

78
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES.

"ACATLÁN".

FACULTAD DE DERECHO.

"EL DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN EN EL JUICIO ESPECIAL DE -



Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO.

Presenta :

MARCOS GUILLERMO DOMINGUEZ RODRIGUEZ.

Acatlán, Edo. de Méx.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

1991.



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 está 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.

I N D I C E .

Introducción	pág. 1
--------------------	--------

CAPITULO I .

LA OBLIGACION ALIMENTARIA.

a).- Concepto Jurídico de la obligación alimentaria	4
b).- Características de la obligación alimentaria y del derecho a recibir alimentos	8
c).- Antecedentes históricos de la obligación alimentaria.	
1.- La obligación alimentaria en el Derecho Romano ...	18
2.- La obligación alimentaria en el Derecho Español ..	20
3.- La obligación alimentaria en el Derecho Francés ..	22

CAPITULO II .

LA OBLIGACION ALIMENTARIA EN EL DERECHO MEXICANO.

{breve secuencia histórica}

a).- La obligación alimentaria en el Código Civil de 1870 .	27
b).- La obligación alimentaria en el Código Civil de 1884 .	30
c).- La obligación alimentaria en la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917	31
c).- La obligación alimentaria en el Código Civil de 1928 .	35

CAPITULO III.

EL EJERCICIO DE LA ACCION.

a).- Concepto etimológico de la palabra "acción"	40
b).- Concepto jurídico - procesal de la acción	41
c).- El derecho al ejercicio de la acción como garantía - -	

Constitucional	50
d).- El ejercicio de la acción en el Derecho Procesal Civil mexicano, estudio del artículo 10. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal	52

CAPITULO IV.

EL DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL.

a).- Concepto etimológico de la palabra desistimiento	62
b).- Concepto jurídico de desistimiento	63
c).- Formas distintas de desistimiento, sus consecuencias -- en el proceso	68

CAPITULO V.

CONSECUENCIAS JURIDICO PROCESALES DEL DESISTIMIENTO DE LA ACCION, EN EL JUICIO ESPECIAL DE ALIMENTOS.

a).- El juicio especial de alimentos, razones para su denominación	82
b).- Requisitos para el ejercicio de la acción, al demandar el pago de alimentos	86
c).- El desistimiento de la acción en el juicio especial de alimentos, requisitos y sus consecuencias en el proceso.	95
Conclusiones	103
Bibliografía	107

I N T R O D U C C I O N .

Conciente de la importancia que los alimentos tienen, como parte esencial del derecho de familia, el legislador creó un procedimiento especial, de tipo sumario, cuyas características son determinadas por la naturaleza jurídica de la obligación alimentaria y tiene como finalidad lograr su cumplimiento inmediato, frente al desconocimiento del deudor.

El desistimiento de la acción es un acto de disposición procesal, considerado dentro de las figuras llamadas auto compositivas que se encuentra regulado en el Código adjetivo, en el que se señalan sus especies y se establecen las consecuencias que tiene en el proceso, sin distinguirlas cuando se ejercita en un juicio ordinario o cuando se manifiesta en un juicio especial.

Atendiendo a que en el juicio especial de alimentos se ventilan normas consideradas como de orden público, por ser de interés social el cumplimiento de la obligación alimentaria, los efectos que en él produce el desistimiento de la acción, son diferentes a los que causa cuando se le hace valer en el juicio ordinario, por virtud de las características singulares que informan a esta obligación. La elaboración del presente trabajo persigue, entre otras, la finalidad de señalar estas diferencias y distinguir sus efectos.

Como podrá advertirse, fueron tomados como referencia, en el desarrollo de este trabajo, los Códigos Civil y de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, por considerar que ambos constituyen una especie de modelo que ha sido adoptado por muchas entidades federativas, al elaborar sus ordenamientos legales respectivos, por otra parte, los preceptos que se refieren a la obligación alimentaria, coinciden en general con la doctrina jurídica que existe sobre los alimentos y con algunas legislaciones de otros países.

Admito sin reserva lo perfectible de este modesto trabajo, esperando que el afán de obtener el título que me permite ejercer legalmente mi querida profesión de Licenciado en Derecho, justifique los errores que aparecen en su contenido.

C A P I T U L O 1.

LA OBLIGACION ALIMENTARIA .

a).- *Concepto jurídico de la obligación alimentaria .*

b).- *Características de la obligación alimentaria y -
del derecho a recibir alimentos.*

c).- *Antecedentes históricos de la obligación alimen-
taria.*

1.- *La obligación alimentaria en el Derecho
Romano.*

2.- *La obligación alimentaria en el Derecho
Español.*

3.- *La obligación alimentaria en el Derecho
Francés.*

C A P Í T U L O 1.

LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA.

a).- Concepto jurídico de la obligación alimentaria.

La obligación alimentaria, encuentra su fundamento en el deber de socorro que impone la caridad, principio de índole moral, que se convierte en relación jurídica por imposición de la ley. En casi la totalidad de los ordenamientos jurídicos relativos al derecho de familia, los legisladores se refieren a la institución familiar, como la primera forma de relación social en la que se manifiesta la obligación de socorro y asistencia entre los miembros que la forman. La obligación de dar alimentos aparece originalmente en el ámbito del núcleo familiar, como una manifestación de solidaridad que liga a aquellos que tienen en común la sangre, el nombre y los afectos. Ahí, donde haya dos personas unidas por un vínculo de parentesco determinado y una de ellas tenga la necesidad de los medios indispensables para su subsistencia y la otra la posibilidad de satisfacerla, surge el derecho de recibir y la correlativa obligación de dar alimentos.

Existe en la teoría, una amplia exposición de definiciones que se refieren a los alimentos entre las cuales encontramos, invariablemente, los mismos principios que informan a esta institución jurídica, considerada como derecho de orden público; alimentos es, en primer término, una palabra que proviene -- del latín "alimentum.", de alo, nutrir; tiene varias acepciones, -- aquella que le considera como las sustancias de propiedades nutritivas para el cuerpo animal, otra que dice ser lo que mantie-

de la existencia de una persona, de entre todas estas, la más simple, desde el punto de vista jurídico, es la que nos aporta la Enciclopedia OMEBA que dice: "alimentos, es todo aquello que una persona tiene derecho a percibir de otra por ley, negocio jurídico o declaración judicial, para atender a su subsistencia, habitación, vestido, asistencia médica, educación e instrucción" (1)

Entre el concepto anterior y la definición que contiene nuestro Código Civil vigente, encontramos coincidencia en las características de los alimentos, ya que este último establece en su artículo 308, que "Los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y la asistencia en casos de enfermedad. Respecto de los menores, los alimentos comprenden además, los gastos necesarios para la educación primaria del alimentista y para proporcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados a su sexo y circunstancias personales". (2)

En nuestro país, la obligación de dar alimentos deriva de la ley, se encuentra subordinada a la existencia de un vínculo determinado, que une al alimentista con el obligado y presupone un estado de necesidad del primero y la posibilidad económica del segundo para socorrerlo, en el Código Civil para el Distrito Federal, el legislador presenta una organización metódica respecto de los alimentos, ya que el título sexto del libro primero, denominado del parentesco y de los alimentos, se inicia enunciando las formas de parentesco que la ley reconoce, explicando la fórmula para establecer los grados y líneas de ese vínculo jurídico; en su segundo capítulo, señala las características esenciales de los alimentos, las personas que tienen el derecho de pedirlos y quienes están obligados a satisfacerlos, así como la forma de pago y la manera de garantizarlo; por último, -

(1) Enciclopedia Jurídica OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L. Buenos Aires, Argentina, 1968, tomo I, pág. 645.

(2) Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., México 1968 pág. 102.

se refiere en forma limitativa a las personas que tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos y las causas por las que cesa la obligación de darlos.

Cabe mencionar que en el derecho positivo mexicano, existen consideraciones de igualdad respecto de la mujer y el varón, en el párrafo primero del artículo cuarto de la Constitución Política, se establece que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia, para ello, el Código Civil contiene las llamadas relaciones de igualdad, que se traducen en deberes recíprocos para los cónyuges; en este ordenamiento legal, encontramos diferenciada la obligación alimenticia que priva entre los esposos y la que rige la relación entre parientes, al respecto, el artículo 164 del mencionado Código sustantivo ordena que "los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio, serán siempre iguales para los cónyuges e independientes de su aportación económica al sostenimiento del hogar" (3); asimismo, concede a los cónyuges la misma autoridad en el hogar.

Los deberes pecunarios en la familia, tienen diferencias importantes dentro de la ley, por lo que se refiere a los cónyuges entre sí y en relación con los demás parientes, los que derivan del vínculo matrimonial, se contraen a que alguno de los cónyuges necesite del otro la asistencia económica.

La obligación alimenticia, en la mayoría de las definiciones doctrinales, deriva de la relación filial, del parentesco y del matrimonio, al remitirnos al derecho comparado, podemos advertir que varía en cuanto a la persona de los acreedores, pero en general, los diversos autores respetan los principios que rigen la institución de los alimentos.

Entre los diversos conceptos emitidos con respecto a la obligación alimentaria, tenemos el de Henri, Leon y Jean Mazeaud, quienes la consideran como "el vínculo de derecho en vir-

(3) Idem, pág. 76.

do crea normas jurídicas, debe tener como premisa, el respeto a este principio fundamental de libertad, al mismo tiempo resulta indispensable señalar el límite dentro del que puede ser ejercitado libremente ese derecho.

El campo dentro del cual puede el individuo actuar libremente, es decir, su esfera jurídica individual, tiene como límite las obligaciones que en la doctrina se conocen como obligaciones individuales públicas, que se encuentran contenidas en el orden jurídico que crea el Estado y tienden a regular la relación que existe entre el individuo y la sociedad en la que se desenvuelve, en consecuencia, una finalidad perseguida por ese orden jurídico, es conseguir pleno equilibrio en cuanto a la satisfacción, tanto del interés privado de cada uno de los miembros de la sociedad, como del interés de la sociedad misma, atendiendo a que, siendo esta última un conjunto de individuos, su bienestar hace posible el bienestar común. El Licenciado Ignacio Burgoa opina al respecto: "frente al individuo, el bien común se rebela como el reconocimiento o permisión de las prerrogativas esenciales del sujeto, indispensable para el desenvolvimiento de su personalidad humana, a la par que como la prohibición o limitación de la actividad individual respecto de actos que perjudiquen a la sociedad o a otros sujetos de la convivencia humana, imponiendo al gobernado determinadas obligaciones cuyo cumplimiento redundan en beneficio social".(9)

Para el logro del bien común, es indispensable la intervención del Estado como entidad reguladora de las relaciones sociales, mediante la legislación, traducida en normas jurídicas que preserven los intereses de los desvalidos; nuestra Carta Magna cumple con esta función, mediante la aplicación de los preceptos que integran el capítulo denominado "De las Garantías Individuales", que no es sino un conjunto de normas fundamentales que -

(9) Burgoa Orihuela, Ignacio, "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa, S. A. 12a Edición, México, 1979, pág. 45.

establecer los principios bajo los cuales deben desarrollarse los sujetos a quienes se protege, frente al Estado y los demás miembros de la colectividad, así tenemos entre otras, la obligación individual pública, a cargo de ciertos individuos, cuyo cumplimiento redunda en beneficio de quienes por naturaleza son los más desvalidos de cualquier organización social: "es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental". (10)

Del contenido del precepto constitucional citado anteriormente, podemos tomar el ejemplo de lo que es, en esencia, una norma de interés público, pues el legislador, conciente de -- que la familia constituye la base de la sociedad, por considerarla como la célula social por excelencia, se preocupó por proteger los intereses de algunos de sus integrantes; cabe mencionar al -- respecto, el concepto que sobre familia expresan en sus lecciones de Derecho Civil los autores Henri, León y Jean Mazeaud (11) "La familia, es la colectividad formada por las personas que, a causa de sus vínculos de parentesco consanguíneo o de su calidad de cónyuges, están sujetas a la misma autoridad, la del cabeza de familia".*

Podemos decir en conclusión que una norma o institución de interés público es aquella que persigue, tanto la satisfacción de los intereses particulares de cada individuo, como los de la sociedad a que pertenece, logrando mediante su observancia y debido cumplimiento, el equilibrio indispensable en toda organización humana; la destinataria o beneficiaria de una norma de interés público, es la colectividad humana; dichas normas deben sa-

(10) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Secretaría de Gobernación, 1985, págs. 33 y 34.

(11) Mazeaud Henri, León Mazeaud y Jean Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil" Vol. III, Ediciones Jurídicas Europa América, 1a. Edición, trad. pág. 7.

* La fracción tercera del artículo 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, que reza: "La familia, es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado."

satisfacer las necesidades que presente la comunidad, mediante su creación debe evitarse todo daño que pudiera sufrir la colectividad. El interés social se manifiesta por último, en la procuración del bienestar para la comunidad.

Al referirse a los alimentos, es difícil diferenciar con precisión las características propias de esta figura, respecto de las que se atribuyen a la obligación de darlos y las correspondientes al derecho de recibirlos; el propio Código Civil no separa ni los principios, ni las características que rigen a esta figura jurídica, que por otra parte se encuentra sometida a un régimen especial.

En el intento de poder establecer las características de referencia, iniciare, como lo hace la ley sustantiva, por comentar el principio que distingue a la obligación alimentaria de las demás obligaciones. Como sabemos, en toda obligación jurídica, existe, tanto para el deudor, como para el acreedor, un conjunto de derechos y obligaciones que deriva del vínculo jurídico que crea la propia obligación; en materia alimentaria el principio de reciprocidad permite que entre las partes pueda pasarse de la calidad de deudor a la de acreedor, o viceversa, siempre en función de la posibilidad o necesidad económicas que exista entre ellas; al respecto, nuestro Código Civil establece simple y llanamente, en su artículo 301, el principio de reciprocidad al señalar "La obligación de dar alimentos es recíproca, - el que los da tiene a su vez el derecho de pedirlos".

El principio de reciprocidad, privativo de la obligación alimentaria crea una figura procesal conocida como adaptación, aplicarla trae como consecuencia que las resoluciones que la autoridad judicial dicta en materia de alimentos, sean siempre susceptibles de alterarse y modificarse cuando cambian las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente; las resoluciones que se dictan en los juicios de alimentos, no pueden elevarse a la autoridad de cosa juzgada y por ello no adquieren el principio de inmutabi

lidos; en otros términos, puede decirse que las resoluciones en materia alimentaria pueden ser modificadas, cuantas veces sea necesario, aún por una autoridad distinta a la que las pronunció.

Existe la excepción que puede oponerse al principio de reciprocidad, consistente en la obligación exclusiva de los padres de proveer a la educación de sus hijos, bajo las condiciones que al efecto señala la ley sustantiva.

El principio de reciprocidad es de trascendental importancia para lograr la solidaridad familiar, ya que constituye un fundamento de la obligación alimentaria, que lleva a pensar en el deber que puede imponerse a cualquier miembro de la familia en forma indiscriminada, es decir, la obligación de corresponder a toda demanda de alimentos planteada por el acreedor. El legislador creó también un principio que debe aplicarse para limitar y cuantificar el derecho a recibir alimentos a saber, el principio de proporcionalidad, consagrado en el artículo 311 del mismo Código sustantivo, por virtud del cual se obliga a la autoridad judicial a conocer de manera previa a cualquier resolución que decreta el pago de alimentos, la posibilidad del deudor y la necesidad del acreedor, con la finalidad de estar en aptitud de fijar con equidad el monto de la pensión alimenticia reclamada, ya sea provisional o definitiva.

Una característica más que distingue a la obligación alimentaria, es la de ser imprescriptible; en efecto, de conformidad con lo que establece el artículo 1160 del Código Civil, el deudor en la obligación alimentaria no puede liberarse de su pago por el transcurso de un tiempo determinado, a pesar de no habersele exigido su cumplimiento. La característica a la que me vengo refiriendo encuentra plena justificación si se considera que la obligación alimenticia nace día a día, siendo periódica y permanente, por ser periódicas y permanentes las necesidades que debe satisfacer. A partir de estas características, puede decirse que resulta materialmente imposible fijar el plazo para contar el término y pueda operar la prescripción negativa.

Para el maestro Rafael Rojina Villegas, la característica de la obligación alimentaria de ser imprescriptible, sólo tiene aplicación cuando se le aprecia a futuro y no así cuando se trata de pensiones vencidas, diciéndonos al respecto: "Para las prestaciones causadas se aplica en general el artículo -- 1162, que se refiere a toda clase de prestaciones periódicas no cubiertas a su vencimiento, quedando prescritas en cinco años".
(12)

Desde un punto de vista personal e independientemente a que por disposición expresa del artículo 1160 del Código sustantivo la obligación alimentaria es imprescriptible, esta característica tiene otro fundamento en el artículo 322 del mismo ordenamiento, ya que este precepto la excluye de la regla general a la que se refiere el maestro Rojina Villegas, pues hace -- responsable al deudor alimentista, de las deudas que los miembros de su familia con derecho a recibir alimentos contraigan para satisfacer su necesidad, cuando aquél no estuviere presente o estando se negare a cubrirlos, sin señalar este artículo plazo alguno para hacerse el cobro al obligado.

La obligación alimentaria reviste otra característica que es fundamental, a saber, la proporcionalidad. El artículo 311 del Código Civil, establece que los alimentos han de -- ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos, veíamos ya en el inciso anterior, que el artículo 308 de ese ordenamiento legal menciona lo que debe entenderse por alimentos, es decir, todos aquellos elementos materiales que deben entregarse al acreedor para la satisfacción de sus necesidades elementales de subsistencia, como complemento, el artículo 311 habla del principio de proporcionalidad que debe estar presente en toda pensión alimenticia, extendiéndolo incluso a la que se fije por convenio o sentencia, previendo además un ajuste automático, conforme a los ingresos que obtenga el deudor en base al aumento que opere en el salario

(12) Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo II, México, 4a. Edición. Editorial Porrúa, 1975, pág. 172

mínimo general, vigente en el Distrito Federal.

Como sabemos, toda obligación implica un derecho correlativo, al comentar la alimentaria, es imposible soslayar el derecho que tiene el acreedor titular, que guarda de suyo características particulares a las que nos podemos referir concretamente. El derecho a recibir alimentos, es estrictamente personal y está unido a la persona del acreedor, este se convierte en su titular por virtud del parentesco, ya sea consanguíneo o civil o bien por el vínculo matrimonial; la ley señala de manera limitativa los sujetos que tienen derecho a recibir alimentos.

La particularidad de los alimentos de ser un derecho "intuitu personae", hace que se extinga por la muerte del acreedor o del deudor, es además, por esta misma característica intransmisible; por otra parte, aplicando a contrario sensu el párrafo primero del artículo 2030 del Código Civil, tenemos que es un derecho incesible, es decir, que la figura de la cesión de derechos al no poder realizarse cuando no lo permita la naturaleza del derecho que pretende cederse, tiene excluido como objeto de la cesión al derecho alimentario.

En virtud del vínculo jurídico que crea la obligación alimentaria entre acreedor y deudor, surge en favor del primero un crédito de vencimiento cotidiano, incesante y sobre todo preferente y privilegiado. El artículo 165 del Código de la materia otorga estas dos últimas características al derecho de alimentos, cuando es a favor de los cónyuges y los hijos, pues se refiere en forma expresa al derecho preferente que tienen sobre los ingresos del deudor. En cuanto al carácter de ser un derecho privilegiado, el artículo no lo invoca en forma directa, sino que hasta el artículo 2989 del mismo Código Civil, se le menciona cuando se enuncian los créditos privilegiados. La doctrina asigna sin embargo al derecho de alimentos, el sello de ser privilegiado, pues aún cuando no se le incluye expresamente bajo ese rubro en el Código sustantivo, no les cabe duda a los autores de que esa es su naturaleza jurídica, bastando para ello ana

cionar las necesidades que satisfacen. El maestro Rojina Villegas, en apoyo de lo anterior y para prevenir cualquier duda que surja en cuanto a la prelación de los créditos, sostiene: "Desde un punto de vista de estricta equidad y justicia, debe ser preferente - en todo caso, sobre los productos o sueldo del marido, el crédito de alimentos, aún frente al crédito obrero, ya que existen indiscutiblemente mayores razones de humanidad para la conservación -- propia de la familia, que las que se han tomado en cuenta para -- fundar el artículo 2989". [13]

Cabe mencionar por otra parte, que la fracción VIII del apartado A, del artículo 123 constitucional, establece, al referirse a las condiciones en las que debe desarrollarse el trabajo, que el salario mínimo quedará exceptuado de embargo, compensación o descuento, lo que lleva a pensar que prohíbe o excluye del salario mínimo toda afectación que pudiera tener como consecuencia de aplicar el artículo 165 del Código Civil, sin embargo, la Ley Federal del Trabajo, dispone en la fracción V, del artículo - 110, que los descuentos en los salarios sólo se permitirán cuando se trate del pago de pensiones alimenticias en favor de la esposa e hijos y además, agrega el precepto, de ascendientes y nietos, - siempre y cuando hubiese sido decretado por la autoridad competente. [14]

Siguiendo con el comentario de las características del derecho alimentario, encontramos en el artículo 321 del Código Civil, dos que son de relevante importancia para este trabajo. En primer término, tenemos que se trata de un derecho irrenunciable, lo que obliga a remitirnos a la lectura del artículo 60, del mismo ordenamiento, ya que este último precepto impide que puedan renunciarse a los derechos privados que afecten directamente al -

[13] Rojina Villegas, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", ob. cit., pág. 177

[14] Este autor, cita precisamente el crédito que los trabajadores tienen frente al patrón, que al mismo tiempo sea deudor alimentista y opina que el artículo 165 del Código Civil, otorga una preferencia determinante y excluyente al crédito por alimentos, frente al crédito obrero, por lo que se refiere a sueldos e indemnizaciones.

interés público o cuando la renuncia afecte derechos de terceros. Es indudable que la prohibición contenida en este precepto, incide en el derecho de recibir alimentos, protegido por el interés público, de conformidad con lo expresado al inicio de este capítulo, posteriormente me referiré a este respecto, cuando se trate lo relativo a la figura procesal del desistimiento.

Otra característica más, contenida en el mismo artículo 321, es la que se refiere a que el derecho de alimentos no puede ser objeto de transacción, es decir, que no puede ser considerado en el contrato por virtud del cual, las partes, haciéndose recíprocas concesiones terminan una controversia presente o previenen una futura, de conformidad con lo que establece el artículo 2944 del Código Civil. Por otra parte, la fracción V del artículo 2950 del mismo ordenamiento, señala la nulidad -- que opera sobre la transacción que verse del derecho de recibir alimentos y más aún, el artículo 2946 prohíbe expresamente a los ascendientes, transigir sobre los alimentos de las personas que tienen bajo su potestad o su guarda.

Respecto de las características comentadas en los párrafos anteriores, me parece digna de comentario la contravención que las disposiciones relativas a la fijación obligatoria de una pensión alimenticia en el divorcio voluntario causan; en efecto, el artículo 273 de la ley sustantiva, obliga a los cónyuges que solicitan la disolución de su vínculo matrimonial por mutuo consentimiento, a celebrar un convenio en el que se fije la cantidad que a título de alimentos deben pagarse, tanto entre -- ellos, como en favor de sus hijos; es práctica común en estos -- procesos especiales, que los divorciantes celebren auténticos -- contratos de transacción, como por ejemplo, cuando se realiza -- una cesión de derechos respecto de un inmueble, para cubrir la pensión alimenticia que debe aplicarse en favor de los menores, -- o simplemente, cuando fijan un porcentaje del salario del deudor o una cantidad determinada que no respeta, en la mayoría de los casos, los principios que rigen a la obligación alimentaria.

Diremos por último, que el derecho a recibir ali-

mentos, es incumbargable y en cuanto a la obligación correlativa, es indivisible, característica, esta última, que permite su repartición entre los deudores, pudiendo llamarla también obligación sucesiva, ya que, ante la imposibilidad del pariente más próximo para cubrirla, debe ser prestada por el que le siga en grado, en relación directa con el acreedor.

c).- Antecedentes históricos de la obligación alimentaria.

1.- La obligación alimentaria en el Derecho Romano.

Va en el Derecho Griego, especialmente en el que se aplicaba en Atenas, tenía el padre la obligación de mantener y educar a la prole, obligación que, según nos recuerda Platón, estaba sancionada por las leyes; por virtud de ella, los descendientes tenían también una obligación análoga, pero limitada a dar alimentos, con sus ascendientes en prueba de reconocimiento, este deber cesaba, cuando el hijo no había recibido una educación conveniente o cuando el padre promovía su prostitución. En el derecho de los papiros, se encuentran también, en los contratos matrimoniales, frecuentes alusiones a la obligación alimenticia del marido para con la mujer, así como al derecho de la viuda o divorciada a recibir alimentos hasta que le fuere restituida la dote. (15)

En todo trabajo que trate sobre el Derecho, es ine

(15) Diccionario de Derecho Privado, ob. cit., pág. 310.

visible citar a las instituciones del sistema jurídico romano, ya sea por que son la fuente de las instituciones jurídicas, o simplemente por su interés y trascendencia sociológicas.

En el Derecho Romano, encontramos un sistema estrictamente patriarcal, en el que sólo se reconoce el parentesco por línea paterna, existe en él, una institución preponderante que se considera el centro de la familia, el "pater familias", monarca doméstico que ejerce un enorme poder sobre sus hijos, nietos, nueros, esclavos y clientes, poder que se extiende en forma irracional al derecho sobre vida y muerte de quienes se encontraban bajo su potestad, era al mismo tiempo sacerdote familiar y juez, además dueño de todos los bienes de la domus.

El pater familias fue perdiendo lentamente las facultades amplísimas que tenía respecto de los "alieni iuris", pero es hasta la época clásica, "cuando los hijos nacidos de iustae nuptiae, caen bajo la patria potestad, pudiendo en consecuencia, reclamar alimentos del padre, teniendo a su vez, el deber de proporcionarlos". (16)

"El derecho romano, muestra dos formas de matrimonio, la iustae nuptiae y el concubinato" (17); como dijimos anteriormente, en este sistema jurídico, es la figura del pater familias y no la institución del matrimonio, la que prevalece en la relación familiar; para contraer iustae nuptiae, se exigía una serie de requisitos, el incumplimiento de alguno de ellos, creaba el concubinato. Tanto el justo matrimonio, como el concubinato, concedían el derecho de recibir alimentos, "uno de los efectos jurídicos del iustae nuptiae, era el de que los cónyuges debían darse mutuamente alimentos" (18), además el marido tenía de-

(16) Floris Margadant, Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Editorial Eginge, S.A., México, 1974, 5a. Edición, pág. 202.

(17) Idem. pág. 207.

(18) Idem. pág. 210.

recho a que la mujer aportara ciertos bienes dotales, para ayudarle a cubrir los gastos del hogar.

Se dice por diversos autores, que el crédito alimenticio fue establecido por orden del praetor, por lo que en materia de alimentos y conforme a la ley natural, daba sus sanciones y se le consultaba. Con anterioridad al Emperador Justiniano, no se habla tratado concretamente la obligación alimenticia, "sólo fue bajo Justiniano y después de sus novelas 118 y 127, -- cuando surgieron los derechos de familia", [19] por ellos se establece la obligación de darse alimentos entre ascendientes y -- descendientes; reconociéndose al efecto, inclusive a los hijos ilegítimos, siempre y cuando no fueran espurios o incestuosos.

2.- La obligación alimentaria en el Derecho Español.

El estudio de la obligación alimentaria en el Derecho Español, puede partir del análisis de esta materia en el Fuero Real, también denominado Fuero de la Corte, en este ordenamiento, encontramos un marcado interés por reglamentar los alimentos, se imponía a los padres la obligación de alimentar a sus hijos, ya fueran legítimos o naturales y dividía la obligación -- entre el padre y la madre, imponiéndola a esta última, hasta que el hijo tuviera tres años y al padre, hasta que alcanzara la mayoría de edad. "En este ordenamiento, se establecieron de manera -- indubitable, los principios de proporcionalidad y reciprocidad -- en la obligación alimenticia, imponiéndola además, a los hermanos". [20]

[19] Petit Candaudap, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano" Traducción a la Novena Edición Francesa, Editora Nacional, S.A., Mexico, 1953, pág. 12.

[20] Manresa y Navarro, José María, "Comentarios al Código Civil Español", Editoriales Hijos de Reus, 8a. Edición, Tomo I, Madrid, 1914, pág. 622.

En las Siete Partidas, en la Partida IV, la que regulaba lo relativo al matrimonio y a los alimentos. "En la Ley Quinta, obligaba al padre a criar a los hijos legítimos, a los nacidos del concubinato y del adulterio, sin que la obligación trascendiera a los ascendientes del padre. En los casos de los hijos legítimos, la Ley Cuarta, de la misma Partida, señalaba que a falta de los padres o cuando éstos carecieran de recursos, la obligación de prestar alimentos, pasaba sucesivamente a los ascendientes por ambas líneas" (21). En cuanto al divorcio, las Leyes Tercera y Cuarta, concedían alimentos a los hijos y a favor del cónyuge no culpable, pero si el deudor se encontrara sin recursos y el inocente los tuviera, a éste correspondía la carga alimentaria.

Por lo que se refiere a la legislación española actual, el artículo 142 del Código Civil, establece que se entien- de por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, - habitación, vestido y asistencia médica, según la posición so- cial de la familia, los alimentos comprenden también la educa- ción e instrucción del alimentista cuando es menor de edad. El artículo subsiguiente, señala el principio de reciprocidad, en- tre cónyuges, ascendientes y descendientes legítimos, los padres y los hijos legitimados por concesión real y los padres e hijos- ilegítimos, así como entre los hermanos legítimos, cuando por un defecto físico o moral o cualquier otra causa, que no sea imputa- ble al alimentista, no pueda éste procurarse su subsistencia.

El artículo 146 del mismo ordenamiento civil espa- ñol, contiene la ineludible referencia al principio de proporci- onalidad en los alimentos, al señalar que su cuantía será propor- cionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades - de quien los recibe; el precepto legal siguiente, permite la po- sibilidad de reducir o aumentar proporcionalmente los alimentos, según el aumento o disminución que sufran las necesidades del --

(21) Manresa y Navarro, Jose María, ob. cit. pág. 622

alimentista y la fortuna del que hubiere de satisfacerlas; encontramos en este último artículo una semejanza con el principio de adaptación a la pensión alimenticia que prevalece el artículo 94, - del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, - en el que se establece que las resoluciones judiciales firmes -- dictadas en negocios de alimentos, pueden alterarse y modificarse cuando cambien las circunstancias que afectan el ejercicio de la acción que se dedujo en el juicio correspondiente. Por último, cabe comentar, el contenido del numeral 151 de la ley española, que no obstante que prohíbe al igual que nuestra ley sustantiva, renunciar a los alimentos y a la transmisión del derecho a un tercero, permite por otra parte la compensación y renuncia en las pensiones alimenticias atrasadas y más aún, la transmisión - del derecho para demandarlas.

3.- La obligación alimentaria en el Derecho Francés.

En su origen, el Derecho Francés, tenía como su -- fuente más importante, la costumbre, las provincias en que se dividía el territorio eran soberanas y el derecho consuetudinario, preponderante entonces, era una mezcla de Derecho Romano, de reglas germánicas, de Derecho Canónico y sobre todo, de costumbres propias de cada región.

Al triunfar la Revolución Francesa, surgió la necesidad de crear un instrumento legislativo que pudiera aplicarse en todas las provincias y sustituir a las costumbres locales que ahí imperaban. "Fue Napoleón Bonaparte, quien proyectó e hizo posible la redacción y expedición del Código Civil, mismo que sirvió de base y de fuente a todos los demás Códigos que se elaboraron posteriormente y aún en distintos países" (22)

(22) Valencia Cea, Arturo, "Derecho Civil", Tomo I, Editorial Temis, Bogotá, 1957, pág. 71.

En el actual Derecho Francés, el sistema de la seguridad social disminuye para los particulares la carga de la obligación alimenticia, el asegurado, por sí mismo o por su patrono, abona una cuota periódica, que recibe oportunamente, cuando se concretan ciertos riesgos; en la medida en la que son satisfechas sus necesidades, no tiene crédito alguno de alimentos en contra de sus allegados.

El Código Civil Francés, regula las condiciones de la obligación alimentaria en su artículo 212, que impone a los esposos la obligación de socorro, que comprende las obligaciones alimentaria y la de contribuir a las cargas del matrimonio, tal y como las encontramos en los artículos 162 y 164 de nuestro Código Civil para el Distrito Federal. Por lo que se refiere a los parientes por consanguinidad, la obligación alimentaria existe sólo en línea recta y los colaterales no están sometidos a su cumplimiento. El artículo 203 del Código Civil Francés, impone a los padres el deber de cubrir los alimentos de sus hijos de manera distinta a la obligación alimentaria que existe entre todos los ascendientes y descendientes de la familia legítima, la diferencia consiste en la falta de reciprocidad, pues los hijos no tienen obligación de mantener a sus padres cuando estos son privados totalmente de la patria potestad que ejercen sobre aquéllos, o cuando los abandonan, esta particularidad se circunscribe sólo a padres e hijos, quedando fuera de ella los demás parientes en línea recta.

Despierta interés una diferencia notable que existe en el Derecho Francés actual, los artículos 206 y 207 del Código Civil ya citado, señalan la obligación alimenticia entre ciertos parientes afines en línea recta, concretamente, entre el suegro o la suegra, por una parte y el yerno o la nuera, por la otra, Como puede advertirse, el matrimonio crea la obligación entre cada uno de los esposos y la familia de su cónyuge. La obligación alimentaria entre afines, desaparece a la muerte del esposo que producía la afinidad, según lo dispone el propio artículo 206 y por resolución jurisprudencial, por otra parte, el di

vicio, pone término a la obligación alimentaria entre ajenos.

Tal y como acontece en el Derecho Mexicano, rige en el Francés, el principio de proporcionalidad en la cuantía de la deuda alimenticia, "las necesidades del beneficiario y los recursos del obligado se aprecian en función de la fortuna, de la situación social, del nivel de vida y de las cargas diversas del acreedor y del deudor, los alimentos no son concedidos sino en la proporción de las necesidades del que los pide y de la fortuna del que los debe". [23]

El principio de reciprocidad, opera también en el Derecho Francés como consecuencia de la solidaridad familiar, -- esencia de la obligación alimenticia.

Puedo sostener, con base en lo dicho anteriormente que el pago por cumplimiento de la obligación alimenticia, debe ser un acto libre y espontáneo del deudor, por respeto a un principio de índole moral como lo es el socorro a las personas que dependan de él, sin la necesidad de que se la imponga un mandamiento jurídico que señala sanciones para el caso de su incumplimiento.

El desconocimiento de la obligación alimentaria -- por quienes deben cumplirla, ha motivado la creación de normas -- que fijan los medios para lograr su cumplimiento forzoso, como -- consecuencia de que no se ha respetado el principio de índole moral que debiera cumplirse sin necesidad de recurrir a leyes impositivas. En efecto, en el Derecho Romano pueden encontrarse algunos de los principios y normas jurídicas que hasta nuestros -- días han servido de sustento a la obligación alimentaria, entre ellos, resaltan los que se fundan en la solidaridad familiar, en el deber de asistencia a los más necesitados y en la equidad que debe prevalecer en el trato de los miembros de una familia, a quie-

(23) Mazeaud Henri, León Mazeaud y Juan Mazeaud, ob., cit., pág. 147.

nes un la sangre y el afecto.

De entre las características principales de la obligación alimentaria, cabe resaltar aquella que deriva del principio de reciprocidad, que permite la posibilidad de ser deudor o acreedor, respecto de una misma persona, conforme cambien las circunstancias que afecten el estado de necesidad o la aptitud económica de las partes para satisfacerla.

Otro principio relevante en la obligación alimentaria, es el de la proporcionalidad, por virtud de él, el juzgador está obligado a considerar las necesidades del acreedor, en relación directa con la posibilidad del deudor, en el momento en que dicte la resolución que determine cuantitativamente la pensión alimenticia.

Respecto de las características comentadas, puede decirse que constituyen verdaderos principios rectores de esa institución, al encontrarlos invariablemente al recurrir al derecho comparado, además de aquellas, tenemos que el derecho de alimentos es imprescriptible, inembargable, intransmisible e incesible, particularmente por ser de los llamados intuitu personae.

Los alimentos son también divisibles, ya que permiten que su pago sea distribuido entre los obligados, debiendo respetarse en todo momento el principio de proporcionalidad. Por otra parte, es un crédito de jerarquía jurídica superior a aquellos que se conocen como preferentes o privilegiados, ya que para lograr su cumplimiento, no es necesario su concurso.

C A P I T U L O 11.

LA OBLIGACIÓN ALIMENTARIA EN EL DERECHO MEXICANO.

{Breve secuencia histórica}.

- a).- *La obligación alimentaria en el Código Civil de 1870.*
- b).- *La obligación alimentaria en el Código Civil de 1884.*
- c).- *La obligación alimentaria en la Ley sobre Relaciones Familiares de 1917.*
- d).- *La obligación alimentaria en el Código Civil de 1928.*

C A P I T U L O II

LA OBLIGACION ALIMENTARIA EN EL DERECHO MEXICANO.

(Breve secuencia histórica)

a).- La obligación alimentaria en el Código Civil de 1870.

Como provincia del Imperio Romano, España se regla por su legislación, fuente de las legislaciones antiguas y modernas; la invasión de los visigodos a la península, trajo como consecuencia la fundación de una monarquía independiente. El Fuero Juzgo, fue obra de los reyes godos y se formó durante el siglo - VII, constituyendo el primer Código Español que permite advertir que las leyes romanas sirvieron como base para su creación. Posteriormente fueron formándose provincias y reinos que crearon a su vez multitud de Fueros, fundados todos ellos en el Código de los Godos, uno de los principales, es el Fuero Viejo de Castilla.

Las Leyes Indias se formaron con una recopilación de los fueros aplicados en las provincias españolas y sirvieron como normas durante la Colonia; en la parte expositiva formulada por la Comisión encargada del proyecto del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, los redactores mencionan los elementos con los que contaron para la elaboración de dicho proyecto, refiriéndose, desde luego, a los principios e instituciones del Derecho Romano, a la legislación vigente y a los Códigos de Francia, Cerdeña, Austria, Holanda y Portugal, -- asimismo, reconocieron que dicho proyecto contenía algunos artículos exclusivos de la Comisión, en el intento de innovar lo me-

nos que fuera posible, respetando la legislación, tal y como ha-
bla sido aplicada desde la Colonia. El proyecto se convirtió a -
la postre en decreto, una vez que fue aprobado por el presidente
Benito Juárez, iniciándose su vigencia el día 10. de marzo de --
1871.

El Código Civil, conocido como Código de 1870, es
el primer ordenamiento legal que regula de manera ordenada las -
cuestiones relativas a los alimentos, su primer artículo que ha-
bla de esta obligación, se encuentra en el capítulo que se refie-
re a los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio. En -
efecto, el artículo 198, impone a los cónyuges el deber de soco-
rrerse mutuamente obligando al marido a dar alimentos a su mujer,
aún cuando ésta no haya llevado bienes al matrimonio, la misma -
obligación se impone a la mujer en el artículo 202, en favor del
marido, a condición de que tuviera bienes propios y aquél, care-
ciendo de ellos, estuviera impedido para trabajar.

En el capítulo IV del libro primero, el Código de-
1870, se refiere al principio de reciprocidad en los alimentos -
(art. 216), estableciendo otra obligación para los cónyuges, con-
sistente en darse alimentos en los casos de divorcio; en los ar-
tículos subsecuentes se menciona a los parientes obligados a pro-
porcionarlos, como los padres y demás ascendientes por ambas lí-
neas que estuvieren más próximos en grado (art. 218); los hijos-
y descendientes más próximos en grado (art. 219); a falta o por-
imposibilidad de los ascendientes y descendientes, los hermanos-
de padre y madre (art. 220); la obligación para los hermanos, --
respecto de los menores, mientras éstos cumplen la edad de 18 a-
ños.

El artículo 222 del mismo Código, establece que --
los alimentos comprenden la comida, el vestido, la habitación y -
la asistencia en caso de enfermedad; respecto de los menores, di-
ce el precepto siguiente, los alimentos comprenden los gastos ne-
cesarios para la educación primaria del alimentista y para pro-
porcionarle algún oficio, arte o profesión honestos y adecuados-

a su sexo y circunstancias personales.

Otro de los principios hegemónicos de la obligación alimentaria contenido en este ordenamiento, se encuentra en el artículo 224, que establece que los alimentos han de ser proporcionados a la posibilidad del que debe darlos y a la necesidad del que debe recibirlos. En el artículo 229, se consiere la acción para pedir el aseguramiento de los alimentos, al acreedor, al ascendiente que le tenga bajo su patria potestad, a los hermanos y al Ministerio Público, en el Código Civil actual, esta facultad se extiende a los parientes colaterales dentro del cuarto grado, tal y como puede advertirse en el artículo 315.

Por último, cabe referirse a dos preceptos de nuestro Código Civil, dignos de comentario por relacionarse con la obligación alimentaria; el artículo 230 que muestra un aspecto de la moral imperante en el siglo pasado y que influyó en la elaboración de las normas jurídicas, consistente en considerar como causa de desheredación, a la demanda judicial que se presentara para asegurar el pago de alimentos; en efecto, en el capítulo -- IX del libro cuarto, encontramos las causas de desheredación, -- dentro de las que se menciona el haber negado sin motivo legítimo los alimentos al ascendiente. La desheredación podía hacerse únicamente en el testamento y con declaración expresa de causa, los que eran llamados a la sucesión como consecuencia de la exclusión del desheredado, tenían la obligación de prestarle alimentos, si es que carecía de medios para su subsistencia.

Por otra parte, el artículo 234 del mismo Código Civil, en lo que considero una invasión al derecho procesal, establecía la vía por la que debían tramitarse los juicios que versaran sobre alimentos, creando al efecto el juicio sumario, aplicado hasta el año de 1973, regulado por el Código de Procedimientos Civiles, en el que se encuentra actualmente, bajo el rubro de Controversia de Orden Familiar.

Como se puede advertir, el Código de 1884, observa

ba algunos de los principios que informan a la obligación alimentaria, tales como el de reciprocidad y de proporcionalidad, mostrando la definición legal de los alimentos, casi idéntica a la que contiene el Código Civil vigente; los preceptos relativos a los alimentos permiten entender la similitud que existe en relación con los Códigos de otros países, si se parte de la base de que todos ellos tienen como antecedente, principios del Derecho Romano y legislaciones que tuvieron vigencia en el siglo pasado, tales como los Códigos Civiles de Francia, Cerdeña, Austria, Holanda y Portugal, que como se vio anteriormente fueron utilizados por la Comisión redactora del Código Civil de 1870.

b).- La obligación alimentaria en el
Código Civil de 1884.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, promulgado en marzo de 1884, por el entonces Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, señor Manuel González, derogó expresamente el Código Civil de 1870, así como toda la legislación civil anterior. (24)

A pesar de que en la carátula de este Código Civil apareció la palabra "reformado", por lo que respecta a la obligación alimentaria, no apareció diferencia alguna con el Código derogado; entre las pocas reformas que aparecieron, resalta la ausencia de las causas de desheredación, por otra parte, no se menciona ya, disposición alguna al juicio que debía iniciarse para asegurar el pago de alimentos.

(24) Los artículos transitorios, señalan que este Código comenzó a regir el día 10. de junio de 1884, fecha en la que quedó derogado (artículo transitorio 2o) el Código Civil del 13 de diciembre de 1870, así como toda la legislación civil anterior.

El artículo 206 del Código Civil de 1884, se refería a la obligación de los cónyuges de darse alimento: en los -- casos de divorcio, cabe hacer mención que los artículos 226 y 239 del mismo ordenamiento, disponían que el divorcio no disolvía el vínculo matrimonial, sino que únicamente suspendía algunas de -- las obligaciones civiles de los divorciantes. Por virtud de -- otros preceptos, se permitía su reconciliación dejando sin efecto la sentencia que había decretado el divorcio, bastando para -- que esta se realizara la cohabitación de los consortes; en otros términos, el divorcio no dejaba a los divorciantes en aptitud de contraer nuevas nupcias, sino que consistía en una separación -- de lecho y habitación.

En los casos de divorcio, la cónyuge inocente tenía derecho a recibir alimentos, aún cuando tuviera bienes propios, siempre y cuando viviera honestamente; en el supuesto de -- que diera causa para el divorcio, también tenía el derecho de alimentos, pero el marido conservaba la administración de los bienes comunes, a condición de que la causa del divorcio no fuere -- el adulterio cometido por la divorciante.

c).- La obligación alimentaria en la
Ley Sobre Relaciones Familiares
de 1917.

La Ley Sobre Relaciones Familiares, fué expedida -- por Don Venustiano Carranza, el día 9 de abril de 1917, cuando -- fungía como Primer Jefe del Ejército Constitucionalista y derogó un número considerable de títulos del Código Civil de 1884, su -- elaboración fué obligada, según aparece en sus considerandos, para establecer la organización familiar sobre bases más racionales y justas, elevando a los consortes a la alta misión que la -- sociedad y la naturaleza ponen a su cargo, propagando la especie

y fundando la familia.

La promulgación de esta ley, tuvo también por objeto la creación de normas que influyeron en las instituciones familiares, por virtud de las cuales aportó un sentido de igualdad, tendiente a erradicar algunos principios derivados del Derecho Romano que gravitaban en la legislación existente hasta entonces y que eran aceptados por el derecho canónico, tales como la indiscutible y absoluta autoridad del pater familias, dueño de su esposa y de sus hijos, su preferencia para la administración de los bienes, la indisolubilidad del vínculo matrimonial, etc.

En su exposición de motivos, aparece que la promulgación de la Ley Sobre Relaciones Familiares, era indispensable para adecuar las leyes civiles al desarrollo social, principalmente en lo relativo a la familia, por considerarse la base de la sociedad, en atención a las reformas políticas que surgieron como consecuencia de la Revolución; en esta ley aparece regulado el divorcio, por el que se permite a los cónyuges la posibilidad de celebrar otro matrimonio.

Una reforma más, aportada por la nueva ley, consistía, como se consignó en la parte final de su artículo 59, en la excepción para el cónyuge divorciado que resultara acreedor alimentista, de admitir como forma de pago de los alimentos, su incorporación a la familia del deudor, ya que esta era una de las formas en las que podía liberarse de su obligación. Esta reforma se distingue por su trascendencia para la organización familiar, si se considera que el divorcio persigue como un objetivo primordial, la separación total de los cónyuges, debiendo recordar que en los códigos anteriores el divorcio recibía un tratamiento distinto y limitado a la separación de los consortes.

A pesar del espíritu innovador, fundado en los cambios que provocó la Revolución y que motivaron la creación de esta ley, sus preceptos relativos a la obligación alimentaria sufrieron pocas modificaciones, entre ellas, se distinguió la que-

impuso al marido la obligación de dar alimentos a su mujer, haciendo todos los gastos necesarios para el sostenimiento del hogar, (art. 42) salvo que la mujer tuviere bienes propios o desempeñare algún trabajo o ejerciere alguna profesión, en cuyo caso debía contribuir a los gastos de la familia, siempre y cuando la parte que le correspondiera, no excediera la mitad de esas erogaciones.

En el artículo 72 de la Ley que se viene comentando, se introdujo otra obligación a cargo del marido ausente o -- que estando presente, se rehusaba a entregar a la mujer lo necesario para los alimentos de ella y de los hijos, para la educación de estos y las demás atenciones de la familia; la obligación consistía en ser responsables de los adeudos que la esposa contrajera para satisfacer las necesidades alimentarias, en la cuantía estrictamente necesaria y siempre y cuando no se tratara de la obtención de artículos de lujo. (25)

Como puede verse, las modificaciones que se han -- realizado en materia de alimentos, no afectan su esencia, principios y características fundamentales, prevaleciendo hasta el derecho vigente, la reciprocidad, proporcionalidad e irrenunciabilidad, entre otros, las reformas legislativas se han limitado, -- casi exclusivamente, a cuestiones de carácter procesal. Así tenemos que el artículo 73 de la Ley Sobre Relaciones Familiares, -- es el antecedente inmediato del procedimiento que debe agotarse -- actualmente para obtener el pago de una pensión alimenticia provisional. En efecto, en la Ley Carrancista, el legislador otorgó a la esposa que sin culpa se viera obligada a vivir separada de su marido, la facultad de ocurrir ante el Juez de Primera Instancia, para pedirle que obligara al esposo a mantenerla durante la separación y a pagar lo que hubiera dejado de proporcionarle,

(25) El art. 322 del Código Civil actual señala que cuando el deudor alimentario no estuviere presente o estándolo rehusare entregar lo necesario para los alimentos de los miembros de su familia con derecho a recibirlos, se hará responsable de las deudas que éstos contraigan para cubrir esa exigencia, pero sólo en la cuantía estrictamente necesaria para ese objeto y siempre que no se trate de gastos de lujo.

desde que tuvo lugar el abandono; al acoger la demanda, el juez debia fijar la suma que por concepto de pensión tuviera que entregarse mensualmente, dictando las medidas necesarias para asegurar su pago.

En el ánimo de legislar en favor de los acreedores alimentarios, la Ley Sobre Relaciones Familiares, no solo reguló sobre cuestiones del procedimiento, sino que llegó al extremo de tipificar el delito que en el Código Penal actual se conoce con el nombre de abandono de personas, siendo entonces el antecedente inmediato del ilícito penal. En efecto, el artículo 74 de la Ley a la que me vengo refiriendo, establecía que todo esposo que abandonara a su esposa y a sus hijos sin motivo justificado, dejando a aquella, a éstos o a ambos en circunstancias aflictivas, cometía un delito que se castigaba con pena no inferior a dos meses, ni superior a dos años de prisión; el artículo 74 a su vez, establecía las condiciones para que la pena no se hiciera efectiva, al igual que lo hace el artículo 336 del Código Penal vigente, consistentes en que el esposo pagara las cantidades que dejó de proporcionar para la manutención de la esposa y de los hijos; debiendo otorgar fianza y otra caución de que en lo sucesivo cubriría las mensualidades correspondientes.

Otra reforma que se aprecia en esta Ley, en materia de alimentos, apareció como consecuencia del divorcio. Como lo refiero en párrafos anteriores, es hasta la Ley comentada, -- donde se establece que el divorcio rompe totalmente con el vínculo jurídico del matrimonio, creando como consecuencia la obligación alimentaria a cargo del marido, cuando la cónyuge fuera inoponente, en el caso de que resultare culpable, ese derecho se fijó en favor del marido, a condición de encontrarse imposibilitado para trabajar y careciendo de bienes propios para su subsistencia, en ambos casos el cónyuge deudor de alimentos, podía liberarse de la obligación, entregando en forma anticipada el importe de la pensión alimenticia relativa a cinco años.

d).- La obligación alimentaria en el
Código civil de 1928.

El Código Civil para el Distrito Federal expedido en 1928 por el entonces Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Pascual Ortiz Rubio, es el ordenamiento legal que desde su creación ha sufrido un mayor número de reformas en los preceptos relativos a los alimentos.

El Código actual, aplicable en el Distrito Federal en materia común y en toda la República en materia federal, respetó en esencia los lineamientos impuestos por la Ley Sobre Relaciones Familiares, sin embargo, por lo que hace a la materia de alimentos, creó una reforma de radical importancia por virtud de la cual "otorgó de manera expresa a toda clase de hijos naturales sin distinción alguna, no sólo el derecho al apellido, sino también el derecho a recibir alimentos" (26), tal y como se encuentra en las fracciones II y III del artículo 389. Como puede recordarse, la ley anterior señalaba en forma limitativa a las personas que tenían derecho a recibir alimentos, sin considerar a los parientes colaterales dentro del cuarto grado y a los hijos naturales.

Por otra parte, con el propósito de igualar al hombre y a la mujer dentro del matrimonio, mejorando la condición jurídica de esta última, el Código actual modificó también el contenido del artículo 42 de la ley de 1915, imponiendo a ambos cónyuges la obligación de contribuir económicamente al sostenimiento del hogar y la de distribuirse la carga alimenticia de los hijos, según sus posibilidades; debe recordarse que la ley anterior señalaba expresamente que el marido debía dar alimentos a la mujer y hacer todos los gastos necesarios para el sosteni-

(26) Sánchez Medel, Ramón, "Los grandes cambios en el derecho de familia de México". Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1979, pág. 39.

miento del hogar, a excepción de que la mujer tuviera bienes propios.

La Ley Sobre Relaciones Familiares no se ocupó en modificar los preceptos relativos a las sucesiones, manteniéndolos intactos, siendo hasta el Código Civil de 1928, donde se introdujo la referencia al testamento inoficioso, es decir, aquél en el que el testador no señala pensión alimenticia en favor de sus descendientes, menores de 18 años, respecto de los cuéles --
tenla la obligación en el momento de su muerte, de sus descendientes imposibilitados para trabajar, cualquiera que fuera su edad, del cónyuge superstite impedido para trabajar, que carecien-
do de bienes no contraiga matrimonio, de sus ascendientes, de la concubina, de sus hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, que se encuentren incapacitados o mientras no cumplan 18 años.

A finales de 1974, el Congreso de la Unión aprobó en su período ordinario de sesiones, un conjunto de reformas en siete leyes distintas, a iniciativa del Presidente de la República, Licenciado Luis Echeverría Álvarez, siendo notorias aquellas que se practicaron en el Código Civil para el Distrito Federal, en lo relativo a la obligación alimentaria, modificándose, en --
primer término el artículo 165 que anteriormente otorgaba a la -
mujer en forma exclusiva, el derecho preferencial sobre los productos de los bienes propiedad del marido y sobre su sueldo, salario y emolumentos, por la cantidad correspondiente para la ali-
mentación de ella y de sus menores hijos; por virtud de la modificación realizada, se concedió ese derecho a ambos cónyuges, en relación con los bienes e ingresos de quien tenga a su cargo el sostenimiento económico de la familia, ya sea que se trate del -
esposo o de su cónyuge .

El artículo 288 del Código Civil, que anteriormente otorgaba a la mujer inocente el derecho a recibir alimentos, en caso de divorcio y a cargo del cónyuge culpable, mientras no contrajera nupcias y viviera honestamente, también fue modifica-

do y en su redacción actual deja al arbitrio del juzgador, la fijación de la pensión alimenticia en los casos de divorcio necesario, debiendo tomar en cuenta únicamente las circunstancias del caso concreto, tales como la capacidad de los cónyuges para trabajar y su situación económica.

Posteriormente, durante la administración del Licenciado Miguel de la Madrid Hurtado, concretamente el día 27 de diciembre de 1983, se publicaron en el Diario Oficial de la Federación, algunas reformas practicadas en el Código Civil y que tuvieron vigencia a partir del día 27 de marzo del año siguiente, entre ellas, destaca una nueva modificación realizada sobre el mismo artículo 288, estableciéndose desde entonces que en los casos de divorcio por mutuo consentimiento, la mujer tiene derecho a recibir una pensión alimenticia, por el mismo lapso de duración del matrimonio, pudiendo disfrutarlo a condición de que no obtenga ingresos suficientes para su subsistencia y mientras no contraiga nuevas nupcias o se una en concubinato.

Por virtud de las reformas que tuvieron lugar en materia de alimentos, surgió un nuevo derecho en favor del concubino, a quien se le otorgó, equiparándolo a la concubina, siempre y cuando acredite ese carácter, conforme a los extremos que contiene el artículo 1635 del Código Civil.

El artículo 311, sufrió una reforma trascendental por lo que se refiere a las pensiones alimenticias, al introducir un mecanismo de ajuste automático sobre su monto, por lo que considero indispensable transcribirlo textualmente: " los alimentos han de ser proporcionados a las posibilidades del que debe darlos y a las necesidades de quien debe recibirlos. Determinados por convenio o sentencia, los alimentos tendrán un incremento automático, equivalente al aumento porcentual del salario mínimo diario vigente en el Distrito Federal, salvo que el deudor alimentario demuestre que sus ingresos no aumentaron en igual proporción. En este caso, el incremento en los alimentos se ajustará al que realmente hubiese obtenido el deudor. Estas pre-

venciones deberán expresarse siempre en la sentencia o convenio correspondiente". (27)

Para concluir, cabe citar la adición que modificó la parte final del artículo 317 del Código sustantivo que he venido citando, ampliándose las formas de garantía para el pago de los alimentos, agregando al efecto, con un criterio práctico, -- que sería suficiente cualquiera otra garantía, a juicio del juzgador. En términos generales, en las controversias del orden familiar que versan sobre alimentos, la autoridad judicial decreta el embargo sobre el salario del deudor alimentista, ordenando el descuento de la cantidad que resulte por concepto de pensión, teniendo como garantía del pago, el debido cumplimiento de esa disposición, que se vuelve ineficaz cuando el trabajador es despedido o presenta su renuncia. En los casos de divorcio voluntario, resulta práctico, con aplicación de la parte final del artículo-317, que el juez acepte como forma de garantía para el pago de la pensión que se fija por los divorciantes en el convenio correspondiente, los derechos de antigüedad que el deudor tiene en el lugar donde presta sus servicios, operando este mecanismo, - de la misma forma que cuando el descuento es de cumplimiento forzoso como consecuencia de alguna disposición judicial.

(27) Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa, S.A., México - 1988, pág.103.

C A P I T U L O III

EL EJERCICIO DE LA ACCION

- a).- Concepto etimológico de la palabra "acción".
- b).- Concepto jurídico-procesal de la "acción".
- c).- El derecho al ejercicio de la acción como garantía constitucional.
- d).- El ejercicio de la acción en el Derecho Procesal Civil mexicano, estudio del artículo 10. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

C A P I T U L O 111.

EL EJERCICIO DE LA ACCION.

a).- Concepto etimológico de la palabra acción.

Desde el período del Derecho Romano clásico, la actio se perfiló como una de las instituciones importantes para el derecho procesal que determinaron a la postre su autonomía e independencia del derecho sustantivo. Al referirse a ese período, diversos autores coinciden en que la actio, al ejercitarse por el demandante, tenía un sentido de representación dramática, la interpretación de una ficción jurídica, de donde se otorgó el calificativo de actor, a quien ejercita su facultad de acudir ante los Tribunales para obtener el reconocimiento de su derecho; en sus "instituciones", Gallo menciona diversos datos sobre las legis acciones, es decir, de los medios de ponerse en actividad el contenido de la ley.

Al diseñar el esquema para este trabajo, creí indispensable referirme, aunque fuera someramente, al origen de la palabra acción, dada su relevancia para el derecho procesal y en atención a que con el desistimiento constituyen su esencia.

Para Cabanellas, el término acción proviene del término latino agere, que significa hacer, obrar. En sentido común, no jurídico, la voz acción, traduce la existencia de un estado dinámico o movimiento, un obrar físico y directo del individuo. (28)

(28) Cabanellas, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual", Edición Argentina Tomo I, 6a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1968, pág. 36.

Para la Real Academia de la Lengua Española, el término acción, deriva del latín actio - onis y nos dice que, en su acepción jurídica, "es el derecho que se tiene a pedir alguna cosa en juicio o el modo legal de ejercitar el mismo derecho, pidiendo en justicia lo que es nuestro o se nos debe". (29)

b).- Concepto jurídico-procesal de la acción.

Para la mayor comprensión de algunos conceptos utilizados en un trabajo, como el que nos ocupa, resulta útil referirse previamente a su significado gramatical; por lo que hace a la palabra acción, este no podía ser mejor aplicado que en la acepción en la que se le utiliza en el derecho procesal. Dentro de esta ciencia, la acción denota un movimiento constante y el proceso se caracteriza precisamente, por estar compuesto de actos que son predominantemente dispositivos; resulta evidente en consecuencia, que el accionar de las partes conforma el proceso y solo mediante este accionar, es posible obtener la intervención del Estado, como el ente facultado para restaurar los derechos violados, mediante la impartición de justicia.

En efecto, el proceso es una serie de actos que se suceden regularmente en el tiempo, encontrándose concatenados entre sí, por el fin u objeto que pretenda obtenerse con ellos, es los actos son de tracto sucesivo y en ellos puede advertirse una dinámica o movimiento constante; todo proceso constituye una dialéctica y la acción es la fuerza que actúa para impulsarla.

Algunos autores como J. Ramiro Podetti, utilizan -

(29) Real Academia, "Diccionario de la Lengua Española". Editorial Espasa Calpe. Madrid, España, 19a. Edición. 1961. pág. 58.

frases circuntes cuando se refieren a la acción, el autor cita de opina que: "la acción es el elemento activo del derecho material". (30) En general, los autores coinciden en que, en el aspecto gramatical, la palabra acción define correctamente a la figura o institución procesal que representa.

Otros estudiosos del derecho procesal consideran que el concepto de acción es fundamental para esta ciencia, por haber logrado su independencia y autonomía respecto del derecho sustantivo, fíncándose sobre este concepto su pleno desarrollo como disciplina jurídica independiente, para el maestro Cipriano Gómez Lara, es de los llamados conceptos categoriales, es decir, uno de sus conceptos básicos; al considerarlo así, muestra su adhesión a la doctrina dominante que sostiene que, en unión de los de jurisdicción y proceso, el concepto de acción forma parte de la llamada por Chiovenda, "trilogía estructural del proceso", al considerar que éstos son los tres conceptos fundamentales de la Ciencia Procesal. De los conceptos fundamentales o categoriales, derivarán en consecuencia todos los demás conceptos que serán considerados como secundarios.

Antes de pasar a comentar los diversos conceptos emitidos en la doctrina acerca de la acción, creo conveniente mencionar las distintas acepciones que sobre esta figura han sido vertidas en la ciencia del derecho procesal.

Quizá la acepción más difundida, es la que considera a la acción como un derecho, confundiéndola con el derecho sustantivo que tiene el sujeto, es decir, confundiendo el derecho violado, con la facultad que tiene el agraviado de reclamar esa violación ante el Tribunal. Ejemplo de esta acepción, podría ser aquél que deriva del artículo 165 del Código Civil, -- que confiere a los cónyuges e hijos, preferencia en los ingre-

(30) Citado por Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit. pág. 210.

vos del sostenedor de la familia, confundiendo este derecho sustantivo, con la posibilidad de demandar, mediante el ejercicio de la acción, el aseguramiento de esos ingresos o de bienes de su propiedad, para hacer efectivo ese derecho.

Otro sentido que se le ha otorgado a la acción, es el considerarla como la pretensión, es decir, con la convicción que tiene el individuo que la ejercita, de que el derecho que reclama es válido. Ejemplo de esta acepción, lo constituye el *ánimus domine*, indispensable al demandar la prescripción adquisitiva; podemos decir que en esta acepción se encuentran implícitos, algunos elementos de carácter psicológico que influyen en el actor, llevándolo a confundir su acción con lo que pretende mediante su ejercicio, como en el ejemplo citado, en el que el demandante debe ostentar el ánimo de dueño de la cosa, por haber ejercido sobre ella una posesión continua, durante un lapso determinado por la ley, al respecto, Eduardo J. Couture explica lo que debe entenderse por pretensión, diciendo que: "es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica, con la aspiración concreta de que esta se haga efectiva". (31)

Entre las diversas acepciones utilizadas sobre la acción, la que considero más acertada, para los efectos del presente trabajo, es la que emplea el autor argentino antes mencionado, por la que se contempla a la acción como "la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción". (32) Así considerada, la acción es el poder jurídico que tiene todo individuo de acudir ante la autoridad jurisdiccional o dicho en otros términos, la acción es el derecho que tiene todo individuo frente al Estado, de recibir la prestación de la jurisdicción.

Habiendo citado las acepciones más difundidas del-

(31) Couture Eduardo, "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 8a. Edición, 1966, pág. 72.

(32) Idem. pág. 61.

concepto de acción, pasará a comentar dos teorías que se distinguen respecto de esta figura procesal, por considerárlas fundamentales para lograr su mejor comprensión.

En primer término, tenemos la llamada teoría clásica de la acción, conocida así porque proviene del Derecho Romano y también porque identifica a la acción con el derecho sustantivo del individuo. En la fase de las legis acciones, que se practicó en Roma durante la monarquía (753 a 509 A. de C.), estas acciones de la ley, eran los medios que se otorgaban al individuo para poner en actividad el contenido de la ley y podían ejercitarse únicamente por los ciudadanos romanos patricios, cuando el Magistrado certificaba previamente que la reclamación del actor estuviera prevista y regulada en la Ley de las Doce Tablas, que en las Tablas I y III, contenía el derecho procesal de ese tiempo. Debe advertirse que en esta etapa del Derecho Romano, la posibilidad del ciudadano de demandar e iniciar un proceso, dependía totalmente de la autoridad judicial, ya que el Magistrado le concedía previamente su permiso para hacerlo; esta "actionem dare", era como una garantía de que el actor obraba de buena fe, calificando su pretensión y otorgándole la autorización para que ésta pasara al plano jurisdiccional.

La teoría clásica de la acción tuvo una definición representativa, que sirvió como base a la corriente doctrinal -- surgida de la Escuela Proculyana, fundada por Marco Antistio Laabeón durante el denominado período clásico del Derecho Romano, -- que según Guillermo Floris Margadant, se caracterizó por el dominio perfecto de la ciencia procesal por los jurisconsultos de la época, entre los que destacó notablemente P. Juvencio Celso, -- quien aportó la definición de referencia, dando nacimiento a la teoría clásica de la acción con la frase siguiente: "Nihil aliud est actio, quem is quos sibi debeat iudicio persequendi" [la acción, no es otra cosa que el derecho de perseguir mediante un juicio, el derecho que le corresponde a uno]. (33)

(33) Citado por Guillermo Floris Margadant, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge, S.A., México, D.F., 5a. Edición, 1974, pág. 82.

La teoría clásica de la acción estuvo vigente hasta el siglo pasado, cuando los estudiosos de la ciencia procesal establecieron la diferencia entre el derecho sustantivo y lo que significa la acción; en el momento en el que pudo establecerse esta división, se otorgó plena autonomía al derecho procesal y nació la que se conoce como teoría moderna de la acción, de la que nuestra legislación positiva muestra diversos ejemplos, como aquél que surge de la relación que existe entre el artículo 772 del Código Civil, que establece el derecho de propiedad y que -- constriñe a los ajenos al titular, a no aprovecharse de los bienes sin consentimiento de éste, con la acción reivindicatoria -- prevista en el artículo 40. del Código de Procedimientos Civiles, que faculta a quien no está en posesión de la cosa de su propiedad, a reclamar su entrega al poseedor ilegítimo.

Eduardo J. Couture, acorde con esta teoría moderna de la acción, considera a ésta, como la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; la mencionada teoría moderna, encuentra su fundamento en la plena autonomía que se otorga a la acción, el maestro argentino nos dice en su obra que para la ciencia procesal, la separación del derecho y de la acción, constituyó un fenómeno análogo al que representó para la física la división del átomo.

Siendo el concepto de acción un concepto hegemónico de la ciencia procesal, es lógico que los estudiosos hayan -- propuesto diversas y variadas definiciones, de las que citaré -- las que considero más relevantes y sobre todo, relacionadas con el tema que se viene tratando en el presente trabajo.

En la obra ya citada, el maestro Eduardo J. Couture, nos dice que " la acción, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales -- para reclamarles la satisfacción de una pretensión". (34) En es

(34) Couture, J. Eduardo, ob. cit. pág. 57.

ta definición puede advertirse que previo al ejercicio de la acción, debe existir en el actor el motivo personal que le lleve a poner en movimiento al poder judicial, siendo en este caso la -- pretensión, que para el tratadista argentino, no es otra cosa -- que la afirmación de un sujeto de derecho, de merecer la tutela-jurídica, con la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. Para este autor, ejercitar el derecho de acción por quien -- tiene una pretensión fundada, es hacerlo y practicarlo dentro de los límites legítimos; hacerlo sin tenerla, es un abuso del derecho de acción. Como ejemplo de este concepto, puede decirse que una pretensión fundada, es aquella que tiene el acreedor alimentario de que sus necesidades elementales sean satisfechas por el deudor, en este sentido, la pretensión deriva, antes que de un -- concepto legal, de un estado de ánimo provocado en el individuo, que en el ejemplo citado, es la necesidad de recibir los alimentos.

Por su parte, Francesco Carnelutti, opina que la -- pretensión "es la existencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio" (35), luego entonces, al acudir ante el órgano jurisdiccional a reclamar la satisfacción de una pretensión, se presupone la resistencia del deudor a realizarlo voluntariamente, lo que hace indispensable el ejercicio de la acción para lograr su cumplimiento.

Como se vio anteriormente, la teoría clásica de la acción tuvo en el concepto emitido por Celso, una definición representativa, la definición propuesta por James Goldschmidt, re -- presenta a su vez a la teoría que tiene a la acción como un derecho público, en el que el obligado no es otro particular, al -- igual que el demandante, sino que es el Estado, el que tiene la obligación de tutelar el derecho que reclama el actor y haciendo uso de su soberanía, someter al demandado al cumplimiento de las

(35) Citado por Cipriano Gómez Lara, "Teoría General del Proceso", Universidad Nacional Autónoma de México, 2a. Edición, México, 1961, pág. 19.

prestaciones que se le reclaman. Este tratadista nos dice que -- "la acción o derecho de obrar procesal (con su contenido, la pretensión a una sentencia), es un derecho público subjetivo, dirigido contra el estado para obtener la tutela jurídica del mismo, mediante sentencia favorable" (36); la definición anterior se sustenta en la relación que existe entre el demandado y el Estado y no entre aquél y el demandante, apoyándose además en la sumisión a la soberanía del Estado, al que se solicita, mediante el ejercicio de la acción, que dicte una sentencia que resuelva el litigio.

El maestro Eduardo Pallares, comenta la teoría publicista y opina que esa forma de conceptuar a la acción, se confunde con una garantía individual que en nuestra Constitución Política, se encuentra consagrada en el artículo 17, consistente en obtener la administración de justicia por parte del Estado; agrega el autor mexicano que para Goldschmidt, atendiendo a su concepto, la acción es un derecho de rango constitucional y no de derecho común, por lo que debe ser considerada como un derecho de orden público.

Jaime Guasp, por su parte, apoya la postura de - - Goldschmidt, al decir que el derecho de acción, es un derecho abstracto y general que la Constitución otorga a todo individuo, que puede hacer valer al ejercitar el derecho de petición y que debe realizarse ante los Tribunales establecidos, los que estarán expedidos para administrar justicia. Participe también de esta forma de conceptuar a la acción, Carnelutti considera que ésta "es un derecho público subjetivo que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio". (37)

Una orientación teórica, distinta de la clásica y - de la que considera a la acción como un derecho público, es aqué-

(36) Citado por Eduardo Pallares, "Tratado de las Acciones Civiles", Edición Porrúa, S.A., México, D.F., 4a. Edición, 1961, pág. 29.

(37) Citado por Eduardo Pallares en su "Tratado...", ob. cit. pág. 61.

lla que se trata como un derecho potestativo e independiente - del derecho que protege, representada por el concepto de Chio-
venda, quien sostiene que "la acción es un derecho potestativo
mediante el cual una persona hace actuar a los Tribunales, pa-
ra que en un caso determinado se cumpla la voluntad de la ley"
{38}. Como puede observarse, esta definición contiene el tér-
mino derecho potestativo, distinto al de derecho real o al de-
derecho personal, ya que, según este autor, con el ejercicio -
de ese derecho no se exige del deudor una prestación determina-
da, ni se dirige a la cosa de la que se es titular, sino que -
sólo concede un nuevo poder, termina una situación jurídica --
pre-existente y establece otra distinta en favor del acreedor.

Seguidor de esta teoría, encabezada por Chioventa,
tenemos a Savigny, para quien la acción implica necesariamente
dos condiciones; la primera, tener el derecho y la segunda, --
que sea violado, de tal suerte que si el derecho no existe, no
es posible su violación y si no hay violación, el derecho no -
puede revestir la forma especial de la acción. Este autor de-
fine a la acción como "el derecho que surge del incumplimiento
del obligado en una relación jurídica y que se hace valer ante
la autoridad jurisdiccional, con la pretensión de que sea res-
tituida esa violación". {39}

Al analizar esta teoría, puede advertirse que los -
procesalistas citados, van más allá de considerar a la acción--
como independiente del derecho sustantivo, para ellos, la viola-
ción que realiza una persona a un derecho que otra tiene, crea-
una nueva obligación, además de la que existía previamente; es-
ta nueva obligación, nace cuando el titular del derecho violado
(pensemos por ejemplo en un acreedor alimentista), reclama de -
otro (deudor alimentario), la reparación de la violación a su -
derecho, [en este caso, la falta de pago a los alimentos]. Des

{38} Pallares, Eduardo, "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Editorial-
Porrúa, S.A., México, D.F., 12a. Edición, 1979, pág. 19.

{39} Citado por José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, "Instituciones de
Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, S.A., México, D.F., 4a. Edi-
ción, 1956, pág. 128.

de luego, la nueva relación nace únicamente, cuando la reclamación se hace ante la autoridad judicial, de donde debe considerarse que se crea en el campo procesal.

Otro concepto más, es el que exponen los autores mexicanos Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, quienes opinan que la acción "es la facultad o poder que tienen los particulares y la institución denominada Ministerio Público, que les permite provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho" (40); para estos tratadistas, la acción es un derecho público subjetivo que deriva de los preceptos constitucionales que prohíben la autodefensa y que, siendo innecesaria, crean los órganos específicos encargados de ejercer la función jurisdiccional y trazan los lineamientos generales del proceso. Debido a su enfoque, podemos clasificar el concepto de estos autores, dentro de la teoría publicista representada por Goldschmidt, haciendo notar la mención que hacen del Ministerio Público, como una institución facultada para provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales, distinguiendo que, a diferencia de los particulares, quienes al ejercitar el derecho de acción lo hacen como un derecho público subjetivo, aquella, tiene por su naturaleza misma de representante social, la imposición de realizar esta actividad que se considera, ejercida por ella, una función pública definida y determinada en los casos que la ley considera de alto interés social. La fracción V del artículo 315 del Código Civil, concede acción al Ministerio Público, para pedir el aseguramiento de los alimentos, de donde podemos afirmar que el ejercicio de la acción, por parte del Ministerio Público, se encuentra limitado por la ley a cuestiones que revisten interés público; para Chiovenda, el Ministerio Público es el representante del interés público en el ejercicio de la jurisdicción.

Los españoles Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Her-

(40) Castillo Larrañaga José y Rafael de Pina, ob. cit. pág. 126.

ce Quemada, dan su definición de la acción, diciendo que "es el derecho que se dirige hacia el Estado para obtener mediante el órgano de éste y contra o frente al demandado, el acto de tutela jurídica, es decir, una sentencia favorable de contenido determinado". (41) Podemos deducir, de la lectura del -- concepto anterior, que estos autores comparten la teoría que ve a la acción como un derecho público subjetivo, distinto a la facultad que tiene todo particular de acudir ante la autoridad (derecho o garantía individual de petición), ya que especifican que la acción se dirige al órgano capaz de emitir un acto de tutela jurídica, es, en otros términos, la garantía que encontramos consagrada en el artículo 17 de nuestra Constitución, que concede al particular el derecho de recibir de los tribunales, la prestación de administración de justicia, es en conclusión, un derecho procesal específico. El derecho de los particulares, obliga al Estado a crear órganos específicos, cu yas facultades y funcionamiento eviten la práctica de hacerse justicia por propia mano, debiendo administrarla en forma gratuita y conforme a los plazos y términos que fije la ley.

c).- El derecho al ejercicio de la acción como garantía constitucional.

Dentro del orden jurídico mexicano, encontramos -- que el derecho al ejercicio de la acción, se consagra como una garantía individual que otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que según su artículo 153, es la Ley Suprema de toda la Unión. En efecto, como garantía individual,

(41) Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada, "Derecho Procesal Civil", Artes Gráficas y Ediciones, S.A., Madrid, España, 8a. Edición, - volumen primero, 1972, pág. 227.

es decir, como derecho público subjetivo, el ejercicio de la acción se encuentra tutelado como una garantía individual de libertad y como garantía de seguridad jurídica, tal y como se desprende del contenido del artículo 80. de nuestra Carta Magna.

El Estado, por conducto de las autoridades, debe respetar al particular, en primer término, el ejercicio de su derecho de petición, estando obligado a dictar un acuerdo escrito en relación a la solicitud del gobernado; dentro de la denominación de funcionarios o empleados públicos a la que se refiere este precepto, debe comprenderse a los que integran el Poder Judicial, órgano ante el cual la petición del individuo adopta el carácter de acción, en virtud de que este artículo se refiere en forma genérica a todo funcionario público, sin excluir a dicha entidad jurisdiccional.

Por otra parte, el ejercicio de la acción civil, contemplada como una especie del derecho de petición, lo encontramos también como garantía individual de seguridad jurídica, en el artículo 140. constitucional, que establece que en todo juicio, deben cumplirse las formalidades esenciales del procedimiento y seguirse ante los tribunales previamente establecidos.

El derecho de petición, ejercido ante la autoridad judicial, obedece a la necesidad social de sustituir el ejercicio del derecho mediante actos propios o tomado por propia mano, por la potestad de acudir ante la autoridad, a fin de que ésta mediante el ejercicio del poder soberano, obligue al agresor a reparar el daño cometido. Tenemos, en estrecha relación con esta facultad, la garantía de seguridad jurídica antes aludida, que obliga al Estado (sujeto pasivo en esta relación jurídica), a administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley, señalando al mismo tiempo una obligación a cargo del gobernado (sujeto activo), consistente en acudir ante los tribunales establecidos a reclamar su derecho, debiendo hacer-

lo por escrito, de manera pacífica y respetuosa.

Acorde con nuestros principios constitucionales, - la Declaración Universal de Derechos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de fecha 10 de diciembre de 1948, establece en su artículo 10o., que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

El artículo 153 de nuestra Constitución Política, - atribuye a los tratados que estén de acuerdo con ella y que se hayan celebrado por el Presidente de la República, igual jerarquía que a ésta, considerándolos como Ley Suprema de toda la - Unión; nuestro país, como miembro de la Organización de las Naciones Unidas, se encuentra obligado a cumplir de buena fe, -- las obligaciones por él contraídas, al firmar y ratificar la - Carta de las Naciones Unidas (artículo 2o. inciso II).

d).- El ejercicio de la acción en el Derecho Procesal Civil mexicano, estudio del artículo 1o. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. (*)

En el inicio del Derecho Romano, concretamente du-

(*) En el momento en el que se elaboró este inciso, se encontraban en proceso legislativo, algunas reformas al Código de Procedimientos Civiles, - las que al haber sido aprobadas, modificaron el contenido y alcance de su artículo primero; sin embargo, considerando en lo personal que la redacción que guardaba anteriormente es más útil para los fines que pretende alcanzar el presente trabajo, me baso en ella, además de que los libros que aparecen citados como fuentes bibliográficas, no contienen actualización al respecto.

rante la fase conocida como de las "legis acciones", mencionada en el capítulo anterior, existía total unidad entre los derechos sustantivo y adjetivo, para la solución de los litigios se aplicaba la Ley de las Doce Tablas, ordenamiento que conjugaba las normas de derecho civil o sustantivo y los medios procesales que se otorgaban para reclamar su cumplimiento, de donde podía decirse que "donde existía una facultad jurídica individual, casi siempre se concedía una acción para darle eficacia" (42).

Las legis acciones, derivaban necesariamente de la ley, pues era el *ius civile* el que les daba nacimiento, cualquier pretensión intentada judicialmente, debía tener fundamento en la ley sustantiva. En efecto, el procedimiento judicial podía utilizarse únicamente en función del derecho subjetivo - que la Ley de las Doce Tablas otorgaba al individuo, por lo -- que todo proceso dependía en su totalidad del *ius civile*, en este ordenamiento, a cada derecho sustantivo correspondía una acción concreta que adquiría el nombre del derecho, teniendo -- así la *actio reivindicatoria*, la *reissororia*, la *confessoria*, etc, como consecuencia, el ciudadano romano tenía limitada su facultad de acudir ante la autoridad judicial para ejercitar -- su derecho de acción, pues sólo podía intentar las acciones -- que le otorgaba el *ius civile*, derivadas de su derecho sustantivo.

A pesar de la independencia que debe guardar respecto del Código Civil, el Código Procesal vigente en el Distrito Federal, muestra gran semejanza con la Ley de las Doce Tablas, ya que en su capítulo primero contiene una clasificación de las acciones que se otorgan al particular, denominando las conforme al derecho sustantivo que se hace valer cuando -- son ejercitadas, así podemos encontrar las acciones real (art.

(42) Floris Margadant, Guillermo, ob. cit. pág. 136.

30.), reivindicatoria (art. 40.), negatoria (art. 100.), confesoria (art. 110.), etc.; en este sentido, nuestro Código de Procedimientos Civiles, se ciñe a la doctrina de carácter eminentemente procesal, que considera que existen diferentes tipos de acciones civiles, a diferencia de algunas doctrinas de carácter penalista, que conciben a la acción como un concepto único.

En el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el legislador incluyó en forma ambiciosa, en cuatro fracciones, los que en teoría se conocen como los elementos constitutivos de la acción, o requisitos que son esenciales o indispensables para su ejercicio, a saber: la existencia de un derecho, capacidad, calidad e interés; contiene además este precepto, la denominación de las distintas acciones que pueden intentarse, dividiéndolas en acciones de condena, declarativas, constitutivas y cautelares o precautorias.

Según algunos autores, el primero de los elementos constitutivos o esenciales de la acción que contiene la fracción I, del artículo primero del Código adjetivo, es decir, la existencia de un derecho, resulta un requisito de difícil comprobación para quien la ejercita, pues sostienen que éste sólo puede conocerse, hasta que la sentencia que concluye el proceso reconoce su existencia.

Para Calamandrei, la existencia de un derecho, es la relación que guardan los hechos (en los que se funda la demanda) y la norma sustancial (los preceptos legales que se señalan como fundamento), "es una situación objetiva de coincidencia que se verifica entre los hechos concretamente ocurridos y los hechos considerados como posibles por una norma jurídica". (43)

(43) Calamandrei, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Editorial EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1962, pág. 182.

Desde mi punto de vista, considero que efectivamente, es hasta el momento en que se dicta la sentencia definitiva, cuando se declara la existencia del derecho, siempre y cuando el actor pruebe plenamente los hechos en los que funda su reclamación. Puede decirse que las dos primeras fracciones del artículo primero, regulan o dirigen el sentido en el que deben formularse los hechos de una demanda, por ejemplo, describir la conducta seguida por el demandado al violar un derecho o narrar suscitadamente, la forma en la que desconoció su obligación. Cabe agregar que conforme a la teoría moderna de la acción, se puede concebir a ésta como un derecho subjetivo-autónomo, es decir, que puede existir por sí misma, sin la necesidad de que exista junto a ella un derecho subjetivo.

Otro requisito necesario e indispensable para ejercitar la acción, es el del interés; la fracción IV del artículo primero del Código de Procedimientos Civiles, se refiere al interés procesal, distinto desde luego, del interés en el litigio.

El ordenamiento jurídico en general, se encuentra estructurado, en base a la confianza que tienen el Estado y la sociedad, en que el individuo adapte en forma voluntaria su conducta al mandato legal. El derecho conbla en la observancia de sus normas para lograr la satisfacción de los intereses individuales que tutela, sin que exista la necesidad de acudir al órgano judicial para que obligue a su cumplimiento forzoso. Cuando el obligado en la relación jurídica deja de cumplir con lo que le incumbe, surge para su acreedor la necesidad de ocurrir al Tribunal para reclamar el derecho desconocido o que le ha sido violado; la necesidad de hacerlo, debe ser de tal manera urgente, que haga forzosa la intervención de los Tribunales para declarar o constituir el derecho.

La función jurisdiccional, tiene como fin dictar sentencias que resuelvan en justicia los litigios que se le plantean; formular demandas sin contar con el requisito del in

terés, con la única finalidad de causar molestia al demandado, entorpece la alta misión de impartir justicia y por ello, los Tribunales deben vigilar que al ejercitar la acción, el actor proceda siempre a consecuencia de la ineludible necesidad de obtener la satisfacción de su derecho por la vía judicial.

Algunos autores del Derecho Procesal como Alsina, Goldschmidt, Carnelutti y Chiovenda, coinciden en que el interés, como elemento esencial para el ejercicio de la acción, se sustenta en la necesidad de acudir ante la autoridad jurisdiccional, para obtener una sentencia que tutele el derecho violado, motivada también por evitarse un perjuicio, como consecuencia del incumplimiento de una obligación por el deudor, debiendo ser la última de las alternativas a utilizar, es decir, que no exista otro medio que deba ser agotado para lograrlo. Esta opinión podríamos sintetizarla con la frase que dice: si no existe el interés, no existe la acción, o con aquella que sostiene que el interés es la medida de la acción.

Eduardo Pallares nos dice por su parte, que para que la acción de condena pueda ejercitarse, es necesario que el actor tenga interés y agrega que éste nace, desde que el derecho que le asiste es violado, siendo innecesario que deba acreditarlo en el proceso; como dijimos anteriormente, el segundo párrafo de la fracción IV, del artículo primero del Código de Procedimientos Civiles, dice que falta el requisito del interés, cuando aún siendo favorable la sentencia, no puede alcanzarse el objeto de la acción.

Resulta importante poder establecer la diferencia que existe entre interés y legitimación, pues el primero, es un elemento objetivo de la acción, la causa de que sea ejercitada, mientras que la segunda, es un fenómeno subjetivo. Como se dijo anteriormente, el interés procesal consiste en la necesidad de acudir a los Tribunales para lograr la tutela jurídica del interés en litigio; la legitimación se cumple cuando es precisamente la persona que debe actuar conforme a la ley, la-

que ejercita la acción. El artículo primero que se viene comentando, se refiere al interés procesal del actor, coincidiendo con la doctrina francesa, que considera al interés desde el punto de vista de la utilidad o provecho que obtenga el actor mediante el ejercicio de la acción, en esta se sostiene además que si no existe el interés no existe la acción, es decir, -- que una persona no tiene derecho a promover juicios, cuando carece de interés.

Para Calamandrei, este último requisito constituye la legitimación para obrar o contradecir, que tiene su fundamento en el principio "nemo iudex sine actore" y nos dice que la jurisdicción, como función del estado, es provocada siempre por el individuo titular de la acción, pero el actor, el solicitante, no puede ser una persona cualquiera, sino que es necesario que la demanda sea presentada precisamente por la persona que la ley considera como idónea para estimular la función-jurisdiccional.

La fracción III del primer artículo de la ley procesal civil, se refiere a dos elementos esenciales de la acción que resultan para su estudio, más objetivos que los comentados anteriormente, la capacidad procesal, distinta por ser una especie de ella, a la capacidad jurídica y la calidad. Carnelutti define a la primera como "la idoneidad de la persona para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales" (44); en general, por capacidad procesal se entiende la facultad de comparecer ante los Tribunales en demanda de justicia.

Para Chiovenda, la capacidad procesal, es la facultad de realizar actos procesales en nombre propio o por cuenta de otro, para él, equivale a la legitimidad en el proceso. En su artículo 44, el Código Procesal de la materia define la capacidad procesal al decir que todo el que conforme a la ley es

(44) Citado por Eduardo Pallares, "Diccionario...", ob. cit. pág. 136.

El en pleno ejercicio de sus derechos civiles, puede comparecer en juicio.

Además de la capacidad procesal, como elemento esencial para el ejercicio de la acción, el Código adjetivo exige cierta calidad o legitimación para obrar en la persona que la ejerza; la legitimación procesal, es la facultad de poder actuar en el proceso como actor, como demandado, como tercero o bien, representando a cualquiera de ellos; para Chiovenda, - la legitimación es "la idoneidad de la persona para actuar en el juicio, inferida, no de sus cualidades personales, sino que se refiere además, que se encuentre en una determinada posición, siendo la mejor, la que guarda el propio titular del interés en litigio" (45). La legitimación procesal puede ser natural o adquirida, original o derivada, activa o pasiva, según se refiera al actor o al demandado.

La clasificación que hace el artículo primero sobre las acciones civiles, tiene como fundamento la naturaleza de las sentencias que se dictan para concluir los procesos, -- los artículos que completan el primer capítulo del Código de Procedimientos Civiles, contienen diversos tipos de acciones, -- sin embargo, puede asegurarse que la clasificación genérica -- que se hacía en las Institutas del Derecho Romano era correcta, siendo vigente hasta la fecha, ya que sólo existen las acciones reales y personales.

La primera de las acciones que se enuncia en la -- clasificación de referencia, es la de condena, persiguiendo -- con su ejercicio la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación en favor del demandante y, en algunos casos, a ordenar su ejecución forzosa. En nuestro derecho positivo, existen acciones ordinarias y ejecutivas de condena, ambas presuponen: a).- un derecho existente-

[45] Citado por Eduardo Fallares, "Diccionario...", ob. cit. pág. 531.

a favor del actor; b).- que ese derecho confiere la facultad de exigir al demandado el cumplimiento de una prestación y - c).- que el demandado se niegue a ejecutar la prestación. Esta última resulta, a mi juicio, la condición principal, pues es aquélla que hace surgir el interés, uno de los elementos esenciales o fundamentales para el ejercicio de la acción, como se vio anteriormente.

La acción declarativa, prevista también en el artículo comentado, no exige del demandado prestación alguna, pues la finalidad que pretende alcanzarse con su ejercicio, es obtener la declaración judicial que fije y haga cierto el derecho, tiene por objeto precisar la voluntad de la ley en el caso concreto.

Tenemos por último las llamadas acciones preservativas o de seguridad o garantía, que se ejercitan para obtener algunas medidas especiales, motivadas por un estado de peligro o de urgencia y son llamadas así, porque surgen antes de que sea declarada la voluntad de la ley, es decir, antes de que se dicte la sentencia definitiva.

Como podemos ver, la acción constituye uno de los conceptos básicos del derecho procesal y su ejercicio, realizado bajo las condiciones que la ley adjetiva establece, pone en movimiento la maquinaria judicial, persiguiendo con ello el cumplimiento de una de las funciones que justifican la existencia del Estado, a saber, la impartición de justicia.

Desde el reconocimiento que tuvo el derecho procesal como una disciplina autónoma e independiente del derecho civil, han surgido diversos conceptos y acepciones sobre la acción, llegando a crearse por los autores, corrientes de pensamiento bien definidas, que coinciden en que la acción es el único medio legítimo, ya sea que se dirija contra el Estado o contra el particular, para lograr la restauración del derecho desconocido o violado a su titular, evitando así que se inten-

de la justicia por propia mano.

Una vez intentada la acción, cumpliendo con todos sus requisitos esenciales, la ley concede también medios a las partes, para lograr la composición del litigio, entre ellos tenemos al desistimiento, acto de disposición procesal que evita, dependiendo de los intereses procesales, desde el desahogo de una prueba, la conclusión del proceso o la omisión de los recursos de apelación; en los siguientes capítulos, me referiré a las definiciones que han sido vertidas sobre esta importante figura, a las modalidades en su ejercicio admitidas por la ley y la doctrina, así como a los requisitos para hacerla valer y a sus alcances y consecuencias en el proceso.

C A P I T U L O IV.

EL DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL.

- a).- *Concepto etimológico de la palabra desistimiento.*
- b).- *Concepto jurídico de desistimiento.*
- c).- *Formas distintas de desistimiento, - sus consecuencias en el proceso.*

C A P I T U L O IV.

EL DESISTIMIENTO EN EL PROCESO CIVIL.

a).- Concepto etimológico de la palabra desistimiento.

La palabra desistimiento, deriva del latín *desistere*, al que se atribuyen diversos significados, tales como apartarse de una empresa o intento empezados a ejecutar, abdicar, cesar de, abstenerse; en otros términos, es la acción o efecto de desistir, una conducta positiva, un actuar que se manifiesta dentro del proceso, es, la abdicación de un derecho.

Cabanellas nos dice que desistir es abandonar una acción o un recurso, agregando una acepción empleada en el derecho procesal que dice que es el "abandono, deserción o apartamiento de acción, demanda, querrela, apelación o recurso"⁽⁴⁶⁾ Desde mi punto de vista, considero que dentro del derecho procesal, al referirse al desistimiento, no debe hablarse de abandono, de no hacer, ya que el desistimiento implica una conducta, una actuación y no una omisión, ya que la inactividad procesal produce consecuencias jurídicas distintas, tales como la caducidad o la prescripción negativa; el desistimiento debe entenderse siempre como una manifestación expresa de la voluntad de las partes, para no continuar con algún acto procesal ya i-

(46) Cabanellas, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual", Ediciones Argentinas, 6a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1968, pág. 684.

niado, cualquiera que éste sea.

La enciclopedia jurídica OMEBA, utiliza también el término abandono cuando se refiere al desistimiento y señala que es "el acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de hacer abandono de la instancia, el derecho y otro trámite del procedimiento" (47). A pesar de utilizar el término abandono, califica al desistimiento como un acto procesal que hace saber un propósito expreso de las partes.

De las diversas definiciones e acepciones aportadas sobre el desistimiento, considero que deben adoptarse aquellas que le conciben como una actividad, como un hacer, expresado mediante manifestaciones claras e inequívocas, desistir implica entonces una acción, una conducta en sentido positivo y creo que no debe utilizarse para denotar abstinencia.

b).- Concepto jurídico de desistimiento.

En la misma forma en la que Montesquiu refiere en su obra la fórmula de la separación de los poderes, el artículo 49 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, divide el poder de la Federación en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No obstante la necesaria división, encontramos en la práctica, actividades que los distintos poderes realizan -- cumpliendo con su función y que al confundirse hacen pensar en una invasión de facultades; así tenemos por ejemplo, por par-

(47) Enciclopedia Jurídica OMEBA, ob. cit. pág. 553.

te del Poder Judicial, actos de carácter legislativo, cuando dicta resoluciones que sientan jurisprudencia; del mismo modo, tenemos las funciones de tipo jurisdiccional que realiza el poder ejecutivo, mediante sus Organos de Conciliación y Arbitraje en materia de Derecho del Trabajo, sin embargo, de entre todas las actividades que llevan al cabo estas entidades, encontramos a una que es privativa del Poder Judicial y que consiste en la facultad de dictar sentencias con autoridad de cosa juzgada, aplicando un procedimiento en ejercicio de la jurisdicción.

En efecto, en función del oficio del Juez, la división del Poder de la Federación adquiere un sentido y se nota más pura; en la actualidad, los Poderes Legislativo y Ejecutivo aparecen entrecruzados y en la Constitución no se encuentran suficientemente separados, más aún, ahí donde se plantea la constitucionalidad de sus competencias, tienen que acudir ante el Juez para que el decida.

En cumplimiento de una de las funciones que justifican su existencia, el Estado otorga a sus gobernados la facultad de denunciar, ante los organos que ejercen la jurisdicción, las violaciones al orden jurídico que consideran han sido cometidas en su perjuicio. Cuando las violaciones se hacen del conocimiento de la autoridad, mediante el ejercicio de la acción, el particular que se siente afectado muestra su interés de que las cosas vuelvan a su cauce jurídico y para ello solicita la actuación del Poder Judicial, capaz de proteger el derecho de los gobernados, a través de las sentencias que dicta, elevadas a la calidad de cosa juzgada.

En su obra denominada "Fundamentos del Derecho Procesal Civil", Eduardo J. Couture, menciona y explica los principios que regulan el proceso e impiden el desorden en el desarrollo de todo debate procesal, entre ellos, se refiere especialmente al principio de disposición y lo considera como aquél que deja librada a las partes la disponibilidad del proce-

so. In el derecho procesal civil mexicano, existen limitaciones al principio de disposición aludido por Couture, que impiden a las partes actuar libremente en el proceso, por ello, -- nuestro procedimiento civil es considerado como predominantemente dispositivo.

In el derecho adjetivo, las partes cuentan con alternativas que les permiten solucionar sus litigios, Estas posibilidades de solución jurídico procesal, quedan comprendidas, según Carnelutti, dentro de dos géneros, la heterocomposición y la autocomposición; el primero de ellos, consiste en la solución que otorga el Juez a un caso concreto, mediante la adjudicación de las reglas generales del proceso (la sentencia susceptible de sancionar en cosa juzgada); el segundo, se compone de especies o actos procesales que se denominan como formas autocompositivas y son aquellas que llevan al cabo las partes, mediante la celebración de convenio, por virtud de las cuales manifiestan su renuncia a un derecho, o la subordinación del interés propio al ajeno. (*)

Por su parte, Eduardo J. Couture se refiere también a las formas autocompositivas, denominándolas como actos-dispositivos de las partes, opinando al respecto que "son aquellas que tienen por objeto crear, modificar o extinguir situaciones procesales". (48)

(*) En el Código de Procedimientos Civiles, vigente en el Distrito Federal, se encuentra, en diferentes artículos la posibilidad para las partes de realizar convenios que pongan fin a sus diferencias, por ejemplo, el 55, faculta a los magistrados o jueces, para que puedan exhortar a las partes en todo tiempo, a tener voluntariamente un avenimiento sobre el fondo de la controversia. Los artículos 272 A, 941 y 950, se refieren también a esa especie de autocomposición, con la salvedad de que ésta no puede celebrarse respecto de los alimentos, ya que no pueden ser objeto de transacción y siendo de orden público, no pueden ser convenidos entre las partes.

(48) Couture, J. Eduardo, ob. cit. pág. 206.

Uno de los actos dispositivos o formas autocompositivas que permiten a las partes dar solución al litigio, es el desistimiento, figura eminentemente procesal y cuyo concepto - jurídico pasará a comentar, acudiendo para ello a diferentes - autores de la ciencia del derecho procesal. Couture le define como "la renuncia del actor al proceso promovido o del demandado a la reconvencción". [49]

Para el maestro Cipriano Gómez Lara, el desistimiento "es una renuncia procesal de derecho o de pretensiones" [50].

Eduardo Pallares, coincidiendo con el maestro Gómez Lara, admite la validez en desistirse de un recurso, de una prueba, de un incidente y en general de todo acto procesal potestativo; para este procesalista el desistimiento "consiste en apartarse del ejercicio o facultad procesales ya iniciados" [51].

Carnelutti por su parte, considera el desistimiento como un acto de disposición procesal simple, ya que no requiere, para tener eficacia en el proceso, más que la voluntad de la persona que lo ejecuta, según el concepto de este autor, el desistimiento es "un acto de disposición procesal, mediante el cual las partes desenvuelven o componen el proceso"; [52] el desistimiento es además de los llamados actos procesales extintivos, ya que su ejercicio, al cumplir con los requisitos legales, pone fin al proceso.

Al emitir su concepto sobre el desistimiento, José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina, se refieren a él como "el abandono expreso del derecho o del juicio" [53]. Este concep-

[49] Couture, J. Eduardo, ob. cit., pág. 206.

[50] Gómez Lara, Cipriano, ob. cit., pág. 35.

[51] Pallares, Eduardo, ob. cit., pág. 252.

[52] Citado por Eduardo Pallares, "Diccionario...", ob. cit., pág. 252.

[53] Castillo Larrañaga, José y Rafael de Pina, ob. cit. pág. 184.

to, tiene mejor aplicación, desde mi punto de vista en la figura de la caducidad, ya que, como dije anteriormente, el ejercicio del desistimiento en el proceso, implica una acción, un movimiento expreso de las partes y no una simple omisión o un abandono, como lo señalan los autores mexicanos.

Como puede advertirse, de los conceptos comentados se desprende que el ejercicio del desistimiento es un acto procesal típico y representativo del principio de disposición, -- que faculta a las partes para resolver las cuestiones litigiosas, con consecuencias exclusivamente procesales, es decir, -- sin afectar al derecho sustantivo cuya violación o cumplimiento se reclama mediante el ejercicio de la acción.

Los españoles Emilio Gómez Orbaneja y Vicente Herce Quemada, tratan la figura del desistimiento en la parte general de su obra "Derecho Procesal Civil", dentro del capítulo que denominan "La caducidad de la instancia y otras causas de terminación del proceso"; para estos autores, la sentencia definitiva constituye el único acto procesal normal por el que debe concluir el proceso, los actos de las partes, las circunstancias de hecho o los meros sucesos distintos a la sentencia definitiva, que logren darlo por terminado, son anormales. El proceso se inicia a virtud de una demanda, cuya finalidad es la obtención de una sentencia definitiva, acto de la autoridad jurisdiccional que se considera como la única forma de resolver jurídicamente un litigio.

Los procesalistas mencionados, consideran entonces al desistimiento, como una forma anormal de terminar el proceso, siendo propiamente una renuncia que definen como "el reconocimiento por parte del demandante de que su pretensión es infundada" (54) y hacen una clara distinción entre la renuncia a la acción y el desistimiento de la acción, aclarando que éste-

(54) Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada, ob. cit., pág. 390.

último tiene su aplicación precisamente en el proceso y que -- su ejercicio no debe tocar al objeto o derecho reclamado, otorgando a esta figura un carácter eminentemente procesal, mientras que a la renuncia la ubican en el plano del derecho sustantivo. Para estos autores, al manifestar su renuncia a la acción, el actor reconoce que su pretensión no se encuentra -- fundada en derecho, al desistirse de la demanda, su voluntad es retirarla, con la única intención de dar por terminado el -- proceso pero sin prejuzgar sobre la existencia o no de su derecho.

El desistimiento de los actos judiciales, es una -- manifestación de la voluntad en poner fin a la relación procesal sin sentencia de fondo, por virtud de él, la parte pierde los efectos procesales, pero no el derecho de ejercitar su acción en uno nuevo, a menos que la cesación de la relación procesal tenga influencia directa sobre la existencia de la acción, es por esto fundamentalmente distinto de la renuncia a -- la acción, ocurra en el proceso o fuera de él.

Para concluir con este inciso, debo mencionar el -- llamado "pactum de non pretendo", que guarda una diferencia no -- table con relación a la figura del desistimiento, ya que aquél consiste en el convenio que celebran dos o más personas, en el que se obligan a no promover la actividad jurisdiccional para -- la solución de una controversia presente o futura, es decir, -- que al celebrarlo efectúan una renuncia preventiva al ejercicio de la acción.

c).- Formas distintas de desistimiento,
sus consecuencias en el proceso.

Para estudiar la figura del desistimiento, como ac -- to de carácter procesal, es indispensable remontarse a la épo --

cá del Derecho Romano, concretamente, a la del derecho formulario, ya que en él se encuentran sus antecedentes y los principios generales que hasta la fecha le regulan, por lo que a continuación hará una breve referencia histórica del período clásico del Derecho Procesal.

La fórmula, que era una especie de programa procesal, contenía la pretensión del actor y los argumentos que el demandado hacía valer en su contra (excepciones); era, por otra parte, la autorización que el Magistrado enviaba al Juez, quien basándose en ella, debía investigar sobre la veracidad de los hechos aducidos por las partes, dictando una sentencia, ya fuera condenatoria o absolutoria. La fórmula se consideraba como un contrato procesal, con el que, tanto actor, como de mandado, debían manifestar su conformidad; la fórmula contenía cuatro elementos esenciales a saber:

- 1.- La *institutio iudicis* o nombramiento del Juez,
- 2.- la *demonstratio* o breve indicación de la causa del pleito,
- 3.- la *intentio*, elemento que contenía la pretensión del actor y,
- 4.- la *adjudicatio* o *condemnatio*.

Una vez que la fórmula era aceptada por actor y de mandado, se fijaba la *litis contestatio*, que producía los siguientes efectos:

* Convertir el objeto material del litigio en una res litigiosa, respecto de cuya enajenación existían ciertas reglas restrictivas.

* Tenía un efecto novatorio, por virtud del cual, en el momento de manifestar su conformidad con la fórmula, el actor canjeaba el derecho sustantivo, cuya violación y cumplimiento reclamaba, por el derecho a obtener una sentencia justa y su cabal cumplimiento.

• El momento de la *litis contestatio*, determinaba el valor de las prestaciones reclamadas.

• Como consecuencia del efecto novatorio de la *litis contestatio*, es decir, después de que el actor manifestaba su aceptación a la fórmula, canjeando su derecho por la sentencia, se aplicaba el principio "*bis de eadem re ne actio*" [no debe concederse dos veces una acción, respecto de la misma controversia].

El efecto novatorio de la *litis contestatio*, producía además diversas e importantes consecuencias; en el supuesto de que la demanda presentada por el actor contuviera errores, el Juez no podía dictar una sentencia distinta a lo reclamado, ya que, como se dijo anteriormente, su derecho original se canjeaba por el de recibir una sentencia y su cumplimiento, perdiendo la oportunidad de intentar posteriormente la acción, respecto del mismo derecho sustantivo reclamado por la intención.

Otra consecuencia más, producida por el efecto novatorio, consistía en obligar a la autoridad judicial a considerar el interés jurídico del demandado, en el caso de que el actor intentara desistir de su demanda, pues aquél podía oponerse a la procedencia del desistimiento y exigir que se cumpliera con la fórmula establecida previamente por el Magistrado, hasta dictarse la sentencia definitiva que fijara su posición jurídica en relación con el actor; el interés del demandado podía surgir, por ejemplo, de que la demanda fuera defectuosa, o simplemente para adquirir certeza jurídica, mediante la sentencia definitiva, respecto del conflicto planteado, aún cuando la decisión no le fuera favorable.

Al intentar su desistimiento, el actor creaba la presunción de que ningún derecho le había sido vulnerado, considerándose que quedaba a su capricho la continuación o cesación de la fórmula, por ello, no se perdía de vista que en el

Litigio, el interés jurídico no es privativo en el actor, ya que el demandado puede aspirar a obtener una sentencia, que pudiera resultarle favorable.

Como puede advertirse, desde los tiempos del Derecho Romano clásico, ha existido la preocupación por regular -- los actos procesales por virtud de los cuales el actor intenta romper, de manera unilateral, el vínculo que se crea con el demandado al iniciar el proceso; mediante la presentación de su demanda, el actor pone de manifiesto su interés en que le sea restituido el derecho que en su consideración le ha sido vulnerado, vigilando el proceso y regulando su continuidad, el Estado expresa la necesidad de mantener el orden jurídico, mediante la actuación de sus órganos jurisdiccionales, encargados de la alta misión de administrar justicia y de la vigilancia en el cumplimiento de las normas que regulan el procedimiento.

En nuestro derecho positivo, existe también la vinculación del actor al proceso, quedando limitadas sus posibilidades para darlo por terminado, pues una vez iniciado, la ley le impide la creación de otro distinto, cuando se funda en la misma pretensión, a menos de que su contraparte otorgue su consentimiento.

Al referirse al desistimiento, la mayoría de los autores hacen referencia a tres formas distintas y establecen las diferencias que tienen entre sí; en mi opinión, esta forma de conceptualizar al desistimiento es cerrada, ya que en ella se contempla únicamente al desistimiento de la demanda, de la instancia y de la acción, descartando un eventual desistimiento de otros actos procesales, como pueden ser una prueba, un incidente, un recurso, etc. El maestro Cipriano Gómez Lara, partícipe de esta corriente, que podemos llamar limitada, se apoya en la idea de que el proceso es una serie ordenada de actos sucesivos, por lo que, cuando el actor se desiste de la demanda, se refiere únicamente a su escrito inicial, sin que su contenido se haya hecho del conocimiento del demandado; la denomina--

ción que se otorga en la ley al desistimiento de la instancia, es afortunada para este autor, pues describe exactamente la posibilidad que tiene el actor de impedir su continuación, pudiendo iniciarla en otro tiempo, siempre y cuando lo practique con anterioridad a que se dicte la sentencia definitiva, su procedencia, después de haber obtenido el consentimiento del demandado, provoca únicamente la pérdida de la instancia.

Otros autores como Eduardo Pallares, manejan en -- contraste, un concepto abieeto del desistimiento, al considerar que este acto procesal consiste en apartarse del ejercicio de un derecho o facultad procesales ya iniciados, en consecuencia, las partes pueden desistirse de una prueba, de un recurso, de un incidente o en general de cualquier derecho potestativo, agregando que para este autor, el desistimiento de la demanda es igual al de la instancia, con los mismos efectos en el proceso.

Antes de mencionar los requisitos que son indispensables para hacerlo valer y que produzca sus efectos en el proceso, considero necesario transcribir íntegramente el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles, por ser el precepto que regula al desistimiento y fija sus consecuencias:

"Art. 34.- Admitida la demanda, así como formulada la contestación, no podrán modificarse ni alterarse salvo en los casos en que la ley lo permita.

El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá del consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin consentirlo el demandado.

El desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquella. El desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento, o el de la acción, obligan al que lo hizo a pagar costas y los daños y perjuicios a la contraparte, salvo convenio en contratio". (55)

Para lograr que el desistimiento produzca sus efectos en el proceso, debe cumplir con determinados requisitos, a saber: que sea ejecutado por quien tenga capacidad procesal; que dicha persona esté legitimada para realizarlo; que lo celebre cumpliendo con las formalidades externas previstas en la ley; que al expresarlo no existan vicios, ni del consentimiento, ni de la voluntad y, por último, que no sea contrario a las leyes de orden público.

Como puede apreciarse, el artículo transcrito anteriormente, contiene el concepto cerrado del desistimiento, al-

- (55) El artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles, fué modificado en 1985, para quedar en los términos en los que aparece citado, anteriormente imponía el requisito de contar con el consentimiento del demandado para que procediera el desistimiento de la demanda, convirtiéndolo en un acto bilateral y obligando a que fuera llamado a juicio, aún cuando el actor ya no deseara continuar con el proceso, atentando, sin duda alguna, en contra del principio de economía procesal; asimismo, establecía en la redacción anterior, que en todos los casos, el desistimiento producía el efecto que las cosas volvieran al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, obligando al que lo hiciera a pagar las costas, los daños y perjuicios a su contraparte de ahí que bastaba la sola presentación de la demanda, para tener el actor vinculado el proceso, so pena de pagar al demandado por los conceptos señalados, quien podía además oponerse a que procediera el desistimiento, obligando a la continuación del proceso, aún en contra de la voluntad de la parte actora.

tratar únicamente el de la demanda, de la instancia y de la acción, refiriéndose en forma limitada a sus consecuencias.

De conformidad con este precepto, tenemos que el desistimiento de la demanda, es un acto procesal unilateral en el que el actor comunica al Tribunal su voluntad de retirarla, debiendo entenderse tácitamente, su deseo de dar por terminado el proceso sin prejuzgar sobre la existencia o inexistencia de su derecho; cuando el actor practica el desistimiento, con posterioridad al emplazamiento, requiere del consentimiento del demandado para su procedencia.

Si se atiende al contenido textual del artículo -- que se viene comentando, no se aprecia distinción alguna entre el desistimiento de la demanda y el de la instancia, ya que el precepto permite que el actor formule su desistimiento al escrito inicial, con posterioridad al emplazamiento, requiriendo como ya se dijo, del consentimiento del demandado; de la misma forma, debe contarse con la voluntad del reo para que proceda el desistimiento de la instancia. Por lo que hace a sus consecuencias en el proceso, el Código señala para los dos tipos de desistimiento los mismos efectos, que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de la demanda y que el actor pague costas, daños y perjuicios a su contraparte.

Podría establecerse en mi opinión, una diferencia entre éstos tipos de desistimiento, si es que el de la demanda se refiere únicamente al escrito inicial formulado por el actor, admitido por el Tribunal y sin que el demandado hubiese comparecido al proceso, pues en ese caso resulta innecesario que exprese su consentimiento para que proceda; el desistimiento de la instancia debe entenderse como aquél que expresa el actor con posterioridad al emplazamiento y sólo en el caso de que comparezca el demandado, se hace necesario su consentimiento para que surta sus efectos en el proceso, además de que se cumplan los requisitos indispensables para hacerlo valer.

El Código de Procedimientos Civiles, regula en un solo artículo al desistimiento, señalando, como se dijo anteriormente, sus tres tipos distintos o formas de manifestarse, los requisitos para su procedencia y los efectos que produce en el proceso. Al referirse al desistimiento de la acción, señala como consecuencia, que ésta se extinga, aún sin contar con el consentimiento del demandado, además de la obligación para el que lo hace, de pagar a su contraria las costas, daños y perjuicios.

Cabe resaltar la exigencia del Código adjetivo, de contar con el consentimiento del demandado para que el desistimiento, ya sea de la demanda o de la instancia, realizado con posterioridad al emplazamiento, cause sus efectos en el proceso; la obtención de este requisito, propicia que la continuación o rompimiento del vínculo que se crea entre las partes -- por virtud del ejercicio de la acción, no dependan de la voluntad del actor en forma exclusiva, ya que el demandado, en un plano de igualdad en el proceso, derivado de tener los mismos derechos, puede exigir que se continúe con el proceso hasta -- que se dicte una sentencia definitiva, obligando al Tribunal a que tome en consideración su interés jurídico.

El desistimiento constituye entonces un acto eminentemente procesal, que forma parte del conjunto de normas que afectan el desarrollo del proceso, regulado por el Código de -- Procedimientos Civiles, que establece los requisitos para su procedencia y los efectos que causa en el proceso.

Ahora bien, tomando en consideración que la acción es, para muchos autores, un concepto básico de la ciencia procesal y que forma, en unión de los de jurisdicción y proceso -- la llamada trilogía estructural del proceso, resulta en verdad sorprendente que el Código adjetivo pretenda regular en un solo artículo las consecuencias que provoca su desistimiento en el proceso, independientemente de las diferencias que guarda -- en relación con los desistimientos de la demanda y de la ins--

tancia. Esta forma de hacinamiento, provoca, desde mi punto de vista, algunas lagunas procesales que el Tribunal debe resolver recurriendo a los principios generales del Derecho y a la doctrina.

Como ejemplo de las omisiones, que en mi concepto existen en la ley procesal, podría citar aquella que consiste en la falta de un artículo que establezca en forma expresa y categórica, que el desistimiento de la acción acarrea como consecuencia la pérdida del derecho sustantivo. En la práctica forense, a falta de este precepto y aplicando la teoría clásica de la acción, se confiere a esta figura, eminentemente procesal, la calidad de derecho sustantivo, o derecho perseguido, como le llamaba Celso por lo que al desistimiento de la acción se le otorgan consecuencias propias de una renuncia al derecho sustantivo, siendo la principal, la imposibilidad de poder ejercitar la acción nuevamente, respecto de la misma causa y -- contra el mismo demandado.

En el supuesto de que existe la omisión señalada, sugiero la ampliación del artículo que en nuestro Código Procesal regula la figura del desistimiento, debiendo adoptar conceptos como los que se contienen en la Ley de Enjuiciamiento Civil del Derecho Español, en la que se advierte una clara distinción entre el desistimiento y lo que se conoce para este ordenamiento como renuncia. En efecto, el desistimiento se utiliza para designar el acto que se realiza para apartarse de un derecho o facultad procesales ya iniciados, mientras que la renuncia se emplea para manifestar el reconocimiento del demandante de que su pretensión es infundada; al expresarse, el Tribunal queda obligado a dictar un pronunciamiento que pone final al proceso, en el que se hace referencia a la voluntad expresa del actor a renunciar a su derecho sustantivo, prohibiéndole -- como consecuencia, que pueda demandar de nueva cuenta sobre la misma pretensión y desde luego, contra el mismo demandado.

No debe olvidarse que la distinción de la acción -

como una figura de carácter procesal, contribuyó a que el derecho adjetivo se exigiera como ciencia autónoma, independiente del derecho sustantivo, por ello su desistimiento en el proceso, los efectos que provoca, deben ser única y exclusivamente de tipo procesal, de tal manera que su procedencia deje intacto el derecho sustantivo que envuelve la pretensión. Por otra parte, al regular este importante acto de disposición procesal, la ley debería ser más explícita, estableciendo la forma de ejercitarlo, por ejemplo, exigiendo que se haga en forma expresa para que pueda constar en las actuaciones y que sea puro y simple, es decir, sin condición alguna y marcando su carácter de ser irrevocable.

Al cumplir con las características apuntadas, se logra diferenciar al desistimiento con el abandono de la acción, figura que muestra algunas semejanzas, por lo que considero necesario comentarla, para lograr una mejor comprensión del desistimiento.

El abandono de la acción se encuentra previsto en el artículo 137 bis del Código Procesal que dice que habiendo transcurrido 180 días hábiles, contados a partir de la notificación de la última determinación judicial, si no hubiere promoción de cualquiera de las partes, operará la caducidad de la instancia, cualquiera que sea el estado del juicio.

Al operar la caducidad de la instancia debido a la inactividad de las partes, se extingue el proceso, pero no la acción, por lo que el actor puede iniciar uno nuevo, fundándose en la misma causa; este último artículo dispone también que las cosas deben volver al estado que tenían antes de la presentación de la demanda, mostrando una semejanza que existe con una de las consecuencias del desistimiento de la demanda o de la instancia, de donde puede concluirse que el desistimiento, expresado en alguna de estas dos formas, pone término al pleito, de un modo idéntico a la caducidad. De igual manera, al volver las cosas al estado que tenían antes de la presentación

de la demanda, se destruyen en ambas figuras procesales, los efectos que hasta entonces hablan sido causados, dejando de interrumpirse el término de la prescripción, por lo que el planteamiento de un nuevo juicio queda condicionado a que el derecho sustantivo y la acción que de él deriva, continúen vigentes.

Otra consecuencia más al operar el desistimiento, es la cesación de la litispendencia, es decir, de la relación que se provoca cuando existe un litigio distinto que se encuentra pendiente de resolución, radicado ante un Tribunal que ha prevenido en el conocimiento de la causa.

Como conclusión, puede decirse que el desistimiento constituye una conducta del actor expresada en sentido positivo, tendiente a crear consecuencias en el proceso, mientras que en el abandono de la acción, o caducidad de la instancia, como se le contempla en el Código procesal, la actitud de ambas partes, no solo la del actor, es de carácter pasivo. Por instancia, debe entenderse, el conjunto de actos, plazos y formalidades que tienen por objeto la iniciación, instrucción y fin del proceso.

Para concluir el presente capítulo, creo pertinente hacer una observación, respecto de las consecuencias que el artículo 34 señala en forma genérica para quien ejercita el desistimiento, imponiéndolas como sanciones. Considero que el pago de las costas, daños y perjuicios resulta insuficiente para compensar al demandado de la afectación que pueda sufrir en sus sentimientos, honor, reputación o en la consideración que de él tengan los demás, como consecuencia de haber sido señalado como reo en una demanda, en la cual se practica posteriormente el desistimiento, al efecto, debe recordarse que la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común para el Distrito Federal, es obsoleta por lo que hace a sus disposiciones relativas al arancel, si es que éste debe aplicarse para determinar el monto de las costas, ya que las cantidades que -

en el se señalan son, con mucho, mínimas comparadas con el cos
to real de un litigio, de donde surge la necesidad de actuali-
zar esas cifras, fijándolas de conformidad con el salario míni
mo diario, vigente al momento de realizar su pago, de la misma
forma en como se ha venido haciendo en distintos ordenamientos
legales que imponen sanciones pecunarias.

C A P I T U L O V.

CONSECUENCIAS JURIDICO PROCESALES DEL DESISTI
MIENTO DE LA ACCIÓN, EN EL JUICIO ESPECIAL DE
ALIMENTOS.

- a).- *El juicio especial de alimentos, razones -
para su denominación.*

- b).- *Requisitos para el ejercicio de la acción,
al demandar el pago de alimentos.*

- c).- *El desistimiento de la acción en el juicio
especial de alimentos, requisitos y sus --
consecuencias en el proceso.*

C A P I T U L O V.

CONSECUENCIAS JURIDICO PROCESALES DEL DESISTI MIENTO DE LA ACCION, EN EL JUICIO ESPECIAL DE ALIMENTOS.

a). - *El juicio especial de alimentos, razones para su denominación.*

En el capítulo tercero, me referí a los elementos constitutivos de la acción o requisitos indispensables para su ejercicio, utilizando al hacerlo, la redacción que tenía el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles hasta el año de 1985; en ese apartado señalé que los demás artículos -- que completan el primer capítulo, del título primero del Código procesal, titulan y explican las distintas formas que debe revestir la acción, para obtener la declaración, preservación o constitución de un derecho, haciendo notar la semejanza que existe entre este ordenamiento y las legis acciones del derecho romano, ya que en cada uno de los artículos iniciales del Código adjetivo, se otorga a la acción un nombre distinto, conforme al derecho sustantivo cuya violación o desconocimiento se reclama.

En el siguiente capítulo, comenté la figura del desistimiento, intentando establecer los requisitos para su procedencia, sus efectos y las diferencias que guardan sus distintas especies y en relación con figuras procesales similares, tales como la caducidad de la instancia; en este capítulo, úl-

Almo de los que interpretan el presente trabajo, me referiré a -- los requisitos indispensables para el ejercicio de la acción, -- al intentarla cuando se pretende el pago y aseguramiento de -- una pensión alimenticia; asimismo, mencionaré las consecuen -- cias que provoca el desistimiento de la acción cuando se ejer -- cita precisamente en el juicio de alimentos.

Antes de pasar a comentar los requisitos y conse -- cuencias anunciados, considero indispensable explicar las razo -- nes que me llevaron a adoptar la denominación de "juicio espe -- cial", para designar al proceso que se tramita para demandar -- el pago de alimentos, con la finalidad de establecer las carac -- terísticas principales que le distinguen del juicio ordinario -- y lograr una relación lógica de las consecuencias que provoca -- el desistimiento de la acción.

El Código de Procedimientos Civiles, prevé distin -- tas vías o formas bajo las que debe desarrollarse el proceso, -- entre ellas encontramos la ordinaria, la especial, la denomina -- da como controversia, la de jurisdicción voluntaria, etc.; el -- artículo 255 que aparece en el título sexto del Código mencio -- nado, establece los elementos que debe contener toda demanda, -- es decir, los requisitos que tienen que cumplirse en el escri -- to por el que se inicie una contienda judicial.

En el título séptimo del Código mencionado, se en -- cuentran regulados los juicios especiales, que consisten en -- procesos distintos entre sí y con el juicio ordinario, en aten -- ción a la forma en la que se desarrolla. Puede afirmarse que -- estos juicios especiales tienen como antecedente los procesos -- sumarios o sumarísimos que en tiempos de Justiniano ya se apli -- caban para resolver asuntos de poca cuantía, cuando los liti -- gantes eran personas menesterosas o por la urgencia que presen -- tava la cuestión litigiosa.

Como se mencionó en el capítulo correspondiente, -- en el Código Civil de 1884, el pago y aseguramiento de los ali

mentos se obtenga promoviendo en la vía de jurisdicción voluntaria, en la que no se requiera formalidad alguna para su tramitación; hasta el año de 1973, el Código Civil vigente, contempló la vía sumaria para tramitar determinados juicios, como era el caso para demandar los alimentos, según lo disponía la fracción II del artículo 430. A la fecha, los juicios sumarios se intentan ante el Juzgado Mixto de Paz, para resolver cuestiones limitadas en su cuantía, que no se regieran al derecho familiar o al arrendamiento inmobiliario.

Como consecuencia de diversas reformas que se practicaron al Código de Procedimientos Civiles, con vigencia a partir de marzo de 1973, se creó el título décimo sexto que regula las que denomina como controversias del orden familiar, - al efecto, el artículo 940 comprendido en este título, establece que "todos los problemas inherentes a la familia se consideran de orden público, por constituir aquella la base de la integración de la sociedad". (56)

Para precisar y limitar los problemas que pueden plantearse bajo las normas de esta controversia, el artículo 942 del mismo Código, señala a los alimentos, la calificación de impedimentos de matrimonio, las diferencias que surjan entre marido y mujer sobre administración de bienes comunes o educación de hijos, oposición de maridos y en general, todas las cuestiones familiares similares, que reclaman la intervención judicial.

Independientemente de que el artículo 940 del Código adjetivo considere como de orden público todos los problemas inherentes a la familia, incluyendo a los alimentos, no de

(56) Este precepto, tiene como antecedente el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que impone a la ley la organización y el desarrollo de la familia, considerada como el núcleo de la sociedad, por lo que el Estado, a través de su orden jurídico, debe tutelarla y proporcionarle los instrumentos necesarios para el cumplimiento de sus fines.

be perderse de vista que por su naturaleza, todas las normas - que se refieren a la obligación alimentaria, son consideradas - de orden público y de interés social su cumplimiento, de donde se antoja lógico que el legislador las haya tomado en cuenta - para encabezar las cuestiones que deben resolverse bajo esta - vía especial . Sin embargo, a pesar de encontrarse contempla- das bajo este rubro, considero que existen razones suficientes para denominar al proceso que se intente en materia de alimen- tos, como juicio especial, por lo que me permitire expresar al- gunas de ellas.

Puedo señalar como una característica esencial, a- quélla que contiene el artículo 941 del Código procesal que -- confiere al Juez de lo Familiar la facultad para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, obligándole -- por otro lado, a suplir la deficiencia de las partes en sus -- planteamientos de derecho.

Asimismo, tenemos otra facultad que se otorga al - Juzgador en este tipo de juicios, consistente en fijar, a peti- ción del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la in- formación que estime necesaria, una pensión alimenticia provi- sional mientras se resuelve el juicio, teniendo por otro lado- la facultad de decretar las medidas provisionales que conside- re pertinentes, aún y cuando se haga valer en su contra la re- cusación, que como sabemos en otro tipo de juicios, suspende - su jurisdicción.

Otra característica más, que distingue a este ju- cio y lo hace especial, es la obligación que impone a las par- tes de ofrecer sus pruebas desde la presentación de sus escri- tos de demanda y contestación respectivamente, negando la posi- bilidad de solicitar el término extraordinario de prueba pre- visto en el juicio ordinario y que se concede únicamente quan- do se reúnen los requisitos que señala el artículo 300 del Có- digo procesal.

Para denominar especial al juicio de alimentos, debe considerarse también la forma de admitir el recurso de apelación que se interponga en contra de las resoluciones que en él se dicten, pues con excepción de los autos definitivos que ponen término al juicio o le paralizan, haciendo imposible su continuación, en los que debe admitirse en ambos efectos, en las demás resoluciones, incluyendo la sentencia definitiva, debe admitirse en el efecto devolutivo, por lo que no puede suspenderse su ejecución, misma que podrá llevarse al cabo, sin otorgamiento de fianza.

b).- Requisitos para el ejercicio de la acción, al demandar el pago de alimentos.

El artículo 942 del Código de Procedimientos Civiles, o sea el mismo que señala que los problemas familiares deben plantearse en la vía de la controversia, establece también que no se requieren formalidades especiales para acudir ante el Juez de lo Familiar, cuando la reclamación es de alimentos; el precepto siguiente permite que la comparecencia sea por escrito o en forma personal, en los casos urgentes. Considero al respecto que al ejercitarse la acción, sea cual fuere la pretensión, deben cumplirse lo que disponen los artículos 10.- y 255 del mismo Código procesal, ya que estos preceptos se refieren, el primero de ellos, al ejercicio de toda acción civil y el segundo, a la forma de principiar toda contienda judicial, es decir, a la demanda en la que se deben reunir determinados requisitos; en otros términos, debe considerarse que no se hace excepción alguna distinguiendo la pretensión del actor al comparecer ante la autoridad judicial.

Las controversias del orden familiar, constituyen juicios que deben ventilarse bajo una forma especial, Escriche

Los define como "aquellas discusiones que sostienen, con arreglo a las leyes, dos o más personas que tienen intereses opuestos, sobre sus respectivos derechos y obligaciones o para la aplicación de las leyes penales o civiles, ante Juez competente que las dirige y termina con su decisión declarando o haciendo respetar un derecho o imponiendo una pena" (57); en estas controversias sólo pueden dirimirse cuestiones definidas por la ley, pero sin duda alguna, en su tramitación debe cumplirse con las formalidades esenciales del procedimiento, tal y como lo dispone el artículo 14 constitucional, reglamentado por el 55 del Código procesal, ya que este último establece -- que las normas del procedimiento no pueden alterarse, modificarse o renunciarse. En conclusión, la demanda que inicie el juicio especial de alimentos en la vía establecida para las -- controversias del orden familiar debe cumplir con los requisitos que el Código señala para todo escrito inicial que sirva -- como vehículo para el ejercicio de la acción.

Es importante también resaltar los requisitos que deben cubrirse en el ejercicio de la acción, cuando se solicita al Juez de lo Familiar la declaración, preservación o constitución del derecho a recibir alimentos, al efecto, cabe remitirse al capítulo tercero de este trabajo, en el que comenté -- los requisitos o condiciones que deben reunirse al respecto.

Al referirme a los requisitos indispensables para el ejercicio de la acción, dije que el primero de ellos consiste en acreditar la existencia del derecho, al respecto, debe recordarse que los principios de carácter moral que envuelven a la obligación alimentaria y su derecho correlativo a los alimentos, crean entre acreedor y deudor un vínculo que deriva de su relación de parentesco, consanguíneo o civil, así como del matrimonio o del concubinato. La obligación alimentaria a --

(57) Citado por Eduardo Pallares, "Diccionario.....", ob. cit. pág. 460.

cargo del deudor constituye una presunción legal, por lo que es suficiente que el alimentista acredite su parentesco, la existencia del matrimonio civil, cuando la reclamación se haga por el cónyuge, o bien, que justifique los elementos del concubinato, para cubrir con este primer requisito, debiendo considerarse que el estado civil de las personas se prueba únicamente con los atestados del Registro Civil, tal y como lo dispone el artículo 39 del Código sustantivo, que admite otros medios de prueba, sólo en casos de excepción.

Como dijimos anteriormente, los alimentos están considerados como un derecho que tiene la característica de ser "intuitu personae", es decir, de aquellos cuyo nacimiento y vigencia derivan de las cualidades estrictamente personales, tanto del acreedor, como del obligado, de ahí que deba acreditarse plenamente la calidad con la que se demanda en el proceso. Dijimos también que algunos autores, partícipes de la teoría moderna de la acción, sostienen que el requisito de la existencia del derecho, se cumple hasta que la sentencia definitiva así lo declara y condena al deudor al pago de su obligación.

En el Código Civil para el Distrito Federal, se señala en primer término, la obligación alimentaria a cargo de los cónyuges, quienes deben contribuir económicamente a su alimentación, independientemente de proporcionar los medios necesarios para el sostenimiento del hogar, carga que pueden distribuirse en forma proporcional, de acuerdo a sus posibilidades. Su obligación subsiste aún después del divorcio, ya que, en caso de que sea necesario, el Juez puede sentenciar al cónyuge culpable al pago de alimentos, en favor del inocente; cuando sea voluntario, debe otorgarse una pensión alimenticia en favor de la divorciante, por un lapso igual al de la duración del matrimonio, a condición de que no obtenga ingresos suficientes. En ambos casos, el derecho existirá, mientras el cónyuge inocente o la ex-cónyuge respectivamente, no contraigan nupcias o se una en concubinato.

El artículo 302 del Código sustantivo, que contiene la obligación alimentaria que existe entre los cónyuges, otorga el mismo derecho a los concubinos, quienes deben acreditar los extremos del artículo 1635 del mismo ordenamiento para ostentarse con ese carácter, es decir, que hayan vivido juntos como si fueren cónyuges, durante los últimos cinco años o si tuvieron hijos en común, siempre y cuando permanezcan libres de matrimonio. (*)

Siguiendo el orden que guarda el Código Civil, después de la obligación alimentaria que priva entre cónyuges o concubinos, encontramos la que establece a cargo de los padres y a falta de ellos o por su imposibilidad, de los demás ascendientes por ambas líneas y que estuvieren más próximos en grado; posteriormente, mostrando el principio de reciprocidad, el artículo 304 se refiere a la obligación a cargo de los hijos y a falta de ellos o por su imposibilidad, de los descendientes más próximos en grado.

El artículo siguiente, impone la obligación alimentaria a los hermanos del padre y de la madre, a falta de ascendientes y descendientes o por su imposibilidad para cumplirla; este mismo precepto prevé en su segundo párrafo, que al faltar los padres, los hijos y los hermanos de padre y madre, la obligación recaerá en los parientes colaterales dentro del cuarto grado.

Los hermanos tienen también la obligación de pro--

(*) En el Diario Oficial, publicado el día 27 de diciembre de 1983, se dió a conocer la modificación al artículo 302 del Código Civil, por virtud de la cual se otorgó el derecho a recibir alimentos, a quienes viven en concubinato, incorporando así al régimen legal, a los que por no contraer matrimonio carecían de este beneficio, por otra parte, es inquestionable que su número crece día a día y para ellos, la necesidad de recibirlos es idéntica a la de los que celebran matrimonio civil.

porcionar alimentos a los menores, hasta que éstos lleguen a la mayoría de edad, tal y como lo dispone el artículo 306 del Código que se viene comentando; asimismo deben otorgarlos a los parientes colaterales, dentro del cuarto grado, siempre y cuando sean incapaces.

Por virtud del parentesco civil, el Código sustantivo impone la obligación alimentaria al adoptante y adoptado, equiparando esta relación a la que existe entre padre e hijo, haciéndola privativa, ya que no beneficia o afecta a los parientes de ambos.

En algunas legislaciones, como el Código Civil - Francés, el derecho a recibir alimentos se otorga también a los parientes por afinidad, es decir, a los parientes de la esposa, respecto de su cónyuge, o a los de este último en relación con su consorte; en nuestro derecho positivo, se limita a los parentescos consanguíneo y civil, considerando a los parientes colaterales dentro del cuarto grado y desde luego al matrimonio y concubinato.

Al referirme al requisito del interés como un elemento esencial para el ejercicio de la acción, dije que lo consideraba de radical importancia, tanto para iniciar un proceso, como para el contenido de este trabajo, desde entonces, he notado la dificultad que existe para su cabal comprensión y las confusiones que provoca en la práctica judicial, me referiré ahora al cumplimiento de este requisito, cuando se reclama el pago y aseguramiento de los alimentos.

Como elemento constitutivo, el interés resulta hegemónico, atendiendo al proceso de características especiales que se crea con el ejercicio de la acción, su carencia puede provocar graves daños en la persona o en el patrimonio del demandado, poniendo en entredicho su prestigio social, profesional, familiar o simplemente, ocasionándole un daño moral, afectando sus sentimientos, creencias, decoro, honor, reputación,

vida privada, o la consideración que de si mismo tienen los de más.

La importancia del interés, como requisito fundamental para el ejercicio de la acción, adquiere mayor relevancia cuando se ejercita en la demanda de alimentos, en atención a las amplias facultades que la ley otorga al Juez cuando interviene en cuestiones que deriven de normas consideradas de orden público, al efecto, el artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles establece que "...tratándose de alimentos, - ya sean provisionales o los que se deba por contrato, testamento o por disposición de la ley, el Juez fijará a petición del acreedor, sin audiencia del deudor y mediante la información - que estime necesaria, una pensión alimenticia provisional, - mientras resuelve el juicio".

Como vimos en el capítulo inicial, los preceptos legales relativos a los alimentos, tienen como finalidad la -- protección de la subsistencia del acreedor, creando mecanismos efectivos que puedan hacerse valer para el caso de un eventual incumplimiento por parte del deudor, sin embargo, es incuestionable que para obtener la satisfacción de su derecho, el actor debe cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento, fundamentalmente, con los requisitos indispensables para el ejercicio de la acción.

Al iniciar el juicio especial de alimentos, el actor cumple con el requisito del interés, cuando comparece ante la autoridad judicial como consecuencia de una necesidad imperiosa de obtener la satisfacción de su derecho, motivado para evitar un perjuicio causado por el incumplimiento del deudor y siempre y cuando no exista otro medio que pueda agotar para le grarlo. El requisito no se satisface, cuando el demandante no tiene la necesidad de alimentos, o cuando éstos han sido cubiertos puntualmente por el deudor.

La forma en la que se encuentra redactado el arti-

culo 943 del Código de Procedimientos Civiles, permite que el acreedor alimentista logre con facilidad la fijación de una pensión provisional, pues basta con acreditar el vínculo jurídico que le une al demandado, así como el monto de sus ingresos, para que el Juzgador, aún sin audiencia de este último, fije y ordene el pago de la pensión alimenticia, mientras se resuelve el juicio; por esta razón, se abusa en ocasiones del ejercicio de la acción, causando daños y molestias en la persona del deudor, quien no obstante haber cumplido con su obligación alimentaria, se encuentra impedido para evitar que por la aplicación de este precepto, sus acreedores afecten sus ingresos, pues en los juicios de alimentos, por lo general, el demandado ignora su existencia hasta el momento en que se verifica el descuento a su salario por concepto de la pensión alimenticia provisional, cuya fijación y cumplimiento pueden dictarse, como ya se dijo, sin la audiencia del demandado.

La importancia de la ausencia del interés, puede ejemplificarse fácilmente si se piensa en un juicio especial de alimentos en el que la sentencia resuelva que fueron procedentes las excepciones hechas valer por el demandado, fundadas en alguna de las fracciones del artículo 320 del Código Civil, absolviéndole en consecuencia del pago de los alimentos, pero habiendo sufrido el descuento de la pensión alimenticia provisional que si bien se recuerda, puede decretarse desde el auto admisorio, haciéndose efectiva durante el proceso, no obstante la falta del requisito constitutivo de la acción, como es el interés.

El requisito de la capacidad procesal, o estar legitimado en el proceso, significa, como lo vimos anteriormente, tener la facultad de comparecer a juicio por propio derecho o en representación de alguien, o la idoneidad para poder actuar en el proceso. En toda demanda judicial, el interés debe identificarse con la legitimación, lo que se cumple cuando la acción la hace valer personalmente, quien resulta afectado por -

el derecho violado, o al causarle daño el desconocimiento de la obligación, en la que es beneficiario.

El artículo 315 del Código Civil vigente, señala en cinco fracciones a los que otorga acción para pedir el aseguramiento de alimentos; la primera, se refiere al acreedor alimentario, aludiendo a aquél que se encuentra en el pleno ejercicio de sus derechos, ya que la minoría de edad y el estado de interdicción, son restricciones a la personalidad jurídica.

La fracción II del artículo mencionado, congruente con el 424 del mismo Código sustantivo, establece que la acción podrá ser intentada por quienes tengan bajo su patria potestad al acreedor, es decir, por el padre, la madre, los abuelos paternos, maternos o, como lo señala la fracción III, por el tutor.

La fracción IV del artículo 315, establece una excepción a la regla contenida en el artículo 424 antes citado, en virtud de que este último exige el consentimiento del o los que ejerzan la patria potestad, para que quien se encuentre sujeta a ella pueda comparecer a juicio o contraer obligaciones. Debido a que el cumplimiento de la obligación alimentaria es de interés social y consideradas como de orden público las normas que la informan, el legislador otorgó a los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, acción para pedir el aseguramiento de los alimentos, en representación del pariente que siendo acreedor y tenga interés jurídico, encuentre restringida su personalidad para comparecer ante el Tribunal judicial.

La V y última fracción del citado artículo, otorga acción al Ministerio Público para reclamar el aseguramiento de los alimentos, siendo entonces una obligación de cumplimiento necesario, ya que una de las funciones fundamentales de esta institución social, es la de vigilar que se cumplan en forma

estricta las disposiciones legales que afectan al interés general. Al respecto, el artículo 10. de la Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común, establece que "esta institución tiene por objeto ... fracción V.- Intervenir en todos los negocios que las leyes determinen"; por otra parte, el artículo 30 de ese mismo ordenamiento, señala que "son facultades y obligaciones de los Agentes adscritos a los Tribunales del orden civil... fracción 1.- Demandar, contestar demandas y formular los pedimentos procedentes en los negocios de la competencia del Tribunal al que estuvieren adscritos, siempre que esos negocios sean de aquéllos en que conforme a la ley, debe ser oído el Ministerio Público".

A pesar de la obligatoriedad de los preceptos mencionados, la institución social de referencia se concreta a -- realizar funciones de simple consulta, en los procesos judiciales en los que se dirimen controversias relativas a los alimentos, como en el caso de los divorcios promovidos por mutuo consentimiento, en los que únicamente debe expresar su parecer, - en relación con la garantía del pago que ofrezca el deudor en favor de su cónyuge, hijos menores o incapacitados. En la -- práctica la presentación de demandas o contestaciones en juicios de alimentos, es insistente, inclusive, el párrafo segundo del artículo 943 del Código de Procedimientos Civiles, con una redacción más apegada a la realidad, permite la intervención de la Defensoría de Oficio, para asistir a alguna de las partes que no se encontrara asesorada al celebrarse la audiencia de ley, dentro de la tramitación de una controversia del orden familiar, pasando por alto las facultades y obligaciones asignadas al Ministerio Público, que quedan reducidas a una -- buena intención del legislador.

Al referirme a la legitimación procesal, como requisito para el ejercicio de la acción, señale que consistía - en que ésta se intentara por la persona que debe actuar conforme a la ley, siendo necesario, en un juicio especial de alimentos, que la demanda sea propuesta por el acreedor, cuya nece-

sidad ha quedado insatisfecha, en contradicción con el deudor-incumplido; en otros términos, para que exista legitimación -- procesal, deben coincidir en el actor la calidad de acreedor y la de deudor en el demandado.

Como dije anteriormente, el artículo 315 del Código sustantivo, señala en las cinco fracciones que lo integran, a quienes tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos, es decir, a los que considera legitimados procesalmente para comparecer ante la autoridad judicial, refiriéndose a cuestiones que en mi opinión debieran ser reguladas por la ley procesal, ya que, siendo la legitimación un requisito para el ejercicio de la acción, debe corresponder al Código adjetivo - su tratamiento, tocando al derecho sustantivo informar sobre la obligación, sus elementos, las consecuencias de su incumplimiento, pero de ninguna manera, las personas a las que se le otorga la facultad de accionar.

De la misma manera, el Código Civil establece en forma limitativa quienes pueden ejercitar la acción en demanda de alimentos, tomando como base el hecho de que la obligación es de las consideradas como "intuitu personae" quedando excluida en consecuencia, la posibilidad de ejercitarse por un mandatario, pues a pesar de que el artículo 2548 del mismo ordenamiento señala que pueden ser objeto del mandato todos los actos lícitos, en mi opinión debe exigirse para el caso que se comenta, la intervención personal del acreedor, siendo obvio que el menor con esa calidad, sólo puede ser representado por las personas expresamente señaladas, dada su incapacidad jurídica para celebrar un contrato de mandato.

- c).- El desistimiento de la acción en el juicio especial de alimentos, requisitos y sus -- consecuencias en el proceso.

Al constituir el desistimiento de la acción un acto dispositivo, que la ley concede a las partes para dirimir sus controversias, reviste singular importancia cuando se manifiesta en todo proceso civil, pero cuando se hace valer en un juicio especial, en el que se ventilan cuestiones de alimentos, adquiere mayor relevancia, al tratarse de un derecho considerado como de orden público y en cuyo cumplimiento tiene interés especial la sociedad; además de la diferencia en las consecuencias que produce, respecto de las que causa en el juicio ordinario, debido precisamente a las características propias de la obligación alimentaria.

El artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles que contiene las formas de desistimiento contempladas en el -- proceso, no señala, como se dijo, formalidad alguna para que -- el de la acción pueda manifestarse en el proceso y produzca -- sus efectos legales, sin embargo, debe suponerse que como todo acto procesal, debe realizarse en forma expresa para que conste en las actuaciones, además de ser puro, simple e incondicional.

Entender las consecuencias del desistimiento de la demanda o de la instancia, atendiendo al contenido del artículo 34 del Código adjetivo, resulta relativamente fácil pero -- por lo que se refiere al desistimiento de la acción, ni en este precepto, ni en alguno otro, se encuentran previstas sus -- consecuencias, salvo aquellas que se refieren a su extinción y a la obligación para quien lo hace de pagar costas, daños y -- perjuicios a su contraparte.

A pesar de que no existe disposición procesal que sirva como fundamento, se aprecia en la práctica que al ejercitarse el desistimiento de la acción, se pierde para el actor -- el derecho sustantivo cuya violación o incumplimiento se reclamó en la demanda, además de la imposibilidad de iniciar un nuevo proceso, por la misma causa y contra el mismo demandado. Esta consecuencia de manifestar el desistimiento de la acción, -

de carácter extraprocesal, encuentra alguna explicación, si se recuerda que en nuestro derecho prevalece la teoría clásica de la acción, que consiste, como puede recordarse, en que la acción se identifica (y confunde, en mi opinión), con el derecho sustantivo del individuo, por lo que al ejercitarse por el actor, provoca la pérdida del derecho subjetivo, independientemente de las consecuencias procesales que acarrea.

A pesar de la omisión que se advierte en la ley -- procesal y no obstante que una de las consecuencias que se atribuyen al desistimiento de la acción es producto de aplicar la teoría clásica de la acción, la práctica en el Tribunal, es admitir que se tenga por perdido el derecho sustantivo, interpretando la intención del actor, dando por concluido el proceso.

La expresión del desistimiento por el actor, especialmente si se trata de la acción, lleva a pensar en el beneficio que recibe el demandado, ya que su manifestación extingue el proceso iniciado en su contra, perdiéndose para quien lo hace todos los derechos y situaciones procesales producidas en la instancia, sin embargo, cuando el desistimiento tiene lugar en un juicio especial de alimentos, deben considerarse sus consecuencias, radicalmente distintas, en atención a la naturaleza jurídica del derecho que se reclama y a las características que lo envuelven. Cuando el actor se desiste de la acción en el juicio especial de alimentos, deberla tomarse en cuenta el interés jurídico del demandado, que puede consistir en que se dicte una sentencia definitiva, que aún y cuando sea condenatoria, le proporciona certeza jurídica respecto de su obligación, en relación con sus acreedores, principalmente por lo -- que hace a su cuantía; este interés es anulado cuando se ejercita el desistimiento de la acción, pues cabe recordar que este puede expresarse en todo tiempo, hasta antes de que se dicte la sentencia definitiva, impidiendo además que se analicen las excepciones opuestas por el demandado, en especial, aquellas de fondo, como las que contiene el artículo 320 del Cód-

go Civil. La diferencia que se advierte entre los efectos -- del desistimiento de la acción, cuando se hace valer en un juicio especial de alimentos o cuando se ejercita en cualquier -- otro juicio, llevan a plantear algunas cuestiones como las siguientes: ¿Debe cerrarse el proceso sin un pronunciamiento judicial de fondo?; ¿Tendrá derecho el demandado de exigirlo?; -- ¿Podrá proponerse la acción de nuevo e indefinidamente, sin -- que alguna excepción pueda impedir que prospere al comienzo?.

El desistimiento de la acción, manifestado en un -- juicio especial de alimentos, no recibe del Tribunal un pronun-- ciamiento de fondo, es decir, algún juicio emitido por el Juz-- gador que se refiera al derecho sustantivo y al alcance que se propuso su titular al desistirse de él en el proceso, únicamen-- te lo da por concluido y en el mejor de los casos, deja sin e-- fecto las medidas provisionales que se hubieren decretado.

En mi opinión, al expresarse el desistimiento de -- la acción en el juicio de alimentos, debe lograr un pronuncia-- miento judicial, en el que se señale que ese acto procesal es -- irrevocable y que constituye una renuncia a la acción intentada, debiendo señalarse a quien lo hace, que no podrá intentar-- la nuevamente por la misma causa, hasta que surja el interés -- jurídico para hacerlo, esto es, cuando el deudor deje de cum-- plir con la obligación alimentaria que le corresponde y una -- vez que el acreedor agote todos los medios que se encuentren a su alcance sin lograr su pago, quedando como último, la deman-- da judicial.

Ahora bien, al formularse el desistimiento de la -- acción por el actor, el demandado no puede oponerse a su proce-- dencia y a que concluya el proceso por ese motivo, estando im-- pedido también para solicitar que se dicte un pronunciamiento-- de fondo, quedando expuesto a que se le demande de nueva cuen-- ta, exista o no el interés jurídico del actor para hacerlo. Ca-- be considerar que al demandado le asiste el mismo derecho que-- al actor,, la aspiración legítima a una sentencia definitiva --

que determine su situación jurídica en relación con su demandante.

Una diferencia fundamental, que distingue al desistimiento de la acción cuando se hace valer en un juicio especial de alimentos, radica en la naturaleza misma de la obligación cuyo cumplimiento se reclama, es decir, la obligación alimenticia. En efecto, en atención a las características particulares que envuelven a la obligación y a su derecho correlativo de recibir alimentos, la procedencia del desistimiento en el proceso, no impide que ésta pueda ejercitarse de nueva cuenta, quedando al arbitrio del actor hacerlo las veces que crea conveniente, a pesar de que carezca de interés jurídico.

Por su parte, el demandado se encuentra impedido legalmente, para evitar que la acción pueda proponerse indefinidamente, pues cabe recordar que, por disposición expresa del Código de Procedimientos Civiles, el Juez debe fijar, a petición del acreedor y sin audiencia del deudor, una pensión alimenticia provisional mientras se resuelve el juicio, estando facultado además, para intervenir de oficio en los asuntos que afecten a la familia, especialmente, cuando se trata de alimentos. Las excepciones que pudiera oponer el demandado para impedir que la acción prospere al comienzo, resultan ineficaces, pues ni la cosa juzgada, como excepción de fondo, ni la falta de interés jurídico, como defensa procesal, son suficientes para lograrlo.

Por lo que hace al Juez de lo Familiar, su cumplimiento a los preceptos legales relativos a los alimentos, no le dejan otra alternativa que la de admitir a trámite las demandas que se plantean por quien, al pretender el pago de alimentos acredite el vínculo jurídico que le une al demandado, debiendo decretar en la admisión las medidas provisionales que le son solicitadas.

Para concluir mi trabajo, comentaré un problema más

que provoca el ejercicio del desistimiento de la acción, cuando se hace valer en el juicio especial de alimentos y que deriva de la irrenunciabilidad de la obligación alimentaria, así como de que sus normas se consideren de orden público y del interés social que existe en su cumplimiento.

Al enunciar los distintos tipos de desistimiento y las consecuencias que producen en el proceso, el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles no señala diferencia alguna entre los efectos, si el desistimiento de la acción se manifiesta en un juicio ordinario, en uno especial o en una controversia, lo que nos lleva a concluir que para el Código adjetivo, los efectos que produce son los mismos, ya sea que se manifieste en uno u otro juicio, sin importar el derecho sustantivo que envuelva a la pretensión, sin embargo, puedo afirmar -- que por la naturaleza jurídica de la obligación alimenticia, -- principalmente por las necesidades que pretende proteger, el desistimiento de la acción, manifestado en el juicio que versa sobre alimentos, tiene diferencias, de cuando se le hace valer en otro tipo de juicios.

Cabe resaltar entre todas ellas, la que deriva del contenido del artículo 60. del Código Civil, comprendido dentro de sus disposiciones preliminares, ya que este precepto establece en forma categórica que sólo pueden renunciarse los derechos privados que no afecten directamente al interés público, cuando la renuncia no perjudique derechos de tercero.

Como se comentó en el capítulo correspondiente, -- el desistimiento constituye un acto procesal dispositivo de -- los que ponen fin al proceso y la forma en la que se tramita dentro del procedimiento civil, cuando se trata de la acción, -- significa propiamente una renuncia al derecho sustantivo, cuyo cumplimiento se reclamó en la demanda, provocando su procedencia, la pérdida de ese derecho y como consecuencia, la imposibilidad para el actor de formular una nueva demanda, fundada en la misma causa, en contra del mismo demandado.

El trato que se otorga al desistimiento de la acción en el procedimiento civil, no es otra cosa que la aplicación de la Teoría Clásica de la Acción conocida dentro del Derecho Romano, cuya esencia era la de confundir al derecho sustantivo con la acción procesal.

De la forma en la que se le contempla en el derecho procesal, el desistimiento de la acción no significa mayor problema, cuando su ejercicio se realiza en un juicio en el -- que se ventilan derechos privados que no afectan al interés público, ya que su titular puede disponer libremente de ellos, manifestando su renuncia y en todo caso asumiendo la prohibición para ejercitar nuevamente la acción, si utiliza como fundamento de su nueva demanda, el derecho sustantivo al que renunció previamente, pero cuando se expresa en un juicio cuya pretensión se sustenta en el derecho de recibir alimentos, resulta totalmente improcedente, si quien lo hace es una persona distinta al acreedor alimentario, pues a pesar de que éste lo realizara el ascendiente que le tenga bajo su patria potestad, su tutor, hermanos o demás parientes colaterales dentro del -- cuarto grado o el Ministerio Público, el desistimiento no causaría efectos procesales, por la prohibición contenida en el artículo 60. del Código sustantivo ya comentada.

En otros términos, puedo afirmar que el desistimiento de la acción, cuando se hace valer en un juicio de alimentos resulta ineficaz, si quien lo ejercita es directamente el acreedor alimentista y resulta improcedente, si se manifiesta por alguno de sus representantes. El desistimiento resulta ineficaz, en virtud de que, a pesar de que se le admita en el proceso, no obtiene los alcances y consecuencias que su ejercicio provoca en un juicio que no versa sobre un derecho considerado de orden público y digo que es totalmente improcedente, -- por prohibición expresa del Código Civil, atendiendo a la naturaleza jurídica de los alimentos.

En mi opinión, el Código procesal resulta omiso y

muestra carencia de preceptos legales que fijen claramente las consecuencias del desistimiento de la acción, cuando se ejerci ta en un juicio que verse sobre derechos privados y en uno en el que se ventilen derechos de orden público, lo que propicia el abuso en el ejercicio de la acción, sobre todo cuando el ac tor utiliza el procedimiento de tipo sumario, como el creado por el legislador bajo el título de controversia del orden familiar, que le permite obtener del juzgador, el decreto de medidas inmediatas, como aquella de fijar una pensión alimenticia provisional, sin audiencia del deudor, bastando para ello que manifieste su desistimiento de la acción y dar por concluido el proceso, cualquiera que sea su estado, a pesar de haberse dictado la citación para oír sentencia, evitando que esta se dicte y pueda definirse la situación jurídica del demandado, quien por otra parte, en igualdad de derechos procesales, puede reclamar que sus excepciones se tomen en consideración al resolverse en la sentencia definitiva. La procedencia del desistimiento de la acción, como se dijo anteriormente, no puede impedir que se plantee una nueva demanda, en contra del mismo deudor, cuando el incumplimiento a su obligación es inexistente, tampoco puede evitar que se fijen las medidas provisionales, llegando al extremo de que tampoco puede oponerse a que opere de nueva cuenta el desistimiento, pues siendo legalmente aceptable, el demandado se encuentra en estado de indefensión y sin la posibilidad de recurrir a defensa alguna, pues siendo irrenunciable el derecho de recibir alimentos y al constituir una renuncia el desistimiento de la acción, su ejercicio no -- provoca consecuencia, ni procesales, ni sustantivas.

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

PRIMERA.- Los alimentos comprenden todo lo que el individuo necesita para su subsistencia y en su caso, para su educación; la obligación de dar alimentos es impuesta por la ley y se funda en principios de índole moral, como la caridad y el socorro, fijándose como límite para su cumplimiento, la posibilidad económica del obligado y la necesidad del alimentista.

SEGUNDA.- La obligación alimenticia es recíproca imprescriptible, divisible y proporcional; el derecho a recibir alimentos es personal, intransmisible, irrenunciable, - inembargable, incesible y no puede ser objeto de transacción ni de compensación.

TERCERA.- La cantidad debida por alimentos, así como aquella que se refiera a las deudas contraídas por el acreedor para satisfacer sus necesidades alimenticias, si pueden ser objeto de transacción.

CUARTA.- La acción procesal, constituye el único instrumento legítimo que se otorga al individuo, para comparecer ante el Tribunal y reclamar el cumplimiento de una obligación o la declaración de un derecho, evitando así la práctica de hacerse justicia por propia mano.

QUINTA.- El Estado debe perseguir, por conducto de sus órganos jurisdiccionales, resolver conforme a derecho los litigios planteados por el particular, la presentación de demandas que tienen como finalidad inferir molestias al demandado, entorpecer la función de impartir justicia, por lo que la autoridad debe vigilar que al ejercitarse la acción se cumpla con los requisitos esenciales.

SEXTA.- Para el ejercicio de la acción civil, es indispensable el cumplimiento de sus elementos constitutivos, a saber: la existencia del derecho, capacidad, calidad e interés.

SEPTIMA.- El requisito del interés en el actor, resulta hegemónico cuando ejercita la acción, por lo que el Juzgador debe vigilar en forma estricta su cumplimiento, -- con la exigencia de que la demanda sea motivada por una necesidad imperante de obtener la satisfacción de un derecho violado, a fin de evitar que el obligado cause daños y perjuicios al desconocerlo y siempre y cuando no exista otra alternativa para su satisfacción.

OCTAVA.- El desistimiento constituye un acto -- procesal, representativo del principio de disposición, tendiente a crear consecuencias en el proceso, por lo que su ejercicio debe cumplir en forma estricta con los requisitos indispensables para su eficacia.

NOVENA.- El desconocimiento a la obligación ali

mentaria, la declaración del derecho y el aseguramiento de su pago, deben reclamarse en la vía especial prevista por la ley procesal; al hacerlo, debe también cumplirse con los requisitos formales que el artículo 255 exige para iniciar toda contienda judicial, aún cuando se trate de casos urgentes o se haga por comparecencia personal.

DECIMA.- El Código de Procedimientos Civiles, no establece diferencia alguna entre las consecuencias que el desistimiento de la acción provoca, cuando se manifiesta en un juicio ordinario o en el especial, donde se ventilan cuestiones consideradas de orden público.

DECIMO PRIMERA.- El desistimiento de la acción expresado en el juicio especial de alimentos, debe lograr un pronunciamiento judicial en el que se señale expresamente -- que es un acto irrevocable y que constituye una renuncia a la acción intentada.

DECIMO SEGUNDA.- Las consecuencias del desistimiento de la acción, al manifestarse en un juicio especial de alimentos, radican en la naturaleza de la obligación alimentaria, tales como la imprescriptibilidad y en atención a que protege la satisfacción de necesidades que se generan -- diariamente.

DECIMO TERCERA.- El desistimiento de la acción, cuando se expresa en el juicio especial de alimentos es ineficaz si es expresado por el acreedor alimentista, pues a pe

bar de que se le admita en el proceso, por prohibición expresa del Código Civil, atendiendo a la naturaleza jurídica de los alimentos.

DECIMO QUINTA.- Admitiendo que el desistimiento de la acción debe provocar únicamente como consecuencia de tipo procesal, el Código adjetivo debería distinguir sus consecuencias, a diferencia de las que provoca la renuncia al derecho sustantivo.

B I B L I O G R A F I A

- BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa, S.A., 12a. Edición, México, 1979.
- CALAMANDREI, Piero, "Instituciones de Derecho Procesal Civil" Editorial EJEA, Buenos Aires, Argentina, 1962.
- CASTILLO LARRANAGA, José y Rafael de Pina, "Instituciones de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, S. A. 4a. Edición, México, 1958.
- COUTURE, Eduardo, "Fundamentos de Derecho Procesal Civil", - Ediciones Depalma, 8a. Edición, Buenos Aires, - Argentina, 1966.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, "El Derecho Privado Romano", Editorial Esfinge, S.A., 5a. Edición, México, - - 1974.
- GALINDO GARFIAS, Ignacio, "Derecho Civil", Editorial Porrúa, S.A., 3a. Edición, México, 1979.
- GOMEZ LARA, Cipriano, "Teoría General del Proceso", Universidad Nacional Autónoma de México, 2a. Edición, -- México, 1981.
- GOMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente Herce Quemada, "Derecho Procesal Civil", Artes Gráficas y Ediciones, S.A., - 8a. Edición, Madrid, España, 1978.
- MANRESA Y NAVARRO, José María, "Comentarios al Código Civil-Español", Tomo I, Editorial Hijos de Reus, 8a. - Edición, Madrid, España, 1914.

- MAZLAUD, Henri, León Mazeaud y Jean Mazeaud, "Lecciones de Derecho Civil", Vol. IV, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1949.
- PALLARES, Eduardo, "Tratado de las Acciones Civiles", Editorial Porrúa, S.A., 4a. Edición, México, 1981.
- PETIT CANDAUDAD, Eugene, "Tratado Elemental de Derecho Romano", Editora Nacional, S.A., Traducción a la novena edición francesa, México, 1953.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, "Derecho Civil Mexicano", Tomo III, Editorial Porrúa, S.A., 5a. Edición, México, - - 1979.
- SANCHEZ MEDAL, Ramón, "Los grandes cambios en el derecho de familia de México", Editorial Porrúa, S.A., 1a. Edición, México, 1979.
- VALENCIA CEA, Arturo, "Derecho Civil" (Colombiano), Editorial Temis, Tomo I, Bogotá, Colombia, 1957.

ORDENAMIENTOS LEGALES CONSULTADOS.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, Juan Valdés y Cueva, Editor, México 1890.

Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, J. M. Aguilar Ortiz, México, 1873.

Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., 56a. Edición, México 1988.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., 35a. Edición, México, 1988.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Edición de la Secretaría de Gobernación, México, 1985.

DICCIONARIO Y ENCICLOPEDIA CONSULTADOS.

CABANELLAS, Guillermo, "Diccionario de Derecho Usual", Editorial Argentina, Tomo 1, 6a. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1968.

DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO, Editorial Labor, S.A., Barcelona España, 1950.

ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L., Tomo 1, Buenos Aires Argentina, 1968.

PALLARES, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil", Editorial Porrúa, S.A., 13a. Edición, México, 1979.

REAL ACADEMIA, "Diccionario de la Lengua Española", Editorial Espasa Calpe, 19a. Edición, Madrid España, 1981.