilio conyugal, para decidir las diferencias conyugales, los juicios de nulidad y de divorcio;

l) El cónyuge abandonado tenga su domicilio, conocerá el juicio de divorcio.

Alcalá-Zamora y Castillo bajo el rubro "Competencia Territorial" clasifica elegantemente las anteriores reglas en los siguientes fueros:

A) Forum domicilii los casos que consignan las fracciones IV, VI, VIII, IX, XI y XII, con la variante de residencia que establece la fracción IX;

B) Forum destinatae solutionis, fracción II;

C) Forum rei sitae, fracciones III, V y VIII;

D) Forum hereditatis, fracción VI;

E) Forum praeventionis, fracciones III y V;

F) Forum electionis, fracción I;

G) Fuero de la comparecencia, fracción IX;

H) Fuero del fallecimiento del autor de la herencia, fracción V.⁸

Los conceptos de cuantía y materia en cuanto se entrelazan o combinan, implican la atribución territorial; la cuantía obliga a localizar al juez competente, conforme a los artículos 157, 158, 159, 160, 161 y 162 del Código de Procedimientos Civiles y los artículos 53 fracción III, 88 fracciones I, II y III; 97 fracción I de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia.

8 Cfr. Síntesis, Pág. 53.

Para los efectos de los preceptos se entiende por cuantía lo que demande el actor, sin tomar en cuenta los réditos, daños o perjuicios, o el valor de la cosa misma, en los casos de arrendamiento si se demandan prestaciones periódicas se entiende como el resultado de la suma anual, la primera noción comprende además el caso de pensiones vencidas derivadas de una relación contractual de arrendamiento.

Materia y cuantía se vinculan en los casos en que el conflicto se refiera a propiedad, posesión o usufructo y demás derechos reales por el valor de la cosa contendida. Los Juzgados de Paz y los Juzgados Mixtos Menores, no podrán conocer de interdictos.

La materia que importan las cuestiones de estado, habilidad de las personas y en general de las cuestiones familiares que necesiten de intervención judicial, sin necesidad de observar la cuantía, se llevarán para su tramitación a los Jueces de lo Familiar.

En el caso de reconvencción tramitará competentemente el Juez que conoce la demanda principal, cuando la cuantía sea menor a la pretensión del actor.

En el caso de que recon venga suma superior a la que motivó la demanda principal y fijó la competencia, sustanciará el juez con atribución para conocer de juicios con la cuantía que consigne la contrademanda.

En las cuestiones de tercería, será tramitada y resuelta por el juez que conoce el asunto principal; en el caso de que la cuantía que haga valer el tercerista exceda de la que puede conocer el juez original, se remite lo actuado y la tercería a juez que

pueda tramitar asuntos de la cuantía que refirió el tercerista a elección de éste, además deberá estar el juzgador designado en el territorio que corresponda.

Para los actos preparatorios es juez competente el que lo es para el negocio principal.

Ante las providencias precautorias se sigue la misma regla, si los autos están en segunda instancia la providencia precautoria puede ser dictada por el juez que dirigió la primera instancia. El caso de excepción se establece por la necesidad urgente de la medida y la podrá dictar el juez con atribución territorial del sitio en que se localiza la cosa o la persona, quedando responsabilizado para remitir al juez competente las constancias respectivas.

Recordamos que al referirse el turno como regla de fijación competencial, Hugo Alsina la describe como la recepción de las causas en distinto tiempo; en nuestro sistema metropolitano, que categóricamente critica Alcalá-Zamora y Castillo, porque afecta la equitativa distribución del trabajo, "se fomenta así la comisión de grandes abusos, mediante lo que se altera la competencia distributiva sustentada por el legislador, con la consiguiente perturbación para la administración de justicia, que es un servicio público",⁹ los últimos Juzgados que en el Distrito Federal tuvieron competencia por turno fueron los Penales cuando funcionaron en Corte.

La competencia por grado, se desprende de la estructura jerárquica que tiene la organización judicial, su explicación no entraña más dificultades que observar detenidamente las atribuciones de los

⁹ Panorama, Síntesis, Pág. 54.

jueces que han sido referidos antes y en los cuales se implica la atribución gradual.

C) La prorrogación de competencia es una figura más que tiene su origen en el Derecho Romano. Heineccio explica que "jurisdicción es el conocimiento que compete por derecho de magistratura. Así lo define perfectamente Cujacio".¹⁰ Conforme su exposición, ésta se divide en:

a) Voluntaria, aquella es la que se ejerce entre los que quieran y consienten, sin necesidad de llamar a contraparte a juicio.

b) Contenciosa, para ejercerla se requiera llamar a la otra parte.

c) Ordinaria, la que compete al Magistrado en virtud de su jurisdicción.

d) Extraordinaria, la que concede a algunos fuera de orden por ley especial.

e) Propia, la que compete en razón de la magistratura.

f) Encargada, la que un magistrado encarga a otro.¹¹

g) Prorrogada, es cuando alguno litiga ante un juez incompetente, o porque se somete a su jurisdicción de propia voluntad, o porque es reconvenido ante el juez a cuya presencia citó a otro. Estas son las principales según la jurisprudencia romana.¹²

10 "Recitaciones del Derecho Civil según el orden de la Instituta", Traducción Luis Collantes. Revisada de nuevo por Vicente Salvá, Librería de don Vicente Salvá, París 1847, Tomo III.

11 Cfr. *Ibi.* Págs. 293 y 294.

12 *Ibi.* Pág. 294.

Al estudiar el Derecho Romano Procesal, Guillermo Floris Margadant proporciona una sinopsis de lo que considera como el conjunto de notas distintivas entre el período formulario y el extraordinario.

El primero se caracteriza así:

- “1.— El proceso es asunto particular.
- 2.— El juez es mandatario de partes.
- 3.— Sólo se admiten y desahogan pruebas ofrecidas por las partes.
- 4.— Hay contrato procesal.
- 5.— El proceso está dividido en dos fases.
- 6.— La notificación es un acto privado.
- 7.— La pluspetitio tiene consecuencias graves para el actor.
- 8.— La sentencia es la opinión de un árbitro designado por una autoridad.
- 9.— La sentencia contiene la condena o absolución del demandado.
- 10.— El Juez debe atenerse a la demanda, en caso de condenar al demandado.
- 11.— La condena tiene objeto monetario.
- 12.— Los recursos son: veto, intercessio in integrum restitutio, revocatio in duplum.
- 13.— La ejecución se realiza mediante *venditio bonorum, cassio bonorum, pignus de causa indicati captum*”.¹³

13 “Derecho Romano”, 2a. Ed. Editorial Esfinge, S. A., México 1965, Pág. 490.

El segundo guarda las siguientes notas:

- 1.— El proceso es asunto público.
- 2.— El juez es autoridad.
- 3.— El juez puede ordenar el desahogo de otras pruebas.
- 4.— No hay contrato procesal.
- 5.— El proceso es monofásico.
- 6.— La notificación es un acto público.
- 7.— La pluspetitio ya no tiene consecuencias tan perjudiciales.
- 8.— La sentencia es un acto de autoridad.
- 9.— La sentencia puede también condenar al actor.
- 10.— El juez puede condenar por menos de lo que reclama el actor.
- 11.— La condena puede tener objeto material.
- 12.— Los recursos son: *apellatis, in integrum restitutio*.
- 13.— La ejecución se realiza mediante *distractio bonorum y manus militaris*".¹⁴

De las etapas delimitadas, puede apreciarse que la prórroga de jurisdicción no se presenta en la primera, porque el arbiter siempre designado era un particular sin atribuciones de autoridad.

Cabe hacer lugar aquí a la proposición de este autor, con la cual brevemente precisa el devenir de

14 Ibi. Pág. 490.

figuras que, originadas en Roma, se acogen en la actualidad en nuestra legislación.

“Con su típico respeto a la tradición, el jurista antiguo conservó muchos términos de la época formularia, a los que dio, empero, un nuevo sentido. A pesar de estos ecos de un sistema anterior, es el sistema extraordinario el que se muestra en el *Corpus Juris*, y que encontramos, en mezcla con algunos elementos germánicos, en las *Siete Partidas* (sobre todo en la Tercera Partida con ayuda de Jacobo Ruiz o (juez) de Murcia, ex-alumno de Bolonia e imbuído en las enseñanzas de los glosadores. A través de esta obra, y con influencias del admirable derecho procesal canónico, esta materia llega a la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, quizás el producto legislativo español de más repercusión en toda Latinoamérica (con excepción de Haití y de la República Dominicana), que deja sentir su impacto en México a través del *Código Béistegui de Puebla (1880)* y luego en el *Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal de mil ochocientos ochenta y cuatro*, antecedentes del actual *Código* respectivo en nuestro Distrito Federal (mil novecientos treinta y dos)”.¹⁵

El Febrero Tapia, inspirador de la literatura jurídica mexicana del siglo pasado, explica claramente la prórroga conforme a los elementos conocidos en su época, “la jurisdicción (competencia) puede ser forzosa, voluntaria y prorogada”.¹⁶

“Prorogada es, la extensión de Jurisdicción al

15 *Ibid.*, pág. 491.

16 Cf. “Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos legistas”, Eugenio de Tapia, Imprenta Ildefonso Morapia, Valencia 1837, Tomo Cuarto, pág. 126.

caso o persona que por su naturaleza no se extiende; esto es, cuando uno se somete a jurisdicción incompetente".¹⁷

Los requisitos para que opere la proroga son, a saber:

a) Consentimiento de las partes.

b) Que el juez a quien se proroga, tenga anteriormente legítima jurisdicción.¹⁸

Seguidamente ofrece las cuatro posibilidades en que se da la proroga.

1.—De persona a persona;

2.—De cantidad a cantidad o de cosa a cosa;

3.—De tiempo en tiempo;

4.—De lugar a lugar.¹⁹

La proroga puede ser expresa o tácita, en el primer caso las partes lo consienten perseverando en su consentimiento, es tácita cuando el reo permite ser reconvenido ante juez incompetente, y no declina su jurisdicción o fuero.²⁰

Hacia mil ochocientos sesenta y tres, Joaquín Escriche explicó la cuestión a partir de la distinción tradicional de la jurisdicción ordinaria, delegada y prorogada. "La prorogada en fin, es la que por consentimiento expreso o tácito de las partes se extiende a personas o causas para las cuales era incompetente".

17 Ibi. Pág. 127.

18 Cfr. Ibi. Pág. 127.

19 Cfr. Ibi. Pág. 127.

20 Cfr. Ibi. Pág. 125.

“La jurisdicción se proroga por consentimiento expreso o tácito de las partes, como se dijo en la definición: por el expreso como si dos se convienen en someterse a un juez que para ambos o para el uno de ellos no era competente, con tal de que la causa puede actuarse ante él; por el tácito, como si el reo contesta el pleito ante un juez incompetente, sin objetar la competencia, o como, si el actor acude a un juez incompetente para sí, y ante él es reconvenido por el reo, a cuya reconvenición o mutua petición estará obligado a responder”.²¹

En el libro de Anastasio de la Pascua, que sigue, y así lo anuncia el título del mismo, los lineamientos del Febrero Novísimo, indica:

“19.—Prorogada es, la extensión de jurisdicción al caso o persona a que por su naturaleza no se extiende; esto es, cuando uno se somete a jurisdicción incompetente.

“20.—Para prorogarse la jurisdicción son necesarias dos cosas: 1a. consentimiento de las partes; 2a. que el juez a quien se proroga tenga anteriormente legítima jurisdicción.

“21.—La prorogación se puede hacer de cuatro maneras. La primera de persona a persona, por ejemplo cuando el juez tiene jurisdicción limitada en un pueblo o territorio; pues si algunos de otros quieren convenirse en que su negocio se ventile ante él, y lo determine, puede hacerlo, sin embargo de no ser súbditos suyos; por lo que su jurisdicción limitada se amplía por el convenio a personas que no están sujetas a ella.

“22.—La segunda es de cantidad a cantidad, o

21 “Manual del Abogado Americano”, Librería de Garnier Hermanos, París 1863, Pág. 267.

de cosa a cosa por ejemplo cuando un juez tiene jurisdicción para entender solamente en negocios que no excedan de una suma determinada, y no obstante quieren las partes que el suyo, que es de suma mayor, se trate ante él: en este caso por el consentimiento de éstas se proroga la jurisdicción de la cantidad menor a lo mayor. De la misma manera se proroga de una cosa cierta a otra diversa que también lo sea, con tal que el juez sepa la prorogación.

“23.—La tercera de tiempo a tiempo: por ejemplo un juez tiene jurisdicción para conocer de cierto negocio, pero su oficio dura precisamente un año; pues si acabado éste quieren las partes prorogar la jurisdicción que expiró, pueden hacerlo por el término que les parezca hasta su decisión, y se ampliará de un tiempo a otro tiempo.

“24.—La cuarta de lugar a lugar, y es cuando el juez de un territorio quiere conocer en otro alguna causa con el consentimiento de los litigantes, en este caso vale la prorogación de jurisdicción con tal que el juez del lugar presente expresamente su permiso, bien que algunos autores afirman ser bastante el tanto, esto es, que sabiéndolo no lo prohíba. Lo mismo procede cuando acostumbra hacer audiencia o juicio en lugar determinado de su territorio, y las partes que conozca de su negocio en otro de la misma jurisdicción. Se previene que la jurisdicción del delegado se puede prorogar de los tres modos últimos, pero no de persona a persona, sobre todo lo cual véase a Corleval”.²²

22 “Febrero Mexicano o sea la Librería de Jueces, Abogados y Escribanos”, que refundida, ordenada bajo nuevo método y con el título de “Febrero Novísimo” dio a luz don Eugenio Tapja. Imprenta de Galván a cargo de Mariano Arévalo, Calle de Cadena No. 2, México 1834, Tomo 4. Pág. 366.

A continuación se explica en esta obra la distinción de la prorrogación surgida expresamente de la forma tácita, la primera requiere del consentimiento de las partes al ser reconvenidas y persistan en él, y la segunda, cuando el reo permite ser reconvenido ante juez incompetente y no se opone.²³

En la obra de Manuel Dublán y Luis Méndez, que comprende hasta la legislación de mil ochocientos setenta, leemos que: "El juez se constituye tal por la jurisdicción que es la potestad de conocer y sentenciar en los pleitos civiles y criminales que compete por pública autoridad".²⁴

Respecto a la Prórroga de Competencia manifiestan: "La jurisdicción (rectius: competencia) se divide en ordinaria y prorogada. Omitimos desde luego el otro miembro de esta división que es la delegada, así como también la explicación de su naturaleza, circunstancias y efectos, que podrán verse por el que lo desee en otros autores, porque entre nosotros no existe, pues la Constitución Federal prohíbe para siempre todo juicio por comisión, y el delegado no es juez sino por comisión delegante. La ordinaria es la que recibe con toda extensión en el juez o magistrado por razón de su oficio, y por esto define la ley a los jueces ordinarios: Los que son puestos ordinariamente para hacer sus oficios sobre aquellos que han de juzgar cada uno de los lugares que tiene, o en otros términos: Los que juzgan en su nombre por derecho propio de su oficio".²⁵

23 Cfr. op. cit., Pág. 367.

24 Novísimo Sala Mexicano o Ilustración al Derecho Real de España, México, Imprenta del Comercio, de N. Chávez a cargo de L. Moreno, 1870, Pág. 259.

25 Ibi. Págs. 258 y 259.

“La prorogada, que sigue las mismas reglas que la ordinaria, es la que se concede por las partes a juez extraño o incompetente. Es propiamente jurisdicción (competencia), porque aunque no procede de la Ley, sino mediante el consentimiento de las partes, las leyes la confirman. Todo el que se somete a jurisdicción incompetente (no siendo de las personas o causas exceptuadas por la Ley) proroga la jurisdicción y la hace competente; de que se infiere que para que haya prorogación, es necesario que aquel a cuyo favor se hace tenga alguna jurisdicción, pues lo que no existe no puede prorogarse. La prorogación puede ser expresa o tácita. Es expresa, cuando las partes se convienen en que un juez que para alguna de ellas no era competente, conozca del pleito y lo decida, como si dos vecinos de un pueblo se convienen en que el juez de otro decida el del negocio, con tal que pueda decidirse en el lugar del juez escogido. Por las leyes romanas los prorogantes pueden arrepentirse antes de acudir al juez. Tácita es la que se hace por algún hecho que manifieste la voluntad de prorogar”.²⁶

“La jurisdicción se proroga de persona a persona o de causa a causa, como lo indican los ejemplos que se han puesto en el párrafo anterior tomados de las leyes”.²⁷

D) El Código de Procedimientos Civiles de mil novecientos treinta y dos, vinculado directamente a su antecedente legislativo, el Código Procesal de mil ochocientos ochenta y cuatro, con objeto de establecer el pacto de foro prorogando ordena:

26 Ibi. Págs. 259 y 260.

27 Ibi. Pág. 260.

"149. La jurisdicción por razón del territorio es la única que se puede prorrogar. Se exceptúa el caso en que, conociendo el Tribunal Superior de apelación contra interlocutoria resuelta que sea, las partes están de acuerdo en que conozca de la cuestión principal. El juicio se tramitará conforme a las reglas de su clase, prosiguiéndose éste ante el superior.

"151. Juez competente es aquel al que los litigantes se hubieran sometido expresa o tácitamente, cuando se trate del fuero renunciado.

"152. Hay sumisión expresa cuando los interesados renuncian clara y terminantemente el fuero que la Ley les concede y designan con toda precisión el juez a quien se someten.

"153. Se entienden sometidos tácitamente:

I. El demandante, por el hecho de ocurrir al juez entablado su demanda.

II. El demandado, por contestar la demanda o por reconvenir al actor.

III. El que habiendo promovido una competencia se desista de ella.

IV. El tercer opositor y el que por cualquier motivo viniere a juicio.

El respeto del legislador a la terminología tradicional, motiva que algunos autores prácticos me-

xicanos se refieran a este fenómeno siguiendo sus lineamientos.²⁸

José Becerra Bautista, que ubica el **pacto** de foro prorrogando como **negocio jurídico** afirma: "En efecto, dicho precepto —se refiere al artículo 149— admite que puede prorrogarse la competencia (no la jurisdicción) por grado, cuando por **convenio** de las partes estén de **acuerdo** en que sea el Tribunal Superior el que resuelva la cuestión principal, si ya conoce de una apelación contra sentencia interlocutoria".

"Siempre es extraprocesal pero con efectos procesales, el **pacto** por el que las partes en los contratos convienen en sujetarse a la jurisdicción de un juez que por razón de territorio, sería incompetente. Este **pacto** implica la renuncia o la excepción de incompetencia territorial que pueda paralizarse alegando el pacto *forum prorrogati*".²⁹

En nuestra opinión, la acumulación de términos —negocio, convenio, acuerdo, contrato, pacto—, no nos lleva a comprender el problema y se crea una multivocidad innecesaria, además las voces empleadas deben individualizarse por corresponder a objetos distintos, cuya explicación previa nos aclararía el contexto en el cual podemos entender el pacto de foro prorrogando.

El pensamiento de Alcalá-Zamora y Castillo,

28 Véase Bañuelos Sánchez F., "Práctica Civil Forente", Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1969, Págs. 96 y 97; Arilla Baz Fernando, "Manual Práctico del Litigante", Divulgación, México 1971, Págs. 13 y 14; Pérez Palma Rafael, "Guía de Derecho Procesal Civil", México 1965, Págs. 223, 224 y 225.

29 Op. cit. Pág. 353.

aporta la posibilidad de repensar la naturaleza de lo que llama la **competencia prorrogada**, en función sea del proceso o del litigio, inclinándose por el segundo: "en materia civil, el primer título para establecer la competencia es la prorrogación de la misma en virtud de **acuerdo** expreso o tácito de las partes. Semejante posibilidad es consecuencia, no tanto del carácter dispositivo que suele atribuirse al proceso civil, y que es muchísimo menor de lo que se supone, como de la índole privada del litigio que se ventila. En apariencia, los párrafos segundo y tercero del artículo 149, contendrían una excepción a la regla del primero, conforme a lo cual sólo la competencia territorial es prorrogable; pero bien miradas las cosas, en aquellos no media prorrogación de grado; puesto que el Tribunal de grado quedó prefijado por el de la primera instancia que pronunció la interlocutoria apelada, y si únicamente renuncia a proseguir el procedimiento de primer grado (como en sentido opuesto, la renuncia a la apelación en el arbitraje), originadora de una apelación **persaltum** o de una parcial instancia única".³⁰

La proposición de este autor, nos permite considerar la posibilidad de observar el fenómeno que nos ocupa desde un punto de vista diverso al tradicional, que sólo contempla el sometimiento expreso o tácito como relación convencional para fijar la competencia.

En nuestra opinión: las invariaciones que interesan al proceso nos pueden aproximar a la noción que pretendemos aprehender. A nadie escapa la importancia cardinal del proceso para la represión de

30 Panorama, Síntesis del Derecho Procesal, Pág. 53.

las contiendas entre las personas. Por esta razón, para la prudente eficacia en logro de los resultados que le son propios, debe estar en todo tiempo a las condiciones que la normatividad impone a los sujetos que en él participen. En tal virtud se debe ubicar la formalidad, regularidad y marco que el proceso contempla para el desarrollo de su eficacia, atendiendo a la relación lógica con que se le muestran, vemos que se distribuyen en tres sectores: requisitos, pre-supuestos, supuestos. Los requisitos son datos que se actualizan simultáneamente con la acción procesal ejercida ante el órgano, y refieren a la pretensión y las formalidades que se exigen para su procedimiento.

Los presupuestos, que se explican con el siguiente enunciado de Carnelutti: "La cuestión no se refiere pues a la corrección, sino a la conveniencia que a mi entender, actúa en el sentido de reservar esta palabra para la designación del requisito externo, diverso de la condición que estoy tratando de dar a conocer".³¹ Luego éstos factores que al instar le son previos y ajenos son el procedimiento y el órgano competente.³²

La relación de la instancia con la pretensión, indica la suposición de un sujeto que porta a la primera y exige la tutela de la segunda, porque se supone que el interés que aduce le ha sido contrariado.

El resumen de los datos condicionantes nos da el siguiente panorama:

31 Citado por Humberto Briseño Sierra, "Teoría y Técnica del Amparo", Cajica, Puebla 1966, Pág. 26.

32 Cfr. Ibidem. Pág. 29.

1.—Requisitos:

- a) La instancia.
- b) La pretensión.

2.—Presupuestos:

- c) La competencia.
- d) El procedimiento.

3.—Supuestos:

- e) Los sujetos.
- f) El litigio.

Cada uno de estos tiene su significado propio; así:

a) La instancia es un título que porta el individuo y con cuya certeza de ejercicio constituye una relación con la autoridad, y se desconoce el sentido en que ésta pronunciará su voluntad.

b) La pretensión es el reconocimiento de un derecho y la exigencia de su tutela.

c) La competencia es la relación atributiva entre el ente y el órgano.

d) El procedimiento es la secuencia de actos mecánicos por los que se desarrolla la instancia.

e) Los sujetos que en relación con el proceso implica que tengan habilidad para instar.

f) El litigio es el conflicto de intereses jurídicamente calificado por la pretensión de una parte y la resistencia de la otra.

La voluntad de las personas que integran relaciones para conducirse hasta alguna de tales condi-

ciones da lugar a fenómenos diversos en sus invariaciones.

El hecho de que la expresión manifiesta de las partes para prever la localización de un órgano jurisdiccional que se reputa con posibilidad de dar eficacia a las conductas procesales, nos induce a pensar que la naturaleza del pacto de foro prorrogando está en la contratación. Sólo que esta idea carece de consistencia en cuanto se invarían las cualidades prestacionales del contrato frente a las condiciones del proceso, y que por tal razón sólo podemos combinar con el requisito pretensión o el supuesto litigio, pero no puede comprender al presupuesto competencia.

Esta idea nos lleva a exponer que las partes pueden dar lugar a fenómenos diversos del contrato, ya sea declarando unilateralmente, o acordando voluntades. La estructura normativa del Derecho, permite relacionarse a las personas en ocasiones para entregarse prestaciones recíprocamente, y en otras, para que se presenten consecuencias sin carácter prestacional reversible todas las relaciones que se presentan con estos matices, tienen una implicación de la autonomía de la voluntad que a los participantes de la relación importa.

En el campo de la condicionalidad del proceso, las relaciones las integran; las personas entre sí, las personas y los órganos, los órganos entre sí, llegado el caso. Estas relaciones dan lugar a fenómenos distintos que se significan en los conceptos discriminados de **negocio, acuerdo, convenio o pacto.**

En este mismo sector las partes mediante actos de declaración unilateral de voluntad pueden influenciar a los requisitos, presupuestos y supuestos,

dando lugar en su caso al reconocimiento, la confesión, el allanamiento, la compensación y la recusación, como ejemplos.

En virtud de las funciones atribuidas a los órganos jurisdiccionales, no están exclusivamente para componer litigios, deben conocer de desacuerdos y al efecto dirigen procesos aparentes, tramitan los procedimientos de jurisdicción voluntaria para declarar sobre negocios y conocen de la oposición que se motive en los casos ejecutivos.

Si detenemos nuestra atención en los dos niveles, vemos que si uno de los sujetos renuncia a su pretensión o derecho, su declaración unilateral de voluntad repercute en el substrato prestacional de la relación, ya que necesariamente los efectos les resiente el interés que llevó al proceso. Si se allana, reconoce o confiesa, las consecuencias de tal manifestación autónoma de su voluntad trascienden hasta el litigio.

Los sujetos y el órgano del proceso, mediante declaraciones unilaterales de voluntad pueden obtener resultados de consecuencia si se encaminan al presupuesto de la competencia, es por esto que cuando una parte recusa, transfiere la competencia de un órgano a otro; en tanto que el juzgador trasladará la competencia cuando declara la causa por la cual se excusa.

En el segundo plano, cuando la reunión de voluntades integra relaciones, origina fenómenos distintos, a pesar de que se considera que la coincidencia de voluntades en torno del proceso da siempre lugar a contratos procesales o extraprocesales con efectos procesales, pero siempre contratos. En nuestra opinión ni todas las relaciones que se pre-

sentan alrededor de la institución proceso, guardan este carácter ni lo afectan directamente; no mostrándose, por otra parte, como contratos.

Las personas pueden manifestar su voluntad y consentir recíprocamente sobre algún aspecto o la totalidad de la pretensión dando lugar a efectos de prestación y por lo tanto a un convenio o pacto.

En el momento que las partes hacen referencia o integran su relación en función del litigio, la naturaleza propia de éste matiza a aquélla como definitivamente prestacional dando lugar al contrato que afecta al proceso en cuanto repercute sobre la eficiencia de la causa debatida.

La reunión de voluntades puede dar lugar, lo hemos dicho, a relaciones consecuenciales sin contenido de prestación reversible, originándose el **negocio** o el **acuerdo**, si el primero requiere declaración del juez en procedimiento de jurisdicción voluntaria, es porque en ningún momento se vincula a intereses litigiosos. Como la ley reconoce que los intereses motivo del debate pertenecen a los justiciables, consecuente con su contexto permite que mediante una relación consecencial denominada **acuerdo** se procuren el medio que desde su punto de vista sea el adecuado para la solución de sus conflictos; es por esta razón que el acuerdo encaminado al presupuesto procesal cumple efectos consecuenciales, el acuerdo tiene su nota distintiva del negocio en esta vinculación constante con el litigio, conflicto que nunca se presenta al negocio.

La liga del acuerdo con el litigio no es prestacional, ya que no se encamina al carácter substancial de éste, no atiende tampoco a la solución, sino a la determinación de una estructura organizada,

un órgano o un tercero funcional que cumpla la eficacia del instar proyectivo y proceda a calificar la eficiencia de la pretensión. El tercero jurisdiccional verá oportunamente su parecer sobre el acuerdo, manifestación que no tiene el sentido declarativo o constitutivo como en el caso del negocio.

En esta razón indicamos que al acuerdo le importa localizar la estructura orgánica, órgano o funcionario que se constituya como el agente adecuado, a la medida deseable, de la solución a que se aspira. Es por esta razón que las partes acuerdan someterse a la organización judicial de una entidad federativa, o directamente al órgano individualizado o llevar su conflicto al árbitro.

Significado de tal forma el acuerdo nos lleva a la afirmación de que las partes no hacen competente al órgano incompetente, lo que equivale a pensar que son las personas las que otorgan la atribución al órgano; lo que acontece es que el juez es competente en todo caso, dependiendo su actividad de las posibilidades de fijación que tengan las partes, y si estas acuerdan su sometimiento han cumplido una condición procesal.

Otro de los matices del acuerdo que repercute en la competencia, estriba en la privación de conocimiento que corresponde al juez que puede conocer originalmente, conforme a otras reglas de fijación, tal es lo que acontece cuando se acude al arbitraje; privando a la organización judicial de tramitar un proceso. La hipótesis que refiere el artículo 149 del Código Procesal se explica como un acuerdo, que por reunir consecuentemente las voluntades de las partes que procuran un medio adecuado de solución, que fija la competencia del Tribunal de Alzada, priva de la competencia al inferior. El

caso del sometimiento expreso de las partes priva de conocer el caso al juez que corresponde si se ve la naturaleza de la relación sustantiva que lo motivó.

Los efectos asignados al acuerdo no tienen matices de prestación ya que únicamente se presentan consecuencias.

La hipótesis que propone la segunda parte del artículo 151 del Código de Procedimientos Civiles en relación con el artículo 153, podemos enunciarlo afirmando que se trata de actos surgidos de declaraciones de voluntad que implican el sometimiento, con lo que queremos decir que esa sumisión no proviene de una actitud tácita, ya que en nuestra opinión quien calla nada dice, y quien declara unilateralmente implica la idea de sumisión, esta situación es participada en la hipótesis del tercero opositor y el que por cualquier motivo venga al juicio.

Referirnos al acuerdo de fijación competencial es significar la naturaleza de la relación que lo motiva, el efecto técnico consecucional que reporta en el sistema procesal y; la implicación de que el atributo de avocación es atribuido por el ente y no por las partes.

Por otra parte la nomenclatura **pacto de foro prorrogando** si bien puede admitirse tradicionalmente, en la actualidad se muestra inadecuada, porque el pacto refiere una relación prestacional; el término prórroga en dos sentidos resulta insuficiente, primero porque es un vocablo de contenido temporal y segundo porque en el contexto territorial, el juez no amplía en ningún momento su circuns-

cripción, lo que demuestra el hecho de que una vez avocado al conocimiento de una causa en tales circunstancias, no podrá trasladarse eficazmente al territorio que originalmente se consideró como marco espacial de ese litigio, con objeto de desarrollar alguna actividad.

La importancia del acuerdo que fija la competencia, es en un primer plano, la de ejemplificar en un contexto real las relaciones consecuenciales independientemente de las prestacionales o de las de puro imperio o determinativas. Por otra parte, en el nivel técnico, permite la intervención de las partes en la zona de influencia de las circunstancias procesales. Concede a las partes la posibilidad de localizar órganos judiciales idóneos y de capacidad subjetivamente reconocida. El contexto en que aparece, reconoce el vigor de la centralización judicial en la actualidad y sus alcances pueden ser divergentes, uno, acentuar la dicha centralización, acumulando asuntos a los jueces de una sola entidad, como es el caso del Distrito Federal.

Otro, puede coadyuvar a obtener la descentralización, con una mejor distribución de los casos judiciales, en cuanto los litigantes demuestren confianza en otras organizaciones judiciales consecuentes a la solución de los conflictos.

La importancia de su presencia en la contratación sustantiva la queremos subrayar con un comentario de Alcalá-Zamora y Castillo, quien al analizar un caso concreto indica: "Prescindiendo de la incomprensible omisión relativa a la cláusula de competencia (bien compromisoria o bien determinativa del fuero) en los modelos de contratos impresos por

la compañía norteamericana, con cuya inclusión se hubiera evitado el litigio que nos ocupa".³³

Esto indica que el acuerdo que fija la competencia ofrece un margen de certeza y seguridad a las relaciones jurídicas.

33 "Clínica Procesal", Ed. Porrúa, S. A. Méx., 1963, Caso XIX, Pág. 275.

ULTIMAS REFLEXIONES

Con el poeta:

Porque el sabio es el hombre precavido que no se atreve a decir alto: **e pur si muove**, teniendo todas las pruebas y habiendo visto que el mundo se mueve. Y yo grito y lo canto arrebatado, sin tener pruebas y sin haberlo visto mover.

León Felipe.

Con el filósofo:

Ninguna institución inspirada por el temor puede fomentar la vida, la esperanza, no el temor es el principio creador en los asuntos humanos. Todo lo que ha engrandecido al hombre ha brotado del esfuerzo por alcanzar lo que es bueno, no de la lucha por conjurar lo que se creía malo.

Bertrand Russel.

Con el jurista:

Esto no quiere decir que la obra sea perfecta y tampoco que esté satisfecho de ella. —Es sólo otro peldaño.

Francesco Carnelutti.

¡Ya es el final!... lo dicho ha sido expuesto an-

tes que eruditamente, con seriedad; ¡ya estamos aquí! en el punto avizorado entre los avatares de caminar al impulso de nuestro propio ensueño, alentados siempre por el calor afectuoso de nuestros maestros y amigos, y a ellos con gratitud... nuestro reconocimiento.

CONCLUSIONES

- 1.—Funcionar es el actuar objetivo de un órgano conforme a la naturaleza de su ente o institución.
- 2.—La naturaleza pública o privada de las funciones no depende de la calidad del agente que los realiza.
- 3.—La división tripartita de las funciones no corresponde a la realidad actual.
- 4.—La función pública se presenta cuando al realizarse no se puede modificar, por parte del órgano, la normatividad que le interesa.
- 5.—La función privada tiene lugar cuando los sujetos que la cumplen, están en posibilidad de modificar la normatividad que la regula.
- 6.—Los deberes que se manifiestan en la función pública se conceptúan como responsabilidades.
- 7.—Los deberes que se manifiestan en la función privada se significan por el término obligaciones.
- 8.—El servicio público es la actividad prestadora que desarrollan los órganos de un ente satisfaciendo directamente intereses eficaz y eficiente.

temente considerados, acatando una normatividad heterónomamente impuesta.

- 9.—La jurisdicción es una función pública, y por lo tanto no puede entenderse como servicio público.
- 10.—La jurisdicción como función significa la división del proceso y no la facultad resolutoria.
- 11.—La jurisdicción puede realizarse por órganos públicos y sujetos particulares.
- 12.—El órgano es un centro de atribuciones que le distribuye el ente.
- 13.—La competencia significa el conjunto de atribuciones que el ente participa al órgano.
- 14.—El acuerdo de fijación competencial tiene su origen en el Derecho Romano, transcrito por el Derecho Español para ser recibido en los Códigos de Procedimientos Civiles Comunes de 1884 y 1932.
- 15.—La relación consecucional por la cual las partes fijan la competencia del órgano judicial se llama acuerdo.
- 16.—La denominación pacto de foro prorrogando no significa el acuerdo de fijación competencial.
- 17.—Este acuerdo permite a las partes localizar en la organización judicial, al juez que consideren idóneo para avocarse al conocimiento dado el caso de una posible contienda.
- 18.—El acuerdo de fijación competencial es consecuencia de la centralización jurisdiccional.
- 19.—El acuerdo estimula a tal centralización.

20.—En nuestro sistema procura la economía de los juicios.

21.—Puede motivar el desplazamiento de causas una vez que los litigantes tuvieran confianza en otras organizaciones judiciales de diversas entidades federativas.

BIBLIOGRAFIA

- ACERO JULIO.—Procedimiento Penal, Ensayo Doctrinal y Comentarista sobre las leyes del ramo, del Distrito Federal, y del Estado de Jalisco. 4a. Ed. Cajica 1956.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO NICETO.—Proceso, Autocomposición y Defensa. Imprenta Universitaria, Méx. 1947.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO NICETO.—Clínica Procesal. Ed. Porrúa, S. A. Méx. 1963.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO NICETO.—Panorama del Derecho Mexicano. Síntesis del Derecho Procesal. U.N.A.M. 1966.
- ALSINA HUGO.—Tratado teórico práctico de derecho procesal y comercial. 2a. Ed. 1963. Ediar Soc. Anón. Editores. B. Aires.
- ARILLA BAZ FERNANDO.—"Manual Práctico del Litigante". Divulgación. México 1971.
- BAÑUELOS SANCHEZ FROYLAN.—"Práctica Civil Forense". Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1969.
- BECERRA BAUTISTA JOSE.—El Proceso Civil en México. 2a. Ed. Porrúa, Méx. 1965.

Procesal Penal, Vol. I. E.D.I.A.R.S.A., Buenos Aires 1960.

COUTURE EDUARDO J.—Fundamentos del Derecho Procesal Civil. A. López Editor. Buenos Aires 1942.

DE PINA RAFAEL.—Principios de Derecho Procesal Civil. 2a. Ed. 195 . Librería Herrero Editora. 271 Págs. México, D. F.

DE LA PASCUA ANASTASIO.—“Febrero Mexicano o sea la Librería de Jueces, Abogados y Escribanos”, que refundida, ordenada bajo nuevo método y con el título de “Febrero Novísimo” dio a luz don Eugenio Tapia. Imprenta de Galván a cargo de M. Arévalo, Méx. Pág. 34, Tomo 4.

DIEZ MANUEL MARIA.—Derecho Administrativo, Tomo III. OMEBA. Buenos Aires. 1967.

DUBLAN MANUEL Y LUIS MENDEZ.—Novísimo Sala Mexicano, Tomo 2. Imprenta a cargo de J. Moreno. México 1870.

ESCRICHE JOAQUIN.—Manual del Abogado Americano. Librería de Garnier Hermanos, París, 1863.

FLORIAN EUGENIO.—Elementos de Derecho Procesal Penal. Traducción: J. Prieto Castro. Bosch. Casa Editora, Barcelona. 1933.

FLORIS MARGADANT GUILLERMO.—Derecho Romano. Editorial Esfinge, S. A. 2a. Ed. México, 1965.

FORSTHOFF ERNST.—Tratado de Derecho Administrativo. Instituto de Estudios Políticos. Estudios de Administración. Madrid, 1958.

- BIELSA RAFAEL.**—Principios de Derecho Administrativo. 3a. Ed. B. Aires Depalma Editores. 1963.
- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO.**—Categorías Institucionales del Proceso. Editorial Cajica. Puebla 1954.
- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO.**—Teoría y Técnica del Amparo.—Editorial Cajica. Puebla 1966.
- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO.**—“Derecho Procesal Fiscal”. Antigua Librería Robredo. México 1963.
- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO.**—Derecho Procesal. Cárdenas Editor y Distribuidor. I, II, III, IV. México, D. F., 1969.
- CALAMANDREI PIERO.**—Instituciones de Derecho Procesal Civil. (Trad. de la Segunda Edición Italiana). S. Sentís Melendo. Prol. Hugo Alsina. Ejea. B. Aires. 1962. 3 tomos.
- CALAMANDREI PIERO.**—Proceso y Democracia: Ejea. Buenos Aires 1960.
- CARNELUTTI FRANCISCO.**—Instituciones del Proceso Civil. Trad. Santiago Sentís Melendo. Ejea. Buenos Aires, 1959.
- CHIOVENDA GIUSSEPE.**—“Instituciones de Derecho Procesal Civil”. Trad. E. Gómez Orbaneja, Vol. I. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid 1954.
- CARRE DE MALBERG R.**—Teoría General del Estado. Trad. José León Depotre. C.F.E. México; D. F. 1948.
- CLARIA OLMEDO JORGE A.**—Tratado de Derecho

- FRAGA GABINO.**—Derecho Administrativo. Ed. Porrúa. México, D. F. 1963.
- GUARNERI JOSE.**—Las Influencias del Derecho Civil en el Derecho Penal. Trad. Bernaldo Constancio de Quiroz. Ed. José Ma. Cajica Jr. Puebla 1952.
- HEINECCIO J. GOTTL.**—“Recitaciones del Derecho Civil según el Orden de la Instituta”. Trad. Luis de Collantes. Revisada por Vicente Salvá. Librería de don Vicente Salvá, París. 2a. Ed. 1847.
- JELLINEK JORGE.**—Teoría General del Estado. Trad. Fernando de los Ríos. Ed. Albatros 1943.
- PEREZ PALMA RAFAEL.**—Guía de Derecho Procesal Civil. México 1965.
- PETIT EUGENE.**—Tratado Elemental de Derecho Romano. Trad. José Fernández González. Ed. Nacional. México 1961.
- PODETTI RAMIRO J.**—Derecho Procesal Civil, Comercial Civil y Laboral. (Tratado de la Competencia). EDIAR, Buenos Aires, 1954.
- REDENTI ENRICO.**—Derecho Procesal Civil. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redia. Ejea. Buenos Aires 1957.
- SERRA ROJAS ANDRES.**—“Derecho Administrativo, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Porrúa, México 1961.
- SERRA ROJAS ANDRES.**—Derecho Administrativo, Doctrina, Legislación y Jurisprudencia. Porrúa, México 1959.
- TAPIA EUGENIO D.**—Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Médicos Le-

gistas, Tomo 4. Imprenta Ildefonso Nompil. Valencia 1837.

VON KIRCHMANN JACOB.—La Jurisprudencia no es Ciencia. Trad. Antonio Truyol y Serra. Instituto de Estudios Políticos, Madrid.

LEGISLACION

**CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS.**

**LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FE-
DERACION.**

LEY DE AMPARO.

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

**LEY ORGANICA DE LOS TRIBUNALES COMUNES
DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERA-
LES.**

OBRAS NO JURIDICAS

LEON FELIPE.—Ganarás la luz. Colección Málaga, S. A. México 1967.

GHEORGHIU CONSTANT V.—La Hora Venticinco. Ediciones G. P. Barcelona, España. 1957.

TREAVER ROBERT.—El Testigo Sonriente. Grijalbo, S. A. Barcelona. 1970.

RUSSEL BERTRAND.—Escrito Básicos. Recopilados por Robert E. Egner y Lester E. Donnon. Ed. Aguilar. México 1969.

WEIL BRUNO.—El Proceso Dreyfus. Cía. General de Ediciones. México 1961.

INDICE

	Pág.
AFIRMACION.	
PROLOGO	9
INTRODUCCION	11

CAPITULO I

LA FUNCION PUBLICA

SUMARIO: A) Introduccíon. B) Concepto de Función. C) Ideas en Torno a la Naturaleza de las Funciones del Estado; a) R. Carré de Malberg; b) Jorge Jellinek; c) Enrico Redenti; d) Piero Calamandrei; e) Manuel María Díez; f) Rafael Bielsa; g) Hugo Alsina; h) Rafael de Pina; i) Gabino Fraga. D) Nociones de Función Pública y Función Privada. Su Verificación	17
--	----

CAPITULO II

EL SERVICIO PUBLICO

SUMARIO: A) Justificación de su Análisis. B) Ideas en Torno al Servicio Público. C) Función y Servicio Público. Su Distinción	53
---	----

CAPITULO III

LA JURISDICCION

SUMARIO: A) Antecedentes. B) Los Conceptos de Jurisdicción. C) Características de la Jurisdicción 79

CAPITULO IV

LA COMPETENCIA

SUMARIO: A) Consideraciones Preliminares. B) Diversas Concepciones Sobre su Naturaleza. C) Su Caracterización. D) La Competencia Judicial 101

CAPITULO V

EL PACTO DE FORO PRORROGANDO

SUMARIO: A) Reglas para Fijar la Competencia. B) Disposiciones Legales. C) Referencias Históricas de la Prórroga de Competencia. D) Caracterización del Pacto de Foro Prorrogando como Acuerdo 125

ULTIMAS REFLEXIONES 157

CÓNCLUSIONES 159

BIBLIOGRAFIA 163

**BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.**