



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**LA ACCION PROCESAL EN LA TEORIA
Y EN EL DERECHO POSITIVO**

T E S I S
QUE PRESENTA
AURORA ROJAS RAMOS

PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

1970

México, D. F.



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.

A LA MEMORIA DE MIS INVOLVIDABLES PADRES

GENARO ROJAS REYES

y

BASILISA J. RAMOS DE ROJAS

Como una ofrenda de amor y gratitud.

A MI HIJO

ALEJANDRO RABINDRANAT GONZALEZ ROJAS

Con amor infinito

A MI ESOSO

TTE. CORONEL Y LIC. ALVARO GONZALEZ GARCIA

A MIS HERMANAS Y CUÑADOS

Con el cariño de siempre.

AL SR. LIC. HECTOR MOLINA GONZALEZ

Con profundo agradecimiento por
su valiosa ayuda y dirección en este
trabajo.

A MI DISTINGUIDO MAESTRO

SR. LIC. CARLOS M. PIÑERA RUEDA

con afecto.

AL SR. DR. GUILLERMO VAZQUEZ ALFAÑO

POR SU AMISTAD Y COMPRENSION

A LOS SRES. LIC. JUAN PABLO. y FILEMON ORTIZ CRUZ

Amigos leales y desinteresados en quienes
encontré un alto concepto de la
amistad.

A LA SRA. RAQUEL ZARATE DE SANCHEZ

Incomparable amiga de la infancia.

AL SR. GRAL. DE BRIGADA Y LIC.

SALVADOR ORTIZ MELENDEZ Y FAMILIA.

A MIS MAESTROS Y AMIGOS

Que en una forma o en otra
me alentaron con sus palabras.

"LA ACCION PROCESAL EN LA TEORIA Y EN EL
DERECHO POSITIVO"

- CAPITULO I -

"CONCEPTOS DE ACCION EN EL DERECHO ROMANO"

- a).- En el Período de las Acciones de la Ley.
- b).- En el Período Formulario.
- c).- En el Período Extraordinario.

- CAPITULO II -

"EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ACCION"

- a).- En la Escuela Italiana.
- b).- En la Escuela Alemana.
- c).- En la Escuela Española.
- d).- En la Escuela Francesa.

- CAPITULO III -

AUTONOMIA DE LA ACCION - POLEMICA SOBRE
LA AUTONOMIA DE LA ACCION - WINDSCHEID - MU--
THER - WACH - DEGENKOLB (Alemania) - CHIOVEN--
DA - CARNELUTTI - REDENTI - CALAMANDREI (Ita-
lia).

- CAPITULO IV -

LA TEORIA DE LA ACCION COMO UNA FORMA DEL
DERECHO DE PETICION - E. J. COUTURE - ACCION -
Y JUSTICIA - ACCION Y DERECHO - ACCION Y PRE--
TENSION.

- CAPITULO V -

EL PUNTO DE VISTA DE OTROS AUTORES - GOLDS
CHMIDT - ALSINA - NICETO ALCALA ZAMORA.

- CAPITULO VI -

LA TEORIA CLASICA EN EL DERECHO PROCESAL
CIVIL MEXICANO - EDUARDO PALLARES.

- CAPITULO VII -

LA ACCION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS
CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL - LA ACCION EN EL
CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES - LA
ACCION EN EL PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIEN--
TOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1950.

- CAPITULO VIII -

JURISPRUDENCIA SOBRE LA MATERIA TRATADA
EN ESTA TESIS.

C O N C L U S I O N E S .

ARR.

- CAPITULO I -

"CONCEPTOS DE ACCION EN EL DERECHO ROMANO"

- A) En el período de las acciones de la ley.
- B) En el período formulario.
- C) En el período extraordinario.

El concepto de acción es uno de los más discutidos en el Derecho Procesal y ha dado nacimiento a numerosas doctrinas, definiciones y no pocas controversias, - de lo que resulta que los jurisconsultos modernos, no se han puesto de acuerdo en materia tan importante como lo es ésta, ya que la acción constituye uno de los pilares - sobre los que descansa el proceso. Ha contribuido a ello el factor histórico, porque las instituciones jurídicas - procesales han evolucionado y sus transformaciones necesariamente han influido en la connotación de la acción procesal.

En el Derecho Romano la acción sufrió notables cambios desde la ley de las XII Tablas, hasta el llamado Período Extraordinario.

Con demasiada frecuencia los tratadistas confunden a la acción procesal con su ejercicio material an-

te los tribunales.

De esto resulta que unos se refieren al definir a la acción, al derecho material propiamente dicho y otros a su ejercicio; otro factor consiste en que se olvida con frecuencia que la ciencia del Derecho, es la ciencia de lo que debe ser y no de lo que acontece en la realidad social.

Algunos procesalistas elaboran sus doctrinas con violación a este principio y elaboran Sociología Jurídica en lugar de doctrina jurídica propiamente.

El concepto de la acción tiene origen remotísimo. En Roma existió desde los tiempos primitivos de la Ley de las XII Tablas (Año 450 A. de C.).

Celso según se recoge en el Digesto lo ha suministrado a la posteridad y nos dice que la acción, no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe (1).

Los Pandectistas acuden también al derecho ro-

(1) PRIETO CASTRO, Leonardo - Derecho Procesal Civil - Primera parte - Madrid 1964 - Pág. 70.

mano para explicar el problema de tránsito del derecho material a la sede del proceso y se unen a la fórmula Celsiana tratando de ajustarla a los sistemas modernos.

Los historiadores distinguen tres períodos en -- el derecho romano y tres sistemas que estuvieron sucesivamente en vigor:

- A.- Las acciones de la Ley.
- B.- El sistema Formulario, y
- C.- El llamado Procedimiento Extraordinario.

A.- La primera etapa se remonta al origen mismo - de Roma y se prolongó hasta la expedición de las Leyes Aebutia y las dos Julias, cuya fecha de expedición se ignora. En este período de las acciones de la Ley, estuvo en vigor durante los seis primeros siglos.

Se entienden por acciones de la Ley (Legis Actiones) (2), ciertos procedimientos formados de palabras - y de hechos rigurosamente determinados que debían celebrarse in jure, delante del magistrado, con el fin de llegar a la

(2) Eugéne PETIT - Tratado elemental de Derecho Romano
Editora Nacional - Trad. de la 9a. Edición Francesa
- 1966 - Pág. 617.

solución de un proceso o bien como vías de ejecución, el error más pequeño traía como consecuencia la pérdida del proceso.

Según Gayo se llamaban así porque se habían instituido por las leyes.

En este período la acción tenía por objeto llevar a cabo ciertas formalidades, pronunciar palabras solemnes, inclusive hacer pantominas con tal de lograr que se les hiciera justicia, tenemos un ejemplo muy claro en las Institutas de Gayo (3) en las que el propietario de unas vides que habían sido cortadas por el demandado, exigió el pago de daños y perjuicios y perdió el litigio por haber usado la palabra vides en lugar de árboles en su demanda como lo ordenaba la Ley de las XII Tablas, de lo que podemos concluir que "la acción procesal era la manera de proceder ante el magistrado para obtener justicia" (4).

(3) Las Institutas de Gayo fueron redactadas hacia el año 150 D. de C., y conservadas en un manuscrito de la Biblioteca del Cabildo de Verona, desgraciadamente este manuscrito de Verona presenta lagunas y aún hojas completas faltan o son ilegibles - Las acciones en el Derecho Privado Romano - V. Arangio Ruiz-Madrid 1945 - Pág. 18.

(4) Eduardo PALLARES - Derecho Procesal Civil - 1a. Ed. Edit. Porrúa, S. A. - México 1961 - Pág. 134.

Estos ritos solemnes eran obra de los Pontífices y de los Patricios y variaban en detalle, según la naturaleza del litigio.

La plebe se encontraba sojuzgada por los patricios debido a que ignoraban las formalidades del procedimiento, pero llegó el día en que fué divulgado el secreto por la publicación de las obras "Jus Flavianum" y el "Jus Aelianum".

Los ritos de las acciones de la ley se llevaban a cabo durante los días fastos, no así la Pignoris Capio que podía realizarse en un día nefasto y lejos de la presencia del magistrado, por eso se dudó que fuese una verdadera acción de la ley.

Este procedimiento al parecer se reservó a los ciudadanos romanos, siendo cierto también que en su origen no podían usarlo los peregrinos.

En asuntos de justicia, nadie podía representar a otro, bajo las acciones de la ley, pero en la práctica, el empleo del adstipulator suaviza los inconvenientes de esta regla, exceptuando los casos siguientes:

a). Pro libertatis, es decir, cuando un ciuda

dano tratado como esclavo reclama su libertad, y no pudiendo él sostener su pretensión porque a los esclavos les estaba prohibido sustentar una acción en justicia, se hacía representar por una persona libre, haciendo ésta el papel de adsertor libertatis.

b). Pro Populo, cuando los intereses del pueblo, considerado como persona moral, debían defenderse en algún proceso o cuando se trataba del ejercicio de una acción popular.

c). Pro Tutela, cuando el tutor sostiene en justicia los derechos del pupilo infans, o si alguno intenta el crimen suspecti tutoris.

d). Ex Lege Hostilia, cuando un ciudadano cautivo o ausente en interés del Estado ha sido víctima de un robo, esta ley autoriza a un tercero a ejercitar para él la acción furti.

El objeto de la condena es pecuniaria, aún en las acciones reales, como la reivindicación cuando el demandado que ha perdido el proceso se niega a entregar la cosa litigiosa, el demandante sólo obtiene una indemnización en dinero. En el procedimiento Formulario esta solución bien cierta, era debatida fuertemente por las acciones de la Ley.

En el procedimiento de las acciones de la ley, la condena era sobre la misma cosa siempre y cuando no hubiera obstáculo.

Eugenio Petit dice: "que el sistema Formulario no ha hecho más que seguir la práctica en uso, bajo las acciones de la Ley" (5). Los motivos de esta opinión son los siguientes:

a) Toda legislación tiene como fin primordial brindar a la persona cuyo derecho haya sido violado una satisfacción completa, obteniendo la cosa que reclama.

En los pueblos primitivos, cuando les era violado un derecho, la primera reacción que obedecía la parte lesionada era la venganza. Más tarde esta violencia fué substituída por la reparación pecuniaria, por último el demandante obtiene en su beneficio una condena natural y el objeto de su reclamación. Esta misma trayectoria histórica es la que ha debido seguir al Derecho Romano. La violación de un derecho fué considerada como una lesión personal, una especie de delito llegando a una reparación pecuniaria, el resultado de esta concepción subsistió durante el Procedimiento Formulario, extinguiéndose en el Procedimiento Extraordinario.

Los romanos después de haber adoptado desde el principio el sistema de condena más perfecto, durante la época clásica inclinaronse a favor de las reparaciones pecuniarias, volviendo más tarde a sus antiguas costumbres.

b) El principio de las condenas pecuniarias - bajo las acciones de la ley, está confirmado por otras dos - consideraciones:

La primera es que la única vía de ejecución en contra de un demandado, es la manus iniectio.

La segunda es la autoridad de un texto de Gayo, cuyo contenido va de acuerdo con esta teoría, si se lee según aparece en el manuscrito, sin añadir absolutamente nada.

Las cinco acciones de la ley tenían lugar delante del magistrado, salvo alguna vez la Pignoris Catio.

Antes de analizar cada una de las acciones de la ley, es necesario echar una ojeada sobre la marcha general del procedimiento, para saber como se desarrollaban las diversas fases del proceso.

El proceso se iniciaba con el acto que tenía - por objeto llevar a las partes ante el magistrado: la in ius vocatio, se llevaba a cabo con una sencillez absolutamente -

primitiva. Era el mismo demandante, quien ordenaba a su adversario seguirle in jus diciendo: In jus sequere o in jus - et voco.

El demandado debía obedecer y asistir a la reunión, o bien dar un vindex que garantizara su presencia en el día fijado. De lo contrario, el demandante tomaba testigos, antestatur, desde ese momento podía obligarle por viva fuerza y conducirlo a pesar de su resistencia.

El domicilio del demandado era para el un asilo inviolable.

Presentadas las partes delante del magistrado una vez expuesto el asunto, tenían que cumplir con el rito de la acción de la ley, que se aplicaba al proceso.

Después se procedía al nombramiento de un juez, lo cual al principio se hacía inmediatamente. Pero una ley Pinaría de fecha desconocida, fijó un plazo de 30 días, al final del cual debían volver in jus para designar a un juez. Para garantizar su nueva presencia delante del magistrado, las partes establecían ciertas cauciones, vades; a este compromiso se llamaba vademonium.

Una vez designado el juez, se comprometían a ..

comparecer ante él, al tercer día comperendinus dies.

Todo el procedimiento delante del magistrado - se hacía oralmente.

Antes de salir del auditorio, las partes señalaban como testigos a todas las personas presentes diciendo: testes estote, para comprobar el cumplimiento y con objeto - de que esas personas pudiesen en caso necesario suministrar delante del juez, el testimonio de lo que había ocurrido delante del magistrado. Esta elección de testigos se llamaba litis contestatio. Con esto terminaba la primera parte de - la instancia produciendo efectos importantes, más marcados - bajo el Procedimiento Formulario.

Bajo las acciones de la ley, el derecho del de mandado se extinguía siempre ipso jure por la litis contesta tio, que creaba un nuevo derecho en su beneficio.

Ante el juez, in juicio, se terminaba el proceso sin otro particular, por lo general, todo se celebraba hasta la sentencia, como más tarde bajo el Procedimiento For mulario.

Las acciones de la ley se reducían a cinco cla ses:

1.- La Acción por Sacramento.

2.- La Judicis Postulatio.

3.- La Condictio.

4.- La Manus Injectio, y

5.- La Pignoris Capió.

La Manus Injectio y la Pignoris Capió correspondían a lo que ahora llamamos "Procedimientos de Ejecución" y "Vía de Apremio".

Poco se sabe de la Judicis Postulatio y de la Condictio, la más conocida es la Acción por Sacramento, cuyo procedimiento puede utilizarse para describir la fisonomía - especial que tuvo la acción procesal.

La acción por Sacramento, era la pérdida de una determinada cantidad de dinero que los litigantes ponían en las manos del pontífice y llamaban Sacramentum ya que este - dinero se confiscaba y se utilizaba para los gastos del culto religioso, además de perder el litigio se perdía el sacramento.

Más tarde este depósito en especie, se transformó en una simple garantía.

Las tres primeras sólo servían para obtener el juicio de un proceso y las otras dos eran solo vías de ejecución.

La Actio Sacramenti y la Manus Injectio son - las más antiguas y quizá existieron solas al principio.

La Actio Sacramenti toma su nombre de una característica que le es propia. "Las partes hacían una apuesta, la cantidad apostada era lo que se llamaba sacramentum, - porque la parte que perdía en el proceso era lo que se dedicaba a las necesidades del culto" (6).

La Actio Sacramenti era el procedimiento del - derecho común y debía emplearse cuantas veces la ley no había sometido expresamente el asunto a otra acción.

En las Institutas de Gayo, se marcaban los -- requisitos de la acción in rem y de la acción in personam. - Pero desafortunadamente se ha extraviado el pasaje en donde se trataba la acción in personam, por lo que solamente se -- ha tratado el procedimiento de la Actio Sacramenti en caso - de acción in rem, tomando como ejemplo la rei vindicatio.

Ante el magistrado in jure, las partes siempre tenían que decir el objeto del litigio. Decía Gayo que cuan-

do se trataba de un esclavo, cada uno de ellos sostenía una vara, Vindicta o festuca; que es la imagen de la lanza con la cual los romanos representaban el símbolo de la propiedad. - Para ellos la conquista era el título más legítimo. El demandante, tomaba de una mano al esclavo litigioso diciendo: Hunc ego hominum meum esse aio secundum suam causam; si cut dixi, - ecce tibi vidictam imposui, al tiempo que le tocaba con la varilla. Esta afirmación de su derecho de propiedad se llamaba la vindicatio. El demandado, que también pretendía ser propietario, hacía la misma declaración, cogiendo al esclavo y tocándolo con su varilla. El magistrado ponía fin diciendo: Mittite ambo homi nem. En esta forma terminaba la primera parte de la acción (7). En la segunda parte, después de cambiar algunas palabras, las partes, se provocaban para una apuesta; el demandante decía: Quando tu injuria vindicavisti D. aeris sacramento te provoco. El demandado contestaba Et ego te.

La suma que se aportaba era entregada por cada parte en manos de los Pontífices, por lo menos al principio. Después fué suficiente con comprometerse a pagarlo, en caso de perder el proceso y establecer garantías; praedes sacramenti.

(7) PETIT, Eugéné - Ob. Cit. - Pág. 621.

Una vez celebrada la apuesta, el pretor regulaba la posesión interinamente, es decir, atribuyendo a una de las partes la posesión de la cosa en litigio durante el proceso y en consecuencia el papel de demandado. El poseedor estaba obligado a proporcionar garantías al contrario para que en caso de pérdida del proceso, obtener la restitución de la cosa en litigio y a sus frutos, se les llamaba praedis litis et vindiciarum.

El juez declaraba quien había ganado la apuesta, después de examinar detenidamente las pretensiones de los adversarios diciendo: Utrius sacramentum justum, utrius injustum sit.

El triunfador recogía su apuesta, en tanto la apuesta de quien perdía era la que se destinaba a los gastos del culto, hasta que una Ley Papiria la hizo caer en el aerarium.

Esta declaración era suficiente para que se cerrara el proceso cuando éste era favorable al demandado, es decir al poseedor interino, quien se quedaba con el objeto del litigio y todo terminaba.

Cuando ganaba el demandante necesitaba otra satisfacción, además de no perder su apuesta. ¿Cuál era entonces

ces la salida del proceso?. Es un punto oscuro, para algunos autores, el juez condenaba al demandado que había perdido, a restituir la cosa, pudiendo obligarle a ello en virtud de su imperium.

Otros autores opinan "que la restitución de la cosa con sus accesorios estaba garantizada por la obligación contraída de los praedes litis et vindiciarum" (8) .

Eugenio Petit, se inclina a favor de la siguiente opinión, en virtud de estar fundada en documentos que atestiguan la existencia de un procedimiento especial, creado al parecer, para esta hipótesis. "Cuando el demandado se negaba a restituir el objeto del litigio, el demandante se dirigía al magistrado quien nombraba tres árbitros con el objeto de valuar el importe del proceso, cosa y frutos, condenando al demandado a cubrir una cantidad en dinero igual al valor de la cosa y el doble para los frutos".

Esta condena estaba garantizada por el compromiso de los praedes litis vindiciorum.

El proceso llegaba a su fin con una condena pecuniaria.

El juez era el que decidía a favor de quien estaba el derecho: *Judicare los arbitri liti aestimandae*; a evaluar el litigio y condenar: *damnare*.

Cuando se trataba de una acción personal, o el objeto de la demanda era una cantidad de dinero, el demandante que ganaba el proceso podía ejercitar la *Manus Injunctio* contra el deudor *judicatos*, en cambio cuando el objeto era una cosa distinta al dinero, entonces había que recurrir al *arbitrium liti aestimandae*.

2.- LA JUDICIS POSTULATIO.- "Se desconoce el origen de esta acción no se sabe si es tan antigua como la *actio sacramenti*. Lo cierto es que posiblemente fué establecida en una fecha anterior a la Ley de las XII Tablas (9). para remediar en ciertos casos los inconvenientes de este procedimiento. La *actio sacramenti* era peligrosa puesto que se arriesgaba a perder la cantidad apostada. El Juez tenía poderes limitados, ya que sólo podía declarar el *sacramentum justum* o *injustum*, es decir, hacer ganar o perder cada parte por el todo.

La demanda era admitida o rechazada tal como el demandante lo había precisado, sin que el juez pudiera cambiar

nada, resultando bastante enojoso, sobre todo en los procesos que ponían en juego los intereses recíprocos, donde sólo se admitían por parte las pretensiones de los contrarios, atemperándolos en cierta medida.

La *Judicis Postulatio* abarcaba las acciones de partición y fijación de límites y a la acción *ad exhibendum*. Podía aplicarse también a las obligaciones que tenía por objeto una *datio*, por las cuáles se podía obrar por *sacramentum*.

En un texto de Valerio Probo encontramos un indicio sobre el rito de esta acción. Las palabras que el demandante debía pronunciar *in jure* eran las siguientes: "Te *praetor judicem arbitrum postulo uti des*". El procedimiento estaba desligado de las solemnidades del *sacramentum*. Además de que el juez encargado del examen del litigio tenía una libertad de apreciación más amplia, que reunía los poderes que pertenecían en la *actio sacramenti* al *judex* y a los *arbitri* y que debía no solamente *judicare*, sino también *damnare*, es decir, valorar el proceso y pronunciar una condena pecuniaria.

3.- LA *CONDICTIO*. - Esta nueva acción de la ley fué creada por una Ley *Silia*, para las obligaciones de sumas determinadas, *certae pecuniae*, y por una Ley *Calpurnia* para

toda obligación de cosas ciertas, de omni certare (10), al parecer, está creación no tuvo por objeto llenar un hueco en el procedimiento, porque los litigios sobre semejantes obligaciones podían haberse cortado con ayuda de la Actio -- Sacramenti o de la Judicis Postulatio. El legislador quizo, sin duda, establecer un procedimiento más sencillo para esta clase de asuntos bien fuera por las formalidades cumplidas - in jure o por una abreviación del término. Además se ignoran los ritos de esta acción. (El manuscrito de las Instituciones de Gayo, tiene un hueco de dos páginas. Se cree trátase de la Actio Sacramenti in personam, de la Judicis Postulatio y de la Condictio).

Delante del magistrado el demandante solicitaba al contrario para que se presentase después de 30 días, con el fin de escoger un juez.

4.- MANUS INJECTIO. - "El Procedimiento de derecho común organizado para obligar al demandado como deudor - de una cantidad de dinero, era la Manus Injectio" (11). Según la Ley de las XII Tablas, se aplicaba no solamente al demandado judicatus o damnatus, sino también al que había re

(10) PETIT, Eugéne - Ob. Cit. - Pág. 622.

(11) PETIT, Eugéne - Ob. Cit. - Pág. 623.

conocido su deuda delante del magistrado, confessus in jure.

Con 30 días, dies justi, contaba para liberarse, si dejaba pasar este tiempo sin haber pagado, quedaba expuesto a los rigores de la Manus Injectio.

El acreedor llevaba al deudor in jus, según las formas ordinarias y después se procedía a los ritos de la acción.

El acreedor decía: "Quod tu mihi judicatus (sive damnatus) est sestertium X millia, quandoc non solvis ti ob eam rem ego tibi sestertium X millium judicati manum injicio"

Una vez pronunciadas estas palabras, que indican la causa de la persecución y el importe de la deuda, ponía la mano sobre el deudor, el cual no podía negar el derecho del acreedor y descartar esta captura, manum depellere, nada más que pagando o suministrando un vindex.

"El vindex era un tercero que tomaba por su cuenta el asunto y gracias a su intervención el deudor quedaba en libertad y colocado fuera de causa".

El procedimiento llegaba a su fin en dos formas diferentes:

a) Si el deudor no había encontrado un vindex,

el magistrado lo declaraba addictus. Entonces el acreedor podía llevarle a su morada, encadenarlo y tratarlo como un esclavo de hecho, aunque no de derecho.

La ley marcaba el peso de las cadenas, y los alimentos que debía dársele, aunque además tenía derecho a alimentarse a su cargo.

Esta situación duraba 60 días, durante los cuales el deudor podía aún obtener su libertad transigiendo ó encontrando un vindex.

El acreedor debía facilitarle su libertad, publicando durante tres días de mercado consecutivo, el nombre del deudor y el importe de la deuda.

Una vez vencido el plazo, si no había pagado nadie por él, era muerto el deudor o vendido como esclavo más allá del Tiber.

Cuando había varios acreedores, estos podían repartirse su cuerpo; esta disposición de la Ley de las XII Tablas, no llegó a aplicarse nunca, según testimonio de antiguos autores. La Manus Injectio atacaba a la persona del deudor y sólo alcanzaba a los bienes indirectamente.

El dinero que se obtenía de su venta como esclavo y sus bienes, servían para pagar a los acreedores. El

deudor llevaba consigo su muerte o su capitis deminutio máxima.

b) La otra forma de terminar el procedimiento consistía en verificar un nuevo proceso entre el acreedor y el vindex, cuando el deudor lo había encontrado.

La pérdida de este proceso hacía condenar al vindex al doble, para castigarle por haber puesto obstáculos al derecho del acreedor (Lex Colon).

Existieron casos en los que el deudor no era ni judicatus, ni confesus y en los que se permitía a los acreedores hacer uso del procedimiento de la Manus Injectio, para obligar al deudor a pagar como si hubiese habido sentencia condenatoria. A esto era a lo que se llamaba la Manus-Injectio Judicata. La Ley Publilia concedía este derecho al sponsor contra el deudor por el cual había pagado, si en el término de seis meses no era reembolsado.

La Ley Furia de sponsu la concedía también al sponsor, contra quien había exigido de él mas que su parte viril.

Este procedimiento tenía para el deudor los mismos efectos que la Manus Injectio Judicati.

Había otras leyes que daban a determinados --

acreedores contra los deudores que no eran ni *judicati* ni *confessi*, una *manus injectio* más simple y menos rigurosa, -- llamada *Manus Injectio Pura*.

Se considera más sencilla porque el acreedor -- no tenía necesidad de tratar al deudor como un *judicatus*, y menos rigurosa, por que el deudor podía él mismo no reconocer el derecho del acreedor y mantener el proceso sin tener que recurrir a un *vindex*.

La Ley *Furia Testamentaria* autorizaba esta *Manus Injectio* contra quiénes había recibido a título de legado más de mil ases; y una Ley *Marcia* contra los usureros, -- que se habían hecho pagar los intereses.

Una Ley *Vallia*, que ayudaba a los deudores pobres, se publicó a fines del Siglo VI, y se extendió a los casos de *Manus Injectio pro judicato*, las reglas más suaves de la *Manus Injectio Pura*. Gracias a esta Ley el deudor rechazaba personalmente el ataque del acreedor, sin tener que recurrir a un *vindex* y originar él mismo el proceso, que terminaba con su condena al doble o su absolución.

La necesidad de establecer un *vindex*, sólo existió en el caso de *Manus Injectio Judicati* y para los recursos autorizados por la Ley *Publilia*.

5.- PIGNORIS CAPIO. - "Era el procedimiento por el cual el acreedor tomaba a título de garantía, ciertos bienes del deudor para obligarle a pagar su deuda" (12).

Este procedimiento estaba integrado por palabras solemnes, las cuáles ignoramos. Pero se diferenciaba de las otras acciones de la Ley en virtud de celebrarse en ausencia del Magistrado y casi siempre también en ausencia del adversario, aunque fuera en un día nefasto.

La Pignoris Capio era un camino excepcional que solo podía usarse en contado número de casos, determinados algunos por las costumbres y otros por la ley. Por eso la costumbre la autorizaba en beneficio del soldado contra los que debían distribuir el sueldo, aes militare; o pagar el dinero destinado a la compra de caballos, aes equestre, o de la avena, aes hordearium.

La Ley de las XII Tablas la concedía al vendedor de una víctima, contra el comprador que no pagaba su precio; y una ley Censoria se concedía a los publicanos, contra los que no pagaban los impuestos.

Las acciones de la Ley se habían hecho odiosas

por su estricto formulismo. Aún después de haberse extendido los ritos, las partes a quiénes correspondía realizar las formalidades de este procedimiento, corrían el riesgo de perder su proceso por el más leve error. Esta fué la razón por la cual antes del fin de la República y al principio del Imperio, vinieron las disposiciones legislativas, si no a suprimir completamente las acciones de la ley, por lo menos a limitar su aplicación, originando un nuevo procedimiento de Derecho Común. Esta fué la obra de la Ley Aebutia, que tuvo su origen en el Siglo VII, al igual que dos leyes Juliae Judicariae dictadas bajo el imperio de Augusto.

Se ignora la parte de cada ley en esta reforma por falta de indicios. Pero lo cierto es que en el intervalo que separa la Ley Aebutia de las Leyes Juliae, todas las fórmulas se desarrollaban mientras no desaparecía ninguna de las legis acciones. La conjetura más conforme con estos hechos consistía en admitir que la Ley Aebutia, aún sancionando un nuevo procedimiento, habría dejado a las partes la facultad de escoger entre los dos sistemas; poco a poco se fueron olvidando las legis acciones en virtud de las ventajas de la fórmula.

Con las Leyes Juliae desaparecieron las legis acciones, salvo en los dos casos citados por Gayo: El *damnum infectum* y los procesos llevados delante de los centuviros. El procedimiento por *sacramentum*, desapareció después de la

supresión de este tribunal.

B) PROCEDIMIENTO FORMULARIO.- "Las acciones de la Ley fueron reemplazadas por el Procedimiento Formulario, llamado así porque el magistrado redactaba y entregaba a las partes una fórmula, es decir, una especie de instrucción escrita que indicaba al juez la cuestión a resolver dándole el poder de juzgar" (13).

Los procesos, se juzgaban por *secundum ordinem judicionem*, y cuando por excepción, el magistrado, decidía él mismo la diferencia, se decía que establecía *extra ordinem*.

El procedimiento Formulario tuvo su origen según autores de gran renombre, con ocasión de los procesos entre ciudadanos y peregrinos o entre ellos solamente, en ambos casos no eran aplicables las acciones de la ley; el pretor peregrino era quien se encargaba especialmente de esta jurisdicción, habría imaginado resumir brevemente en un escrito los hechos a comprobar para la resolución del litigio y confiar esta comprobación a los recuperadores, otorgándoles el poder de condenar o absolver al demandado.

La época de las fórmulas o del Procedimiento -

Formulario, data de la mitad del Siglo II A. de C. y subsiste hasta el siglo III de la era Cristiana. Se llamaba así porque la acción era la fórmula que el magistrado acordaba y por medio de la cual se investía al juez de la facultad de condenar o absolver según que la cuestión propuesta, debiera resolverse afirmativa o negativamente.

Por eso Celso la definió como "el derecho de reclamar en justicia -ante el iudex- lo que nos es debido" -- (14) es decir, el derecho concedido por el magistrado para acudir ante el juez haciendo valer la fórmula. "Ius persequendi in iudicio quod sibi debetur". En este procedimiento la acción era un derecho autónomo que tenía su origen en la fórmula y se regía por los preceptos de ésta, pudiendo el actor dejar de usarlo si así le convenía.

Este sistema podría haberse generalizado poco a poco perfeccionándose, y la Ley Aebutia lo hubiera sancionado definitivamente. Desde entonces, fueron dispensadas las partes, de cumplir in jure, con sus riesgos y peligros las solemnidades que hasta entonces se les había impuesto, siendo el magistrado quien debía dictar las fórmulas aplicables a cada forma de proceso. Su autoridad quedaba sancionada por el Derecho Civil.

(14) ALSINA, Hugo - Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte General - Buenos Aires - T. I - 1963 - Pág. - 306.

Las relaciones que existían entre el antiguo y el nuevo sistema de procedimiento presentaba desde luego varias dificultades con la composición de estas fórmulas.

El pretor usó diversos procedimientos sobre los cuáles son muy incompletos los datos que tenemos, no siendo completamente desconocidas las formalidades de la condictio. Probablemente el pretor, para las acciones en que este procedimiento era aplicable, se limitó a reiterar en la fórmula las palabras que contenían el rito.

Esta conjetura adquirió gran fuerza en virtud de esta doble consideración:

a) El nombre de *condictio* designa todavía bajo el sistema formulario, las acciones que estaban sometidas a esta *legis actio*, y que según Gayo, las fórmulas de estas acciones por las cuáles se reclama una cantidad en dinero o cualquier otra cosa determinada, tienen por ellas mismas toda su fuerza y no contienen ficción de la *condictio*, deduciéndose que reproducen las mismas palabras de esta acción de la ley: suponiendo que sería lo mismo para las acciones del dominio de la *Judicis Postulatio*, así como para la mayor parte de las acciones de buena fé.

b) En cuanto a las que autorizaban el procedimiento de la *Pignoris Capio*, el pretor usaba otro medio, que

consistía en redactar la fórmula con ayuda de una ficción, - dando poder al juez para condenar al demandado, la cantidad - que debía haber entregado antes para liberar la prenda. Es-- tas son las únicas indicaciones habidas por las fuentes a pro-- pósito de las acciones in personam.

En cuanto a las acciones in rem, a las cuáles - se aplicaba el procedimiento per sacramentum, quedaron sometidas delante del Tribunal de los centuriados. Pero en los casos en que por motivos que ignoramos, algunos procesos de esta naturaleza ser llevados delante del iudex, se hizo necesaria la aplicación del Sistema Formulario, según la Ley Aebutia. - Siendo más difícil por las complicaciones de la actio sacramenti, y el pretor sólo llegó progresivamente a la redacción de una fórmula proporcionando completa satisfacción al demandante. Primero se procedió per sponsionem. Las partes a imitación de la actio sacramenti tenían que hacer delante del magistrado una especie de apuesta al sujeto del derecho disputado. El demandante que reclamaba un esclavo preguntaba al demandado diciendo: "Si homo quo de agitur ex iure quiritium -- meus est, sestercios XXV nummos dare spondes". El demandado tenía que contestar: "Spondeo". La sponsio ya se usaba bajo las acciones de la ley y había reemplazado al depósito del -- Sacramentum. Pero aquí en lugar de ser una apuesta, no era - más que un procedimiento desviado para iniciar el proceso, a imagen de la actio sacramenti, resultando imposible que el de

mandado pretendiera estipular a su vez: nos restipulatur. Sólo debe dar caución para la ejecución eventual del juicio pro praede litis et vindiciarum. Después de la sponsio el pretor redactaba una fórmula en donde el demandante expresaba la pretensión de que la suma apostada le fuese pagada. Es esta quesción la que trata el debate in iudicio, y en que interviene - la decisión del juez. Pero si el demandado perdía el proceso, no pagaba nunca la cantidad prometida, la apuesta no resultaba seria, y la sponsio era pre-judicial pero no penal.

El procedimiento per sponsionem, aplicado a la rei vindicatio y a otras acciones reales presentaba estos inconvenientes:

El juez declaraba a lado de quien estaba el derecho, pero para llegar a una solución definitiva, si el demandado no restituía, el demandante quedaba sin duda obligado a intentar una nueva persecución contra él y contra las cauciones, en virtud de la promesa que habían hecho originando mucha lentitud.

Al igual que la actio sacramenti, este procedimiento no se ajustaba a relaciones de derecho más o menos complicadas como se presentan casi siempre en la práctica. Estas imperfecciones dieron origen a la creación de una nueva fórmula llamada petitoria, que desde luego fué aplicada a la rei--vindicatio.

La fórmula petitoria se distingue por los caracteres siguientes:

a).- No hay sponsio.- La fórmula es entregada sin ninguna formalidad previa y contiene la verdadera causa del proceso. El demandante reclama la misma cosa de la cual se dice propietario.

b).- El juez está investido de poderes más extensos. No se limita solamente a decir de que lado está el derecho: pronuntiare o declarare.

En caso de ser reconocida como fundada la pretensión del demandante, tenía que sacar las consecuencias de su declaración y fija también las restituciones debidas por el demandado ordenándole efectuarlas. Si el demandado no obedecía, le condenaba a pagar una cantidad equivalente. Esta fórmula tenía la ventaja de hacer el procedimiento más rápido y sencillo, aparte de que si la condena era aún pecuniaria, según la regla general, existía ya cierta tendencia para obtener un resultado más perfecto, ya que el juez antes de condenar ordenaba la restitución del mismo objeto del proceso. Después de esta innovación, la rei vindicatio pudo ejercitarse de tres maneras diferentes: per sponsionem, per formulam petitoriam o per sacramentum, delante de los centuviros.

Pero la fórmula petitoria hizo caer lentamente en desuso el procedimiento per sponsionem. Este mismo progre

so se efectuó también para las otras acciones in rem. El pretor aplicó fórmulas semejantes a la fórmula petitoria, en donde el juez tenía además el poder arbitrium de fijar, antes de condenar, las restituciones que debía operar el demandado.

Estas fórmulas llamadas arbitrarias, se extendieron a ciertas acciones in personam, tales fueron el origen y desarrollo del Sistema Formulario, que quedó en vigor durante todo el período clásico del Derecho Romano.

En este procedimiento podemos encontrar como -regla general la división de la instancia en dos grandes etapas. No obstante, había cierto número de asuntos, sobre los que el magistrado fallaba, sin mandar a las partes delante del juez, extra ordinem judiciorum.

Estos procesos formaban cognitiones o persecutiones extraordinarias.

Las dos etapas que comprende el procedimiento ordinario se resumen de esta manera: in jure, delante del magistrado se precisan las cuestiones a resolver, la fórmula -- queda entregada y la primera parte del proceso se termina por litis contestatio. In iudicio, delante del juez se suministran las pruebas, se sostiene el asunto y la segunda parte del proceso se termina con la sentencia.

C) EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO.- "El procedimiento Extraordinario vino a suplantar en el curso del Si glo III al Procedimiento Formulario, es consagrado especialmente en la Codificación del Derecho Romano dispuesta, como es sabido, por el Emperador Justiniano (529 - 534) de nuestra era" (15).

En este Procedimiento el pretor no mandaba a las partes ante un juez, para que este decidiera el litigio, sino que él mismo lo sentenciaba, esta última modalidad se impuso a la anterior la cual fué suprimida por Dioclesiano en el año 294, por medio de una Constitución.

Las Institutas de Justiniano, reprodujeron la definición de Celso que imperó en las enseñanzas del Derecho Procesal, como un concepto clásico inspirador de muchas leyes.

Se agregó a ella la siguiente frase: "o lo que nos pertenece" para mejor entendimiento, tanto de los derechos personales como reales, quedando por lo tanto en los siguientes términos: "La acción es el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece" (16), pe

(15) ARANGIO RUIZ, Vincenzo- Las Acciones en el Derecho Privado Romano - Madrid 1945 - Pág. 29.

(16) PALLARES, Eduardo - Ob. Cit. - Pág. 136.

ro con un significado diferente al que tuvo en el Período For-
mulario, según queda expuesto.

En el Derecho de Justiniano, la acción deja de ser una fórmula, para convertirse en el derecho dimanado de -
la Ley.

En este concepto se pueden apreciar las siguientes notas esenciales:

a).- Esta vinculado estrechamente con el derecho subjetivo que se hace valer en el juicio, sin el cual la acción debe declararse improcedente.

b).- Es importante hacer notar que en el Cor-
pus Juris de Justiniano, los capítulos relativos a las acciones procesales, tenían normas de derecho substantivo y determinaban los derechos y obligaciones que nacen de los contra-
tos, los cuasi-
contratos, los delitos, los cuasi-
delitos o la ley, por lo que nos damos cuenta hasta que punto las acciones procesales se identifican con esos derechos.

c).- La acción era un derecho privado, por lo que los jurisconsultos modernos califican la doctrina que a -
ella concierne de Doctrina Privatística.

define a la acción como el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos establecidos por la Ley (Art. 1º.) (17).

El Código actual sigue fiel a esa tradición ya que todos los preceptos que establece con relación a las acciones como son: nombres, clasificación, duración, acumulación, etc., los ha tomado de las doctrinas romanas y canónicas y de las llamadas clásicas privatísticas.

CAPITULO II

"EVOLUCION DEL CONCEPTO ACCION"

- a) En la Escuela Italiana.
- b) En la Escuela Alemana.
- c) En la Escuela Española.
- d) En la Escuela Francesa.

El concepto de acción en el Derecho Romano, va rió en los tres períodos de su evolución histórica (1). - En el período de las Acciones de la Ley, era un concepto gené rico; el conjunto de formalidades que las partes debían cum-- plir ante el magistrado, independientemente del derecho que - se reclamaba y que tenían un sentido político-religioso.

En el procedimiento Formulario, la acción era la fórmula que el magistrado acordaba y por la cual se inves-- tía al juez de la facultad de condenar o absolver según que - la cuestión propuesta debiera resolverse afirmativa o negati--

(1) ALSINA, Hugo - "Tratado Teórico Práctico de Derecho - Procesal Civil y Comercial" - 2da. Edición - Parte Ge neral - Buenos Aires - 1963 - Pág. 306.

vamente. Por eso Celso la definió como "el derecho de reclamar en justicia -ante el iudex- lo que nos es debido" es decir, el derecho concedido por el magistrado para acudir ante el juez haciendo valer la fórmula. Aquí tampoco la acción - estaba vinculada al derecho, sino por el contrario era un derecho autónomo, que tenía su origen en la fórmula misma y se regía por los preceptos de ésta, pudiendo el actor dejar de usarlo si así le convenía.

Al desaparecer con el procedimiento extraordinario la división de la instancia entre el magistrado y el juez, se ocasionó la supresión de la fórmula y desde que el mismo magistrado instruía el proceso y dictaba sentencia, la acción pasó a ser un elemento del derecho, en el sentido de que no era ya necesario que el magistrado la acordara, es decir, que su ejercicio no estaba sujeto a la previa autorización de aquél. En este período la acción dejó de ser un concepto autónomo para confundirse con el derecho mismo al extremo de absolverlo, porque ya no se preguntaba si se tenía derecho a una cosa, sino si se tenía una acción para reclamarla; de ahí que el Derecho Romano contuviera tres capítulos fundamentales: personas, cosas y acciones y que existiera una acción para cada derecho (reivindicación, nulidad pauliana, Etc.). Cabe señalar que en esta evolución del concepto de acción, autónomo e independiente del derecho, pasó a confundirse con éste hasta suplantarlo en el plano lógico; si no había acción no había derecho.

Los sabios legisladores romanos nos han proporcionado nociones claras y básicas, que han servido de base a nuevas teorías.

La acción procesal era para los romanos el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe "actio nihil aliud est, quam jus persequendi in iudicio, quod sibi debetur", esto fué lo que dió nacimiento a la Escuela Italiana, que consideraba a la acción como un medio de tutela del Derecho, es decir, una forma de defensa jurídica ante el desconocimiento de una obligación que quedaba lesionada.

Chiovenda, citado por Menéndez Pidal (2) - dice que la acción es un poder frente al adversario, el cual esta sujeto a él, como condición para la actuación de la ley, resaltando la diferencia entre el derecho a lo debido y el -- derecho a conseguir ese bien. De lo que se puede concluir a la acción como actuación procesal de un derecho.

ESCUELA ITALIANA.

El documento principal de la Escuela Italiana

(2) MENENDEZ PIDAL, Juan - Derecho Procesal Social - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid - 1947 - Pág. 71.

está constituido por la conferencia de Chiovenda, dictada a comienzos de este siglo, titulada "L'azione nel sistema dei diritti" (3). Este estudio pone al descubierto una nueva Escuela, conciliando las adquisiciones dogmáticas de la Escuela Alemana con las más antiguas tradiciones del derecho Romano.

Pero el pensamiento de Chiovenda es en lo substancial, el pensamiento de Wach, para él la acción es autónoma, concreta, y configura lo que él llama un diritto potestativo.

Frente a este pensamiento, Carnelutti ha sostenido la tesis que ha dado en llamarse con muy escasa idiomática, abstracta, su pensamiento se encuentra más cerca al de Degenkolb que al de Wach.

Las ideas de Carnelutti pueden colocarse en plano opuesto a las de Chiovenda. Una gran cantidad de estudios del derecho Procesal Italiano, entre los que es indispensable señalar como excepcionalmente valioso a Calamandrei y a Redenti, han continuado trabajando sobre las ideas de Chiovenda aportando nuevos conocimientos al pensamiento original.

(3) COUTURE, Eduardo J. - Introducción al Estudio del Proceso Civil - Buenos Aires - 1953 - 2a. Edición - Pág. 14.

Menéndez Pidal, considera dentro de la Escuela Italiana a Manfredi, Caravantes, Bonjean, Arrazola, Pescatore, Mattiolo, Ortolán, Glasson, Manresa, Lastres, López Moreno y Aguilera de Paz y Rives.

LA ESCUELA ALEMANA.

Fué iniciada por Windscheid, al exponer el aspecto de la acción, desde el punto de vista del Derecho Civil.

Esta Escuela nos dice que "la acción está formada por dos elementos: el de la acción romana y la pretensión (anspruch) frente al adversario o derecho de querrela -- (4).

Wach, dice que por medio de la acción se pretende una tutela jurídica (función estatal frente al Estado)- para obtener una resolución favorable, Esta controversia entre Wach y Bulow pretende resolverla Goldschmidt afirmando -- que la acción es un derecho del obrar procesal, pero distinguiendo la acción procesal frente al Estado para obtener un fallo favorable y estar a la expectativa del mismo, de la pre

tensión o acción de derecho privado, que se dá frente a la - parte contraria.

Kisch, afirma que la acción procesal es una actividad, no un estado, como la de Derecho Privado.

Fué así como evolucionó el concepto de acción procesal, como diferente de la acción civil, con carácter autónomo.

Debido a la poca importancia que los estudios procesales tuvieron en un principio confundidas con prácticas forenses, las acciones procesales quedaron confundidas con -- las substancias materiales, dándoles los autores iguales deno-- minaciones. Pero al quedar claramente delimitados sus campos, se comprendió que podía tenerse acción civil de un derecho -- sustantivo material que podía ejercitarse extrajudicialmente, y que podía ejercitarse una acción procesal, de carácter for-- mal, siempre ante los tribunales, quedando definitivamente -- proclamada su autonomía, dándosele diferentes nombres a las - acciones procesales.

La acción material puede estar en discrepancia con la acción formal o procesal y como consecuencia lógica - puede no estar identificada con la razón, ni con la exigencia de un fallo favorable, sino simplemente con la facultad de -- exigir que el órgano jurisdiccional produzca un fallo.

Guasp, según Menéndez Pidal (5) insistió - en el concepto germano de pretensión solicitando una actuación del órgano jurisdiccional incluyendo tres elementos:

a) Declaración de voluntad, o expresión de que rer de alguien.

b) Práctica de un acto por el órgano de la jurisdicción.

c) Que ha de interponerse siempre frente a per sonas diferentes de su autor.

La Escuela Alemana llegó a nosotros por tres - caminos diferentes:

Primero, por el conocimiento directo de algu-- nos de sus escritores,

Segundo, por la influencia que ella tuvo en la Doctrina Italiana, y

Tercero, por la influencia que ejerció sobre - los más modernos escritores españoles.

Las aportaciones recibidas de esta Escuela han sido verdaderamente magníficas aunque no totalmente aprovechables.

Keyserling, dice Couture (6) que tenía motivos para conocer a los alemanes, dijo que si a un alemán se le ponía frente a dos puertas una con la leyenda "Entrada al Cielo" y otra "Entrada a un curso de conferencias sobre el Cielo", el alemán entra en el curso de conferencias.

Mucho del material de esta Escuela en el campo de Derecho Procesal, corresponde al "Curso de Conferencias" y nó a la realidad jurídica, no dudando de la saludable influencia que ella ha tenido en el campo del procedimiento civil.

Cuando Wach en 1885 publica su Manual, formando parte de la famosa serie dirigida por Binding, la idea de acción en justicia ya tenía un carácter propiamente definido. Se hablaba entonces de la acción como derecho autónomo, separado del Derecho que acostumbramos llamar sustancial o material.

La pretensión de la tutela jurídica -exclama - Wach- no es una función del Derecho Subjetivo. La pretensión de la tutela jurídica es el medio que permite hacer valer el

(6) COUTURE, Eduardo J. - Introducción al Estudio del Proceso Civil - Ob. Cit. - Pág. 11.

derecho, pero no es el derecho mismo.

Y al pie de la página, con humildad científica agrega, "con esto abandonó mi anterior concepción" (7).

La separación del derecho y de la acción es semejante en la ciencia del proceso, a lo que representa para la física la disociación del átomo.

Transformada la acción en un derecho autónomo, no sólo se consagra su separación, sino la autonomía de toda esta rama del derecho.

En el pensamiento de Wach, la idea de la autonomía de la acción no ha recorrido aún todo su camino, la parte que faltaba por recorrer fué hecha, en concepto de Couture, por Degenkolb, quién nos mostró de que forma la acción civil, autónoma con relación al derecho puede carecer de fundamento; ejemplo: Cuando el demandante promueve su demanda ante el Tribunal, puede no tener razón y sin embargo nadie habrá de discutirle su derecho a dirigirse al Tribunal pidiéndole una sentencia favorable. Lo que el demandado le podrá negar es su derecho a obtener una sentencia favorable, pero nunca su

(7) COUTURE, Eduardo J. - Introducción al Estudio del Proceso Civil - Ob. Cit. - Pág. 12.

derecho a comparecer ante el tribunal.

Muchos años después de publicado su primer libro, Degenkolb, modificó su criterio exigiendo al demandante, para que tuviera acción, que se creyera sinceramente asistido de derecho. Pero estas vacilaciones no eran necesarias y su pensamiento perdió claridad.

ESCUELA ESPAÑOLA.

En los siglos XVIII y XIX no se había prestado particular atención a este tema. Obras realmente magnificas - no desarrollaban el tema tampoco, se limitaban a hacer una interpretación del precepto clásico "actio nihil aliud este quam persequendi in indicio quod sibi debetur" (8). En algunos códigos hispanoamericanos se encuentra una traducción casi literal de este adagio.

Fué hasta el Siglo XX cuando se despertó un interés especial en los escritores españoles por este tema, constituyendo sus argumentos, en todo caso, una exposición y algunas veces una prolongación avanzada de las ideas aportadas -- por las Escuelas Alemana o Italiana, no encontrando ninguna respuesta particular sobre el concepto de la Escuela Española.

(TURE, Eduardo J. - Introducción al Estudio del Pro Civil - Ob. Cit. - Pág. 7.

En nuestro siglo la doctrina española ha tenido gran desarrollo gracias a los esfuerzos de algunos juristas entre los que figuran principalmente Beceña, Alcalá Zamora y Castillo, Prieto Castro Leonardo, Manuel de la Plaza, -- etc.

El Derecho Procesal en España puede considerarse como el resultado de varios elementos como son: Derecho Canónico, Derecho Romano y Derecho Germánico, lo que podemos acreditar recorriendo el Fuero Juzgo y el Fuero Viejo de Castilla.

ESCUELA FRANCESA.

De la Escuela Francesa se recitó una respuesta que era un modelo de elegancia y claridad.

La acción, decía: "es el derecho en movimiento" (9); algo así como la manifestación dinámica del derecho, Ninguna diferencia substancial existe entre el derecho y la acción.

(9) COUTURE, Eduardo J. - Introducción al Estudio del Proceso Civil - Ob. Cit. - Pág. 9.

Demolombe nos señalaba que cuando la ley habla de derechos y acciones, incurría en un pleonismo. Las ideas de esta Escuela se inclinaron siempre por las imágenes de guerra, por lo que con una metáfora más literaria que científica nos decía que la acción era "le droit casqué et armé en guerre".

En esta Escuela se dijo también que para que existiera la acción, eran necesarios cuatro elementos: derecho, interés, calidad y capacidad, sin los cuáles no podría existir, es decir, sin derecho no se concibe la acción. Pero la experiencia obtenida de esta respuesta fué grave, ya que quedaban sin explicación las obligaciones naturales, al igual que el grave problema de la demanda infundada en la cual, el actor mueve la acción hasta la sentencia, sin un derecho efectivo que tutelar; el caso no menos grave de la acción satisfecha por haberse agotado el proceso, pero quedando el derecho insatisfecho por insolvencia del obligado y tantos otros casos.

Los autores modernos de esta Escuela entendieron la debilidad que se escondía detrás de la armoniosa construcción, pero desafortunadamente, la obra del Profesor Vizioz, que se creía llamada a establecer los lazos de unión entre la doctrina francesa del Derecho Público y las nuevas corrientes del Derecho Procesal quedó interrumpida por motivos verdaderamente penosos.

EVOLUCION DEL CONCEPTO DE ACCION EN EL
DERECHO MODERNO.

El vocablo acción aparece con un significado diferente en todos los campos del Derecho. Solo en un derecho positivo determinado se le han fijado 15 acepciones diferentes.

En el campo del Derecho Procesal en particular, su significado varía en el tiempo y en el espacio, en cierto estudio se le han enumerado 23 definiciones.

El sentido del vocablo "acción" ha evolucionado en el tiempo, ya que no es igual el significado actual de la acción civil que el de la actio romana, tampoco es igual, aún en nuestro tiempo, el concepto de acción entre los países de cultura latina y los de cultura angloamericana. El vocablo - "acción", es diferente también en la jurisdicción y la administración, en virtud de lo cual es indispensable saber, que es lo que se quiere decir cuando hablamos de "acción", sin la - cual no podríamos entendernos.

De "acción" en sentido procesal, se puede hablar cuando menos en tres acepciones diferentes: (10)

(10) COUTURE, Eduardo J. - Fundamentos de Derecho Procesal Civil - Tercera Edición Póstuma - Buenos Aires - 1958
Pág. 60.

a) Como sinónimo de Derecho; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el actor carece de acción", o se hace valer la "exceptio sine actione agit", lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.

b) Como sinónimo de pretensión, es este el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en legislación, se halla recogido con frecuencia en los textos legislativos del Siglo XIX que mantienen su vigencia aún en nuestros días, se habla entonces de acción real, de acción personal, de acción civil y acción penal, de acción triunfante y acción desechada. En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión se proyecta sobre la de demanda, en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo: "demanda fundada e infundada", demanda (de tutela) de un derecho real o personal, etc. Es, decimos, el lenguaje habitual del foro y de la escuela en muchos países.

c) Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; se habla, entonces de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión.

BIBLIOTECA CENTRAL
U. DE A. M.

Esta pretensión ya sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar, pudiendo promover sus acciones en justicia aún aquellos que por un error se consideran asistidos de razón.

Se entiende por acción, no solo el derecho material del actor, ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino también su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales.

La acción se encuentra definida todavía en algunas legislaciones americanas. Se dice, por ejemplo, que "acción es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe" (11).

Una definición de esta índole no puede satisfacer las exigencias científicas del Derecho Procesal Moderno, pudiendo hacerse dos observaciones al respecto:

1º.- El concepto de acción como medio legal correcto en sí mismo, confunde acerca de su naturaleza; ya que ésta no es tan solo remedium juris, sino un poder jurídico autónomo que puede considerarse desprendido del derecho material sobre lo nuestro o lo que se nos debe.

(11) COUTURE, Eduardo J. - Fundamentos del Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 61.

2º.- La definición no alcanza a comprender las acciones de mera declaración, en las que no se reclama nada que nos pertenezca o que nos sea debido, sino una pura declaración apta para hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica.

En el Derecho Romano la doctrina tradicional - consideró que acción era el derecho en movimiento o el derecho elevado a una segunda potencia o el derecho con casco y armado para la guerra.

En el Derecho Romano la proposición que era en cierto modo correcta, dentro de la primitiva concepción del Derecho Romano, dejó de serlo en el Derecho Moderno siguiendo la doctrina igual terminología y considerando como decía Demolombe que cuando la ley hablaba de derechos y acciones incurría en un pleonismo.

Esta concepción se mantuvo en la doctrina europea hasta mediados del siglo pasado y en nuestro continente hasta comienzos del presente.

La acción en el Derecho Moderno tiene 15 significados diferentes (12):

(12) PALLARES, Eduardo - Derecho Procesal Civil - 2a. - Ed. - Edit. Porrúa - México 1965 - Págs. 142 y 143.

- 1.- La acción es una facultad jurídica (Degenkolb).
- 2.- Una relación jurídica (para Mortara).
- 3.- Una manifestación del derecho general de la personalidad o de la libertad (Kohler).
- 4.- Una mera posibilidad de hecho (Binder).
- 5.- Un negocio publicista (A. Levi).
- 6.- Una función pública (P. Biondi).
- 7.- Una manifestación vital del Derecho Subjetivo Privado (Windscheid).
- 8.- Una metamorfosis del Derecho Subjetivo Privado (Savigny).
- 9.- Una función del propio Derecho (Coviello).
- 10.- Una posición particular del mismo Derecho (Redenti).
- 11.- Un medio de tutela del Derecho Subjetivo Privado (Satta).
- 12.- Derecho Subjetivo autónomo diverso del Derecho Privado (Bulow, Wach, Degenkolb, Carnelutti).
- 13.- Derecho a la tutela jurisdiccional (Goldschmidt, Sekel, Heim).
- 14.- Derecho que procede de la presentación de la demanda (Bilow).
- 15.- Derecho Público, Derecho Privado Potestativo, Derecho Concreto, Derecho Abstracto, Derecho Público mate-

rial judicial, negocio jurídico, poder frente al ordenamiento jurídico, derecho a una prestación del órgano jurisdiccional.

Para Pallares las más aceptables son las siguientes;

a) La acción procesal de una entidad jurídica de naturaleza diferente del derecho subjetivo que mediante ella se quiere hacer valer en juicio.

b) La acción procesal es un derecho autónomo, de orden público y por tener esta nota esencial, está sujeta a una legislación específica, diversa de la que concierne al derecho subjetivo.

c) El sujeto pasivo de la acción no es el particular que figura en el juicio como demandado, sino el Estado o el órgano jurisdiccional que administra justicia.

d) El derecho de acción procesal es un derecho cívico y no meramente civil.

e) Su contenido es el conjunto de actividades que debe realizar el órgano jurisdiccional para que las partes ó los terceros ejerciten ante ellos el derecho de petición.

- CAPITULO III -

AUTONOMIA DE LA ACCION - POLEMICA SOBRE LA
AUTONOMIA DE LA ACCION - WINDSCHEID - MUTHER -
WACH - DEGENKOLB (Alemania) - CHIOVENDA - CARNE
LUTTI - REDENTI - CALAMANDREI (Italia).

La famosa discusión acerca del contenido de -
la Actio Romana y la Anspruch Germánica, culminó con el -
reconocimiento de que no había coincidencia entre ambos.

La Anspruch o pretensión formaba en el pensa-
miento de Windscheid primero y en el de Wach después, un
fenómeno jurídico distinto del derecho.

Para la ciencia del proceso, la separación del
derecho y de la acción constituyó un fenómeno similar a -
lo que fué para la física la división del átomo.

Más que un nuevo concepto jurídico, constitu-
yó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fué enton-
ces cuando el Derecho Procesal obtuvo personalidad, des-
prendiéndose del viejo tronco del Derecho Civil.

La doctrina aceptó casi sin reservas esta nue-
va concepción y sobre ella elevó sus construcciones futu-
ras.

Admitida la autonomía del derecho, de la ac-
ción la doctrina perdió unidad y empezó a dividirse en nu-
merosas orientaciones.

Por un lado se dió a conocer la corriente de - doctrina denominada del derecho concreto de obrar que es la que sostiene en lo sustancial, esta línea de pensamiento, que la acción (pretensión) sólo compete a los que tienen razón. La acción no es el derecho; pero no hay acción sin derecho.

En oposición a ésta corriente de pensamiento, - nace otra para la cual la acción constituye lo que se llamó derecho abstracto (por oposición a concreto de obrar).

En ésta corriente de ideas, que se extiende hasta nuestros días y que hoy parece dominar el panorama doctrinal tienen acción, aún aquellos que promueven la demanda sin un derecho válido que tutelar (1).

Sería vano sostener que cada una de estas tendencias tiene toda la razón, como lo sería asimismo, decir que todas ellas carecen de fundamento. Cada una de ellas en las que han trabajado eminentes autores, corresponden a particulares modalidades del derecho positivo, a sus respectivas tradiciones históricas, a la formación intelectual de cada escuela.

Pero una posición que se limitara a reconocer

(1) COUTURE J. EDUARDO - Fundamentos de Derecho Procesal Civil - 3ra. Edición (Póstuma) - Depalma, Buenos Aires - 1962 - Pág. 64.

que cada corriente de pensamiento no es sino el reflejo de la actitud mental de sus autores, colocaría a la doctrina en un plano escéptico que dejaría insatisfechas las necesidades elementales propias de la ciencia.

Entre las doctrinas que se inclinan a favor de la autonomía de la acción, la más importante sin duda alguna, es la sustentada por Degenkolb en Alemania, por -- Alfredo y Hugo Rocco en Italia, por Plosz en Hungría, -- por Dos Reis en Portugal y por Vázquez del Mercado en México a la que se le ha dado el nombre de Teoría de la Acción (2) como derecho abstracto.

La investigación de la acción como derecho autónomo y que constituyó el antecedente de las nuevas escuelas procesales, se inició cuando Windscheid publicó -- en el año de 1856 su libro titulado "La Acción en el Derecho Romano desde el Punto de Vista del Derecho Actual" (3).

Existió en esa época, en Alemania una doble -- terminología; la Actio y la Klage.

La acción era entendida como la potestad inma-

(2) GARCIA MAYNEZ, EDUARDO - Introducción al Estudio del Derecho - 12a. Edición - Edit. Porrúa, S. A. México - 1964 - Pág. 237.

(3) PALLARES, EDUARDO - Derecho Procesal Civil - 1a. Edición - Edit. Porrúa, S. A. - México - 1961 - Pág. 139.

nente al derecho de reaccionar contra la violencia o como el derecho en su tendencia a la actuación; un derecho que nace de la violación. La querella (Klage) era un derecho contra el Estado, pero coincidía con la acción, en cuanto ambas omitían un elemento esencial; la persecución en juicio. Desprendiéndose de esta base, dice Windscheid que la acción no es el derecho mismo, ni tampoco la querella, sino un concepto diferente. Lo que nace de la violación de un derecho, es una pretensión contra su autor, es decir la anspruch que significa pretensión jurídica.

En la Acción Romana, existen otros elementos, como son: la idea de tribunal y la de controversia entre el que ataca y el que se defiende o sea la persecución judicial. Se parece a la querella, en cuanto, como ésta, la acción se dirige contra el Estado, pero se diferencian por que la querella es solo un derecho de obrar, en tanto que la acción supone la actuación. Por eso la concepción civilista la confunde con la pretensión jurídica que nace de la violación del Derecho.

En las Universidades Europeas se estudiaban diversas disciplinas jurídicas como Derecho Romano, Derecho Civil, Derecho Penal, Derecho Mercantil, Derecho Internacional, siendo sus profesores, romanistas, civilistas, penalistas, mercantilistas, internacionalistas. En cambio el Derecho Procesal no existía como ciencia jurídica y --

cuando llegaba a estudiársele se le llamaba "Procedimientos Judiciales". En el campo legislativo y los cuerpos legales que recogían las normas procesales no los llamaban Códigos así tenemos que en España al Código Civil, al Código Penal o al Código Mercantil se le llamaba Ley de Enjuiciamiento Civil o bien Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En Alemania, encontramos que a los cuerpos legales que reunían normas procesales se les llamaba "Ordenanzas", más de un siglo vivió el Derecho Procesal en este ambiente de estrechez, pero en 1856 empezó a evolucionar nuestro Derecho Procesal, siendo en Alemania donde se produce el chispazo que pronto habría de ser resplandor; Windscheid en Dusseldorf crea un trabajo llamado "La Acción del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del Derecho Actual".

Este magnífico estudio tuvo gran importancia por la crítica que le hace otro gran jurista: Muther profesor de la Universidad de Königsberg, que elabora un trabajo llamado "Sobre la Doctrina de la Acción Romana, del actual Derecho Alemán, de la Litis Contestatio y de la Su cesión singular de las Obligaciones", que se publicó en Erlangen en 1857, conteniendo una crítica constructiva del Libro de Windscheid.

A su vez Windscheid, replica con un trabajo - llamado "La Acción Réplica a Muther, publicado en 1857 en Dusseldorf. Estos tres trabajos se conocen con el - nombre de "La Polémica en Torno a la Acción".

Es en esta polémica en donde puede encontrarse el origen del moderno Derecho Procesal que al decir de - algunos autores se sitúa en la década siguiente con el - libro de Oscar Von Bulow sobre "La Teoría de las Excep- ciones Procesales y los Presupuestos Procesales del año 1868.

Así quedaba abierto el camino que seguirían - Kohler, Degenkolb, Stein, Wach, después ya en este siglo Kisch, Goldschmidt, Rosemberg, Schonke, etc., etc., que forman la Escuela Procesal Alemana y cuyas obras, traba- jos e investigaciones representan la literatura procesal precursora de nuestro actual Derecho Procesal como Cien- cia.

La Escuela Alemana encontro en Italia campo - propicio para el desarrollo científico.

La Escuela Italiana fué iniciada por Chioventa, profesor de la Universidad de Bolonia, con un trabajo lla- mado "Prolusión", que leyó el 3 de febrero de 1903 en - su cátedra exponiendo las bases de una doctrina concreta sobre la acción, elaborando más tarde su obra llamada --

"La Acción en el Sistema de los Derechos".

La Escuela Alemana al igual que la Italiana na cen preocupándose por la misma causa "la acción procesal".

Se puede decir que la Escuela Italiana presenta caracteres propios desde el momento en que Chiovenda presenta por separado los conceptos de acción y el Derecho material por lo que no puede confundirse el concepto de acción con el de Derecho Material.

WINDSCHEID.

La célebre definición romana "Nihil Aliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi" - dá origen a proposiciones aparentemente distintas, pero contienen todas un concepto de acción mixto o impuro. -- Unos autores la representan como la potestad inmanente al derecho de reaccionar contra la violencia, o como el mismo derecho en su tendencia a la actuación; otros como un derecho nuevo, existente por sí, que nace con la violación del derecho y que lleva implícita la obligación del adversario de hacer cesar la violación.

Estos conceptos de la acción son mixtos o impu ros, porque se les da como contenido una obligación qual quiera del sujeto pasivo del derecho, incurriendo fácilmente en una duplicidad inútil del concepto mismo del de recho. Es necesario tener presente este estado de la --

doctrina, para comprender y juzgar el famoso escrito publicado por Windscheid sobre la acción en el Derecho Civil Romano, desde el punto de vista del derecho actual - en su obra "Die actio des romischen civil recht vom - - Standpunkte des heutigen Rechts Dussddorf, 1856. El cual constituye el antecedente de las nuevas escuelas procesales, dando comienzo a la investigación de la acción como derecho autónomo.

En Alemania existía una doble terminología: - la actio romana, que representaba el derecho procesal romano clásico; y la Klage entendida Klagerecht o derecho de querrela, concepto que adquirió durante el procedimiento medieval germánico.

La actio se refería propiamente a una actividad directa contra el obligado a diferencia de la Klage o querrela que se comprende como dirigida al Estado.

La Teoría de Windscheid (4) conduce desde esta doble base romana y germana a la negación de la acción, tal y como antes se entendía.

(4) ROMERO MAURO MIGUEL Y. - Derecho Procesal Teórico - Tomo II - Imprenta y Librería "Casa Martín" Valladolid - 1934 - Pág. 43.

La actio romana no es el mismo derecho metafóricamente considerado, el acto que acompaña su modo normal de aparición a la vida, esto es el juicio prometido por el pretor no es pues, el nuevo derecho que surge con la violación, no es el derecho de hacer, el Klagerecht. Este es un concepto creado por los juristas sin realidad en el Derecho Romano ni en el Moderno.

Windscheid cambia el uso común y substituye a la acción con el término anspruch, que en Italia significa pretensión, demanda o razón, pero no significa necesariamente pretensión fundada, y algunos para hablar con más claridad dicen "Pretensión anspruch".

Puede decirse que con esta teoría del célebre pandectista se inició una serie de innumerables cuestiones que tuvieron por objeto la determinación precisa del concepto anspruch, pero que cada quien entiende a su modo. Los más fieles a Windscheid, consideran el mismo derecho real como un compuesto de anspruch condicionales y a término, otros autores emplean la palabra anspruch para designar el derecho violado o lesionado es decir el estado de derecho no cumplido.

Gierke (5) considera que el término ans-

(5) ROMERO MAURO MIGUEL Y. - Principios del Moderno Derecho Procesal Civil - Imprenta y Librería de Andrés Martín - Valladolid - 1931 - Pág. 109.

pruch es la tentativa de resurrección de la acción romana, como un concepto intermedio entre derecho y acción.

Fadda y Bensa terminan por reconocer el parecido de derecho, acción y razón, porque acción y derecho son inseparables, un concepto solo, ya que la acción representa la reacción del derecho contra la violación o el desconocimiento del mismo y la razón equivale a potestad de obtener de la persona, la satisfacción o el cumplimiento del derecho violado.

Windscheid, forma a base de su doctrina un concepto figurado de la acción romana, pero autores posteriores como Bolchine reproducen con nuevas palabras el concepto antiguo de la acción.

MUTHER.

Muther (6) niega que de la violación del derecho absoluto nazca un derecho nuevo contra el particular, sea como lo entiende Savigny, o como lo entiende Windscheid. Pero cuando el derecho de hacer o de pedir tiende a que el Estado ejercite su poder contra el deman

(6) ROMERO MAURO MIGUEL Y. - Principios del Moderno Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 111.

dado la acción viene referida inmediatamente a la obligación del obligado y se dice que se dirige contra el particular y comprendida como un derecho condicionado a la violación de este, se llega en Roma a considerar a la acción como sinónimo de obligación.

Muther ha tratado de reíntegrar con este concepto, la verdadera posición que está formada por dos elementos; el derecho originario privado, que existe tal cual es, a excepción del cambio natural que la lesión provoca en el derecho absoluto y en la obligación de no hacer, es decir, es el derecho a la tutela jurídica espectante del individuo contra el Estado, pero cuando este segundo derecho tiene por presupuesto el primero, el derecho procesal de obrar tiene una base de derecho privado como claramente se ve. Muther, al igual que Hasse argumenta también la existencia de la acción, que no tiene a la prestación del demandado.

Windscheid y Muther están de acuerdo en cuanto admiten el derecho procesal de accionar como un derecho sobre el Estado y contra el adversario, como la facultad de perseguir con la acción, lo que se desea de la parte contraria.

Para Windscheid y Muther la acción es un poder o facultad jurídica.

WACH.

En la moderna doctrina Alemana, Wach (7) después de haber luchado por la idea de un derecho subjetivo de obrar contra el Estado, ha encontrado la renovada tesis de un derecho a la tutela jurídica, particularmente sobre la base de alguna figura procesal que tenga por objeto un proceso y una relación jurídica privada respecto a su existencia.

Wach, llega a la conclusión que el derecho a la tutela pertenece al derecho público y al derecho procesal corresponde regular el presupuesto, esto es el interés jurídico de accionar.

Esta teoría tuvo gran importancia en el nacimiento del concepto moderno de la acción, porque a ella se debe la separación radical de los dos conceptos, el de acción y el de pretensión.

(7) ROMERO MAURO MIGUEL Y.- Principios del Moderno Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 113.

DEGENKOLB.

Degenkolb (8) dice que debe aportarse a la doctrina procesal una base autónoma objetiva e imparcial, Windscheid proporcionó con dicho fin la concepción civilista de la acción.

La doctrina de Degenkolb ha tenido ardientes defensores, entre los que destaca Jellinek en 1892, ya que acepta especialmente la naturaleza pública del derecho de accionar.

Se acerca al concepto de Degenkolb en Italia, Mortara.

AUTONOMIA DE LA ACCION.

TEORIA DE CHIOVENDA.

Chiovenda considera que la acción es un derecho autónomo potestativo y nos dice: "que cuando la situación de hecho no corresponde al derecho, este se dice lesionado, puesto que el derecho nos garantiza en to--

(8) ROMERO MAURO, Miguel Y. - Principios del Moderno Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 109.

do caso la expectativa de un bien imponiendo a los demás cierta conducta positiva o negativa que se traduce en mandatos y prohibiciones (9).

Un derecho lesionado puede originar el nacimiento de un nuevo derecho, es lo que nuestros autores consideran una acción que participa del lesionado y que tiene por objeto la reparación del mismo o en su defecto al resarcimiento del daño causado, lo que ocasiona que haya iguales clases de estos derechos lesionados que de los demás, es decir reales y personales.

Chiovenda acepta después el cambio de los derechos lesionados por otros, que él llama derechos potestativos, los cuáles envuelven un poder jurídico entre los que figura la acción que define, "como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley", y agrega, que la acción es un bien y un derecho autónomo, que tiene naturaleza pública o privada, según sea la norma cuya actuación produce. Por lo general nace de la violación de la norma garantizada de un bien de la vida, en virtud de lo cual buscamos

(9) ROMERO MAURO, Miguel Y. - Principios del Moderno Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 137 y Sigts.

su actuación, que se desprende del derecho subjetivo ---- (real o personal). Derivando de esta norma los dos derechos son diferentes y de contenidos completamente distintos.

La concreta voluntad de la ley que corresponde a cada obligación es mucho más extensa y comprensiva que la obligación misma, aún naciendo de una libre manifestación de voluntad de los sujetos; mientras la obligación por sí, constriñe al obligado a dar al acreedor un bien de la vida, por medio de la propia prestación, la voluntad de la ley, comprende y garantiza al acreedor, aunque la obligación no tenga lugar, o no se cumpla la consecución de aquel bien a que se refiere la obligación.

Mientras el derecho de obligación, aún después de su cumplimiento, mantiene su dirección hacia la prestación del obligado; el derecho de acción aspira a conseguir el bien garantizado por la ley.

García Máynez, considera que la tesis de Chiovenda implica la negación del concepto mismo del derecho en el sentido de facultad normativa (10).

CARNELUTTI.

Carnelutti define a la acción en los siguientes términos: "La acción es un derecho público subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano para obtener del -- Estado la composición del litigio" (11).

También la define como "un derecho público - subjetivo del procedimiento judicial en general; pero - no a la sentencia justa".

El pensamiento procesal de Carnelutti, llega a la cúspide como tarea legislativa, con el Proyecto Carnelutti de 1926, y como trabajo doctrinal en el sistema (12), estas dos obras al igual que las "lezioni" --- (que son su antecedente), así como varias monografías y artículos se basan en unas cuantas directivas y nociones tan acusadas, que hacen inconfundible la producción Carne

(11) PALLARES, Eduardo - Diccionario de Derecho Procesal Civil - Edit. Porrúa, S. A. - México 1960 - - Pág. 18.

(12) ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto - Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional - -- Edición de la Revista de Jurisprudencia - Argentina, S. A. - Buenos Aires 1944 - Pág. 731.

lutiana, sin más objeto que el de aportar algunos rasgos - más característicos.

Carnelutti sostiene: Que la evolución del Derecho procesal se ha formalizado en el sentido de dar más importancia a las obligaciones y a los cargos, que a los - derechos subjetivos.

En el Derecho Romano se confundieron las acciones con los derechos civiles que se ejercitaban en - el juicio, y esto se debió a que muchos de esos derechos solo se otorgaban al mismo tiempo que se concedía la acción, para acudir al juez. El derecho estaba incluido en la acción y nacía cuando esta se daba.

Para Carnelutti la acción, no es el derecho a la tutela jurídica, sino el derecho al cumplimiento de actos en que se resuelve la tutela (13), en otras palabras no es el resultado sino el medio el que representa su contenido.

Son presupuestos de esta doctrina los siguientes:

a) La diferencia entre el interés en litigio

(13) PALLARES, Eduardo - Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 145.

y el interés en la composición del litigio. Si A demanda a B, el pago de mil pesos por concepto de renta, el interés en litigio es el relativo a dicho pago, al cual se resiste el demandado.

Además de ese interés interno, A tiene otro - distinto, que consiste en lo que Carnelutti llama "el - interés en la justa composición del litigio", o sea que el juez pronuncie sentencia en la que se declare de manera definitiva, si B está obligado a pagar los mil pesos y se le amenaza a hacerlo.

El interés en litigio es de carácter privado, en tanto que el interés en la composición del litigio, es de orden público.

b) La concepción especial de Carnelutti respecto de lo que debe entenderse por derecho subjetivo, es la siguiente: un interés debidamente protegido por - medio de una obligación cuyo cumplimiento depende de un acto de la voluntad del titular del derecho. La existencia de la obligación no es independiente de dicha voluntad y ésta tiene carácter trascendente con respecto a la existencia de aquélla.

Partiendo de estas premisas Carnelutti sostiene:

I.- Que la acción procesal es un derecho subjetivo de orden público, un auténtico derecho de carácter cívico.

II.- Que el interés protegido por ese derecho, no es el interés en litigio sino el interés en la composición del litigio mediante sentencia.

III.- Que el sujeto pasivo del derecho de acción, no es el demandado ni el deudor de la obligación, cuyo cumplimiento se exige en el juicio. Los sujetos pasivos son los funcionarios encargados de administrar justicia, quedando en consecuencia fuera de la órbita del derecho de acción, los testigos, los peritos y en general, los terceros que de un modo o de otro intervienen en el juicio.

IV.- Que los particulares que ejercitan el derecho de acción, llevan a cabo una función pública y - que el Estado permite lo hagan, porque el interés que aquellos tienen en la composición del litigio hasta para que la acción cumpla su fin.

V.- Que el contenido del derecho de acción -- consiste en la obligación a cargo de los funcionarios judiciales de proveer a las peticiones de las partes.

VI.- Que el derecho de acción no sólo corresponde al actor sino al demandado.

VII.- Que el derecho de acción, no otorga la facultad de obtener una sentencia favorable ni menos una sentencia justa.

VIII.- Que el derecho de acción no es un derecho potestativo como sostiene Chiovenda. Carnelutti dice a este respecto "la concepción de la acción como derecho potestativo representa un derivado de su noción como derecho al proveimiento favorable, pero agrava el error desde dos puntos de vista: en cuanto se pone como sujeto pasivo de la acción a la contraparte, como aquella que debería sufrir el efecto jurídico considerado como objeto del derecho, y en cuanto suponiendo la categoría de los derechos potestativos, confunde el derecho subjetivo con la facultad.

Carnelutti dice: que así como el desinterés es un requisito necesario para decidir, el interés es un requisito excelente para demandar.

REDENTI.

Redenti (14), admite que la posición íntima o interna del Ministerio Público, en los casos - en que es llamado al ejercicio de la acción, es radicalmente distinta de la parte privada, por que ejerce una función pública y debe hacerlo según criterios de interés público, pero que no obstante, las manifestaciones extrínsecas de su actividad en sus relaciones con los demás sujetos del proceso, parece que deben uniformarse a la disciplina general y habitual establecida para la parte. Esto no significa que deba ser considerado como parte, por que una cosa es la naturaleza de su intervención y otra las normas a que esté sujeta en su ejercicio.

Lo que establece una separación entre la parte y el Ministerio Público, es el motivo por el cual actúa uno en el proceso civil y la finalidad inmediata que persigue.

El derecho de acción es para algunos tratadis

(14) CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE Y PINA, Rafael de -
Instituciones de Derecho Procesal Civil - Ob.
Cit. - Pág. 128.

tas una especie de derecho de petición, pero los que así opinan no se han dado cuenta de las diferencias - esenciales que existen entre estos dos derechos.

CALAMANDREI.

Calamandrei (15) dice que los civilistas del siglo último tomaron como punto de partida el esquema típico de la relación privada de la obligación.

El derecho subjetivo del acreedor se dirige, en primer lugar, a la prestación del deudor, si éste no cumple, el acreedor puede entonces, acudiendo a -- aquella garantía jurisdiccional que está implícita en el derecho subjetivo, dirigirse al Estado, con objeto de obtener a través de la condena del incumplidor, a aquella misma satisfacción del propio interés individual que habría obtenido de haberse producido el cumplimiento voluntario.

(15) PIERO CALAMANDREI - Instituciones de Derecho Procesal Civil - Vol. I - Ediciones Jurídicas - Europa - América - Buenos Aires - 2da. Ed. 1962 - Pág. 241.

La acción considerada como derecho a obtener del deudor, mediante la sujeción impuesta por el Estado, el equivalente de la prestación debida, no es, --- pues, una cosa que esté fuera del derecho subjetivo, --- sino que es solamente un aspecto o un momento del mismo derecho subjetivo, un poder, inmanente en él, con --- imágenes que no constituyen definiciones, como cuando se dice que el derecho subjetivo "elevado a la segunda potencia o también en pie de guerra".

Al derecho subjetivo, no le corresponde solamente, desde el punto de vista pasivo de la relación, --- la obligación, sino también la sujeción del deudor, el cual, aún cuando no quiera cumplir, responde con los --- propios bienes de la obligación asumida: la acción por consiguiente como poder de provocar la sujeción del --- deudor, no existe como derecho separado, sino que constituye uno de los modos en que se puede ejercitar el --- derecho subjetivo privado.

La doctrina civilística creyó corroborar la --- concepción de la acción en la célebre definición "nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio --- persequendi", según la cual la acción es concebida como un derecho, si bien dirigida a perseguir el mismo ---

objeto que se debe en fuerza de un derecho subjetivo - sustancial (quod sibi debeat).

De estas teorías civilísticas, que negaban la autonomía de la acción reabsorbiéndola en el mismo derecho subjetivo sustancial se separó en la segunda mitad del siglo pasado la doctrina procesalística especialmente alemana, la cual consideró que, si en la mayor parte de los casos la acción presupone la insatisfacción del derecho subjetivo sustancial puede por consiguiente, aparecer como un aspecto secundario del originario derecho a la prestación.

Existen, sin embargo, numerosos casos en los que el derecho de ciudadano de invocar en el propio interés la asistencia jurisdiccional del Estado, no tiene como condición el incumplimiento de un obligado, -- que constituye un medio de tutela jurídica por sí mismo, el cual podrá siempre tener como su presupuesto, -- directo o indirecto, la inobservancia del derecho objetivo, pero no necesariamente la insatisfacción del derecho subjetivo a la prestación (ejemplo típico; el de la acción con que se trata de obtener una providencia de mera declaración negativa de certeza).

A la teoría de la acción comprendida como derecho a la tutela jurídica se hicieron varias objecio-

nes, las cuáles se reducían a observar que el esquema-privadístico de la relación entre el titular del derecho y el obligado, no se presta a incluir la situación en que realmente se encuentra el ciudadano que pide -- justicia frente al Estado que la administra.

La teoría de la acción como derecho potestativo, parece pues la más indicada históricamente al proceso civil regulado por el nuevo Código de Procedimiento Civil Italiano de 1940, el cual no dá ninguna deficion y deja a la doctrina el oficio de determinar este concepto , pero esto no quiere decir que otras teorías puedan manifestarse como históricamente más apropiadas para explicar una realidad social distinta de la pre--sente.

- CAPITULO IV -

LA TEORIA DE LA ACCION COMO UNA FORMA DE
PETICION. E. J. COUTURE. - ACCION Y JUSTICIA.
ACCION Y DERECHO. - ACCION Y PRETENSION.

Se ha dicho que la acción es el poder que tie
ne todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos ju-
risdictionales para reclamarles la satisfacción de una
pretensión. Este derecho ha sido motivo de discusio--
nes y confusiones; se ha confundido con otros poderes
jurídicos o facultades denominándoseles con el mismo -
nombre de acción y después de casi un siglo, se ha lle-
gado a determinar su esencia y a formularlo en un artí-
culo dentro de la Declaración Universal de los Derechos
Humanos, dándosele aprobación en una asamblea de las -
Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

El derecho de acción se ha expuesto como un -
atributo del individuo, pero al mismo tiempo como la -
comunidad se encuentra interesada en la efectividad de
su ejercicio, se ha dicho que la acción tiene carácter
público.

La acción tiene varias acepciones distintas, - así Pekelis manifiesta que se le han fijado 15 acepciones distintas, Couture dice: que en cierto estudio se han enumerado 23 definiciones y cita a García Váldez, - en la Teoría de las Acciones y de su acumulación (1).

El concepto de acción ha evolucionado en el tiempo y en el espacio, así comparándola con nuestra época, no es igual el concepto de acción civil con el de la Actio Romana, ni con la cultura Anglo-Americana; igualmente en la actualidad, se puede hablar de la acción como sinónimo de derecho, pretensión y facultad - de provocar la actividad de la jurisdicción. El derecho romano confundió la acción con el derecho, llegándose a afirmar que la acción era el derecho en movimiento y todavía a mediados del siglo pasado se sostuvo esta concepción, pero llegó un momento en que el derecho procesal adquirió su propia personalidad, desprendiéndose del viejo tronco del derecho civil, y como consecuencia han aparecido orientaciones modernas como el - llamado derecho concreto de obrar, esto es, que la ac-

(1) COUTURE, Eduardo J. - Fundamentos del Derecho - Procesal Civil - 3a. Ed. (Póstuma) - Edit. Depalma - Buenos Aires 1962 - Pág. 59.

ción solo compete a los que tienen razón. Otra teoría la conceptúa como el derecho abstracto de obrar, en -- otras palabras, al derecho de los que tienen razón y -- al de los que no tienen razón (Degenkolb); por otro lado cabe distinguir una corriente que configura a la acción como un derecho potestativo consistente en aque-- llos derechos que dependen exclusivamente de la volundad de su titular; otra corriente es la que considera a la acción como un simple hecho sin darle categoría -- de derecho. Una nueva orientación doctrinal ha surgido en los últimos tiempos, considera que el concepto -- de acción no es absoluto sino relativo, según afirma -- esta tendencia el concepto de acción, corresponde más que a una consideración profunda de este fenómeno, a -- particulares reacciones sociales, culturales y aún políticas de quiénes tratan de interpretarla. Por último, para concluir con este conjunto de orientaciones, -- parece observarse en los últimos tiempos una tendencia a acortar las distancias doctrinales, a deponer ciertas intransigencias y a concebir lo que se ha llamado "unidad de la acción" (2).

TEORIA DE LA ACCION COMO UNA FORMA DE PETICION.

La teoría de la acción como una forma de petición, sustituye el ejercicio de los derechos por acto propio, mediante la tutela por acto de la autoridad y si esa substitución sólo se realiza a requerimiento de parte interesada, cabe admitir que este poder de requerir forma parte del poder jurídico de que se haya asistido todo sujeto de acudir ante la autoridad a solicitar lo que considera justo.

El derecho de petición ha llegado en la mayoría de las Constituciones políticas de los Estados a ser una garantía individual, así en nuestro país se encuentra tutelada en el artículo 8º, en Cuba en el artículo 36, en Panamá en el artículo 46, en Uruguay en el artículo 318 al tenor siguiente: "Toda autoridad administrativa está obligada a decidir sobre cualquier petición que le formule el titular de un interés legítimo en la ejecución de un determinado acto administrativo y a resolver los recursos administrativos interpuestos contra sus peticiones" (3). El tratadista, Eduardo J. Couture en su obra dice: "que el derecho de

petición es considerado por los escritores clásicos del derecho constitucional como una expresión formal, pues - ese derecho es inseparable de toda organización en forma de Estado, se ejerce indistintamente ante todos y ante - cualquier autoridad". Los particulares pueden igualmente hacer valer el derecho de petición ante autoridades - judiciales; derecho que se va fortaleciendo a medida que el poder judicial da origen a leyes procesales cada vez más perfeccionadas, esto es, que aseguran su ejercicio y eficacia.

El derecho que estamos examinando originalmente constituyó un derecho privado (private bill) actualmente está plasmado por normas de derecho Constitucional y ha adquirido un carácter público de garantías (right - of petition). Inicialmente el derecho de petición apareció como un derecho individual en el Bill of rights de - 1689; a partir del siglo XVIII se diferenciaron los tres poderes tradicionales, el Legislativo, Ejecutivo y el Ju dicial y el rey era al mismo tiempo juez, gobernante y - legislador. El maestro Couture en su obra citada escribe "la jactanciosa frase de que el Estado era él, consti tuía una exageración, pero no una falsedad" (4). El

(4) COUTURE, Eduardo J. - Ob. Cit. - Pág. 75.

derecho de petición originalmente se ejerció ante una autoridad con todas sus facultades y al advenimiento de - los tres poderes, el derecho de petición se transforma y adquiere caracteres específicos ante cada uno de esos poderes. Así en la Constituyente Francesa de 1791, Le Chapelier distinguía entre la plainte y la petition, correspondiendo la primera a la querella o reclamo de todo in-dividuo que había visto menoscabado su derecho por la autoridad y la segunda solo a los ciudadanos y así Robes-pierre combatió esta distinción, por cuanto con ello se limitaba el derecho de petición a los ciudadanos y no a los individuos.

El derecho de pedir, es independiente de la -- justicia de lo pedido, el primero no requiere un examen del contenido de la petición ya que es un derecho de ga-rantía, en otras palabras la autoridad debe admitir lo - solicitado, para su indagación o reconocimiento con arre-glo al procedimiento establecido o reglamentado, siendo similar este sistema en el orden administrativo, en le-gislaciones que han codificado normas generales en el ra-mo contencioso-administrativo. El derecho de petición - es un precioso mecanismo o instrumento para relacionar - el gobierno con el pueblo; mediante este derecho, llega al Estado la querella, por un derecho agraviado y desde este ángulo la acción civil no difiere en su esencia del

derecho de petición ante la autoridad. Existen otras especies de derecho de petición, como la apelación de ciertos actos del gobierno municipal ante el Parlamento, el contencioso administrativo, querrela criminal, etc.

En contraste a lo que sucede cuando se ejercita el derecho de petición ante el Parlamento, el Poder Judicial trae aparejada una coacción para el demandado, quien debe acudir a su llamado a defenderse, si no desea sufrir las consecuencias perjudiciales de la ficta confesio, igualmente es coactivo ese poder para el Juez, pues debe pronunciar sentencia, ya que si no lo hace atrae -- aparejada responsabilidad judicial.

ACCION Y JUSTICIA.

La acción no fué sino el resultado de haber - eliminado la violencia personal, sustituida por la obra de la colectividad organizada; esto es, el instinto de - hacerse justicia por su propia mano desapareció para que entrara un elemento que portara una justa reacción por - acto racional y reflexivo de los organismos de la colectividad jurídicamente ordenados y así Couture manifiesta que: "la acción en justicia es, en cierto modo, el suz-

titutivo civilizado de la venganza" (5).

La acción tiene su reinado en la sociedad, gracias a la existencia del Estado, a su intervención y su intensión de asegurar la paz y la tranquilidad de los -- hombres en sociedad, atento a las normas jurídicas que -- lo rigen y esta directriz que toma la acción, conduce al campo del derecho público; en cuanto a su finalidad inmediata, sin desconocer también la especie que protege el interés privado. El ciudadano al ejercitar la acción de sempeña una función pública, en cuanto que hace valer la vigencia del derecho de una nación.

ACCION Y DERECHO.

El derecho y la acción son difíciles de separar; el derecho a reclamar ante el Estado muéstrase en -- ciertos momentos confundido con el derecho material o -- sustancial; incluso la formación histórica del derecho -- romano nos muestra un ejemplo de un sistema jurídico sin derecho subjetivo. El derecho no existe; solo existe la

(5) COUTURE, Eduardo J. - Ob. Cit. - Pág. 69.

acción. Durante una larga etapa de este proceso, la Actio -
fué considerada como el derecho mismo y así lo hace saber el
tratadista Scialoja, Saggio in torno a una question e diri--
tto preistorico, en "studi Giuridici".

El derecho comunista y el derecho nacional socia-
lista, tornaron a la idea de una justicia dictada en conside-
ración a exigencias políticas de oportunidad y así en un re-
sumen llamado trayectoria y destino del derecho procesal ci-
vil hispano americano, en estudios de Derecho Procesal Civil
citado por el profesor Couture dice: "La Kampf Vieder au--
f das subjektive Recht no es sino la justificación de un dere-
cho hasta el momento en que la acción es judicialmente acogi-
da y el derecho angloamericano se apoya todavía en amplia me-
dida sobre esta misma concepción; pero en países de habla --
hispana la diferencia entre derecho y acción aparece con bas-
tante claridad; sin embargo, cuando se trata de distinguir -
el carácter abstracto o concreto de estas ideas dentro del -
derecho procesal moderno, la decisión se inclina hacia la --
concepción abstracta (genérica del derecho de obrar). Una -
tesis que tratara de explicar la naturaleza jurídica de la -
acción (que es la acción) debe partir de la base de que cual-
quier ciudadano tiene derecho a que el juez competente consi-
dere su pretensión de acuerdo con las formas dadas por el -
derecho procesal. Rosenberg Lehrbuch dice: "que ese dere-
cho es la porción mínima indispensable de todo este fe----

nómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción" - (6), así mismo se debe tener presente que la acción funciona desde la demanda hasta la sentencia, desconociendo la razón o sin razón del actor; esto es, que la acción vive y actúa prescindiendo del derecho que el demandante quiere ver protegido, que no solo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria, la pretensión del *improbus litator*, merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante que es la sentencia; sin embargo existe una desviación doctrinal, consistente en que debe existir una exigencia de reclamar en el acta "un convencimiento sincero" de su derecho; -- pues si bien es cierto que la acción pertenece al actor sincero como al insincero, también lo es, que este último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos sino fuera de ellos en esfera ilegal, no usa de su derecho sino que abusa de él, pero el hecho de que se tome en consideración esa forma no quiere decir que se desoriente su naturaleza, sino únicamente distinguir entre el derecho y las consecuencias injustas o perjudiciales de su ejercicio.

ACCION Y PRETENSION.

La pretensión (anspruch, pretesa), es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras. La auto-atribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica. Haciendo la distinción entre la pretensión y la acción, ésta, es el poder jurídico de hacer valer la pretensión y como ya hemos visto, la acción existe en el hombre, aún cuando la pretensión carezca de fundamento. Algunos autores entre ellos, Pugliese, se han empeñado en borrar el vocablo acción y recurren directamente al vocablo pretensión.

Tanto en el lenguaje jurídico como en el de la doctrina se encuentra una aparente sinonimia de ambos vocablos; esto es, las teorías relativas a la acción lo hacen bajo la base de la pretensión y principalmente sobre la pretensión infundada.

En este campo del derecho, igualmente es frecuente confundir la acción con el llamado derecho a demandar. Por lo que se ha dicho que: la doctrina que con

figura la acción como un derecho genérico de obrar, confunde la acción con el derecho de demandar y agrega que es un derecho diferente.

Al afirmar que la acción y el derecho a demandar son dos poderes jurídicos diversos, tendremos que -- concluir igualmente que existen tres campos u órbitas del derecho: Primera.- Derecho material como el de la propiedad, Segunda.- La acción, como ejemplo pondremos la reinvindicación y Tercera.- La facultad de demandar en juicio por ejemplo, interponer la demanda reinvindicatoria; sin embargo, esta distinción seguida por algunos autores, hace que otros consideren el derecho de acción como sinónimo de derecho de litigar, así el jurista Couture manifiesta "que el derecho a demandar (rectius: el derecho a promover y llevar adelante el proceso) es, justamente la acción" (7). Todo sujeto de derecho tiene como tal, -- junto con sus derechos que llamamos por comodidad de expresión materiales o substanciales (en el ejemplo la propiedad) su poder jurídico de acudir a la jurisdicción, -- que denominaremos acción y el derecho de demandar no es -- sino el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, ya que el proceso se halla regido por la máxi

xima nemo judex sine actore. La forma de objetar a este catedrático, es la siguiente: La acción se materializa - mediante una demanda y ésta no es más, que el ejercicio de aquélla y al hacer esta disertación no cabe ya en ningún sitio para un tercer derecho, puesto que sería la acción puesta en ejercicio y como quiera que sea, este tercer derecho sería una duplicidad de la acción y el derecho.

- CAPITULO V -

El punto de vista de otros autores: GOLDSCHMIDT
ALSINA.- NICETO ALCALA ZAMORA.

GOLDSCHMIDT.

Para Goldschmidt (1), antiguo profesor de Berlin, el proceso no podía seguir siendo contemplado como una relación jurídica, sino como una situación de derecho, y qué era en definitiva esa situación jurídica, - categoría incorporada a la ciencia procesal por Kohler?. Pues en síntesis y según la definición de Goldschmidt, - era el conjunto de expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas de cada una de las partes, o en otros términos: que los derechos y obligaciones inherentes a la

(1) ALCALA ZAMORA y CASTILLO, Niceto - Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional - Edición de la Revista de Jurisprudencia - Argentina, S. A. - Buenos Aires - 1944 - Pág. 697.

idea de relación jurídica, son reemplazados por esas expectativas, posibilidades, cargas y liberación de cargas integrantes de la situación de derecho. Se ha dicho que la concepción Goldschmidtiana es más sociológica que jurídica.

El pensamiento procesal, tan profundo y sugestivo de Goldschmidt culmina en las dos obras tituladas - "Materielles Justizrecht", en 1905 y "Der Prozess als -- Rechtslage", en 1925, aún cuando sin agotarse en ellas, - es objeto de una exposición sistemática en su Zivilprozessrecht (que forma parte de la famosa "Enzykopaedie der Rechtsund Staatswissenschaft" y que constituye la base - de sus libros castellanos.

La acción para Goldschmidt es "un derecho contra el Estado cuya carga recaé sobre el demandado" (2), o lo que es igual, es un derecho sobre el Estado en que - la persona que va a ser obligada y ejecutada, es la demandada en el juicio, y no el propio Estado!"

(2) PALLARES, Eduardo - Tratado de las Acciones Civiles - Tercera Edición - Ediciones Botas - México 1962 - Pág. 41.

Dice Goldschmidt que la acción o derecho de -- obrar procesal es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo, mediante sentencia favorable (3).

Para poder entrar en el concepto de acción dado por Goldschmidt, es necesario mencionar su doctrina sobre el "Derecho Justicial Material" (4).

Goldschmidt distingue entre derecho substancial, derecho justicial material y derecho procesal. Según él detrás de cada precepto del derecho privado se encuentra su proyección en el derecho justicial material, es decir, que detrás de casi todos los derechos subjetivos, están las acciones correspondientes, un ejemplo muy claro lo tenemos en el contrato de compra-venta que establece el Código Civil en el que el comprador se obliga a pagar por la cosa un precio cierto, si el comprador no cumple, el Estado tiene frente al vendedor el deber de -

(3) PALLARES, Eduardo - Tratado de las Acciones Civiles - Ob. Cit. - Pág. 31.

(4) ALSINA, Hugo - Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Segunda Edición Tomo I - Buenos Aires - 1963 - Pág. 321.

obligar al comprador a pagar el precio. El vendedor tiene así una pretensión de tutela jurídica que la hace valer contra el Estado, a cuya jurisdicción están sometidos todos aquellos que se vinculan por una relación de derecho privado.

El derecho procesal regula la actuación del Juez en el proceso y determina las condiciones para dictar sentencia. Por consiguiente el derecho judicial no es de derecho privado ni de derecho procesal, se considera como una relación de derecho político, con fundamento en la norma de derecho substancial y en virtud del cual puede exigir del Estado la tutela jurídica que en ella está incluida. El derecho privado instituye lo que el particular debe a otro particular, el derecho judicial como un fenómeno concomitante del derecho privado, determina el contenido de la sentencia y el derecho procesal regula el modo de llegar al fallo.

Sobre esta base, Goldschmidt concibe la acción como un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado, para obtener la tutela jurídica mediante una sentencia favorable. Es un derecho contra el Estado pero cuya carga recae sobre el demandado, porque este tiene el deber de soportar la tutela jurídica del Estado.

Por consiguiente tenemos que la acción o dere-

cho de obrar, no tiene carácter procesal, sino que es un derecho justiciario de carácter material.

Consecuentemente los presupuestos de la acción o requisitos para la tutela jurídica son:

- 1.- Un estado de hecho.
- 2.- Que ese estado de hecho sea susceptible de protección jurídica.
- 3.- Que haya necesidad o interés en la protección judicial.

HUGO ALSINA.

La concepción clásica de la acción vinculada a la escuela individualista, fué desarrollada por los juristas franceses y pone el proceso al servicio de las partes y el Estado desempeña el papel de un tercero llamado a dirimir la contienda (concepción privatística).

El estudio de los elementos de la acción, guió a ésta al campo del derecho público y fué Chiovenda - -- quién encontró el punto de equilibrio entre el interés privado y el interés público, al considerar la acción, -- como una condición para la actuación de los órganos del Estado (tendencia publicista).

Hugo Alsina piensa que "la acción es un derecho público subjetivo, mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica" (5). Siendo esta consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional.

Acción y jurisdicción son por lo tanto, conceptos que se corresponden es decir, que la acción es el derecho a la jurisdicción.

La pretensión que se deduce en la acción podrá o no prosperar según que ella esté o no amparada por una norma substancial, pero en cualquier caso la acción se habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá --- puesto en movimiento. Aceptada así la acción se diferencia del derecho substancial bajo distintos aspectos:

1º.- Por su origen, pues el derecho nace de un contrato, un cuasi-contrato, de un delito, de un cuasi-delito o deriva de las relaciones de familia, en tanto que la acción nace del conflicto entre dos personas, sobre la existencia, inexistencia o interpretación de un derecho.

(5) ALSINA, Hugo - Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial - Obra Citada - - Pág. 333.

2º.- Por sus condiciones de ejercicio, ya que están sujetas a reglas diferentes: una persona puede tener capacidad para adquirir un derecho y ser incapaz para defenderlo en justicia, la acción supone una actividad y el proceso donde ella se desarrolla está sujeto a normas propias, en tanto que el derecho supone una situación jurídica cuya protección se pretende mediante la acción.

3º.- Por su objeto, ya que la acción tiende a una sentencia favorable, y el derecho es la regla que la sentencia va a aplicar para la solución de la litis.

4º.- Por sus efectos, pues la acción une al derecho un nuevo elemento: su efectividad.

Esto último es precisamente lo que ocasiona -- que el derecho y la acción estén tan estrechamente vinculados, que puede decirse que se complementan a pesar de su autonomía.

La acción no tiene una función específica, sino que es fundada con miras a la protección del derecho; puede éste faltar y sin embargo, se ha ejercitado la acción, como ocurre cuando la sentencia es desestimatoria de la demanda, pero ello no autoriza, a suponer que la acción pueda deducirse sin otro objeto que su propio ejercicio. El derecho no siempre requiere la protección

de la acción, como pasa en el caso de cumplimiento voluntario de la obligación, pero resultaría ineficaz si no - contase con ella, en los casos de incumplimiento.

Es en este sentido que debe entenderse el viejo aforismo "no hay derecho sin acción, ni acción sin de recho".

El ejercicio de la acción corresponde a cualquiera que pida la protección jurisdiccional, sin el requisito de la previa legitimación, que será considerado en la sentencia. Quien la ejerce obtiene una sentencia favorable, es decir, el reconocimiento de una situación regulada por el derecho privado, acordada por el órgano público que tiene a su cargo la función jurisdiccional, el que resuelve la litis aplicando las normas de derecho objetivo. Desde este punto de vista, puede decirse que la acción tiende a la protección del derecho subjetivo - por medio de la actuación del derecho objetivo.

De esto resultan dos consecuencias: La primera de las cuáles, es que el proceso presta un servicio al particular en cuanto le permite obtener del Estado la - protección de un interés individual; al mismo tiempo que presta un servicio al Estado en cuanto le proporciona la oportunidad de satisfacer el interés colectivo en el mantenimiento del orden jurídico.

La segunda es que esta circunstancia caracteriza a la acción, como un derecho público subjetivo en cuanto ella importa una condición para la actuación de un órgano - del Estado en el ejercicio de una función pública.

Hugo Alsina dice que hay una cuestión muy controvertida que resolver y ésta es la de saber quién es el - destinatario de la acción, el Estado, el demandado o el órgano judicial (6). Porque si la acción es un derecho - que se ejerce contra el Estado, parece evidente que el sujeto pasivo sea éste y no el demandado, por lo que las condiciones para la admisión de la acción en cuanto pretensión, - no deben referirse al demandado sino al Estado; lo mismo -- puede decirse si se concibe la acción contra el órgano judicial.

En cambio, parece evidente que si el sujeto pasivo es el demandado, no puede hablarse de un derecho contra el Estado.

El Estado crea la norma y también la tutela y la acción tiende precisamente a obtener esa tutela, lo cual significa que la acción tiene como fundamento una doble pre

(6) ALSINA, Hugo - Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 335.

tensión; por una parte una pretensión procesal en la que - el actor y el demandado son los sujetos activos, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica mediante la sentencia, por otra parte, esa pretensión dirigida contra el demandado a fin de que éste cumpla la prestación a que se obligó y para que se declare la -- inexistencia de una obligación, y para que en su caso el Estado actúe coactivamente para la satisfacción del derecho. Este concepto establece una línea de separación entre los llamados presupuestos procesales, relacionados a - los requisitos indispensables para la normal constitución del proceso y las "condiciones para la admisibilidad de la acción" en la sentencia, referidas a los fundamentos de la pretensión substancial.

Hay que aclarar que cuando se dice que el sujeto pasivo de la acción, desde el punto de vista procesal es el Estado, debe entenderse que se refiere a los titulares - de la función jurisdiccional, en cuanto actúan como delegados de aquél, de lo que se deriva una doble circunstancia: 1º.- Los funcionarios públicos, comprendidos en esa categoría y desde luego los jueces, están sometidos a dicha exigencia, bajo la garantía de sanciones disciplinarias civiles y hasta penales; y 2º.- Esa responsabilidad puede en - ciertos casos alcanzar al Estado mismo, en su carácter de

titular de la jurisdicción, como en la indemnización por daños y perjuicios ocasionados por dependientes del Estado, - en el ejercicio de sus funciones. .

Alsina considera que esta concepción es aplicable igualmente a la acción penal.

El proceso civil y el proceso penal tuvieron un origen y desarrollo común, lo que explica que por largo tiempo fueran objeto de un tratamiento legislativo unitario.

A principios de este siglo, como consecuencia del florecimiento del derecho penal, la doctrina, marcó - con mucha precisión las diferencias que los separa, proclamando la autonomía del proceso penal y como consecuencia - la separación absoluta entre acción penal y acción civil, lo que dió origen a una reacción, demostrándose en forma - concluyente, que esas diferencias no hacen a la esencia, - sino a la estructura del proceso impuesto por la diferente naturaleza de la materia, a decidir, siendo posible una - teoría general que contenga los principios fundamentales - que los informan, no importando la identificación de la acción, ni tampoco la del proceso.

NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO.

La acción, dice el Dr. Alcalá Zamora, eminente jurisconsulto español, no es un derecho subjetivo sino una mera facultad, e incluso una simple posibilidad (7).

Este distinguido maestro, cree más acertado considerar a la acción como facultad, poder, potestad o posibilidad, que como simple derecho aún dentro de estas cuatro denominaciones propuestas, la más aceptada es la "fa-cultad" la que además de emplearse usualmente como derecho subjetivo, tiene un significado diferente de poder; a su vez, este término y "potestad" representan más de una acepción jurídica y en ambos la idea de dominio prevalece sobre la de posibilidad de actuar y de peticionar, que es, para nosotros el rasgo distintivo.

La necesidad de librar el concepto de acción -

(7) PALLARES, Eduardo - Derecho procesal Civil - Primera Edición - Editorial Porrúa - México - 1961 - Pág. 145.

de contaminaciones iusmaterialistas y la de mantenerlo - diferenciado, aunque unido con el de pretensión, se llega a la conclusión de que la acción, "es tan solo la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo, y, en su caso, la ejecución, respecto de una pretensión litigiosa" (8).

Alcalá Zamora, la caracteriza también como carga jurídica "para que el interés lesionado obtenga satisfacción".

(8) PALLARES, Eduardo - Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 145.

- CAPITULO VI -

LA TEORIA CLASICA EN EL DERECHO PROCESAL
CIVIL MEXICANO - EDUARDO PALLARES.

En México, la doctrina que pudiéramos llamar - tradicionalista de la acción es la que defiende brillantemente el Doctor Eduardo Pallares, este nuevo concepto de acción se desprende del estudio de Windscheid, sobre la actio romana y su polémica con Teodoro Múther, que -- cooperaron a la diferenciación entre el derecho a la --- prestación en su dirección personal y el derecho de ac--- ción, como derecho autónomo, encaminado a la realización de la ley por la vía del proceso (1).

Pallares distingue el que pudiera llamarse De- recho Constitucional de Acción, o sea el derecho que nues- tra Constitución otorga en los artículos 8º y 17º del De- recho Procesal de Acción, que es el reglamentado en el - Código de Procedimientos Civiles, o sea la manera como -

(1) CASTILLO LARRAÑAGA, José y De PINA, Rafael - Ins- tituciones de Derecho Procesal Civil - 2a. Ed. - Edit. Porrúa - México - 1950 - Pág. 124.

debe ejercitarse el derecho constitucional de acción, - considerándolo como derecho general y abstracto. Consiste en obtener que el orden jurisdiccional de entrada a la demanda, tramite el juicio, pronuncien las resoluciones que correspondan y ejecute sus resoluciones, igualando con la potestad jurisdiccional.

El Derecho Procesal de Acción o mejor dicho la Acción Procesal es el conjunto de medios legales, fórmulas y procedimientos por los que se ejercita el Derecho Constitucional de Acción (2). En este sentido el autor de referencias clasifica a las acciones en: Ejecutivas, ordinarias, sumarias, preventivas, etc., lo que de ningún modo puede predicarse del otro derecho de acción.

La teoría clásica extractada en la definición de Celso estima a la acción como un derecho subjetivo - que deriva del derecho substantivo al que protege y garantiza (3).

Chiovenda y los jurisconsultos modernos, han sostenido contra ella la afirmación de que la acción, es

(2) PALLARES, Eduardo - Diccionario de Derecho Procesal Civil - Edit. Porrúa - México - 1960 - Pág. 18.

(3) PALLARES, Eduardo - Tratado de las Acciones Civiles - 3a. Ed. - Ediciones Botas - México - 1962 - Pág. 48.

un derecho autónomo, es decir que es un derecho que existe independientemente del derecho substantivo al cual se refiere y protege.

Algunos autores han pretendido demostrar la autonomía de la acción mediante estos razonamientos:

a).- Puede ejercitarse una acción sin ser titular del derecho subjetivo que ella supone. Son muchas las demandas que se presentan en los tribunales sin fundarse en ningún derecho;

b).- Mediante la acción se obtiene más de lo que se podía exigir sin ella, a virtud del derecho que ella misma garantiza;

c).- La acción se extingue y sin embargo, el derecho que garantiza sobrevive a ella;

d).- La acción puede modificar y aún extingue el derecho correlativo;

e).- Un derecho ya extinguido puede volver a nacer a virtud de la acción.

Examinando la naturaleza y valor jurídico de las objeciones anteriores, Pallares dice, que efectivamente puede ejercitarse una acción sin que exista el derecho subjetivo a que ella se refiere. Por centenares -

se presentan en los tribunales demandas que carecen de - fundamento legal. Para Pallares esta objeción no es válida ya que confunde el hecho con el derecho es decir, - lo que es con lo que debe ser. Hay que tomar en cuenta que la ciencia jurídica es principalmente normativa y -- que pertenece a lo que debe ser, no a lo que es. El ejercicio legítimo de la acción supone la existencia del derecho base de ella. Cuando el litigante pone en juego - una acción que no posee, se le condena en las costas, -- además el que ejercita una acción afirma que es titular del derecho protegido por la acción.

Una vez que el juez sentencia, lo primero que hace es declarar si el actor ha probado a no ser el titular de la acción y si efectivamente tenía el derecho a - que se decía poseedor.

Cuando el actor ha probado su acción, se declara la procedencia de ella; en caso contrario se rechaza por que el demandante afirmó tener lo que no tenía. Como los tribunales no pueden, prima facie, saber si el actor tiene o nó la acción que ejercita, se ven obligados a admitir la demanda sin que por eso se entienda que declaran que existe la acción, lo que se resuelve en el fallo definitivo.

La acción procesal procede cuando en la sentencia definitiva, el juez, una vez examinadas las pruebas resuelve que el demandante efectivamente ha demostrado -

ser titular de la acción. Para presentar una demanda - basta con tener personalidad procesal y llenar los requisitos de la ley con respecto a las formalidades judiciales.

b).- La segunda objeción consiste en decir, que por medio de la acción el acreedor puede conseguir más - de lo que puede pedir por medio del ejercicio de su derecho, lo que no resulta cierto ya que todo derecho lleva implícito la acción judicial correspondiente.

c).- Chiovenda dice, que la acción se extingue cuando se pronuncia sentencia en el juicio. Pallares considera que esto es erróneo ya que en nuestro derecho subsiste hasta que se ejecuta plenamente el fallo.

Si se admite que la sentencia produce una modificación substancial en el derecho que sirvió de base a la demanda, entonces hay que reconocer que este derecho se extingue con la sentencia.

No hay que dudar que la acción, al ser ejercitada tiene efectos jurídicos de substancia sobre el derecho a que ella se refiere: lo modifica, lo aumenta o lo disminuye según los casos.

Teniendo como fundamento lo anterior podemos - concluir que los jurisconsultos modernos sostienen que -

la acción es un derecho autónomo, esencialmente distinto del derecho subjetivo al que se refiere y que puede existir sin que este último exista.

Pallares no opina así y las conclusiones a que llega son las siguientes (4):

1º.- La acción procesal civil es un derecho, - derecho que dimana del derecho subjetivo, al que se refiere y protege.

2º.- La acción es institución del derecho privado, lo que la distingue de la acción penal que es institución de derecho público.

3º.- La acción es un derecho distinto del derecho subjetivo que protege, pero no independiente de él y autónomo, lo que demuestra fácilmente el hecho de que desde la Ley de las Doce Tablas hasta nuestros días, el derecho subjetivo da fisonomía especial a la acción correspondiente.

4º.- El ejercicio de la acción produce modificaciones de substancia en el derecho subjetivo, lo que no debe interpretarse en el sentido de que la acción sea autónoma y no derive del derecho subjetivo.

(4) PALLARES, Eduardo - Tratado de las Acciones Civiles - Ob. Cit. - Págs. 51, 52 y 53.

5°.- Los efectos que produce el ejercicio de la acción sobre el derecho subjetivo puede explicarse más bien refiriéndose a las resoluciones judiciales, que son las que en realidad, modifican, en pro o en contra, el derecho subjetivo, en tanto que lo declaran, lo reconocen o lo niegan.

6°.- El hecho de que, en los juzgados se ejerciten acciones sin que existan los derechos civiles que ellas presuponen, no significa nada contra la doctrina que ve en la acción un derecho derivado y conexo del subjetivo civil.

7°.- Los errores cometidos en las resoluciones judiciales tienen la virtud de otorgar un derecho al que carecía de él o negar un derecho al que realmente lo tiene, pero no valen como objeción contra la teoría de que somos partidarios, sólo significa que las instituciones jurídicas participan de los males e inconvenientes de todas las cosas humanas y que el legislador, por razones de conveniencia social, ha tenido que legitimar y dar fuerza de derecho a los errores e injusticias cometidas por los jueces y magistrados.

8°.- Sólo confundiendo la acción procesal-civil con el Derecho Individual garantizado por el artículo 17

de nuestra Constitución, o sea con el derecho de poder en todo tiempo, pedir y obtener justicia de los tribunales y poner en juego su actividad procesal, puede afirmarse que la acción es un derecho autónomo, independiente, y de naturaleza substancialmente diferente del derecho subjetivo civil que mediante ella se pone en acción.

9º.- Hay acciones declarativas que participan de la naturaleza de los derechos simplemente declarativos de que habla Chiovenda; pero nó todas las acciones procesales tienen ese carácter y, por lo tanto, la tesis de Chiovenda dice Pallares es incompleta.

10º.- La acción puede considerarse también como "procedimiento" como conjunto de trámites, fórmulas y solemnidades. Así la caracteriza la ley cuando reglamenta las acciones ejecutivas, las sumarias, las verbales, etc.

11º.- Todo derecho civil subjetivo, en principio tiene en potencia la acción procesal correspondiente, pero ésta solo nace cuando el derecho es desconocido o violado.

Los juristas clásicos clasifican las acciones en la forma siguiente:

1.- Acciones personales, que son aquellas en -

las que se ejercita un derecho personal y se exige el cumplimiento de una obligación también personal.

2.- Acciones reales, son aquellas en virtud de las cuáles dimana un derecho real y se exigen por ellas el cumplimiento de una obligación de la misma naturaleza.

3.- Acciones mixtas, son aquellas que participan tanto de personales como de derechos reales.

4.- Acciones petitorias, son aquellas por medio de las cuáles, se protege el derecho a la propiedad, reales y en general el derecho respecto de las cosas y no de mera posesión de ellas.

5.- Acciones posesorias las que son contrarias a las anteriores que protegen solo a la posesión.

6.- Acciones del Estado Civil, son las que corresponden a las declarativas del Estado Civil, las que rectifican las actas del Estado Civil en los términos del artículo 24 de la Ley.

7.- Acciones Mobiliarias, son las que se refieren a bienes muebles e inmuebles.

8.- Acciones prescriptibles e inprescriptibles, las que pueden extinguirse por prescripción.

9.- Acciones Ordinarias, son las que se ejercitan en un juicio ordinario.

10.- Acciones Sumarias, son aquellas que provocan en un juicio sumario, y sumarísimas las que pueden - tramitarse por esta vía.

11.- Acciones Ejecutivas, las que se fundan en título ejecutivo y dan lugar a juicios de la misma naturaleza.

12.- Acciones Hipotecarias, son las que se refieren al derecho real hipotecario.

13.- Acciones Principales y Accesorias, las -- primeras son aquellas que subsisten por sí mismas y contienen una obligación principal en tanto que las accesorias son las que demandan el pago de daños y perjuicios.

14.- Acciones Subsidiarias, aquellas que se -- ejercitan con el carácter de eventuales y se corresponden al Tribunal a efecto de que las examinen para el caso de que se declare improcedente la acción principal.

15.- Acciones Prejudiciales, son las que se deben ejercitar antes de otras, de las que son su presupuuesto jurídico.

16.- Acciones Mancomunadas, aquellas que ejercen

citan derecho mancomunados.

17.- Acciones contrarias, las acciones que no pueden ser al mismo tiempo procedentes, pero sí improcedentes.

18.- Acciones Contradictorias, son aquellas que no pueden ser al mismo tiempo, procedentes o improcedentes porque de ser una procedente, lógicamente, la otra debe ser improcedente.

19.- La Acción Subrogada, es aquella que ejercita el substituto profesal.

Los jurisconsultos modernos clasifican las acciones de la siguiente manera: Declarativas, determinativas, de condena, preservativas y constitutivas. Algunos autores agregan las ejecutivas que ya fueron conocidos por los clásicos (6).

1.- Acción Declarativa.- Que es la que tiene por objeto la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento.

(6) PALLARES, Eduardo - Derecho Procesal Civil - Ob. Cit. - Pág. 154.

2.- Acción Constitutiva.- La que tiene por obtener la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho.

3.- Acciones Determinativas.- Que son aquellas que determinan o modifican únicamente el contenido de una relación jurídica, preexistente, o un elemento de ese contenido.

4.- Acciones de Condena.- El que persigue la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación en favor del demandante y, en algunos casos de ordenar la ejecución forzosa.

5.- Acciones de Preservación.- El artículo 1º. del Código dice que la acción puede tener por objeto preservar un derecho, de donde se infiere que hay acciones preservativas.

- CAPITULO VII -

LA ACCION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL. - LA ACCION EN EL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES. - LA ACCION EN EL PROYECTO DE CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1950.

El Código Procesal Civil de 1884 como el vigente se basa en la teoría que los jurisconsultos expresan señalando que la acción es el derecho subjetivo de índole civil en su estado dinámico, que entra en acción cuando es violado. De aceptar este concepto tenemos que hay tantas acciones procesales cuantos derechos subjetivos del orden civil existan, lo que se debe tener en cuenta para la clasificación de dichas acciones. Así tenemos que a los derechos reales, pertenecen las acciones reales, a los derechos personales, las acciones personales, del contrato de venta deriva la acción de venta, del mutuo la de mutuo, y así sucesivamente.

El Código de Procedimientos Civiles de 1884, del Distrito Federal y Territorios define la acción en su artículo 1º. en los siguientes términos: "Se llama acción el medio de hacer valer ante los Tribunales los derechos -

establecidos por la Ley".

El Código actual fiel a la tradición, si bien no reproduce el concepto que antecede, todos sus preceptos con relación a las acciones, como son los relativos a nombres, su clasificación, duración, acumulación, etc., están tomadas de las doctrinas romano-canónicas y de las que pudieran llamarse clásicas.

El mismo Código de 1884 consideraba como acciones reales (Artículo 3º.) las siguientes:

I.- Las que tienen por objeto la reclamación de una cosa que nos pertenece a título de dominio.

II.- Las que tienen por objeto la reclamación de una servidumbre, o la declaración de que un predio está libre de ella.

III.- Las que tienen por objeto la reclamación de los derechos de usufructo, uso y habitación.

IV.- Las hipotecarias.

V.- Las que nacen de los censos consignativo y enfiteúutico.

VI.- Las de prenda.

VII.- Las de herencia y,

VIII.- Las de posesión.

El actual Código de Procedimientos Civiles no define a la acción, sólo le dedica el Capítulo I, formado por 34 artículos.

El Código Federal de Procedimientos Civiles - tampoco define a la acción y solo la menciona en su artículo 24 fracción VI, al referirse al Tribunal competente para conocer:

- a) De las acciones de petición de herencia.
- b) De las acciones contra la sucesión, antes de la partición y adjudicación de los bienes, y
- c) De las acciones de nulidad, rescisión y - evicción de la partición hereditaria.

Así como también la fracción VII del propio artículo 24 que a la letra dice:

Fracción VII.- El del lugar en que se hizo una inscripción en el Registro Público de la Propiedad, cuando la acción que se entable no tenga más objeto que el de decretar su cancelación.

LA ACCION EN EL PROYECTO DE CODIGO DE
PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL
DE 1950.

En diciembre de 1948 la Secretaría de Gobernación dió a publicidad al Anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales - elaborado por los señores licenciados Luis Rubio Siliceo - (Presidente), José Castillo Larrañaga (Vocal) y Ernesto Santos Galindo (Secretario).

La facultad de Jurisprudencia organizó por medio del Seminario de Derecho Procesal Civil un curso colectivo de Conferencias, que sustentaron los más brillantes procesalistas. El propósito del Seminario era que este curso fuera efectivamente colectivo, que respondiese a un plan concertado de antemano, de manera que fuese siguiendo la sistemática del propio anteproyecto había la intención de que el texto fuera analizado en todos sus aspectos, lo cual no fué posible debido a la ausencia a causa del fallecimiento de su padre, del Director del Seminario, lo que ocasionó que no pudieran celebrarse a tiempo las reuniones preparatorias por lo que grandes zonas del anteproyecto -- quedaron sin criticar, entre ellos la que correspondía a la acción ya que habiendo sido fijada dicha conferencia para el 27 de julio no se llevó a cabo.

El Ejecutivo Federal determinó que la Comisión empezará una etapa adicional de trabajos para comparar y captar aquellas observaciones que pudieran ser útiles para mejorar el anteproyecto y preparar el proyecto que debía someterse a esa H. Legislatura, como iniciativa de Ley.

A juicio del Ejecutivo, el proyecto representa un progreso indudable en relación con el Código de Procedimientos para el Distrito y Territorios Federales vigente, además de la obra colectiva, resultado de la experiencia y de la colaboración desinteresada y entusiasta de Magistrados, Jueces, Profesores y Abogados, que contribuyeron con sus observaciones, comentarios y sugerencias.

En cuanto a la estructura del anteproyecto debe decirse que está formado por un título preliminar y tres libros. El libro preliminar contiene disposiciones de carácter general que casi en su totalidad no aparecían en el Código anterior, pero que se ha considerado importante y útil introducir.

El libro primero contiene las disposiciones comunes a todos los juicios, y podría decirse que constituye la parte anatómica del proceso, ya que reglamenta lo relativo a las partes, a la autoridad judicial, a los actos procesales y a los actos prejudiciales. El segundo libro reglamenta la substancia y contenido del proceso en su as-

pecto estático, siendo sus disposiciones comunes a todos los juicios. Comprende este libro, lo relativo a demanda y contestación, pruebas, alegatos y sentencias, recursos y ejecución forzosa. El tercer libro se refiere a los procedimientos propiamente dichos, en este libro se reglamentan los tres juicios básicos que son: el ordinario, sumario y oral.

La acción está incluida en el libro primero, capítulo I, de las acciones y excepciones y comprende del artículo 9º. al 19. Este anteproyecto tampoco da una definición expresa de la acción.

- CAPITULO VIII -

J U R I S P R U D E N C I A

EJECUTORIA

PROCEDENCIA DE LA ACCION.- El juzgador debe - estudiar si está o nó probada la acción y tiene por tanto obligación de examinar todos los argumentos alegados que la parte demandada exprese como apoyo de su negativa, respecto de la procedencia de la acción - Amparo 8165/22, Jesús López, 23 de abril de 1964 - Volúmen LXXXII - Página 9.

COMENTARIO

La Ley establece que el actor está obligado a probar su acción y el demandado sus excepciones, por tanto el Juez al resolver el asunto planteado deberá tener a la vista, las constancias de autos del expediente, para - que en base en ellos determine si el actor probó su acción, puesto que el demandado al negar la acción del actor en su escrito de contestación, se librá de la carga de la prueba quedando ésta exclusivamente a cargo del ac-

tor. El demandado no debe concretarse a decir que niega lo expuesto por el actor en su demanda, sino debe señalar las causas por las cuáles niega, alegaciones que desde luego el juzgador debe examinar. Además la Ley Rituaria en el artículo 81 consagra el principio de congruencia - que el juzgador debe acatar.

EJECUTORIA

PROCEDENCIA.- Para juzgar la procedencia de la acción debe atenderse primordialmente a las afirmaciones de la actora y después atender a sus excepciones.- Amparo 8515/61, Ana María Herrera de Reyes, 18 de abril de 1963, Volúmen LXX, Página 9.

COMENTARIO

Inicialmente el juzgador, al examinar la procedencia de la acción debe revisar minuciosamente la demanda exhibida por el actor, y además la documentación acompañada al escrito inicial de demanda.- En caso de que --- exista excepción interpuesta por la demandada de falta de acción, el juzgador debe proceder a examinar las pruebas ofrecidas por las partes para proceder a declarar si procede o no la acción intentada.

EJECUTORIA

REQUISITOS DE PROCEDENCIA, DEBEN ESTUDIARSE DE OFICIO.- La autoridad debe tomar en cuenta, aún cuando no lo alegen las partes, los requisitos que son de orden público de la procedencia de la acción, esto es, la licitud de la pretensión, la legitimación de las partes y el interés en obrar.- Amparo 5093/56, Angela Carrión de Torres, 24 de julio de 1957, Volúmen XVIII, Pág. 57.

COMENTARIO

En virtud de que el procedimiento es de orden público, o sea, que no puede dejarse a voluntad de las partes, el Juez tiene la obligación de examinar si procede o nó una acción aún en el caso de que los demandados no lo soliciten. Para ello, el Juez debe examinar si están dentro de la Ley las prestaciones exigidas por el actor, si las partes tienen capacidad para comparecer y actuar en el juicio.

Al proceder a la preparación de la acción civil, es necesario cumplir con determinadas condiciones: --
unar surgidas como condiciones para que se inicie la actividad de conocer de la autoridad judicial, que son los re

quisitos de procedibilidad y otros que es preciso salvar para que el poder judicial ejercite su acción. Por lo tanto, son requisitos que deberán estudiarse de oficio. Todo lo anteriormente dicho es denominado por la doctrina como presupuestos procesales, que el Juez debe revisar de oficio.

EJECUTORIA

LA ACCION PROCEDE, AUN CUANDO NO SE EXPRESE SU NOMBRE.- Amparo 6509/62, José Dolores Barranco, 13 de marzo de 1964, Volúmen LXXXI, Página 9 (ya hay jurisprudencia firme).

COMENTARIO

El Código de Procedimientos Civiles, expone en los primeros artículos las diversas acciones que pueden ejercitarse con sus denominaciones. Al ejercitarse una acción en particular, no es necesario que se exprese su nombre, basta con que se señale el contenido de la acción -- asentándose lo que se pide o solicita del juzgador. Además el artículo 2º. de la Ley Rituarial dispone que para que el ejercicio de la acción prospere no se requiere pre

cisar su nombre, siendo indispensable señalar con claridad los hechos en que se funde y las prestaciones que se reclamen y el título o causa de la acción.

EJECUTORIA

Dado que la Ley ordena que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción, es indudable que cuando no los prueba, su acción no puede prosperar, independientemente de que la parte demandada haya o no opuesto excepciones y defensas - Amparo 7248/63, Urbana Utrera, 3 de marzo de 1967, Volúmen CXIX, Página 11, --- (jurisprudencia firme).

COMENTARIO

Al quedar en manos del actor probar la acción intentada, debe ofrecer todas las pruebas necesarias para probar su acción, y si al resolver el Juez el asunto planteado considera no haber quedado debidamente la acción del actor, ello será independiente el demandado no haya ofrecido alguna para destruir la acción de la contraparte o no haya aprobado las excepciones compuestas - procediendo por tanto absolverlo de toda obligación. El

actor, además de expresar los hechos litigiosos, tiene la carga procesal de probarlos - Artículo 281 de la Ley de - la Materia.

EJECUTORIA

ACCION.- La omisión de su designación puede - ser suplida por el juzgador. El juzgador está obligado a decidir conforme a derecho supliendo la omisión de la designación de la acción, dentro del marco jurídico de - los derechos y acciones intentadas por los litigantes.

4a. Sala - Tomo XC - Pág. 158 - Anales de Jurisprudencia.

COMENTARIO

De acuerdo con la Ley (Art. 2º. del Código de Procedimientos Civiles) los justiciables no están obligados a señalar expresamente el tipo de acción que intentan en su demanda. Esta disposición se inspira el principio "iuris novit curia" que significa que el juez conoce el derecho.

EJECUTORIA

ACCION, ESTUDIO OFICIOSO DE SU IMPROCEDENCIA.-

La improcedencia de la acción, por falta de uno de sus requisitos esenciales, puede ser estimada por el juzgador, aún de oficio, por ser de orden público el cumplimiento de las condiciones requeridas para la procedencia de dicha acción.

Amparo directo 5587/51 - Mary Dean Esten -
Tomo CXV - Pág. 204.

COMENTARIO

Si entendemos, de acuerdo con la doctrina moderna que la acción procesal es una de las especies del derecho de petición, toda vez que consiste substancialmente en la solicitud del servicio jurisdiccional, puede razonarse que la anterior ejecutoria confunde la acción con la demanda. En efecto, la acción simplemente es un derecho subjetivo público, que da vida a la demanda pero la demanda obviamente debe reunir determinados presupuestos procesales. Si el Juez oficiosamente desde el primer momento como se expresa en la ejecutoria analiza la acción y la rechaza, está prejuzgando, toda vez que hasta la sentencia debe declarar si el actor probó o no su acción más no oficiosamente, revisar la acción que no es revisable. Lo que si tiene obligación de revisar es la demanda. Si es Juez debe juzgar y el Juez resuelve en la sentencia, -

acerca de las pretensiones contenidas en la demanda, pero no prejuzga y mucho menos sobre la procedencia de la acción. Cabe preguntar aquí al Tribunal que dictó esta ejecutoria: que entiende por requisitos esenciales de la acción?.

EJECUTORIA

ACCION, PROCEDENCIA DE LA.- No es necesario - controvertir la aplicación de las disposiciones legales en que se funda la demanda, cuando se niegan los hechos, No es exacto que si al contestar la demanda el demandado, -- después de negar los hechos, no niega expresamente la aplicabilidad de las disposiciones legales invocadas como fundamento de la reclamación, debe tenerse por confesada la procedencia de la acción, ya que basta la negativa de los hechos para que se entienda negado el derecho, supuesto -- que la aplicación de éste depende de la existencia de -- aquéllos y no dándose los hechos evidentemente que las -- normas legales no pueden tener aplicación.

Amparo directo 7773/1959 - Felipe Sánchez -
Franco - 27 de junio de 1960 - Boletín 1960
Pág. 419.

COMENTARIO

En efecto una de las posibles actitudes del - demandado es negar los hechos aducidos por el actor como fundatorios de la causal invocada. Si esta negativa es - genérica y simple, invierte la carga de la prueba y obliga el actor a probar los hechos constitutivos de la causal que invoca. Además se supone que el juzgador es técnico o perito en derecho por lo que, inclusive, desde el derecho romano el justiciable únicamente tiene la necesidad de exponer con claridad y precisión los hechos en que apoya su demanda.

EJECUTORIA

ACCION, CONDICIONES DE LA.- No hay necesidad de alegarlas en forma expresa en la demanda para ser tomadas en cuenta en la sentencia, pues siendo, como son, elementos constitutivos, necesarios para la procedencia de la acción, la autoridad judicial tiene la obligación de estudiarlas aún de oficio.

Amparo directo 7342/1958 - Apolonio Cossio -
Cossio - 13 de julio de 1959 - Boletín 1959
Pág. 459.

COMENTARIO

En esta ejecutoria la autoridad que la dictó habla de condiciones de la acción, necesarias para su procedencia y que la autoridad judicial debe estudiar aún -- oficiosamente. Sería más técnico que la mencionada autoridad hablara sobre presupuestos procesales, o bien presupuestos de la demanda, pero no sobre condiciones de la acción, dado que si entendemos la acción como un derecho cívico, todo ciudadano está en actitud de acudir a los tribunales sin que el juzgador ponga cortapisas a un derecho de accionar, que es inalienable, lo que si debe realizarse son, como antes se dijo la reunión de los presupuestos procesales, o bien la legitimidad de la pretensión.

EJECUTORIA

ACCION, PRUEBA DE LA.- Dado que la Ley ordena que el actor debe probar los hechos constitutivos de su acción, es indudable que, cuando no los prueba, su acción no puede prosperar, independientemente de que la parte de mandada haya o no opuesto excepciones y defensas.

Amparo 3030/54 - Cooppe José Suc. -

Tomo CXXVII - Pág. 508.

COMENTARIO

En efecto, no basta aducir hechos séase actor o demandado, sino probarlos. Quién afirma debe probar. - Si el actor en su demanda suma determinados hechos, esenciales para la procedencia de su pretensión y no los prueba, obviamente la sentencia debe ser desestimatoria, independientemente de que el demandado haya o nó contestado la demanda.

CONCLUSIONES.

1.- El concepto de acción no se encuentra todavía definitivamente elaborado debido a las múltiples acepciones del vocablo.

2.- Es en el Derecho alemán donde por primera vez la acción procesal comienza a adquirir caracteres propios.

3.- Si se ha considerado a la acción como un derecho abstracto de obrar, también debe considerarse como un derecho abstracto a la excepción.

4.- La autonomía de la acción procesal del derecho material, constituye la autonomía del derecho procesal.

5.- En un sentido moderno se entiende la acción como el derecho del individuo para solicitar del Estado el servicio público jurisdiccional.

6.- El derecho de petición es un instrumento de relación entre el Gobierno y el Pueblo.

7.- El actor acciona durante todo el recorrido del proceso, es decir, se inicia el ejercicio de la acción

con la demanda y se termina de accionar hasta que el juez cita a las partes para oír sentencia.

8.- El derecho que ejercita el actor al accionar, también corresponde al demandado cuando opone excepciones. Si el actor acciona el demandado reacciona, según la doctrina moderna. Tanto dura la acción, tanto dura la excepción.

9.- Debemos considerar que la pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Este poder jurídico existe en el individuo, aún cuando la pretensión sea infundada.

10.- El carácter público de la acción otorga naturalmente un acentuado carácter público al derecho procesal.

11.- La acción debe entenderse en un sentido unitario. En efecto pueden clasificarse los derechos materiales debatidos en la relación jurídica subyacente o bien las sentencias, pero la acción es única, ya que es una de las especies del derecho de petición. Por lo tanto no hay clasificación de acciones.

12.- La verdadera índole de la acción quizá se hubiese dilucidado hace bastantes años si los procesalis-

tas se hubiesen preocupado un poco menos del Derecho Romano, a fin de ocuparse un poco más de la realidad procesal, porque la acción no es una figura perteneciente a la arqueología jurídica.

BIBLIOGRAFIA.

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, NICETO. - Ensayos de Derecho - Procesal Civil, Penal y Constitucional - Edición de la - Revista de Jurisprudencia - Argentina, S. A. - Buenos Aires, 1944.

ALSINA, HUGO - Derecho Procesal Civil y Comercial - Parte General - Tomo I - 2a. Edición - Buenos Aires, 1963.

ARANGIO RUIZ, VINCENZO - Las Acciones en el Derecho Privado Romano - Madrid, 1945.

BECERRA BAUTISTA, JOSE - Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil - Editorial Jus - México, 1957.

CALAMANDREI, PIERO - Instituciones de Derecho Procesal - Civil - Volumen I - Ediciones Jurídicas - Europa-América 2a. Edición - Buenos Aires, 1962.

CASTILLO LARRAÑAGA, JOSE y DE PINA, RAFAEL - Instituciones de Derecho Procesal Civil - 2a. Edición - Editorial Porrúa, S. A. - México, 1950.

COUTURE, EDUARDO J. - Fundamentos de Derecho Procesal - Civil - 3a. Edición Póstuma - Buenos Aires, 1958.

COUTURE, EDUARDO J. - Introducción al Estudio del Proceso Civil - 2a. Edición - Buenos Aires, 1953.

CHIOVENDA GIUSEPPE - Instituciones de Derecho Procesal - Civil - Volumen I - Editorial Revista de Derecho Privado Madrid, 1954.

EDUARDO B., CARLOS - Introducción al Estudio del Derecho Procesal - Ediciones Jurídicas - Europa-América - Buenos Aires, 1959.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO - Introducción al Estudio del Derecho - 12a. Edición - Editorial Porrúa, S. A. - México, 1964.

GOLDSCHMIDT, JAMES - Derecho Procesal Civil - Editorial Labor, S. A. - Barcelona, 1936.

MENENDEZ PIDAL, JUAN - Derecho Procesal Social - Editorial Revista de Derecho Privado - Madrid, 1947.

PALLARES, EDUARDO - Derecho Procesal Civil - 1a. Edición Editorial Porrúa, S. A. - México 1961.

PALLARES, EDUARDO - Diccionario de Derecho Procesal Civil - Editorial Porrúa, S. A. - México, 1960.

PALLARES, EDUARDO - Tratado de las Acciones Civiles - 3a. Edición - Ediciones Botas - México, 1962.

PETIT, EUGENIO - Tratado Elemental de Derecho Romano --- Editora Nacional - Traducción de la 9a. Edición - France sa, 1966.

PRIETO CASTRO, LEONARDO - Derecho Procesal Civil - Primera Parte - Madrid, 1964.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia - Universidad Nacional Autónoma de México - Volumen XII - Número 47-48 - México, 1950.

ROMERO, MAURO MIGUEL Y. - Derecho Procesal Teórico - To
mo II - Imprenta y Librería, Casa Martín - Valladolid,-
1934.

ROMERO, MAURO MIGUEL Y. - Principios del Moderno Dere-
cho Procesal Civil - Imprenta y Librería de Andrés Mar-
tín - Valladolid, 1931.

L E G I S L A C I O N

Anteproyecto de Código de Procedimientos Civiles para -
el Distrito Federal de 1950.

Código Federal de Procedimientos Civiles - Editorial Por
rrúa, S. A. - 15a. Edición - México, 1969.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Fede-
ral y Territorios - Editorial Porrúa, S. A. - 11a. Edi-
ción - México, 1969.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia.