

00781
11
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

AUTONOMIA DE LA ACCION

TESIS

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO
PRESENTA:

ISMAEL CASTRO CASTRO

DIRECTOR

DR. CIPRIANO GOMEZ LARA

FALLA DE ORIGEN

México, D. F., 10. de junio de 1994.

1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

RESUME

THEME: ACTION'S AUTONOMY

Thesis carried out by Ismael Castro Castro in order to get the Ph. degree in Law.

The analysis of the action's theory is done according to our juridical capacity. We start the present study with the roman law where we find the origin of our actual legal system.

Due to the individual and collectives relationships the law emerged, action in it's juridical aspect appears by the needs of keeping a balance in the social group where we live, this figure has evolved in such a way so that the arbitrary forms of solving conflicts among citizens have been eliminated, giving birth to the laws that are made accessible administratively.

We approach the justice topic precisely toward that direction the legal action moves to relate the man with the law, with -- material goods, with obligations; there exist a bond between - the action and the pretension, the interest, as much the interest upon the things, as the interest to act in the process, it was necessary to express the sense of this figures so linked to our study topic introducing us to the state's guardianship, through the jurisdiction, involving the defendant, analyzing the bilate-ral aspect of action and judge's participation, his performances as of the parts in trial, in their actions and exceptions. We conclude our research with the action's polemic, by exposing the

different opinions of studious jurists who have traveled through diverse stages of the law history, opportunity we had to expose our viewpoints about the action's autonomy, which on the basis of the analysis of them we demonstrate that the action is an - autonomous right, power which everybody has to take part and - deduce their interests in a procedure.

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J. M. ...', located in the center of the page below the main text.

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN DERECHO PRESENTA EL LIC. ISMAEL CASTRO CASTRO.

ASESOR: DR. CIPRIANO GOMEZ LARA.

TEMA: AUTONOMIA DE LA ACCION.

El análisis de la teoría de la acción es hecho de acuerdo a nuestros alcances jurídicos, iniciamos el presente estudio en el derecho romano, que es donde encontramos el origen de nuestro sistema jurídico vigente. Debido a las relaciones individuales y colectivas surge el derecho, la acción en su carácter jurídico aparece por las necesidades de lograr un equilibrio en el grupo social en que vivimos, esta figura ha evolucionado de tal manera que se han suprimido poco a poco las formas arbitrarias de resolver conflictos entre particulares dando origen a las leyes que se hacen accesibles administrativamente.

Abordamos el tema de la justicia, precisamente hacia ese fin se mueve la acción jurídica, para relacionar al hombre con el derecho, con los bienes materiales, con las obligaciones, existe o se da un vínculo de la acción con la pretensión, el interés, tanto el interés sobre las cosas, como el interés para obrar en el proceso, fue necesario expresar el sentido de estas figuras tan ligadas a nuestro tema de estudio introduciéndonos al campo de la tutela del estado, por medio de la jurisdicción, involucrando así al demandado, viendo el aspecto bilateral de la acción y la intervención del juez, sus actuaciones, así mismo el quehacer de los accionantes, en sus acciones y excepciones.

Concluimos nuestro estudio con la polémica de la acción, exponiendo los diferentes criterios de juristas estudiosos que han viajado a

través de las diversas etapas de la historia del derecho, oportunidad que aprovechamos para exponer nuestro punto de vista respecto a la autonomía de la acción, que a base del análisis de los diferentes criterios demostramos que la acción es un derecho autónomo distinto del derecho material, poder que tiene todo individuo, para intervenir en juicio y deducir sus pretensiones.

Vo. Bo.



DR. CIPRIANO GOMEZ LARA

DEDICATORIA

A MI MAESTRO: DR. CIPRIANO GOMEZ LARA:

Fue en la Universidad Autónoma de Sinaloa donde realicé estudios de licenciatura y mi inclinación en el area jurídica fue hacia el campo de lo procesal, teniendo como base los trabajos realizados por el Doctor Gómez Lara, al estudiar la Especialidad en Derecho Privado, tuve la grandiosa oportunidad de ser su alumno en la cátedra de Sistemática Jurídica, hoy tengo la doble satisfacción de que me haya dirigido la Tesis de Grado; Agradezco infinitamente su paciencia Maestro, admiro y acepto sus sabios consejos.

A MIS MAESTROS:

Noble tarea de titanes que con su inmensa paciencia conducen la nave del saber, agradecimiento respeto y admiración merecen por su labor.

A MI MADRE:

No fueron en vano tus desvelos, preocupaciones y consejos, hoy recibirás en pago la satisfacción de ver a tu fruto llegar a la meta; muchas gracias por tu afan desmedido.

A MI ESPOSA:

Amor, esfuerzo y perseverancia, como granos de arena fueron depositados, cuota de contribución para reforzar a mi voluntad y realizar tan anhelado objetivo; muchas gracias por esa gran paciencia.

A MIS HIJOS: DEMIAN AUGUSTO, JOSE RODRIGO Y AARON ISMAEL:

Que con sus jóvenes vidas y alegría sin igual marcharon a mi lado sirviendo de inspiración, alivianando la carga y dándome fuerzas para luchar con tesón.

A MIS COMPAÑEROS:

Luchamos juntos en las tareas del saber, vital y ejemplar ha sido su apoyo, y en ocasiones cuando a punto estuve de claudicar, aparecía siempre la mano amiga sin condiciones, invitando a redoblar esfuerzos; a ese gesto de humanismo y amistad le brindo un cariñoso agradecimiento.

¡Amigos siempre!

INTRODUCCION

La teoría de la acción, es un tema que nos interesa y que desarrollamos, de acuerdo a nuestros alcances jurídicos; tratamos de analizar a la acción desde su origen, evolución, hasta nuestros días precisamente en el primer capítulo; exponemos a la acción como principio de las cosas, la acción que se vuelve voluntad, de hacer, de accionar, este tipo de acción inclusive, es el centro del problema filosófico al cual se ha tratado de dar respuesta desde los principios del hombre, enfocado hacia el principio del movimiento universal, cuando el hombre se organiza en sociedad; esa organización de conducción significan reglas.

Debido a las relaciones individuales y colectivas surge el derecho, la acción en su carácter jurídico, aparece por las necesidades de lograr un equilibrio en el grupo social, evolucionando de tal manera que se suprimen poco a poco las formas arbitrarias de resolver conflictos entre particulares dando origen a leyes que se hacen accesibles, administrativamente.

Retomamos aspectos de las acciones del derecho romano, que son el origen de nuestro sistema jurídico, períodos de las acciones, como lo son las acciones de la ley, el período formulario y extraordinario, primeramente exponemos esta etapa del derecho romano, siguiendo la evolución de la acción; así también cómo surge y se desarrolla en el campo del derecho.

Abordamos el tema de la justicia, precisamente, hacia ese fin se mueve la acción jurídica, para relacionar al hombre con el derecho, con los bienes materiales, con las obligaciones, existe o se da un vínculo, que es la pretensión, el interés, tanto el interés sobre las cosas, como el interés para obrar en el proceso, fue necesario expresar el sentido de estas figuras tan ligadas a la acción, introduciéndonos al campo de la tutela del Estado, por medio de la jurisdicción, involucrando así, al demandado, viendo el aspecto bilateral de la acción, y la intervención del Juez, sus actuaciones, así mismo el quehacer de los accionantes, en sus acciones y excepciones;

Concluimos nuestro estudio con la polémica de la acción, analizando los diferentes criterios de juristas estudiosos, que han viajado a través de las diferentes etapas de la historia del derecho, oportunidad que aprovechamos para exponer nuestro punto de vista, respecto a la autonomía de la acción, que a base del análisis de los diferentes criterios demostramos que la acción es un derecho autónomo distinto del derecho material, poder que tiene todo individuo.

CAPITULO PRIMERO

LA ACCION Y SU EVOLUCION

A. LA ACCION

1. La acción en general.

Para hablar de la acción en general, en primer lugar nos remitiremos a momentos remotos en que el hombre iniciaba su largo peregrinar en la gran cuesta de la vida, vamos a partir "...de la caída de Adán, es decir, antes de que tuviera razón y conciencia de sí mismo, el hombre vivía en completa armonía con la naturaleza: 'Y estaban desnudos el hombre y la mujer y no se avergonzaban' estaban separados pero no se percataban de ello. El primer acto de desobediencia, que es también el comienzo de la libertad humana, 'abre sus ojos', el hombre sabe como juzgar el bien y el mal, ha tomado conciencia de sí mismo y de su semejante. La historia humana ha comenzado."¹

Comienza también la propia preocupación por la vida, la autodeterminación, es decir, la voluntad y el fin. Todo

¹FROMM, Erich. La condición humana actual, Título del original: The dogma of Christ, Cap.: The present human condition, traductor: STEENKS, Gerardo, Editorial Paidós Mexicana, S.A. séptima reimpresión, México 1990, p. 112.

ser vivo se ha puesto como guardián protector y conservador de sí mismo, y la naturaleza ha cuidado de que esto no le quede oculto y que no le falten los medios necesarios para cumplir su tarea.

La vida en este sentido comienza en la naturaleza, en los animales y con ella también la misión de la voluntad, y en este lugar inferior, donde con la voluntad aparece también su resorte ineludible, el fin.²

Venciendo obstáculos el hombre se ha encumbrado hasta nuestros tiempos; su condición es el "...ejercicio de alguna potencia o facultad, efecto de hacer, operación, obra, acto, hecho, modo de conducirse una persona, impresión de cualquier causa, agente sobre el paciente, además postura."³

²IHERING, Rudolf, El fin del derecho, traducción de ABAD DE SANTILLAN Diego, Editorial Cajica, México s/f p.25.
³ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA, Europeo-Americana, T. I, Editorial Espasa Calpe, S.A., Madrid, España, 1930, voz accion, p. 984

2. La acción

Es una condición del hombre, surgida con la vida misma primero la utiliza para subsistir y conforme se organiza en sociedad, se dan las relaciones entre los hombres, surge entonces el derecho, utilizándose como medida de protección y defensa; de esta manera se crean reglas para conducir la conducta de los individuos, en este sentido, ya no estamos hablando de una acción simple, sino de una acción jurídica.

Si bien, dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un sentido propio es la que se refiere a su carácter procesal, dicha acción procesal, puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.⁴

Definimos ya el tipo de acciones a que nos vamos a referir, pero es necesario explicar como surge la acción o que relación guarda con el derecho, cuestión que más adelante comentaremos de manera más profunda.

⁴DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, T. 1, Editorial Porrúa segunda edición, México 1989, voz acción p. 31.

B. LA ACCION EN EL DERECHO ROMANO

Los datos más antiguos que se tienen en nuestra era, de un orden jurídico, son sin duda alguna los del derecho Europeo específicamente el procedente de Roma, cuya influencia ha trascendido a través de los siglos.

Según tratadistas es difícil precisar con exactitud cuándo surgen los procesos como formas de solución de conflictos entre particulares se dice que "...la primera formulación legislativa que conocemos, la Ley de las XII tablas fue la más completa y trascendente (fuente de todo derecho público y privado), 462, a de C.,"⁵ sin descartar la influencia que el derecho griego ejerció sobre la legislación de las XII tablas, desde luego sin mermar la creación genuina del espíritu romano.⁶

A este tipo de acciones se les consideró un derecho bárbaro, no tenemos la información completa ya que la mayor parte de los tratadistas manifiestan la mutilación de los manuscritos originales.

Aunque por otro lado existen diferentes opiniones que

⁵DI PRIETO, Alfredo y LA PIEZA ELLI, Angel Enrique, manual de derecho romano, Editorial de Palma, cuarta edición, Argentina, 1985, pp. 69, 70.

⁶WOLFANG, Kunkel, derecho romano, traductor: MIQUEL, Juan cuarta edición, Editorial Ariel S.A., España 1989, p. 33.

desconocen la Ley de las XII tablas como fuente de todo derecho en la Roma antigua, ARANGIO RUIZ, opina que se quiso distinguir a las acciones del nuevo tipo de las antiguas y con referencia a la ley que se comenta, falsamente considerada como origen de todo derecho más antiguo. Este mismo autor sigue diciendo al respecto: "...la tradición recuerda por lo demás, que la formulación de las acciones no se encontraba en las leyes, sino que era confiada a la magistratura sagrada de los pontífices, sólo a partir del fin del siglo IV a. C., las acciones fueron divulgadas."⁷

Lo cierto es que la Roma antigua muestra tres etapas:

La Constitución Republicana y el período del derecho antiguo o quirritario (510 a. C.) a (27 a. C.);

La Constitución del principado y la jurisprudencia clásica fruto de *ius respondendi*;

El imperio Romano-Helénico, con la subsiguiente aparición de las colecciones, las compilaciones y, en especial la compilación *justineana*.⁸

⁷ARANGIO RUIZ, Vicente, *Instituciones de Derecho Romano* Editorial Depalma Argentina, 1986, p. 125.

⁸HERNANDEZ GIL, Antonio, *Conceptos Jurídicos y fundamentales* t. I, Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid, España, 1987, pp. 230, 231 y 233.

1. Clasificación de las acciones en derecho romano.

"Se consideran tres los períodos del derecho procesal romano:

- El de las acciones de la ley
- El período formulario
- El período extraordinario."⁹

El período de las acciones de la ley es el más antiguo, y se ve claramente que su aplicación fue en una época primitiva, y posiblemente no existía la Ciudad en la decisión de las controversias, éstas se resolvían entre particulares.¹⁰

Son varios los criterios que sostienen que las acciones de la ley, aparecen en los orígenes de Roma, en los años de 572 a 583 a de C.¹¹

Por tal razón en esas épocas los conflictos entre particulares se resolvían por medio de las acciones de la ley, "...se entiende pues que se habla de un modo de proceder que se adapta a diversos derechos, y no de acción en el

⁹PALLARES, Eduardo. Tratado de las acciones civiles, tercera edición corregida y aumentada, Ediciones Botas, México 1962. p.7.

¹⁰ARANGIO RUIZ, Vicente.op. cit. p.125.

¹¹IDEM. p. 7.

sentido de aquella determinada acción que corresponde a aquel determinado derecho."¹²

"Se ve que en este sistema, la palabra acción no designa ni la reclamación especial de cada derecho en particular, ni la facultad de entablar dicha declaración."¹³

"En las acciones de la ley, es la recitación oral, de carácter sacramental que los pontífices enseñaban a los litigantes y que éstos debían repetir fielmente ante el magistrado, ya que cualquier error o modificación en los términos implicaba la pérdida del litigio."¹⁴ Los litigantes seleccionaban la fórmula adecuada a la acción del formulario, ya que las acciones no se encontraban en la ley, sino que se confiaban a los magistrados.

"La intervención del Magistrado (que es invariablemente requerida en todas las acciones de la ley), se reduce por lo menos en la época primitiva, al control de la actividad de las partes."¹⁵

¹²SCIALOJA, Vittorio, Procedimiento Civil Romano, traducción de SENTIS MELENDO, Santiago y AYERRA, Marino, Editorial Ediciones Jurídicas, Europa-América, Argentina 1954. p. 132.

¹³ORTOLAN, M. Compendio de Derecho Romano, traducción de PEREZ DE ANAYA, Francisco y PEREZ RIVAS, Melquiades, edición s/f, EDITORIAL Heliasta S.R.L., B.A., Argentina 1978 p.167.

¹⁴CUENCA, Humberto. El Proceso Civil Romano, Editorial Ediciones Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires Argentina 1957, p. 7.

¹⁵ARANGIO RUIZ, Vicente. op. cit. p. 125.

La claridad, sencillez y precisión de las formas, aseguraron en el derecho antiguo, el cumplimiento estricto de las leyes.

Son palabras sacramentales que constituyen la esencia misma del acto, y su falta acarrea nulidad irreparable.

"El fin a que tiende la actio es diverso: a veces persigue el propósito único de solemnizar y legalizar el comienzo de una actividad totalmente del actor, que trata de realizar en el hecho un derecho ya verificado o considerado como tal."¹⁶

El derecho de litigar, no era simplemente la consecuencia natural de una pretensión, sino que tal posibilidad únicamente existía, cuando respecto de aquel derecho subjetivo hubiera concedido una acción.¹⁷

a. Acciones de la ley

Haremos una breve exposición de las acciones de la ley que los historiadores tratan:

"La legis Actio Sacramento. (la apuesta sacramental). Esta legis actio, que figura en las XII tablas, servía para

¹⁶Idem. p. 126.

¹⁷ARIAS RAMOS, J. Derecho Romano, sexta edición, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid, España, 1954. p. 152.

hacer reconocer derechos reales y personales. Sin embargo, el procedimiento era distinto, según se tratara de la defensa de la propiedad (a uno de sus desmembramientos), o de un derecho de crédito."¹⁸

No vamos a detallar todos los actos que se realizaban en este procedimiento, ya que no es el objeto de nuestro estudio, sólo señalaremos los aspectos más importantes, por ejemplo, "...el último acto de esta audiencia, era la litis contestatio. Esta no era la contestación de la demanda, sino el acto por el cual se invitaba a los testigos presentes a que fijaran bien en su memoria, los detalles de lo que había sucedido in iure. Estos testes eran necesarios, por tratarse de un procedimiento rigurosamente oral, en el que no se utilizaban escritos para hacer constar los detalles del proceso."¹⁹

Mediante esta acción, se obtenía justicia con una serie de gestos que las partes interpretaban, por ejemplo se llevaba ante el "...pretor, y el reivindicante tenía una varita, tomaba la cosa y decía yo digo que este (objeto cosa), está en mi dominio quiritorio con todos sus frutos; como lo digo le pongo esta varita; ponía la varita sobre la cosa. El adversario repetía las mismas palabras y hacia los mismos

¹⁸FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano, décima quinta edición, Editorial Esfinge, S.A.de C.V. México 1988, P. 146.

¹⁹Idem. p. 148.

gestos, después de eso el pretor decía, dejad eso (cosa objeto), los dos la dejaban, el primer vindicante"²⁰ proseguía, "...te pregunto; ¿porqué causas has vindicado? el otro respondía, he ejercitado mi derecho, poniendo esta varita, como has vindicado injustamente, te provooco con 500 ases de sacramento, el adversario agregaba, te provooco de igual manera con esa suma,"²¹ "...el pretor concedía en ese momento la cosa, al que de acuerdo a su criterio le correspondía y declaraba poseedor interino, ordenando al adversario garantizar el valor de la cosa, así mismo el pretor recibía garantía de las partes, era el pago del sacramento, que cedían al tesoro público."²²

Podemos deducir que "...fue la primera forma de ejercer la acción de reivindicación en el proceso de propiedad."²³

-Legis actio postulatio. En este tipo de acciones se amplían un poco más las facultades del Juez, "...esto es en

²⁰PALLARES, Eduardo. op. cit. p. 10 y 11.

²¹Ibidem. p. 11.

NOTA: Pretores; eran los encargados de impartir justicia o los que tenían acceso a las legis acciones, según FLORIS MARGADANT, S. Guillermo, existieron los pretores urbanus y pretores peregrinus.

Rei vindicatio; acto por el cual era declarada la cosa objeto del pleito, como propiedad del actor. Contra vindicatio; al mismo tiempo a manera de contestación el demandado afirmaba que ese mismo objeto le pertenecía.

²²Ibidem.

²³PEÑA GUZMAN, Luis Alberto y ARGUELLO, Luis Rodolfo, Derecho Romano, segunda edición, Editorial Tipográfica. Editora Argentina 1966, p. 144.

comparación con las leyes sacramento, que era algo riesgoso, en el sentido de que se podía perder la cantidad apostada, no era igual en la actio postulatio, en donde posiblemente el Juez tenía una libertad de apreciación más grande."²⁴

-Legis actio condictio. El procedimiento de esta acción era más sencillo, a decir de Petit, en su forma y términos, se ignoran los ritos de esta acción.²⁵

-Legis manus injectio. Al igual que en las otras formas, sigue diciendo este autor, se pronunciaban los ritos solemnes, estas acciones indicaban que en toda condena siendo pecuniaria, era reconocido el demandado condenado como deudor de una cantidad de dinero. Las palabras sacramentales indicaban la causa de la persecución y el importe de la deuda, la cual no podía evadir, sólo pagando o suministrando un vindex, si no cumplía con estos requisitos el acreedor le esclavizaba.

En este período del derecho romano, las acciones

²⁴PETIT, Eugene, Tratado Elemental de Derecho Romano, traductor, FERNANDEZ GONZALEZ, José D. sexta edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990 p. 622.

²⁵Idem.

NOTA: Como podemos observar en estos procedimientos ya se exigía garantía, pudieron ser los antecedentes del juicio ejecutivo, o más bien el embargo de bienes para garantizar el pago, y el vindex semeja a lo que conocemos como aval, ya que el que representaba al vindex respondía por la conducta del demandado.

estaban sujetas o estrictamente arregladas por la ley, a la vez influidas por los sacerdotes; aunque los últimos procedimientos de esta época fueron evolucionando o tal vez fueron más accesibles, pero no por eso dejaban de ser rigurosos y bárbaros; es sin duda una época brillante, dado que en ella se vieron surgir las bases de principios jurídicos que el derecho moderno ha retomado o en las que se ha inspirado para su formación.

b. El procedimiento formulario

Se desconoce el origen de este procedimiento, pero a decir de los historiadores, era menos riguroso, y las partes ya podían utilizar sus propias palabras, ya que en procedimientos anteriores como hemos visto, el error de una sola palabra traía la pérdida del negocio, no se impartía, una justicia equitativa y también se puede ver que era el Estado Romano el que sacaba mejores dividendos en los litigios.

La práctica del proceso en este período, era sin duda más eficaz que las acciones de la ley como ya dijimos, se citaba al demandado, pudiendo el actor obligar a éste a comparecer, su rebeldía, permitía al actor llamar testigos

NOTA: Vindex. es un tercero que toma por suyo el asunto y gracias a la intervención del cual el deudor queda en libertad y colocado fuera de causa.

para que escucharan y memorizaran lo que se declaraba en juicio, en este caso también podía intervenir el vindex, si el magistrado negaba la solicitud (action denegare), también se escuchaba al demandado en iguales circunstancias que al actor.²⁶

El período formulario que persiste casi sin alteración desde Augusto hasta Diocleciano,²⁷ coincide con la época de oro del derecho civil romano, cuyo fundamento procesal es precisamente la fórmula de donde se destaca la gran importancia del estudio de esta figura.

"La fórmula hemos dicho, es una instrucción escrita con la que el magistrado nombra al juez, y fija los elementos sobre los cuales éste, deberá fundar su juicio dándole a la vez, el mandato más o menos determinado para la condenación eventual o para la absolución en la sentencia."²⁸

Con todos estos elementos este procedimiento figuraba más completo, podemos decir que se analizaba el pleito o la causa, y la pretensión del actor, y para el Juez, estos elementos son de gran valor ya que de ello depende la resolución; así también existía un momento en que se designaba al Juez, el cual no obraba con su propia autoridad

²⁶ARGUELLO, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano, tercera edición, Editorial Astrea, Argentina 1987, p. 516.

²⁷SCIALOJA, op. cit. p. 159.

²⁸Ibidem.

sino que esperaba autorización para dictar sentencia.

De acuerdo con Sabino Ventura, también existieron elementos accesorios como la: Exceptio, replicatio, duplicatio y las prescripciones.²⁹

Según nuestro punto de vista este procedimiento es diferente a los modelos anteriores, además exigía una tutela procedimental dice Argüello "...las fórmulas eran breves escritos que el Magistrado trasmitía al Juez, para que tuviera una orientación en el modo de decidir el litigio"³⁰ claro que el Magistrado, recibía la denuncia o demanda de las partes, clasificaba la acción y de considerarla procedente la asignaba al Juez que debería conocer de la causa, de no conceder tal autorización por parte del Magistrado, se denegaba la acción.

c. El procedimiento extraordinario

En este período el avance en el proceso fue significativo, pudimos observar cómo fue innovándose el proceso civil conforme las diferentes épocas, creemos que esto obedece a la idea que los romanos fueron madurando sobre la justicia, a medida que esta sociedad iba creciendo, su

²⁹VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano, décima edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1990 pp. 410 y 412.

³⁰ARGUELLO, Luis Rodolfo op. cit. p. 27.

estructura iba modificándose, pensamos que esto explica este viraje en lo referente al proceso, decimos esto porque el procedimiento extraordinario, trajo para esa época nuevas disposiciones, por ejemplo a decir de Floris Margadant, S. Guillermo,²¹ el pretor comenzaba a resolver la controversia en una sola instancia sin mandar el asunto al magistrado; además el Estado se convirtió en la cúspide de las jerarquías, esto es en cuanto a potestad, en donde los funcionarios administraban justicia, sin ir más allá; o sea que el viraje que menciona este autor es en cuanto que, mientras en los procedimientos anteriores eran de un matiz privado, este era de un matiz público, los juicios orales pasaron a ser escritos, el proceso ahora era dirigido por una autoridad, ya no tenía que apegarse a los deseos de los particulares.

Otro punto sumamente interesante que no hemos comentado es el derecho de apelar ante la segunda instancia, ya que en los procesos anteriores se daba una sola instancia, en los tiempos del imperio, si existía la posibilidad de apelar, o sea que en un pleito, el vencido podía apelar ante el príncipe, de excepcional que era en los orígenes el ejercicio de esta facultad del príncipe, se hizo normal y funcionarios por él delegados fueron asumiendo como

²¹FLORIS MARGADANT, S. Guillermo, op. cit. pp. 174 y 175.

competencia estable, la de decidir en grado de apelación las controversias entre particulares.³² Se puede decir que este procedimiento es semejante al que conocemos como "procedimiento tradicional," aunque se dice que no en todo el imperio se aplicó.

Sin embargo las prácticas del procedimiento formulario se siguieron dando, "...prueba tangible de ello es la actividad de la jurisprudencia clásica, que hasta el siglo III de C. continuó gravitando en torno al Edicto Perpetuo y a las fórmulas allí propuestas."³³

Puede decirse que las instituciones clásicas se venían deteriorando en esa época, en las provincias del imperio.

³²ARANGIO RUIZ, Vicente. op. cit. p. 166.

³³Ibidem.

C. LA ACCION Y SU EVOLUCION CONCEPTUAL

Vamos a exponer nuestro punto de vista, sobre los cambios que desde tiempos antiguos ha venido sufriendo la acción, desde luego en base a diversas opiniones doctrinales.

Para tener un punto de partida, vamos a señalar los tres períodos que los historiadores han estudiado en el Derecho Romano, en primer lugar precisamente por ser los más antiguos y en segundo lugar porque es ahí donde se fincan las bases de nuestro sistema jurídico.

Se habla de acciones de la ley en las cuales la acción se presenta en Roma como expresión de la ley, en su primer forma, investida de un riguroso carácter religioso y privilegiado, que no todos podían conocer, la acción judicial en "...consecuencia fue en su origen un procedimiento y no un derecho, una serie de fórmulas que desde luego eran dictadas por sacerdotes únicos concededores y tenedores de los sellos de las acciones, por medio de las cuales se obtenía justicia."³⁴

En un segundo período se pasa al procedimiento formulario.

³⁴PALLARES, Eduardo. op. cit. p. 10.

Las acciones de la ley dejaron de observarse, en su lugar surgen nuevas fórmulas, más adaptables a los casos concretos, haciéndose un cambio total en los procesos, en consecuencia, los magistrados facultados indicaban cada año los criterios a los que se atenderían en el ejercicio de la jurisdicción, en este cambio ya se considera la pretensión del actor y a escuchar a la contraria,³⁵ oponiendo excepciones, ese fue un avance significativo en este período, es diferente al anterior, porque con la oportunidad de defensa del demandado, se evitaban abusos de la costumbre misma, inclusive se pueden identificar, algunas formas de excepciones como las dilatorias y perentorias, tal fue la apertura en la rigidez de los procesos, que se permitió la réplica y la dúplica. Esta etapa ha sido considerada como la más técnicamente refinada en el Derecho Romano.

La acción en el período extraordinario

En este período no se observan normas del proceso formulario, se demuestra la supremacía del Estado frente al particular, como una de las innovaciones y que fue característica que diferenció a los procesos anteriores, fue el derecho de recurrir, se podía ir a una segunda instancia, el soberano fungía como instancia superior sin duda son las

³⁵ARANGIO RUIZ, Vicente. op. cit. p. 139.

bases del proceso moderno en nuestro sistema jurídico.

Pues bien, fue al parecer, en el imperio romano donde se cree que se define, o se considera a la acción de acuerdo con Celso, desde luego era una fórmula famosa entre los estudiosos del Derecho Romano, "...acción no es otra cosa que el derecho de perseguir mediante un juicio, lo que se nos debe,"³⁶ en tiempos del siglo II de nuestra era.

"En este sistema del procedimiento la palabra acción pierde evidentemente el significado especial que tenía en el procedimiento formulario; a diferencia del procedimiento formulario, en este caso no es necesario que este derecho nos lo conceda previamente un magistrado; cada uno puede a su riesgo y perjuicio promover una instancia."³⁷

Otra diferencia entre estos períodos de procedimiento romano, en el primer caso la "...fórmula era otorgada por un funcionario público, un acto solemne, auténtico; en el segundo, la acción se inicia mediante la actividad de un particular, el demandante que promueve la instancia."³⁸

Son estas las fórmulas de procedimiento jurídico

³⁶RAMIREZ ARCILA, Carlos. Teoría de la acción, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1969. p. 57.

³⁷PALLARES, Eduardo. op. cit. p. 22.

³⁸Ibidem.

utilizadas en el imperio Romano, que indudablemente son el antecedente de nuestro derecho positivo, considerese entonces que Roma es la cuna del derecho, o la fuente del sistema jurídico moderno, ya que "...hasta la actualidad apenas nada se ha añadido a él y lo único que se ha hecho ha sido depurarlo, concretarlo y sistematizarlo."³⁹

Después de la caída del Imperio Romano, "...y técnicamente la edad media no ha dado a la posteridad aportación científica al progreso del derecho."⁴⁰ "Su formulación teórica culmina en la 'Civitas Dei' de San Agustín y la Suma Teológica de Santo Tomás de Aquino."⁴¹

"El protestantismo, parte de los mismos principios del catolicismo. Y en la época del Renacimiento son los glosadores italianos los encargados de retomar el derecho romano a los que les sucedieron los posglosadores o consultores, influídos en cuanto interpretación por juristas franceses; pero transfieren su técnica al derecho canónico."⁴²

"La oscura edad media no aporta pues en realidad nada nuevo a la evolución del derecho."⁴³ Del renacimiento siguen el humanismo, el nacionalismo, hasta la época romántica y en

³⁹BALLVE, Faustino. Esquema de Metodología Jurídica, Ediciones Botas, México 1956 p. 112.

⁴⁰Ibidem.

⁴¹Ibidem.

⁴²Ibidem.

⁴³Ibidem.

el siglo XIX, nace la llamada Escuela Histórica, fundada por Federico Carlos de Savigny (1779-1861), de donde se hace una aportación valiosísima a la historia material del derecho romano, pero mejor aún el estudio más completo sobre los orígenes de la tecnología jurídica actual, elaborada por Rudolf Ihering.⁴⁴

Estos notables juristas avivaron el ambiente para que otros investigadores de Alemania, en la segunda mitad del mismo siglo, presentaron las inquietudes que sirvieron de fundamento a la creación de la nueva ciencia del derecho, desarrollada especialmente por los juristas franceses, seguida por los españoles a los cuales Savigny, hace severas críticas ya que considera que el Código de Napoleón, fue impuesto con fines políticos no científicos. Se le empieza a dar a la acción su carácter, su condición de actuar, de poner en movimiento, no un elemento adherido a la misma norma de derecho sustancial, la acción es el derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación, es el derecho un ejercicio en pie de guerra que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia.⁴⁵

La acción supone según estos autores un derecho y la

⁴⁴Ibidem.

⁴⁵CARAVANTES, Procedimientos Civiles, T. 2, p. 6, citado por ALSINA Hugo, Estudio de Derecho Procesal Civil, Editorial Ediar S.A. Editores, Buenos Aires, Argentina 1946, p. 307.

violación del mismo, de donde proponen que a ésta la componen cuatro elementos necesariamente: un derecho, un interés, la calidad de quien hace valer ese derecho, y la capacidad.

El análisis que se hace a estos elementos, consiste en lo siguiente:

-Se dice que la acción no se concibe sin un derecho en que se fundamente.

-Las leyes se crean para proteger los intereses legales de los ciudadanos, si se carece de interés el órgano jurisdiccional no puede proteger ningún derecho, no puede actuar, el interés se transforma en voluntad.

-También se considera elemento esencial, la calidad con que se comparece a reclamar ese derecho, ya que puede ser el propio afectado, o su representante.

-El último elemento anotado es la capacidad, o sea referido a la aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones, o bien puede decirse la aptitud de un individuo para que de sus actos se deriven consecuencias de derecho.

Se viene a concluir en esta escuela:

-No hay derecho sin acción, ya que de lo contrario carecería prácticamente de eficacia.

-No hay acción sin derecho, desde que aquella no es sino un elemento de este.

La acción, participa de la acción de derecho (personal, real, etc.). Es decir, que para esta teoría en el derecho privado deben buscarse los elementos para la concesión de la tutela jurídica, mientras que el objeto del derecho procesal sería puramente formal y técnico.⁴⁶

Fue suficiente para que se sembrara la semilla de la inquietud científica, ya que, surgieron juristas que se abocaron al análisis específico, sobre esta institución del derecho procesal, de tal manera que se "...ha demostrado la autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo sustancial y propiamente encaminado a individualizar en ella el derecho subjetivo procesal,"⁴⁷ iniciándose así la polémica que los juristas hasta nuestros tiempos siguen sin descifrar, en virtud de que hay quienes se inclinan hacia un sector y otros hacia el sentido opuesto.

1. Diversas definiciones que se han elaborado respecto a la acción .

⁴⁶ALSINA, Hugo. op. cit. p. 308.

⁴⁷WINDSCHEID, Bernard. Citado por TULIO LIEBMAN, Manual de Derecho Procesal Civil, traducción de SENTIS MELENDO, Santiago, Ediciones Jurídicas Europa-América. Argentina 1980, p. 111.

"Acción es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable."⁴⁸

De esta definición sigue el criterio de Wach, que enseñaba que el derecho es un medio para conceder la tutela jurídica justa, o más bien para satisfacer el interés legítimo en la tutela jurídica, ese interés confiere pretensión al acto procesal de tutela. Es la pretensión la que se ejercita frente al Estado, para que satisfaga frente al demandado ese interés.

"La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso, ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección."⁴⁹

"...La acción es un poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley."⁵⁰

⁴⁸GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal civil, traducción de PRIETO y CASTRO, Leonardo, Editorial Labor S.A., España-Argentina, Chile 1936, p. 96.

⁴⁹WACH, Adolfo, La pretensión de declaración, traducción de Dr. M. SEMON, Juan, Editorial Ediciones Jurídicas Europa, América, Argentina 1962, p. 39.

⁵⁰CHIOVENDA, José, Principios del derecho Procesal Civil, traducción de CASALS, José y SANTALO, Editorial Reus, S.A. Madrid, España 1977, p. 69.

Este concepto presupone, que la acción es un derecho contra o frente al adversario, vale decir contra el demandado. Produce el efecto jurídico de la actuación de la ley, es un bien y un derecho autónomo, no es elemento ni función del derecho subjetivo. Con esta concepción se identifican un grupo de juristas como Calamandrei, Redenti, Yadarola y Alsina, entre otros.⁵¹

"Acción es el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) tutelados en abstracto por las normas de derecho objetivo."⁵²

Para nosotros el concepto de acción debe de ser más simple, sin tratar de buscar interpretaciones complejas que finalmente desembocan en el mismo campo, aunque bastante se ha escrito sobre la acción, sus requisitos y condiciones, pero mucho es también lo que falta por escribir de su verdadera concepción jurídica.

⁵¹REIMUNDIN, Ricardo, Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual, Editorial Victor p. de Zalia, B. A. Argentina 1966 p. 59.

⁵²ROCCO, Ugo, Tratado de Derecho Procesal Civil, traducción de SENTIS MELENDO, Santiago y AYERRA REDIN, Mariano, Editorial Depalma, Buenos Aires Argentina, 1969, p. 272.

D. LA ACCION Y EL DERECHO

Pudiera decirse que la acción, es el motor del derecho, porque la consideramos la expresión de energía de los seres vivos y de los fenómenos naturales, pero vayamos en este punto a hablar sobre el derecho, y si vamos a hablar del derecho no es conveniente partir de una definición ya hecha, sino que vamos a irnos más allá de la definición técnica.

En el uso de la razón, el hombre primitivo en los inicios de la civilización "...la horda original es un grupo funcionando temporalmente, que se mantiene a sí mismo dentro de cierto tipo de orden, puede por tanto asumirse que el despotismo patriarcal que estableció este orden fue 'racional', hasta el grado que creó y preservó este grupo, de ahí la reproducción del conjunto y el interés común."⁵³

El hombre en las relaciones con los hombres, crea el derecho, como principio de orden, de organización, ya que sentía gran temor a los fenómenos naturales, se agrupa y de esa manera se da cuenta que resolvía el problema de la agresión constante de las bestias, es entonces que nace la idea de poder de mando, de interés, ya que al agruparse

⁵³MARCUSE, Herbert, Eros y Civilización. Título original Eros and Civilization, traducción directa de GARCIA PONCE, Juan, decimosegunda reimpresión, Editorial Joaquín Mortiz, México 1989, p. 75.

significaba disputarse los alimentos, surge así la primera forma arbitraria de control "...el poderío es la ley del más fuerte, que puede constreñir materialmente al más débil a inclinarse, el poderío es importante ya que resulta de la desigualdad de fuerzas, la fuerza física es un elemento esencial de poderío, cuando el más fuerte tomaba la dirección de un grupo,"⁵⁴ de esa manera se fue creando la idea de orden de regulación de conducta, "...el derecho es un orden de conducta humana,"⁵⁵ pero no sólo ahí encontramos al derecho, como proveniente de la conducta, he aquí las cuestiones a las que el derecho debe siempre procurar una solución, el derecho indica un fin, es idea práctica, pero también deben mostrarse los medios, o el camino que a él conduzca.

El medio por muy variado que sea se reduce siempre a la lucha, nos hemos dado cuenta a través de la historia que el hombre en sociedad ha tenido momentos críticos, de sufrimientos, de guerras, de luchas sociales, todo ello en busca del bienestar social para que un grupo, posteriormente a esta crisis viva en paz, con seguridad, disfrutando lo que otros en tiempos de conflictos sufrieron para lograr esos momentos de paz, civilizaciones completas han caído para dar

⁵⁴DUVERGER, Maurice, Instituciones Políticas y de Derecho Constitucional, traductor MOLAS, Isidro, quinta edición, Editorial Ariel, España 1970, p. 25.

⁵⁵KELSEN, Hans, Teoría del Derecho y del Estado, traducción de GARCIA MAYNEZ, Eduardo. cuarta reimpression, Editorial Textos Universitarios, UNAM, México 1988, p. 3.

origen a otras nuevas, y el hombre va ascendiendo en esa interminable cuesta, en esa lucha constante, es arbitrario o son arbitrarios los cambios de una sociedad, pero desgraciadamente son necesarios, se podrá objetar que la lucha y la discordia, son precisamente lo que el derecho se propone evitar, porque semejante estado de cosas implica un trastorno, una negación del estado legal y no una condición necesaria de su existencia. La objeción podrá ser justa si se tratase de la lucha de la injusticia.

"Si en esa hipótesis el derecho no lucha, es decir no hace una heroica resistencia contra aquélla, se negará a sí mismo."⁵⁶ Así pues la estabilidad en una sociedad no es gratis en lo económico, en los bienes materiales, en la seguridad, en lo ambiental, en las relaciones familiares, etc. todo esto se debe a esa enconada lucha del hombre, a ese despliegue de energía, a esa voluntad.

Porque si "...sólo la voluntad puede dar al derecho lo que constituye su esencia, la realidad."⁵⁷

Por eminentes que sean las cualidades intelectuales sigue diciendo este autor, de un pueblo, si la fuerza moral,

⁵⁶IHERING, R. Von, La lucha por el poder, traducción de POSADA BIESCA, Adolfo, segunda edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1989, p. 1 y 2.

⁵⁷Idem.

la energía, la perseverancia le faltan, en ese pueblo jamás podrá prosperar el derecho.

Consideramos entonces que todo derecho debió ser adquirido por medio de la lucha, y que el derecho no es una idea lógica sino una idea de fuerza.

Cuando creemos que un estado de derecho se ha visto a punto de desaparecer, cuando hay movimientos sociales, que convulsionan a un pueblo, una vez que ha sido restablecido el orden, vuelven a asomar las orejas del lobo del derecho, como dijera el maestro Raul Cervantes Ahumada.* A que atribuimos esto? al constante avance, ascenso, evolución, que el hombre mismo trae en su accionar, pero este movimiento es arbitrario, así como lo es el derecho, ya que liberar el concepto del derecho de la idea de la justicia es difícil.⁵⁸

Es obvio que no puede existir un orden justo, sería difícil que lo hubiera, esto es, capaz de procurar la felicidad de cada uno, si el concepto de felicidad se define en un sentido originario y estricto de felicidad individual y se entiende por felicidad de un hombre lo que éste considera como tal, porque entonces resulta inevitable que en cierto

*Hacemos este comentario del Maestro Raul Cervantes Ahumada, tomada de una de sus exposiciones en clase, no corresponde a ninguna obra del jurista.

⁵⁸ KELSEN, Hans, op. cit. p.34.

momento, la felicidad de una voluntad individual, entre en conflicto con la otra voluntad, y la felicidad de uno, traería infelicidad en el otro, o no sería justo para el otro.

Hasta ahora hemos comentado como se origina el derecho, cual es su cauce, tomamos como punto de partida en este trabajo al derecho antiguo desarrollado en Roma, los cuales equiparaban a la acción con el derecho material, como ya lo vimos, pero es necesario que enfoquemos nuestra atención sobre este aspecto que es importante comentar.

"El derecho material, en la medida en que las normas jurídicas alcanzan a regular la vida de un hombre, distribuye entre éstos, lo que de manera muy general se ha denominado bienes de la vida, la vida misma, el honor, la libertad, la propiedad, etc., asegura su goce a aquéllos a quienes hace adjudicatarios de tales bienes."⁵⁹

"Hay algo muy importante que el derecho material no alcanza a satisfacer: su propia aplicación, claro está que para lograr esta aplicación, el mismo derecho ha creado las vías correspondientes y obtener así el conocimiento de la conducta de los sujetos, y lo que expresan son hechos

⁵⁹ODERIGO, M. A., Lecciones de Derecho Procesal, Tomo I, Editorial Depalma, Argentina, 1971, p. 8,9 y 10.

ciertos, y así el Juez puede aplicar el derecho."⁶⁰

El hombre entonces para hacer valer sus pretensiones, necesita un vehículo que lo lleve al proceso, que lo vincule, y este vehículo es la acción, y esta acción ya no como derecho material sino como derecho procesal, porque el derecho material establece reglas o normas, muestra los derechos, las limitaciones, obligaciones, etc. entre el derecho material y el derecho procesal existe una relación de medio a fin, de donde resulta que ambas disciplinas están destinadas a regular conductas distintas.

El primero mira lo inmediato, que es verificar si ha ocurrido un hecho positivo o negativo, y el segundo se refiere a las formas de proceder para que el Juez pueda aplicar el derecho.⁶¹

Tanto se ha hablado de la acción, que se han presentado un sin número de criterios, los cuales vamos a comentar posteriormente, casi siempre se ha tomado de referencia el derecho antiguo, ya que "Anteriormente y aún hoy en muchos de nuestros estrados judiciales, se tenía y se tiene de la acción el mismo concepto que imperaba en el derecho romano y en la cual se le define como el derecho de

⁶⁰Ibidem.

⁶¹Idem. pp. 16, 17 y 19.

perseguir en juicio lo que a uno se le debe."⁶² Precisamente por medio de la acción surge el vínculo jurídico entre las partes en el proceso.

Al respecto se considera que "...nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal, pero de esa manera se ha afirmado, también que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos es decir, una relación jurídica."⁶³

⁶²RAMIREZ ARCILA, Carlos. op. cit. p. 38.

⁶³BULOW, Oscar Von. La Teoría de las Excepciones Procesales y Presupuestos Procesales, traducción del Alemán al Castellano por Rosas Lichtschien Miguel Angel. Ediciones Jurídicas Europa-América, Argentina 1964 p. 1.

E. LA ACCION Y LA JUSTICIA

Cuando tratamos sobre la acción y el derecho, en una pequeña reflexión nos referimos a la justicia, claro está que no podemos dejar a un lado a esta figura, desde que toda acción que se ejercita busca indiscutiblemente la justicia, cuando nos referimos a los tribunales, decimos órganos de justicia, cuando recibimos un fallo favorable dictado por un Juez comentamos: se impartió justicia, pero lo que para unos es justicia para otros no lo es.

Ya dijimos que el derecho había surgido de las relaciones de los hombres, y que fue necesario que se crearan reglas para normar la conducta de los individuos, tal ha obrado el derecho en su aplicación, que se ha sostenido por períodos regulares, la estabilidad en los pueblos, todo de esa manera marcha bien, hasta que el hombre incurre en excesos, hasta ahí llega la armonía, el concenso o la estabilidad de que hablamos; a ese exceso se le llamaría injusticia? o no aplicación del derecho? y en la otra premisa donde hay armonía, estabilidad, ahí si habrá justicia? ahí si se aplica el derecho?.

Para tener más elementos e inmiscuirnos en este tema trataremos de acercarnos a lo que se considera que es justicia, para tal efecto veremos lo que dice el Diccionario

de Filosofía de Nicola Abbagnano respecto de este concepto:

"En general el orden de las relaciones humanas o la conducta del que se adapta a este orden. Se pueden distinguir dos principales significados : 1) El significado según el cual la justicia es la conformidad de la conducta a una norma; 2) Aquel por el cual la justicia constituye la eficiencia de una norma, (o de un sistema de normas, entendiéndose por eficiencia de norma una determinada medida en su capacidad de hacer posibles las relaciones entre los hombres."⁶⁴

En el primer sentido, se adopta este concepto para juzgar el comportamiento humano o la persona humana, y esta última por su comportamiento.

En el segundo significado, para juzgar las normas que regulan el comportamiento mismo. La problemática histórica de los dos conceptos, aún cuando unida y confusa, a menudo es totalmente diferente.

Sobre la justicia se ha discutido mucho, pero aún siguen espacios que no se han llevado con esas discusiones, por ejemplo diremos que el hombre no sólo vive para sí, sino que vive para los demás, viste, actúa, se conduce siempre pendiente de los demás, pues este actuar, este obrar del

⁶⁴ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía, traducción de N. GALLETI, Alfredo. Octava reimpresión, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1991, p.713.

hombre, puede y de hecho que no va a ser justo para otros, ahora bien, Aristóteles dice:

"Vemos que todo el mundo está de acuerdo en llamar justicia a esta cualidad moral que obliga a los hombres a practicar cosas justas, y que es causa de que se hagan y de que se quieran hacer. La misma observación puede hacerse respecto a la injusticia, es la cualidad contraria, que es causa de que se hagan y se quieran hacer cosas injustas."⁶⁵ He aquí ya una especie de retrato de la justicia, que resulta de estas consideraciones generales.

En consecuencia, llamaremos justo al que obedece a las leyes y al que observa con los demás las reglas de la igualdad, así lo justo será el que obedece a las leyes y lo injusto será lo ilegal y lo desigual, entonces todas las cosas legales son de algún modo justas. Termina diciendo que la justicia es la virtud completa y que todas las virtudes se encuentran en el seno de la justicia.

Esto quiere decir que: "La justicia ha sido considerada desde muchos puntos de vista, en sentido muy general, como armonía, proporción o congruencia, entre cualquier clase de objetos, o en el sentido más limitado como

⁶⁵ARISTOTELES. Moral a Nicómano, octava edición, Editorial Espasa-Calpe, Mexicana, S.A., México 1986 p. 129.

armonía o congruencia, aplicada a las acciones humanas, distinguiéndose en esta segunda acepción todavía entre lo justo lato sensu, que abarca el campo moral y el jurídico, y lo justo estricto sensu referido sólo al orden jurídico y que señala lo que se daba a cada uno."66

Por otro lado se ha hablado de la justicia en sentido subjetivo (como sentimiento, hábito o virtud moral) y en sentido objetivo (como idea o como valor ideal).

Ahora bien, expondremos un planteamiento: Si un Juez en un conflicto que se le presente por particulares, éste resolverá conforme a derecho, desde luego teniendo como base los elementos que las partes le proporcionaron, este juzgador, después de analizar el conflicto se prepara para dictar sentencia, utiliza su criterio, sus conocimientos jurídicos, aplica las normas correspondientes al caso, permítasenos expresarnos en sentido figurado, que de una suma de seis más siete, obtiene como resultado doce, hemos de decir que conforme a derecho, a las leyes, este fallo es el correcto es el legal, para las partes no fue justo este fallo, porque uno esperaba más y el otro esperaba menos, pero este es un fallo formal, al cual se apegarán las partes.

⁶⁶ARAGONESES ALONSO, Pedro, Lecciones de Derecho Procesal Editorial Depalma, Argentina 1971, p. 217.

Lo que pasa es que el Juez está aplicando el derecho, y conforme los elementos que las partes hicieron valer dictó los resultados.

Consideramos que la justicia es un valor moral, que se antepone a los hombres en su proceder, y como dice Aristóteles;⁶⁷ La justicia es la madre de todas las virtudes; hay una máxima general, en donde el legislador trata de hacer las leyes de manera que se logre un equilibrio en la sociedad, ya dijimos que el hombre no sólo vive para sí, sino también para los demás, esta convivencia debe ser accesible, todo se relaciona con el actuar mismo de éste, todo es relativo y conforme a esta premisa vamos a obtener un fallo relativo, la práctica de quienes imparten justicia, logra tal nivel de conductas, las cuales tienen que respetar el fallo.

En otro orden de ideas diremos, que para que haya justicia toda la sociedad debiera funcionar con plena armonía, en un actuar perfecto el derecho y la justicia fueran un todo, y eso no puede ser hasta nuestros días, es como si existiera la verdad.

Dentro de la sociedad, se habla de valores religiosos, valores morales, y todos los individuos

⁶⁷ARISTOTELES, op. cit. p. 129.

pertenecientes a este grupo social, en cuyo seno obtienen, o se debieran de nutrir con dichos valores, actuando dentro de este medio, con modelos si nó iguales al menos que se asemejen por ser o pertenecer al mismo grupo, es así como aparece el valor justicia, porque el actuar de cada individuo, es diferente del otro, por lo tanto son los hechos de los hombres los que dan origen a la justicia o injusticia, si el hombre acciona se invoca al derecho, y aparecen los valores, cuando se trata de calificar la conducta de los individuos, lo que quiere decir que este proceso es inevitable en la evolución del hombre, porque siempre estará en constante busca de la verdad, y cuando la encuentre habrá justicia.

Decimos que es inevitable porque creemos que todo esto obedece a la vida misma, para vivir hay que obrar, hay que actuar, lo que si sería injusto es el dejar de actuar o más bien podríamos decir que esto sería la muerte.

CAPITULO SEGUNDO

LA ACCION Y LA TUTELA JURISDICCIONAL

A. LA ACCION Y LA PRETENSION

No deja de ser menos importante la figura de pretensión, en el derecho procesal, en virtud de que el que pretende es el sujeto activo, quien tiene un derecho o considera que le asiste la razón para reclamar del sujeto pasivo o receptor de esta pretensión algún derecho, consideramos que no se le debe restar importancia porque la pretensión está primero que la acción.

Todo estudio científico conlleva el análisis metódico de los elementos a los que se enfoca dicho estudio, en este caso, la ciencia del derecho no puede ser menos, y por esta razón, los científicos del derecho han ido desgajando parte por parte, cada uno de los componentes del complejo concepto del proceso que en esta rama de la ciencia se estudia; hay quienes manifiestan que en el campo del derecho se ha dicho bastante, y que hoy sólo se viene repitiendo con acento de exageración cuando se realizan análisis de cada una de las figuras que conforman la amplia gama del proceso, nosotros creemos que se exagera cuando se elevan críticas, sobre algún intento o algún proyecto de estudio sobre el particular, porque nos preguntamos ¿qué pasaría si los científicos fueran conformistas y consideraran agotado el

campo científico?; el proceso es un elemento vivo, expuesto siempre al análisis, y cada una de sus células sometidas a constante estudio, dentro de la sociedad que es la que impulsa a estos cambios radicales, entonces por estas razones no debemos desapercibir ni descuidar la busca de la nueva fase, o arista, que cada elemento traerá con estos cambios.

Al igual que sucede en otros campos de la ciencia, en el estudio del derecho y específicamente en el análisis de una célula (permitásenos la expresión), surgen un conjunto o cúmulo de opiniones, nos referimos ahora a los intentos que juristas han realizado en torno a la pretensión, existen estudios de gran intensidad sobre esta figura.

Nosotros creemos, que cada uno de las figuras en el proceso, requieren de constante investigación, en el presente estudio, vamos a exponer algunos criterios que se han comentado en el campo científico.

Expondremos algunos puntos de vista de la pretensión simple, se dice que es la "...solicitud para conseguir una cosa que desea. Derecho bien o mal fundado que uno juzga tener sobre una cosa,"⁶⁸ desear, querer; a estas formas o marcas que hemos dado a esta figura, los mueve la voluntad, habrá que considerar diferentes criterios, en este sentido el

⁶⁸Diccionario de la Lengua Española. Ediciones Oceáno, S.A. España 1985, voz pretensión.

proceso ha sido visto como un instrumento de satisfacción de pretensiones, de acuerdo con Wach,⁶⁹ como ya se dijo, la pretensión constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado el cual debe otorgar el amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe de ser otorgada dicha protección. A decir de este autor, la pretensión es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo; tampoco la considera facultad del derecho público de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico sostenga una pretensión de protección del derecho, o sea que la separa también del derecho civil ya que es independiente en sus requisitos previos en sus relaciones subjetivas, contenido y realización.

No vamos a someter a un análisis particular el criterio que se menciona, porque no es el objeto de este trabajo, si bien nos concretaremos a observar algunos puntos de vista que se expresan. Veremos que existen otras opiniones, se dice por ejemplo que la pretensión puede ser aún en las relaciones reales y absolutas, un elemento intermedio entre la acción y el derecho subjetivo, que nazca bajo ciertos presupuestos de este último, de otra parte se ha

⁶⁹Op. cit. WACH, Adolfo. p. 39.

aclarado que a la obligación de observar un determinado comportamiento, no corresponde un auténtico poder de exigirlo, sino solamente una expectativa la cual encuentra su base y su garantía en la norma que prescribe a aquel comportamiento; "...conviene aclarar sin embargo, que la acción es supuesto de la actividad de cada una de las partes, y que por lo tanto no constituye un derecho privativo de quien interpone la pretensión. También la actividad del demandado en tanto se traduce en una solicitud de rechazo de la pretensión, o en el reconocimiento de que ella es fundada, tiene sustento en un derecho cívico de petición análogo al ejercido por el actor,"⁷⁰ por tal virtud expresa este autor,⁷¹ la acción no debe confundirse con la pretensión por las razones ya vertidas, ya que la primera no es otra cosa que el derecho en cuya razón, la segunda puede ser llevada a la consideración de un órgano jurisdiccional. Tampoco debe confundirse pretensión y demanda porque está lejos de constituir el objeto del proceso, es sólo un medio de promoverlo o en otras palabras un mero acto de iniciación procesal.

Lo cierto es que toda acción requiere de una pretensión, porque como ya dijimos es querer, desear; y debe existir el interés sobre lo que se desea, interés que

⁷⁰BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso, editorial, Abeledo Perrot, Argentina, 1986, p. 290 y 291.

⁷¹Ibidem.

proviene del derecho que pertenece o se pretende, y al existir ese interés aparece aquí el adversario, quien pretende también el mismo derecho o se resiste a la intención del pretendiente, de ahí que la pretensión es la "...exigencia de subordinación del interés ajeno al interés propio,"⁷² por tal razón la pretensión no es la acción, creemos que es la expresión de voluntad, de querer algo, porque considera tener un derecho, también debe de tomarse en cuenta el interés, pero no el interés de obrar en el proceso que para nosotros es otra cosa, porque ese tipo de interés es de carácter práctico, sino que debe de existir un interés diferente, referido al valor del bien que protege ese derecho, entonces consideremos este planteamiento: cuando un individuo tiene un derecho que se desprende de la propiedad, posesión, o de una obligación etc. éste ya tiene formado en su interior el valor sobre el beneficio que pueda alcanzar con el bien protegido, o sea que ya tiene el interés, al efectuarse la violación a su derecho, su pretensión nacería entonces, y buscaría la forma o vía para ejercitar acción, pidiendo la tutela jurídica al Estado, mediante el órgano jurisdiccional, "...la pretensión es pues la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto la aspiración concreta de que esta se haga efectiva. En otras

⁷²CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil, Editorial Ediciones Jurídicas, Europa-América, traducción de SENTIS MELENDO, Santiago, Buenos Aires, Argentina, 1971. p. 62.

palabras: la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica;"⁷³ Para Couture la pretensión no es la acción, ya que a la acción la considera, como el poder que existe en el individuo, aún cuando la pretensión sea infundada, también manifiesta este autor que son varias las opiniones que contemplan a este vocablo en lugar de acción, o como sinónimos.

Existen algunos criterios que establecen ciertas diferencias entre la acción y la simple pretensión (pretensión en sentido sustancial, que no debe confundirse con la pretensión en sentido procesal), en su naturaleza, en sus requisitos.

"En su 'naturaleza', la pretensión sustancial o material es una figura jurídica que pertenece al campo del derecho privado, en tanto que la acción es un derecho subjetivo procesal; la pretensión es siempre un derecho accesorio, respecto al derecho primario que le sirve de base (derecho de propiedad, derecho de crédito);"⁷⁴

⁷³COUTURE, J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil Editorial Editora Nacional, México 1984 p. 72.

⁷⁴REIMUNDIN, Ricardo. Los Conceptos de Pretensión y Acción, en la Doctrina Actual, Editorial Victor P. de Zavalla, Buenos Aires, Argentina. 1966, p. 40.

"En su 'dirección', la pretensión sustancial o material es un derecho contra el adversario; se extingue por la prescripción y puede ser satisfecho por la persona misma del obligado a la prestación; el deudor, puede satisfacer extrajudicialmente el interés jurídico que forma el contenido y fundamento de la pretensión simple (material o sustancial), mientras que el demandado, puede en algunos casos privar a la acción de sentido y objeto pero jamás puede satisfacerla."⁷⁵

"En sus 'requisitos', difieren igualmente la simple pretensión y la acción, "...son requisitos de la acción (derecho a la tutela jurídica) la capacidad de las partes, la competencia del Juez y la necesidad de tutela jurídica, no es necesaria la existencia de un derecho subjetivo material (pretensión), sino que basta la existencia de un interés legítimo y actual para obtener la tutela jurisdiccional; es decir que se impone a su vez la distinción entre el interés material que constituye el núcleo de la relación jurídica litigiosa y el interés procesal de obrar."⁷⁶

En efecto la explicación fundamental propuesta de la

⁷⁵LORETO, Luis. La Sentencia Constitutiva p. 10. Citado por REIMUNDIN Ricardo. op. cit. 40.

⁷⁶REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil T.I p. 60. Citado por REIMUNDIN, Ricardo. Editorial Victor P. de Zavalla. op. cit. p. 41.

esencia del proceso obliga a considerar que no hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra ante el Juez. En torno a esta reclamación giran todas y cada una de las vicisitudes procesales, esta reclamación no es otra cosa que la pretensión."⁷⁷

De esta manera expusimos diferentes puntos de vista respecto de la acción y pretensión, como dijimos anteriormente se puede tener la pretensión y reservarse el derecho de hacerla valer, puede existir entonces independientemente de la acción.

⁷⁷GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, España 1968, p. 211.

B. LA ACCION Y LAS FORMAS DE INSTAR.

1. La instancia.

Primeramente hablaremos de instancia, diremos que: "Instancia (del latín instantia). Conjunto de actos procesales comprendidos a partir del ejercicio de una acción en juicio y la contestación que se produzca, hasta dictarse sentencia definitiva. Seguir juicio formal respecto a una cosa, por el término y con las solemnidades establecidas por las leyes. Se considera asimismo instancia, la impugnación que se hace respecto de un argumento jurídico."⁷⁸ También "...entendemos por instancia una conducta del particular o sujeto de derecho frente al estado, frente a los órganos de autoridad, por la cual el particular o sujeto de derecho informa, pide, solicita o de cualquier forma excita o activa las funciones de los órganos de autoridad,"⁷⁹ entiéndase también por instancia el apoyo jurisdiccional, el tribunal, porque cuando se usa o se hace valer la instancia, quiere decir que habrá proceso, es ya el campo de autoridad, antes de dar este importante paso, la parte actora sólo tiene la pretensión; surgen aquí varias figuras que tienen una relación estrecha con la instancia, en primer lugar el

⁷⁸Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, T. III, p. 1744 Voz: Instancia.

⁷⁹GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso, octava edición, Editorial Harla, México 1990, p. 152.

interés, del que hablaremos más adelante, el conflicto que provoca esta divergencia de conductas y que es el litigio, "...que no es otra cosa que la suma de dos apreciaciones divergentes, acerca de una real o supuesta relación jurídica sustantiva,"⁸⁰ y que desde luego uno de los caminos más fáciles de resolver dicha controversia, es mediante el uso de la instancia, como vimos anteriormente los conflictos dejaron de resolverse por particulares, dejándose esa facultad al Estado que obra con autoridad y cuya solución es atendida de acuerdo a nuestra estructura jurídica, creemos también, que los conflictos intersubjetivos, susceptibles de provocar consecuencias jurídicas, pueden dirimirse por actos de las propias partes, mediante el fenómeno conocido con el nombre de realización espontánea del derecho; pero a falta de realización espontánea, sólo el proceso es el instrumento idóneo para dirimir por acto de juicio imparcial, irrevocable, coercible emanado de la autoridad, el conflicto surgido."⁸¹

Volviendo nuevamente al asunto que nos interesa, nos referimos a la instancia, que en su acepción común, como ya lo dice el Jurista Eduardo J. Couture, "...instancia significa requerimiento petitorio, solicitud, se dice, entonces, que

⁸⁰ALCALA ZAMORA y CASTILLO, Niceto. *Sistemas del Derecho Procesal*, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1966. p. 338.

⁸¹COUTURE J. Eduardo. op. cit. p. 12.

los actos procesales se realizan de oficio o a instancia de las partes."⁸²

Entonces el inicio del proceso marca la primera instancia, el primer grado, o más bien dicho el campo donde se va a dilucidar o tratar de resolver el conflicto planteado, la misma Ley Procesal para el Distrito Federal en su artículo 258,⁸³ señala el principio de la instancia, con el ejercicio de la acción, es por eso que decimos: "...El acto jurídico denominado instancia tiene forzosamente como presupuesto, el procedimiento, porque significa la conducta que al conectarse con el sujeto distinto al emisor de la instancia, provoca una respuesta, representando un primer grado o momento de una secuencia de conexiones de nuevos actos,"⁸⁴ se habla pues de llevar adelante la instancia o conclusión de la instancia que implican formas de desenvolvimiento del proceso.

⁸²Ibidem. p. 169.

⁸³Cfr. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

⁸⁴BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal Civil T. III Editorial Cardenas Editor y distribuidor. México 1969, p.171.

2. El interés.

Ya en puntos anteriores hemos mencionado esta figura por ser de valor para nosotros, y no se puede ignorar, consideramos que en todo acto de voluntad existe el interés, desde el momento mismo en que un individuo se pone en movimiento, surge el interés, creemos que todo lo que se mueve en nuestro contorno se hace mediante esta figura.

Si definimos al interés como "...la situación en que se encuentra una persona respecto de algo que pueda satisfacer sus necesidades de cualquier naturaleza que sean, así como el conocimiento de esa situación; el interés puede ser individual o colectivo, mediato o inmediato, patrimonial o moral, actual o diferido, lícito o ilícito, original o derivado, el interés es siempre relativo y temporal, según el axioma donde no hay interés no hay acción,"⁸⁵ parece que el interés es una condición de la acción, o más bien dicho "...el interés es la medida de las acciones."⁸⁶

En el campo de lo procesal vamos a encontrar el interés en las partes mismas, podemos decir que "...el hombre es sujeto del interés y objeto de aquel es el bien, la

⁸⁵PALLARES, Eduardo. Diccionario Teórico Práctico del Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México 1982, Voz interés, p.156.

⁸⁶CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 188.

relación jurídica no es más que un conflicto de intereses jurídicos regulados y no hay interés sin interesado, entonces existen dos sujetos: el sujeto de las obligaciones y el interés protegido."⁸⁷

Por eso decimos que el concepto de interés es fundamental en la ciencia del Derecho Procesal, "...Interés no significa un juicio sino una posición del hombre, o más exactamente: la posición favorable a la satisfacción de una necesidad como por ejemplo: la posesión del alimento o del dinero es ante todo un interés, porque quien posee uno y otro está en condiciones de satisfacer sus necesidades; son sin duda los bienes de la vida los bienes materiales."⁸⁸

Al expresar que la relación que se da entre los hombres produce consecuencias de derecho, también queremos decir que al "...hombre y a los bienes los une el interés, por ser esta relación un conflicto de intereses jurídicos regulados."⁸⁹

Por su carácter el interés puede ser: privado y público.

En el primer caso, el interés se define como "...el

⁸⁷CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 271.

⁸⁸Ibidem.

⁸⁹Ibidem. p. 272.

conjunto de pretensiones tutelados por el derecho que tiende a satisfacer las necesidades específicas de determinados individuos y grupos sociales."⁹⁰ Nosotros diríamos las necesidades específicas no de determinados individuos sino de todos los individuos.

En el segundo caso se define interés público como "...el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidos mediante la intervención directa y permanente del Estado."⁹¹

En un conflicto de intereses surge el interés particular de un individuo frente a otro que se opone, quienes al acudir al órgano jurisdiccional para proponer una demanda, debe de existir interés para obrar y así lograr la tutela del Estado, desarrollando un proceso hasta obtener la sentencia correspondiente, para dirimir la controversia en cuestión, de esto se desprende que la acción requiere de la pretensión y del interés que visto de otra manera es una expresión de voluntad individual la que contiene estas figuras.

Retomamos este punto de vista, el "...litigio es la

⁹⁰Diccionario Jurídico. op. cit. p. 1778 y 1779.

⁹¹Ibidem.

base de la acción,"⁹² nosotros decimos que existe el interés sobre las cosas y el interés para obrar en el proceso que son totalmente diferentes.

3. Las formas de instar.

Ahora bien, una vez expuestas estas consideraciones anteriores creemos ya conveniente abocarnos a las formas de instar; se consideran formas de instar:

- a. La petición.
- b. La denuncia.
- c. La querrela.
- d. La queja.
- e. El reacertamiento o recurso administrativo.
- f. La acción.

a. La petición. Esta forma de instar está contemplada en los textos constitucionales, en el nuestro por ejemplo, la

⁹²Cfr. ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso, primera reimpresión, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, Distrito Federal. 1992 p. 339.

vamos a ver en el artículo octavo de nuestra máxima ley, cuyo texto vamos a transcribir: "Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito de manera pacífica y respetuosa pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República."

"A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario."⁹³ Pues bien, este precepto es de contenido amplio ya que no especifica que tipo de cosas son las que se van a pedir, sólo apoya al peticionario indicando que se puede pedir en los términos que éste señala, lo que enseña que todo ciudadano puede dirigirse a cualquier tipo de autoridad en el campo que fuere, y esta autoridad deberá atender y reaccionar a la petición.

Para comentar sobre la historia de el derecho de petición como así se le denomina a esta figura, diremos que apareció formulado, "...como un derecho individual en el Bill of rights de 1689, la estructura de los poderes no había llegado aún a la conformación que le aguardaba posteriormente, en especial a partir del siglo XVIII sobre la base de

⁹³Artículo octavo Constitucional.

una nítida distinción entre legislativo, ejecutivo y judicial. El rey tenía los tres poderes, en él se concentraban, fue cuando se originó este derecho, conforme al tiempo, el derecho procesal fue evolucionando y perfeccionándose, creando así, diferentes formas de pedir tutela al Estado,"⁹⁴ quedando el derecho de petición como garantía individual que consagran textos constitucionales como el nuestro, desde luego que este derecho de petición, es el fundamento de los nuevos derechos o formas de instar o de pedir la intervención de los órganos de justicia, siendo de plena utilidad este derecho, por el rango a que se ha elevado.

b. La denuncia. "La expresión denuncia tiene varios significados. El más amplio y difundido es el que la entiende como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley, o los reglamentos para tales hechos."⁹⁵

"Quien denuncia no pretende que se acceda a lo pedido, simplemente hace saber a la autoridad la realización de

⁹⁴Cfr. COUTURE J. Eduardo. Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit. p. 75.

⁹⁵Diccionario Jurídico T. II, p. 899. Voz, denuncia.

un hecho o de un acto, a los que la ley condiciona la emisión de una resolución."⁹⁶

Casos muy conocidos de denuncias son los que estudia el derecho penal, y que constitucionalmente también se determina, cuando se impone el deber de todo gobernado, de comunicar a la autoridad la comisión de un delito.⁹⁷

Es pues la denuncia una forma de utilizar la instancia.

c. La querrela. es una forma de instar al igual que la denuncia, se presenta ante el Ministerio público, involucra también las conductas ilícitas de los individuos, en este caso, es el Ministerio Público quien se encarga de proteger los intereses de la sociedad, poniéndose en movimiento el órgano jurisdiccional, claro que previos requisitos de la querrela o denuncia en su caso.

En estos asuntos como son de orden criminal, le toca al representante social, investigar si existen elementos suficientes para consignar al tribunal, en donde se iniciará el proceso, a diferencia de los juicios civiles en este caso

⁹⁶BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal Civil T. II, Editorial Cárdenas Editor y distribuidor, México 1969 p. 173.

⁹⁷Ibidem.

sí se procede de oficio, por la naturaleza de los delitos, en materia penal, como ya dijimos "...es una forma de instancia similar a la denuncia y consiste, también en una participación de conocimiento y el carácter calificado radica en que la querrela, sólo puede ser hecha directamente por la parte afectada por los actos o hechos, o interesada en los resultados que estos produzcan y que van a ser objeto de la participación al órgano estatal."⁹⁸

Vemos pues de que manera ha evolucionado el derecho procesal, la figura del Ministerio Público juega un papel importante, porque es él, quien inicia el procedimiento ya sea a petición de parte o de oficio, según sea el caso.

d. La queja. "En rigor la queja se puede concebir como una instancia hecha generalmente, ante el superior jerárquico, para que ponga una sanción a un funcionario inferior por incumplimiento o falta."⁹⁹

Puede ser que en un proceso el funcionario judicial no atienda de manera intencional la petición dirigida al órgano jurisdiccional, "...normalmente la queja aparece cuando se acude al superior para que imponga una sanción al

⁹⁸GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 153.

⁹⁹Ibidem. p. 154.

funcionario incumplido."¹⁰⁰

"Puede afirmarse que la queja tiene las características peculiares en cuanto a ser un instar encaminado a que se corrija o enmiende una conducta, estimada ilegal, de una autoridad."¹⁰¹

Esta actuación la realiza quien se siente afectado con la decisión del titular del órgano judicial, cuando el que eleva la queja considera que éste, incurrió en excesos, este recurso opera como regulador de conductas de funcionarios judiciales, cuando éstos por alguna influencia pudieren obrar con parcialidad.

e. "El reacertamiento. Es conocido generalmente con las palabras recurso administrativo, y ello hace pensar que sólo en el ámbito administrativo es procedente esta instancia, la verdad es que aún en el campo procesal se aplica este medio impugnativo."¹⁰² Precisamente ahí, donde no hay necesidad o posibilidad del instar bilateral como sucede cuando la demanda es desechada, o bien en los llamados procedimientos de jurisdicción voluntaria.

¹⁰⁰BRISEÑO SIERRA, Humberto. op. cit. p. 176.

¹⁰¹CORTES FIGUEROA, Carlos. Introducción a la Teoría General del Proceso. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, México 1974. p. 352.

¹⁰²BRISEÑO SIERRA, Humberto. op. cit. p. 178.

"El particular, al interponer el reacertamiento, sostiene una inadecuación entre el acto y la norma, lo cual amerita precisamente ese reacertamiento o segundo acertamiento, para en caso de haber error corregirlo."¹⁰³

f. La acción. Al igual que las formas antes mencionadas se considera forma de instar, sólo que existen criterios en los cuales se da a esta figura una nota distintiva, considerando a la acción como una instancia proyectiva, por la serie de conexiones que suceden al ejercitar ésta,¹⁰⁴ "...se comienza a ejercer en la demanda pero continúa ejerciéndose a través de todo el proceso, se sigue empujando o impulsando el desarrollo o el desenvolvimiento del mismo,"¹⁰⁵ lo que significa que el órgano jurisdiccional "...sólo se mueve mediante una instancia o impulso extremo,"¹⁰⁶ o sea que es "...la actividad que se propone tan sólo obtener el movimiento progresivo de la relación procesal hacia su término."¹⁰⁷ Este impulso no es otra cosa que, dar andamio al proceso "...se dice para significar el conjunto de actividades mediante las cuales la parte desarrolla su

¹⁰³Ibidem.

¹⁰⁴GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, cuarta edición, Editorial Trillas, México 1989, p. 33.

¹⁰⁵BANUELOS SANCHEZ, F. La Teoría de la Acción y otros estudios, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1983, p. 17.

¹⁰⁶FAIREN GUILLEN V. Estudios de Derecho Procesal, Editorial Revista de Derecho Privado, España 1955, p. 82.

¹⁰⁷CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. T. III, p. 71.

colaboración con el Juez, para la justa composición de la litis, "108 en este sentido se considera pues, que a la acción se le encuentra en cada una de las formas de instar señaladas, cuyo fundamento lo contiene el artículo octavo constitucional que ya anotamos, así también en cada actuación que se realice por las partes en el proceso, hasta la sentencia inclusive, después de la sentencia cuando una de las partes o ambas apela a la segunda instancia.

¹⁰⁸CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 124.

Nota. Cuando hablamos de conexiones nos referimos a la relación que tiene el actor con el demandado y el Juez, ésta relación se da en todas las actuaciones realizadas en el proceso.

4. Bilateralidad de la acción.

Se estima de la acción otro carácter empírico, que es el de su bilateralidad, se deduce tal carácter por lo siguiente: el actor al ejercitar acción lo hace por su propio interés, así como lo establece el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que dice: "sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga interés contrario."¹⁰⁹

Como se observa en esta primera parte de este precepto, la condición para iniciar el procedimiento es el interés, claro que no asistirá quien carezca de él, siguiendo el orden, el artículo segundo¹¹⁰ dice: "que la acción procede en juicio aún cuando no se exprese su nombre; lo que quiere decir que sólo se deberán exponer los hechos constitutivos; como lo vemos en el artículo 255, "Toda contienda judicial principiará por demanda, en la cual se expresarán:

1. El tribunal ante el que se promueve;

II. El nombre del actor y la casa que se señala para oír notificaciones;

¹⁰⁹Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

¹¹⁰Ibidem.

III. El nombre del demandado y su domicilio;

IV. El objeto u objetos que se reclamen con sus accesorios;

V. Los hechos en que el actor funde su petición, numerándolos y narrándolos sucintamente con claridad y precisión, de tal manera que el demandado pueda preparar su contestación y defensa;

VI. Los fundamentos de derecho y la clase de acción procurando citar los preceptos legales o principios jurídicos aplicables;

VII. El valor de lo demandado, si de ello depende la competencia del Juez."¹¹¹

Artículo 260. "El demandado formulará la contestación en los términos prevenidos para la demanda."¹¹²

Veremos que al hablar de los sujetos del proceso, en los criterios modernos, hay siempre frente a una de las partes que pide la providencia, al menos otra parte respecto de la cual la providencia se pide; para muchos criterios de opinión es aquí donde se da la bilateralidad de la acción, la cual trata de obtener del Estado una providencia que ponga en

¹¹¹Ibidem.

¹¹²Ibidem.

obra, una sujeción y presupone, por consiguiente, en todocaso, que frente a quien pide la sujeción se encuentra alguien que deba ser sujetado, desde luego previo análisis del órgano jurisdiccional sobre la providencia solicitada, análisis de hechos y derechos.¹¹³

Ahora bien, podemos argumentar que frente a esta concepción se dice: "...tanto el actor como el demandado ejercitan verdaderas acciones; el uno en su demanda y el otro en su contestación; por lo tanto si el actor y el demandado ejercitan una acción son contradictorios respectivos puntos de vista,"¹¹⁴ o como manifiesta Becerra Bautista José¹¹⁵ "...el derecho de acción puede considerarse bilateral, principalmente en los procesos contenciosos, en virtud del principio contradictorio: Oigase a la otra parte," oír a la otra parte es la expresión de la que se denomina bilateralidad de la audiencia,"¹¹⁶ "...se dice pues que no sólo el actor ejercita acción ante el órgano jurisdiccional para que

¹¹³CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, traducción de Sentis Melendo, Santiago. Editorial De Palma, Buenos Aires Argentina 1943, p. 161.

¹¹⁴BAÑUELOS SANCHEZ, F. op. cit. p. 68.

¹¹⁵BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México, séptima edición, Editorial Porrúa, México 1979, p. 3.

¹¹⁶MILLAR. Principios, Cap. II. La Doctrina Italiana le llama Principio de Igualdad, (A. ROCCO, L'Interpretazione delle leggi procesuali. cit. p. 46), o de contradicción (CARNELUTTI, Sistema, T. II p. 61) o con una ampliación de su contenido, nivelación social del proceso (CALAMANDREI, Instituciones, T. I, p. 42). Citado por COUTURE, op. cit. p. 183.

éste le brinde tutela jurídica sujetando al demandado, y éste será obligado por la jurisdicción al cumplimiento de la pretensión expuesta, pues la doctrina considera a la acción de carácter bilateral dándole las mismas facultades o facultad,¹¹⁷ para oponerse a la pretensión del actor, quedando éstas, ante la jurisdicción en igualdad de circunstancias.

5. Acción y excepción.

Ya expusimos anteriormente, el principio de igualdad de las partes en el proceso o ante el órgano jurisdiccional, el actor cuando cree ver violada su esfera jurídica, solicita protección, tutela del Estado para la aplicación de la ley al caso controvertido, y efectivamente el Estado reacciona desplegando coacción para hacer venir a quien se cree responsable de esa alteración en la armonía del orden de quien solicita esa providencia, el cual al enterarse, comparece pero lo hace en igualdad de circunstancias del peticionario o actor, contestando u oponiendo excepciones, "...esa facultad la ejercita en igual grado el actor en la demanda, y el demandado en el responde o excepción."¹¹⁸

"La excepción es de creación pretoriana, fue un

¹¹⁷PODETTI J. Ramiro. Teoría y Técnica del Proceso Civil, Editorial Ediar S. A. Editores Buenos Aires, Argentina 1963 p.384.

¹¹⁸Ibidem. p. 386.

procedimiento ideado por el pretor para corregir los rigores del derecho civil, no se le podía contrariar abiertamente y se empleó el medio indirecto de la excepción para rodearlo cuando fuera contrario a la equidad."¹¹⁹

Se originó pues "...en la etapa del proceso por fórmulas del derecho romano, como un medio de defensa del demandado. Consistía en una cláusula que el Magistrado a petición del demandado, insertaba en la fórmula para que el Juez, si resultaban probadas las circunstancias de hecho alegadas por el demandado, absolviera a éste, aún cuando se consideraba fundada la intención del actor."¹²⁰

En términos generales, como vemos, llámese excepción a toda defensa que el demandado opone a la acción. En un sentido más restringido, llámese excepción lo que puede alegarse únicamente por el demandado invocando un hecho impeditivo, extintivo o transformativo, porque mientras no se alegue, la acción subsiste y el Juez no puede considerarla de oficio.¹²¹

Nuestra Ley Procesal Civil¹²² en el artículo 260, del cual ya hicimos mención, otorga esa oportunidad al demandado

¹¹⁹FOIGNET, René. Manual Elemental de Derecho Romano, Editorial Cajica, Puebla, México 1956. p. 260.

¹²⁰Diccionario Jurídico Mexicano T. II, Voz, excepción.

¹²¹ALSINA, Hugo. op. cit. p. 341.

¹²²Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

de formular su contestación o defensa, lo hará aceptando o negando lo que el actor menifiesta en su intento por hacer valer su derecho, por incitar al órgano jurisdiccional, las excepciones las opondrá en ese acto, Título primero Capítulo segundo de la mencionada Ley.

Pues bien, haciendo un reconocimiento o proponiendo los elementos que forman la relación jurídica procesal; son pues éstas, las causas por las que se gesta el proceso, primero se da la manifestación de voluntad de un particular que ve afectados sus intereses sobre algún bien propio, bien material, que debido a este acto de violación ocurrido desde luego entre particulares, en sus relaciones jurídicas privadas, claro que para solicitar la tutela jurídica, deberán ambas partes en igualdad de circunstancias como ya dijimos, ver ante que tribunal acudirán, si es competente, si los que comparecen tienen capacidad, que serán además legalmente representados en ese proceso, sobre que materia van a litigar, los elementos o requisitos que acompañarán al escrito de demanda o contestación, en suma en estos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal.

Son entonces "...los presupuestos procesales los que constituyen la materia del procedimiento previo y consecuentemente entran en íntima relación con el acto final de éste;

final que consiste en una litiscontestatio o ya en una absolutio ab instantia."¹²³

De las prevenciones que el actor haga antes de ir al proceso, esto es reunir todos los requisitos que requiere la demanda, como ya se expresó de los presupuestos procesales, que son los que proveen de materia a las excepciones procesales, podemos decir que son éstos, presupuestos procesales expresados negativamente,¹²⁴ o sea que desde la preparación de estos presupuestos no sólo se está formulando la demanda de hechos sino que también el actor está dando pie para la formación de las excepciones, reacción que tendrá el demandado cuando conozca la relación de presupuestos, diremos entonces que la contestación participa, se relaciona sustancialmente con el escrito del actor, porque éste deberá probar hasta donde pidió, y el que contesta deberá probar no lo que va a dar o hacer sino lo que no va a dar o hacer.

Veremos ahora algunos puntos de vista sobre la excepción, porqué o para qué se opone; ya desde los romanos se venían usando, fueron posteriormente retomados por los alemanes, en donde tuvieron una invariable aceptación que traería confusión de criterios, respecto al contenido o esencia de la excepción, si esta figura obraba como impedimento o dilación procesal, ya sea que al usar las excepciones

¹²³BULOW, Oscar Von. op. cit. p. 7.

¹²⁴Ibidem. p. 7 y 8.

dilatorias, sean tomadas no como medios de evitar los procesos improcedentes, sino que directa y principalmente demorar, dilatar, estirar, el procedimiento,¹²⁵ recordemos que el actor tiene libertad de formular su petición o expresar su pretensión no en la medida de la supuesta violación de su esfera jurídica, puede incluso formular su exposición sobre hechos infundados, o pedir en exceso, es ahí donde el adversario deberá contestar tratando de extinguir tal petición por improcedente, hay que recordar que la tutela brindada por el Órgano del Estado es para ambos (actor y demandado), no sólo para quien acude primero, porque si eso fuera desde que inicia el procedimiento ya estaría actuando con ventaja para el actor, el mismo derecho que ejercita el actor es idéntico al que ejercita el demandado.

Entrar al tratamiento de la acción, la pretensión, el interés y la excepción no deja de ser bastante complejo, por su estrecha vinculación, la acción pone en movimiento el aparato procesal, la pretensión se manifiesta por ambas partes, el interés se vuelca también por los actores, decimos actores, porque en el proceso tanto el sujeto activo como el pasivo, actúan en esa relación para modificar un derecho sustancial, entonces a "... la actividad del demandado se le puede también denominar acción"¹²⁶ como ya lo hemos expresado

¹²⁵Ibidem. p. 23.

¹²⁶CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 162.

en ocasiones anteriores.

Creemos necesarios los presupuestos procesales previos al proceso para dar origen a las excepciones, "...negando la existencia de los presupuestos procesales no se niega la existencia de la acción que permanece imprejuizada"¹²⁷ sólo que no habrá lugar a las excepciones en ese proceso.

¹²⁷CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 69.

CAPITULO TERCERO

LA ACCION Y LAS FIGURAS EXCLUYENTES Y EQUIVALENTES DEL PROCESO

A. LA VIOLACION DEL DERECHO.

Si queremos hablar de la violación del derecho es menester ubicarnos; nos iremos de inmediato hacia un campo específico como lo es la norma jurídica, ya en ocasiones anteriores hemos dicho que el hombre es un ente jurídico y que desde su aparición, aparece también el derecho, ya que con su actuar, crea, produce consecuencias jurídicas y que "...la observancia del derecho está en primer lugar, confiada a la razón y a la libre voluntad de los hombres, a los cuáles los preceptos jurídicos se dirigen, se trata en primer tiempo de un predominio destinado a hacerse sentir sobre la voluntad del obligado, en cuanto el titular del derecho no puede servirse de la fuerza para constreñirlo directamente, para ello es necesario dirigirse al Estado, para que intervenga y ponga en obra la coacción."¹²⁸ Si se presume que se violó una norma, se acudirá ante un tribunal, el Estado brindará la tutela pedida, utilizando el mecanismo establecido por la

¹²⁸CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil, traducción de Sentis Melendo, Santiago. Editorial De-Palma, Buenos Aires, Argentina 1943, p. 152.

ley, este mecanismo es el órgano jurisdiccional que atenderá la petición del interesado, o los interesados en su caso, aplicando la norma jurídica a un caso concreto; Por su carácter "...las normas jurídicas son bilaterales porque imponen deberes correlativos de facultades o conceden derechos correlativos de obligaciones, a diferencia del carácter de las normas morales, que no es necesario recurrir ante ningún tribunal, sólo a la conciencia del propio individuo, lo que quiere decir que no son exigibles, por ejemplo en el supuesto religioso 'no matarás' no existe una persona, para exigir el cumplimiento de este supuesto, un pordiosero puede pedirnos una limosna más no puede exigirla."¹²⁹

"Las normas jurídicas son creadas de muy diversas maneras: las generales a través de actos judiciales y administrativos o de transacciones jurídicas. Las normas jurídicas son siempre establecidas por un acto que deliberadamente tiende a crear derecho, excepto en el caso en que hallan su origen en la costumbre,"¹³⁰ en este caso la norma es creada y el individuo tendrá que adecuarse a ella por pertenecer a un grupo social aún en contra de su voluntad, porque "...cuando la sanción está socialmente organizada consiste en la privación de ciertas posesiones: la vida, la

¹²⁹GARCIA MAYNEZ, Eduardo. op. cit. p. 15.

¹³⁰KELSEN, Hans. op. cit. p.134.

salud, libertad o propiedad, esta sanción tiene carácter coercitivo."¹³¹

De vivir en un estado diferente de cosas, el hombre no tuviera que sujetarse a reglas de conducta de carácter coercitivo, en donde imperara un alto sentido moral entre los individuos, y que toda la sociedad generara principios morales, pero creemos que de todas maneras así, las normas jurídicas serían necesarias, porque el ser humano es dueño de inteligencia y eso es lo que lo hace diferente a otros seres vivos y con esa inteligencia, así sea muy moral, estará siempre inconforme en el grupo en que se desenvuelve, y provocará conductas desviadas tendientes a violar normas no sólo morales sino también jurídicas.

Son necesarias las normas, para lograr el equilibrio de una sociedad, en primer lugar las normas morales, que se van gestando en el seno familiar, donde hay moralidad hay orden y donde hay ausencia de valores existe caos, por eso se requiere de reglas coercitivas, sancionadoras, para regular el sin número de conductas que tienden a desviarse, porque "...la sanción socialmente organizada es un acto coercitivo que un individuo determinado por el orden social, dirige en la forma establecida por el mismo orden contra el responsable

¹³¹Ibidem. p. 21.

de la conducta contraria al propio orden."¹³²

De la norma se desprende la coerción que viene siendo un carácter de ésta y la sanción.

Vamos a referirnos en forma breve a la norma, de manera aislada, "...el mero enunciado de la locución 'norma' nos lleva de inmediato a la idea de regla, de dirección; en consecuencia, la norma jurídica es una regla que dirige nuestra conducta en el sentido que la propia norma señala."¹³³

Estas reglas van evolucionando ya que su generador es el propio individuo, lo que las hace estar en constante movimiento.

"Por otro lado la sanción y la coerción se han equiparado pero no hay tal; El cumplimiento de la sanción jurídica consiste en que el cumplimiento, la aplicación de la norma está garantizada (por la amenaza del uso de la fuerza, de la coerción) a través de los llamados medios de ejecución forzosa o coactiva, que tan abundantes son en el dominio del proceso, brazo ejecutor, o de administración, si a ella se

¹³²Ibidem. p. 23.

¹³³GONZALEZ, Juan Antonio. op. cit. p. 25.

encomienda tal función."¹³⁴

Ahora bien, "...por coercibilidad entendemos la posibilidad de que la norma sea cumplida en forma no espontánea, e inclusive en contra de la voluntad del obligado. Esta posibilidad es independiente de la existencia de la sanción."¹³⁵

Consideramos que el constante cambio y creación de nuevas normas, se debe a la violación también constante de las mismas.

¹³⁴FAIREN GUILLEN, Victor. op. cit. p. 11.

¹³⁵GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Positivismo jurídico, Realismo Sociológico y Iusnaturalismo. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, cuarta edición, México 1989, p. 23. y 24.

B. AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSICION Y PROCESO.

1. Autotutela.

Introducción: Para lograr el equilibrio en los diferentes Estados modernos del mundo, nos referimos a la efectividad de los sistemas jurídicos, ha sido necesario un gran despliegue de esfuerzos, que a fin de cuentas, brindan tranquilidad, no la que el máximo deseo de las personas quisiera, pero el suficiente como para llevar una forma de vida normal, esto es dentro de un marco jurídico que procura seguridad.

De acuerdo a la forma de obrar del individuo "...en su primitivo estado natural no reconocía superior que lo defendiese de insultos, opresiones y violencias, estaban de consiguiente autorizados para hacerlo por sí propios: la experiencia les hizo entender graves daños a que los conducían estos medios, pues se excedían de los justos límites"¹³⁶ nos referimos pues a la defensa de propia mano, "...o defensa privada que transforma todo conflicto en una riña abierta. Es fácil comprender que el empleo de la fuerza privada como medio de defensa del derecho, constituye en realidad la

¹³⁶ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. op. cit. p. 51.

negación de todo derecho y de toda pacífica convivencia social"¹³⁷ porque es evidente que "...los conflictos menudean y se multiplican en proporción directa a la multiplicación de la especie, afectando la ambicionada paz que desde el inicio de los tiempos se busca."¹³⁸

"Corresponde pues al particular, la facultad de defender su derecho, respetar los ataques dirigidos contra éste, y conseguir por toda suerte de medios, cuando la violación se ha consumado, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior."¹³⁹

En esa era, la forma de autodefenderse al no existir la estructura jurídica para ello, el hombre vivía en constante actitud defensiva, protegiéndose a sí mismo como a sus bienes y a su familia, "...así se habla de autodefensa o defensa propia,"¹⁴⁰ cuando se reclamaba un derecho, el individuo tenía que utilizar su fuerza física o pagar de la misma forma, era una especie de estado salvaje. "Todo esto era la negación del orden jurídico, en vez de que la fuerza física estuviere al servicio del derecho, era el derecho el que estaba a merced de la fuerza."¹⁴¹

¹³⁷CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 145.

¹³⁸CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 139.

¹³⁹GARCIA MAYNEZ, Eduardo. op.cit. p. 227.

¹⁴⁰ARAGONESES. OP. CIT. P. 29.

¹⁴¹BAÑUELOS SANCHEZ, F. op. cit. p. 9.

Se utilizaban en esos tiempos una especie de "...Contrato, es un formidable instrumento de autodefensa, porque en la ruptura de un miembro, admitía un cambio de la pena taliónica el acuerdo entre la parte lesionada y el defensor, por medio de un pacto, evitaba o ponía fin al procedimiento,"¹⁴² o se compensaba con dinero, de esa manera era difícil determinar quien tenía la razón dado a que él o los interesados resolvían entre sí, el conflicto presentado sin que éste fuera sometido a análisis de observadores.

Algunas formas de autodefensa.

La autodefensa en estricto sentido, o sea como réplica a un ataque precedente, su prototipo es la legítima defensa propia.

De ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido previo ataque, pertenecen a este grupo ante todo, el ejercicio de un derecho, el estado de necesidad, el robo famélico, la persecución de abejas o el corte de ramas y raíces provenientes de predio contiguo.

Del ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción, los conferidos a los

¹⁴²FAIREN GUILLEN, Victor. op. cit. p. 35.

superiores militares para mantener la disciplina evitar el pánico.

Del ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio. A este grupo corresponden el ejercicio de la patria potestad, la autoridad marital, los llamados tribunales de honor.

Del combate entre partes enfrentadas, que fían a la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias. El duelo en la esfera individual y la guerra en la internacional.

De coacción sobre la contraparte para lograr imponer el prevailecimiento de los propios intereses. La lucha social entre capital y trabajo.¹⁴³

"Posteriormente cuando la defensa de los derechos individuales es asumida por el Estado mediante la institución de los Jueces Públicos, la palabra acción originalmente empleada en el significado propio de ejercicio de la fuerza privada, pasa a significar en sentido traslaticio, el recurso con el que el ciudadano invoca, en su propio favor, la fuerza pública del Estado."¹⁴⁴

¹⁴³ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa. op. cit. p. 59 y 60.

¹⁴⁴CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 51 y 52.

No obstante esta forma primitiva de resolver conflictos no ha sido posible excluirla de los ordenamientos jurídicos modernos, aunque ya no se autoriza de manera libre, esto ha sido resultado de una trabajosa evolución.¹⁴⁵

Si bien es cierto que el Estado brinda tutela jurídica a sus gobernados, para resolver mediante la jurisdicción los conflictos que tuvieren éstos, ya sea dentro del proceso o bajo la potestad de los tribunales, hemos de decir que la legítima defensa o defensa del honor, de la familia y de los bienes está muy lejos el día en que desaparezca plenamente, o al menos no en este período histórico, expresamos esta opinión, porque el individuo en lo particular, en lo personal, está desprotegido porque el hombre vive en un mundo de voracidad incontenible, tanto en lo económico, en lo político o en lo social, trata siempre de dominar, de controlar el poder y "...no toda la actividad del poder se desarrolla dentro del marco del derecho, y un análisis puramente jurídico de las instituciones políticas proporcionará una visión parcial y falsa,"¹⁴⁶ sin importar tampoco a costa de quien se puede lograr el propósito que se fija, por ejemplo si quitamos el estado, como resultado vamos a tener un grupo de gentes sin normas, sin dirección ni sanciones, sin escrúpulos inclusive, una especie de estado salvaje,

¹⁴⁵Ibidem. p. 144.

¹⁴⁶DUVARGER, Maurice. op. cit. p. 33.

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

tendríamos la barbarie, el caos, por eso se ha avanzado hacia formas de vida diferentes buscando seguridad, tranquilidad, anhelo vigente, entonces es necesario un orden jurídico, para lograr la convivencia y también poder reprimir esa intensa voracidad que caracteriza al ser humano, y aún así hay conductas que se desbordan.

Cada individuo tiene algo que proteger y que existe primero que el Estado "la vida misma", el honor familiar, los bienes, que en un momento de emergencia, el Estado no puede proteger, ahí es donde se utiliza la autodefensa, repeliendo la agresión inmediata que significa hacer frente a situaciones imprevistas.

Consideramos que habrán de subsistir siempre o bien se adaptarán a supuestos distintos de aquellos para que se establecieron.

2. Autocomposición.

La autocomposición es una forma de concluir el proceso, en donde ya se deja de utilizar la fuerza física para resolver los conflictos, "...al igual que la autodefensa, la integran dos vocablos, : el prefijo auto como es natural, con idéntico significado que en aquella y el sustantivo, que dentro de la concepción Carnelutiana,

equivale a la solución, resolución o decisión del litigio,"¹⁴⁷

"Las formas autocompositivas más características, cabe establecer que pueden ser unilaterales y bilaterales, por ejemplo el desistimiento y el allanamiento vienen siendo unilaterales, son de carácter bilateral la transacción y el duelo."¹⁴⁸

El desistimiento es una forma de resolver el conflicto o de concluir el proceso, es una especie de renuncia justamente "...implica una renuncia procesal de derechos en manos del actor."¹⁴⁹

"El desistimiento puede ser definido como una renuncia procesal de derecho o de pretensiones."¹⁵⁰

Este puede ser:

- 1). De la demanda.
- 2). De la instancia.

¹⁴⁷ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. op. cit. p. 77.

¹⁴⁸Ibidem.

¹⁴⁹GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. op. cit. p. 42.

¹⁵⁰GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p.26.

3). De la acción.

Al efecto el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles, vigente para el Distrito Federal, establece en su segundo párrafo: "El desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento, requerirá el consentimiento del demandado.

El desistimiento de la demanda produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de aquélla. 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 contrario."¹⁵¹

Como podemos observar este artículo que comentamos, determina que si sólo se presenta la demanda y no ha sido emplazado el demandado, el Juez admitirá el desistimiento regresando el escrito inicial al promovente, pero en el caso de que el demandado ya haya sido notificado que existe una demanda en su contra, si requiere del consentimiento del demandado, claro está que éste al enterarse de que existe una demanda en su contra debe presentarse a dar contestación, pero posteriormente se le notifica que el actor se está

¹⁵¹Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

desistiendo y que requiere su consentimiento para ello, lo más probable es que optará por oponerse a ese desistimiento.

Consideramos que cuando este precepto habla de "desistimiento de la demanda que se realice con posterioridad al emplazamiento" y cuando se habla de "el desistimiento de la instancia, posterior al emplazamiento," vienen siendo cuestiones semejantes, porque si se da el desistimiento posterior al emplazamiento entonces será desistimiento de la instancia en los dos supuestos.

El mismo precepto del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa, se encuentra todavía con el texto igual a como estaba el texto del Código del Distrito Federal, y dice: "El desistimiento de la demanda sólo importa la pérdida de la instancia y requiere el consentimiento del demandado. El desistimiento de la acción extingue ésta aún sin consentirlo el reo. En todos los casos el desistimiento produce el efecto de que las cosas vuelvan al estado que tenían antes de la presentación de la demanda y obliga al que lo hizo a pagar daños y perjuicios a la contraparte salvo convenio en contrario."

Como se puede observar este precepto no ha sido reformado, a nuestra opinión está bastante escueto ya que en todos los momentos deberá pedirse el consentimiento al demandado, y se considera a la acción como un derecho, ya que

establece que el desistimiento de la acción extingue el derecho del actor, aunque "...no debe hablarse de desistimiento del derecho y sí sólo de la pretensión."¹⁵²

El allanamiento es otra forma autocompositiva, "...especie unilateral viene siendo como el reverso del desistimiento, es una actitud que toma el demandado para solucionar el conflicto surgido con el actor, es una especie de sometimiento,"¹⁵³ no hay oposición del demandado, acepta los hechos de la demanda, es una actitud de "...reconocimiento de la verdad de los hechos y del derecho invocado por el adversario, esta figura coincide con la confesión en cuanto se trata de un reconocimiento de hecho difiere de la confesión, en cambio, en cuanto no existe confesión del derecho, el derecho no se confiesa."¹⁵⁴

Nuestras leyes también contemplan la transacción, es una manifestación plena de la autocomposición bilateral ya que intervienen dos voluntades, el Código Civil vigente en el Distrito Federal, en la segunda parte título decimosexto, artículo 2944, manifiesta que es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones terminan una controversia presente o previenen una futura.

¹⁵²ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. op. cit. p. 83.

¹⁵³Ibidem. p. 85.

¹⁵⁴COUTURE J. Eduardo. op. cit. p. 207.

Ya en el proceso, las partes llegan a un acuerdo recíproco, es de pensarse que las partes en conflicto prefieren al proceso para solucionar sus problemas, porque para ellos sería fácil solucionarlo sin la tutela de los tribunales, pero el acuerdo o solución obtenida, no tendría gran valor aunque se hicieran concesiones, no igual en el proceso que si toman un acuerdo, tiene el carácter de cosa juzgada, al efecto el artículo 2953 dice: "La tiene respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada; pero podrá pedirse la nulidad o la rescisión de aquélla en los casos autorizados por la ley."¹⁵⁵

Hay autores que consideran a la transacción judicial y extrajudicial, la primera ya quedó explicada, la segunda viene siendo "...aquella que se lleva a efecto cuando el conflicto que las partes pretenden resolver no se encuentra todavía en juicio."¹⁵⁶

También la transacción puede ser pura, "...se le llama pura cuando las partes operan sobre la materia que es objeto de la controversia y compleja (o impropia), cuando además de los recíprocos reconocimientos de derechos, permite la atribución de derechos de una parte a otra. Se propone

¹⁵⁵Código Civil para el Distrito Federal.

¹⁵⁶TREVIÑO GARCÍA, Ricardo. Contratos Civiles y sus generalidades T. II. Editorial. Font. S. A. cuarta edición Guadalajara Jalisco. México 1982. p. 772.

como ejemplo el caso en que una parte cede a la otra la cosa o derecho discutidas mediante una composición en dinero."¹⁵⁷

Aunque puede darse el caso en que el conflicto lo solucionarán con la intervención de un tercero, se presentaría aquí la "heterocomposición", en este tipo "...puede intervenir un tercero, aunque en todo caso el conflicto se soluciona por obra de las partes, pero con la intervención de un árbitro, de las siguientes maneras: Si interviene de manera espontánea nos encontramos ante la mediación o buenos oficios; si por el contrario interviene de manera provocada, al ser llamados por las partes estamos ante la conciliación y el arbitraje;"¹⁵⁸

Esta forma de solucionar conflictos se utilizaba desde la Roma antigua, en la actualidad se sigue practicando esa forma de resolver conflictos, estos juicios, en donde se solicita la intervención de un Juez privado a los cuales no se les permite intervenir en "...los asuntos en donde se ventile alguna cuestión de orden o de interés público,"¹⁵⁹ o sea que no es muy común a nivel nacional, aunque a nivel internacional se practica el arbitraje privado; llamando como Juez a quien tiene conocimiento del asunto que se va a

¹⁵⁷Ibidem.

¹⁵⁸MONTERO AROCA, Juan. Derecho Procesal Civil, Editorial Harla, México 1980, p. 92.

¹⁵⁹GOMEZ LARA, Cipriano. op. cit. p. 34.

resolver, o bien se le confía en muchos casos a peritos especiales.

En cuanto a la validéz o autoridad que tiene la resolución que emiten los jueces privados, en este caso el laudo "...pronunciado por el árbitro, debe ser homologado por un Juez estatal y esta homologación es una especie de visto bueno o de calificación sancionadora que el Estado le otorga al laudo arbitral."¹⁶⁰

Lo que quiere decir que esta forma de componer el proceso podríamos decir que en la actualidad está en descenso, máxime en negocios de cuantía mayor, independientemente de que el Estado le da apoyo o respaldo, él o los interesados se irán al proceso que es la forma más segura de dirimir una controversia, porque en él, encuentran tutela, y una resolución con plena fuerza jurisdiccional.

3. El proceso.

Sin duda es el proceso la forma de resolver conflictos de intereses más eficaz y usada en nuestro días, al estudiar esta figura veremos como surge el proceso, ya se ha expresado que el derecho ha venido evolucionando buscando las formas que producen mayor seguridad en la solución de controversias entre particulares, "...el derecho procesal en

¹⁶⁰Ibidem. p. 35.

el sentido moderno del término sólo puede nacer al abolirse el régimen de la autodefensa."¹⁶¹ ó bien se dice "...que la palabra proceso, designando acción judicial, apareció por primera vez en el derecho canónico, pasando de allí al lenguaje ordinario de los tribunales y de la ciencia;"¹⁶² "...habiéndose formado el procedimiento de prácticamente todos los estados modernos occidentales bajo la doble influencia de los derechos romano o germánico;"¹⁶³ y específicamente, para estudiar al proceso civil es necesario acercarnos al fenómeno que lo provoca o por cual fue creado, "las bases para el estudio del proceso son los conceptos de jurisdicción, acción y proceso, los cuales son instituciones instrumentales, en el sentido de que son medios para la realización de fines; pero de las tres es el proceso la más típicamente instrumental ya que mediante ella se realizan los fines que las otras dos persiguen"¹⁶⁴ o sea que no sólo basta "...proponer una perspectiva omnicomprensiva y excluyente; es mejor a nuestro entender, proponer una serie de referencias que sirven para caracterizarlo: la acción, la sentencia, el órgano jurisdiccional, los actos y sus formas, la prueba, la cosa juzgada."¹⁶⁵

¹⁶¹GARCIA MAYNEZ, Eduardo. op. cit. p. 144.

¹⁶²MALDONADO, Adolfo. Derecho Procesal Civil. Editorial Antigua Librería Robredo de José Porrúa e hijos, México 1947. p. 217.

¹⁶³Ibidem. p. 218.

¹⁶⁴PODETTI, Enrico. op. cit. p. 390.

¹⁶⁵BONET NAVARRO, Angel. Escritos sobre la jurisdicción y su actividad, Talleres Editorial Cometa, S.A. España 1981, p. 52.

Antes que nada diremos que el proceso "...en su integridad no es una declaración de derecho sino una serie de actos jurídicos concatenados entre sí, para llegar a una meta que es la sentencia y su ejecución, ni la demanda ni su contestación, ni las pruebas, ni los alegatos, son declarativas del órgano jurisdiccional respecto del derecho de las partes"¹⁶⁶ en esta serie de actos que se relacionan entre sí, es el camino, es la vía que el órgano jurisdiccional brinda a las partes para tratar de ir reuniendo los elementos y poder decidir lo pedido o lo procedente conforme a las leyes procesales, porque el Juez va a resolver no sólo utilizando la norma, también se utilizan un sin número de requisitos, como el criterio, la experiencia, de acuerdo a la formación moral del juzgador, el cual busca emitir una sentencia justa no sólo legal, "no hay duda que toda resolución judicial, lleva implícita la subjetividad del juzgador traducida en el criterio vertido en la decisión, desde un simple decreto a una sentencia, desde la claridad y ejecutividad para actuar hasta en su estilo de redacción,"¹⁶⁷ y las partes esperan "...a que el Juez con su ciencia y con su conciencia, con sus atenciones y con sus distracciones; esto es criaturas vivas formadas no de pura lógica, sino también de sentimiento y de

¹⁶⁶PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal, Segunda Edición. Editorial Porrúa, México 1965. p. 88.

¹⁶⁷AMAYA, N. Enrique. Lo Subjetivo en la función jurisdiccional. Cuaderno de los Institutos No. 117, Editada por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Argentina 1973, p.50.

pasión, y de misteriosos instintos"¹⁶⁸ una solución justa aunque hay diferentes criterios al respecto, se dice por ejemplo "...la definición legalista de la justicia no debe, empero, ser identificada con la legalidad de que los juristas hablan y de la cual se consideran fieles servidores 'legalidad' en este sentido, es un criterio para distinguir los procederes jurídicos de los no jurídicos, por eso nada indica acerca de su justicia o injusticia."¹⁶⁹

"Los defensores de la legalidad declaran que las leyes deben ser cumplidas y aplicadas porque son leyes, no porque sean justas. De ello se colige que el deber de cumplirlas o aplicarlas existe incluso cuando son injustas."¹⁷⁰

Es tan grande el campo del proceso que tocar a cada uno de los actos procesales que mencionamos anteriormente es motivo de detenernos y hacer comentarios que nos llevarían a profundas reflexiones, trataremos de abordar el tema objeto del proceso, "...entendiendo por objeto no ya el principio o causa de que el proceso parte, ni el fin más o menos inmediato, que tiende a obtener sino la materia sobre la que

¹⁶⁸CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre Derecho Procesal Civil, traducción SENTIS MELENDO, Santiago, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1962. p. 220.

¹⁶⁹GARCIA MAYNES, Eduardo. Positivismo jurídico, Realismo sociológico y iusnaturalismo. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, cuarta edición, México 1989, p. 28.

¹⁷⁰Ibidem.

recae el complejo de elementos que lo integran, parece evidente que, puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión, es esta pretensión misma, que cada uno de los sujetos procesales desde su peculiar punto de vista, trata de satisfacer, el verdadero objeto procesal,"¹⁷¹ o como ya lo expresamos anteriormente el fin "...remoto consiste en lograr la paz social mediante la composición justa de los litigios, el proceso realiza diversas finalidades, así como en biología, se afirma que un órgano del cuerpo humano tiene diversas funciones, que el hígado lleva a cabo procesos de digestión, de producción de glóbulos rojos, y así sucesivamente de manera análoga hay que admitir que el proceso ha sido instituido para realizar las funciones ya mencionadas."¹⁷²

Todo proceso se desarrolla de acuerdo a sus principios que dan un equilibrio, en donde cada uno de los actos procesales responde armónicamente a su objetivo, se dice pues que el "Fin normal del proceso es la obtención de una sentencia que, en forma vinculativa resuelva entre partes una controversia sobre derechos substanciales."¹⁷³

Para iniciar el proceso las partes deberán presentar en su escrito de demanda, el conflicto que les interesa

¹⁷¹GUASP, Jaime. op. cit. p. 211.

¹⁷²PALLARES, Eduardo. op. cit. p. 89.

¹⁷³BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 1.

solucionar, ya que en nuestro sistema jurídico procesal la tutela del Estado, se logra a petición de las partes; "El régimen tradicional, que aún sigue la mayoría de los códigos latinoamericanos, es el de impulso de parte, considerado como una emanación del principio dispositivo"¹⁷⁴ en este caso "...el objeto del proceso es establecido por las partes, lo establece el actor en su demanda quedando él mismo delimitado por lo que controvierta el demandado en su contestación,"¹⁷⁵ así pues para que este objetivo se logre es necesario que el proceso se desarrolle dentro de los principios jurisdiccionales establecidos por la ley, que vienen a ser los que regulan la actividad del juzgador, "...en efecto uno de los deberes que el uso de su potestad jurisdiccional impone a los jueces, es el de cuidar que se guarden las formas de procedimiento, porque ellas han sido establecidas para que los actos procesales produzcan los efectos jurídicos que la ley quiere y el proceso cumpla la finalidad que el derecho desea,"¹⁷⁶ los principios procesales son aquellos que orientan el procedimiento para lograr que el mismo pueda desarrollarse adecuadamente de acuerdo con la naturaleza de la controversia planteada.

¹⁷⁴VESCOVI, Enrique. Los Principios Procesales en el Proceso Civil Latinoamericano, Boletín mexicano de derecho comparado, Universidad Nacional Autónoma de México, año XIV No. 40, México. Enero-abril 1981. p. 235.

¹⁷⁵Ibidem. p. 234.

¹⁷⁶BERG YÁNEZ, Hector. Algunas ideas sobre la actividad jurisdiccional. Revista de derecho, año XLVI, No. 167, Chile, Enero-diciembre de 1979, p. 43.

A continuación vamos a hacer una breve exposición de los principios procesales que en doctrina se establecen, al igual que en la ley procesal.

a. Principios procesales

1). Igualdad de las partes. Las partes deben estar en situación idéntica frente al Juez, por lo cual no debe haber ventajas o privilegios en favor de una ni hostilidad en perjuicio de la otra.

2). Contradictorio. Este principio significa que no puede válidamente establecerse un proceso sin que la parte demandada sea legalmente emplazada a juicio.

3). De la economía procesal. el proceso debe desarrollarse con la mayor economía de tiempo y gastos.

4). De la eficacia procesal. significa que la duración del proceso no debe redundar en perjuicio del vencedor, por lo cual la sentencia debe retrotraer sus efectos al momento en que se entabló la demanda.

5). Principio de protección. Consiste en la posibilidad de pedir la nulidad de actos procesales sólo cuando éstos dejan sin defensa a la parte que lo promueva, misma que debe haber sufrido el agravio respectivo.

6). Principio de la eventualidad. Los actos procesales deben realizarse en el tiempo que la ley establece.

7). Principio de la publicidad. Las diligencias deben ser públicas, es decir pueden ser presenciadas por las partes y también por terceros (salvo algunas excepciones).

8). De la congruencia. El Juez debe juzgar con base en lo probado y alegado y nada más sobre los hechos controvertidos.

9). Principios de concentración. Todas las cuestiones litigiosas, deben ser resueltas en la sentencia definitiva, sin que el proceso se suspenda.

10). De la convalidación. según el cual si el acto nulo no es impugnado se convalida.

11). De la consumación procesal. Las facultades procesales se extinguen una vez que se han ejercitado, sin que pueda repetirse el acto ya realizado.

12). Interés para obrar. Hay interés cuando se justifica una pretensión válida respecto a la aplicación de la norma substantiva en un caso concreto precisamente a favor del promovente y a través de los órganos jurisdiccionales.

13). Dispositivo. El ejercicio de la acción procesal está encomendado en sus dos formas, activa y pasiva, a las partes y no al Juez.

14). Inquisitivo. La iniciación y el ejercicio de la acción procesal, están encomendadas al Juez, que debe proceder de oficio sin esperar que las partes inicien el proceso y lo impulsen posteriormente.

15). De inmediación. Que el Juez actúa junto a las partes.

16). De oralidad. Por oposición al principio de escritura los actos procesales se realizan de viva voz, normalmente en audiencia.

17). De adquisición procesal. La carga de la prueba se limita a la búsqueda de los medios de prueba y a su ofrecimiento al Juez.¹⁷⁷

Estos principios que regulan al proceso, hacen que se dé equilibrio y sustento del mismo, siendo considerado "...el

¹⁷⁷COUTURE J. Eduardo. op. cit. pp. 181 a 200.
PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal. op. cit. pp. 73 a 83.
CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. pp. 52 a 56.
BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. pp. 81 a 83.

mejor medio de solución de la conflictiva social,"¹⁷⁸ claro que tanto la autodefensa como la autocomposición, no dejan de utilizarse como formas de resolver conflictos, en el caso de la primera figura de las tres que mencionamos se prohíbe, constitucionalmente, sólo queda un reducto, que nuestras leyes mexicanas regulan concediendo excluyentes de responsabilidad, como en el caso de la legítima defensa propia, defensa del honor; En el caso de la segunda figura si es muy utilizada dentro y fuera del proceso, "...y puesto que el Estado desempeña su función jurisdiccional con el objeto de tutelar o reconocer intereses individuales o colectivos violados, desconocidos o inciertos, tal misión debe ser cumplida a través de un mecanismo idóneo que garantice efectivamente esa tutela o reconocimiento y la consolidación del interés objeto de la pretensión mediante una decisión del órgano jurisdiccional, tal mecanismo es el proceso."¹⁷⁹

¹⁷⁸GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 41.

¹⁷⁹OBERG YAÑEZ, Hector. op. cit. p. 41.

C. LA JURISDICCION.

Ya hemos dicho que la jurisdicción, acción y proceso son necesarias unas de otras, porque "...son conceptos básicos del derecho procesal,"¹⁸⁰ creemos que no tiene razón de ser uno sin el otro, si hacemos una comparación de la razón, el pensamiento y la idea, también forman una relación entrelazada, o sea que si no hay "razón" no hay pensamiento ni idea, claro que en el primer caso, estamos hablando de estas figuras en el campo procesal, porque si nos referimos a la acción fuera del proceso, esta si se da pero de manera arbitraria, vamos pues a considerar a "...estos tres conceptos bajo el aspecto genérico histórico, tal vez haya aparecido primero la acción en su ejercicio material, luego el proceso y por último la jurisdicción"¹⁸¹ pensando que fue la jurisdicción al aparecer como función del Estado.

Hemos visto en los albores de la humanidad, en donde se utilizaba la fuerza individual para resolver conflictos, que va disminuyendo la arbitrariedad para arreglar divergencias entre particulares, conforme los grupos sociales fueron evolucionando, evolucionaron también las formas de conducirse

¹⁸⁰ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), Universidad Nacional Autónoma de México, Tomo I, primera reimpresión, México 1992. p. 322.

¹⁸¹PODETTI, Ramiro. op. cit. p. 339.

en aras de mantener la armonía de esos grupos, "...por esas razones se insistió a integrantes del conglomerado social, de las funciones indispensables, a fin de facilitar la coexistencia de los intereses encontrados. Primero fue el jefe de la tribu o clan quien reunía los poderes ejecutivos, religiosos, judiciales y militares, como exponente de poder de mando luego el rey y por último el Estado"¹⁸² que desde luego fue muy difícil lograr establecer el orden estatal, cambio que se dió de manera lenta, hasta llegar al "...Estado moderno quien al asumir el monopolio de la fuerza desarrolla su actividad mediante el ejercicio de distintas funciones encaminadas al cumplimiento de las modalidades trascendentes."¹⁸³ porque sólo la función jurisdiccional "...puede decirse que tiene específicamente encomendada la tutela del orden jurídico y la aplicación de la ley, como finalidad suficiente"¹⁸⁴ ya que en el Estado moderno están bien definidas las funciones, porque no es posible que exista "...libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podía disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el Juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el Juez podría tener la fuerza

¹⁸²BACRE, Aldo. op. cit. p. 95.

¹⁸³Ibidem. p. 96.

¹⁸⁴MONTERO AROCA, Juan. En torno al concepto y contenido del derecho jurisdiccional, Editorial Vicente Rico, S. A., Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, No. I, España 1976. p. 197.

de un opresor. Es el poder judicial el que debe tener esta función, y los tribunales deben confiarse a personas salidas de la masa popular, no deben ser fijos, con personas comunes, sin investiduras jerárquicas."¹⁸⁵

Hablar de jurisdicción es sin duda algo complicado, "...nadie puede negar que la jurisdicción se inicia muy confundida porque aunque originaria del príncipe es simultáneamente ejercitada por otros órganos ya sea en el hecho o por el derecho. Durante largos periodos carece de fijeza y no se advierten las líneas que delimitan la competencia funcional dentro del Estado romano, donde acción y jurisdicción son la misma cosa"¹⁸⁶ pese a las dificultades de identidad de la jurisdicción, sabemos que al igual que la acción, "...el derecho a la jurisdicción nace de la prohibición de la autotutela y ésta en general, referida a todas sin atender a sus posiciones procesales, el derecho de defensa jurídica es único y su instrumento, la acción debe ser único."¹⁸⁷

Hemos comentado anteriormente que del análisis específico de los elementos jurídicos, van surgiendo cada día

¹⁸⁵MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. Editorial Porrúa S. A. octava edición, México 1990. p. 105.

¹⁸⁶MERCADER, Amilcar. La acción, su naturaleza dentro del orden jurídico. Editorial DePalma, Argentina 1944, p. 77 a 79.

¹⁸⁷MONTERO AROCA, Juan. op. cit. p. 170.

nuevas figuras, en el caso de la instauración de la jurisdicción acción y proceso, esto se dió precisamente en un momento determinado, en donde ya estaba constituido el Estado también, se constituyeron leyes para regular las funciones del mismo, y dentro de esas funciones, está considerado que "...el fin esencial del Estado, de establecer el respeto del orden jurídico, se logra por diversos medios, uno de los cuales es el de la función jurisdiccional, para proteger a la comunidad contra la anarquía derivada del libre desenvolvimiento de las voluntades de los hombres."¹⁸⁸ Porque, el obrar de los individuos debe ser dirigido por normas, ya que la relación de los hombres en sociedad producen efectos jurídicos, y "...cuando la relación social puede ser estrictamente medida por el criterio de la justicia tendrá el carácter de jurídica."¹⁸⁹ Este movimiento ha provocado como lógica consecuencia una creciente intervención de la administración en actividades que tradicionalmente eran cumplidas por entes privados y regulados por el libre juego de la voluntad de las partes, y por ende una complejidad cada vez mayor en la organización de la figura de Estado.

Pero nos preguntamos, el sentido, la esencia de la jurisdicción, vamos a responder que "...pertenece al número

¹⁸⁸MALDONADO, Adolfo. op. cit. p. 158.

¹⁸⁹BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín. Filosofía del hombre, séptima edición, Editorial Espasa-Calpe Mexicana, S. A. México 1989. p. 174.

de aquellos poderes que toman el nombre de potestades, "190 si la acción es una potestad del particular para hacer valer sus derechos, la jurisdicción es para dirigir, proteger ese mando, cuyas funciones realiza el titular del órgano jurisdiccional, 191 para efecto de dar a cada quien lo suyo sin dejar resentimientos personales, "...propender a definir el derecho de cada uno, estableciendo para ello una serie de poderes y sujeciones, "192 entonces el proceso no es sólo una serie de actos concatenados entre sí, sino que es algo más que eso por tal razón, "...debería denominarse derecho de la actividad jurisdiccional, o en definitiva derecho jurisdiccional."193

"De acuerdo al texto constitucional, al Estado le corresponde institucionalmente asegurar la actuación del derecho objetivo, en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado por los coasociados,"194 el cual después de desarrollar un proceso como consecuencia lógica se obtendrá la sentencia, "...ésta es creadora de situaciones jurídicas nuevas, porque a consecuencia de ella puede constreñirse al obligado a que cumpla con un deber que no

190 CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. op. cit. p. 127.

191 Ibidem. p. 128.

192 BONET NAVARRO. op. cit. p. 45.

193 Ibidem. p. 48.

194 MICHELI, Gian Antonio. Derecho Procesal Civil, traducción MELENDO, Santiago, Editorial Ejea, Argentina 1970 p. 3.

quiso voluntariamente acatar"¹³⁵ esta serie de actos que realiza el órgano jurisdiccional, es pues en su conjunto, una actividad soberana del Estado, dando muestras de una voluntad de dirección, de decisión y de poder, todo ello captado por un sólo ente, el Estado.

Es claro pues que no se puede hablar de acción sin imaginar a la jurisdicción, ya que son estos los elementos de la actividad procesal y la aplicación de la ley a un caso concreto.

De lo antes expuesto podemos decir que la jurisdicción:

- 1°. Es una potestad del Estado.
- 2°. Es una función soberana.
- 3°. Se ejerce dentro de los límites territoriales del Estado.
- 4°. Es único, porque es único el poder del cual emana.
- 5°. Su ejercicio constituye un monopolio del Estado instituido por éste a su favor.
- 6°. Es exclusiva y excluyente, con el alcance que le

¹³⁵BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 6 y 7.

hemos dado a ambos términos.

7°. Interviene como tercero imparcial en el conflicto.

8°. Es un servicio público porque importa el ejercicio de una función pública.

9°. Es indelegable.

10°. Es una actividad secundaria.

a). Porque interviene posterior al conflicto.

b). Se integra por un haz de poderes que van desde la facultad de conocer los motivos de conflicto y decidir conforme a derecho coactivamente el cumplimiento de sus decisiones.¹⁹⁶ Podríamos intentar una breve definición, decimos breve porque es mucho el que hacer del Estado en esta sola figura jurídica, nuestra propuesta dice:

"Es la respuesta soberana, de parte del Estado a la consecución de la estabilidad en las relaciones de los particulares."

En todas las definiciones que existen de jurisdicción

¹⁹⁶Cfr. ZINNY, Jorge Horacio. La Jurisdicción, cuaderno de los institutos número 117, Instituto de Derecho Procesal, Argentina 1973, p. 72.

se expresa la actividad del Estado, el que hacer de los tribunales, claro que cuando se habla dentro de lo procesal, "...a nuestro entender la principal dificultad estriba en la carencia de un concepto claro de jurisdicción,"¹⁹⁷ porque la mayoría de los diferentes autores tratan de expresar su propia propuesta, por ejemplo: "...entendemos por jurisdicción la determinación irrevocable del derecho en un caso concreto, seguida en su caso por su actuación práctica."¹⁹⁸

O bien, esta otra exposición: "...es la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes una determinada situación jurídica controvertida."¹⁹⁹

Así podemos encontrar diferentes definiciones que más que definir al concepto en su esencia definen el que hacer de los tribunales.

¹⁹⁷SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal, Editorial Ariel, España 1969, p. 22.

¹⁹⁸Ibidem. p. 50.

¹⁹⁹BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 5.

NOTA: La propuesta de definición que hacemos, es sencilla, no usamos términos complejos, pero tratamos de captar el gran campo que abarca este concepto.

1. El Juez.

De la misma forma, no es posible hacer comentarios sobre jurisdicción si no hablamos del Juez, que viene siendo la persona en la que se confía este poder, por ser éste el que se encarga, como titular del órgano jurisdiccional; tarea poco sencilla para esta persona, ya que "El Juez tiene un dominio propio, el de la aplicación del derecho, y está profesionalmente preparado para ello. Más se ve constantemente requerido para juzgar cuestiones de simple hecho, que no siempre resultan fáciles y para las cuales puede carecer por completo de preparación; queda abandonado entonces a sus conocimientos generales, a su experiencia de la vida, a su conciencia y, dentro de lo posible su buen sentido común."²⁰⁰

Como autoridad no puede desechar la aplicación técnica del derecho ni tampoco los principios y valores morales que ha adquirido en su formación profesional, como de la vida misma, aunque como ser humano se expone también a la otra cara de la moneda, al error intencional, al mal uso del poder conferido, que podría ser "la arbitrariedad, la incertidum-

²⁰⁰GORPHE, Francois. De la apreciación de las pruebas, traducción de ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Luis. Ediciones Jurídicas Europa-América, Bosch y Cia. Editores Buenos Aires Argentina 1950. p. 110.

bre, el peligro de equivocarse, todo ello falsea la justicia y hay que esforzarse para reducirlo al mínimo."²⁰¹

Hay que tener cuidado, en la selección del personal que el Estado nombra como juzgador, porque ya en funciones, en las resoluciones emitidas, "...la última palabra en derecho la tiene casi siempre el juzgador que está autorizado en caso de duda a juzgar, según la ley que él crearía si fuese llamado a ello,"²⁰² no se descarta también además de las fallas en que puede el Juez incurrir, por ejemplo en donde la ley se utiliza "...para la realización de cambiantes fines políticos, para el fomento o también para la contención de intereses especiales."²⁰³

La actitud asumida por el juzgador para actuar en el proceso debe ser a todas luces de honestidad y probidad moral, porque este deberá ser imparcial ante las partes en el proceso, esto no quiere decir que el Juez no aplique su criterio, porque pueda desoir algún principio procesal, como por ejemplo, no debe intervenir de oficio, pero "...conven-gamos que el Juez no puede evadirse arbitrariamente del status legislativo, pero si adecuar la ley a las circunstan-

²⁰¹Ibidem.

²⁰²BALLUE, Faustino. Esquema de metodología jurídica, Edicio-nes Botas. México 1956, p. 69.

²⁰³BACHOF, Otto. Jueces y Constitución, traducción de BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo. Reimpresion 1987, Editor-ial Civitas, S.A., Madrid, España 1987, p. 51.

cias, con la sana subjetividad de pronunciarse en justicia"²⁰⁴ aunque sea él quien después de analizar el criterio legal que va a aplicarse en determinado negocio, exponga también su punto de vista, no puede ser tan rígido, cuando está frente a un problema jurídico especialmente al decidir si un hecho dado entra dentro de aquellos casos previstos por la ley; igualmente al escoger entre varias normas, o si la ley es oscura o equívoca. Pues la ley no sería sino una indicación del modo como el ordenamiento jurídico debe organizarse: en ella, las partes interesadas encuentran su norma: si la ley es oscura o el sentido jurídico de los particulares es insuficiente, interviene el Juez para establecer la norma en nombre del Estado."²⁰⁵

Nuestra ley fundamental da potestad al Estado, y de manera física es el Juez el que recibe ese gran poder de decidir un derecho, crear, de las relaciones de las partes, una nueva relación, al dictar la sentencia.

²⁰⁴AMAYA, Enrique N. Dr. op. cit. p. 47.

²⁰⁵CHIOVENDA, Giuseppe. Tomo I, op. cit. p. 41.

a. Juez y persona.

En nuestro sistema jurídico, o más bien en nuestro medio judicial, regularmente para elegir a los jueces se ha tomado una práctica de elección, del personal de los tribunales judiciales, que viene siendo el de iniciar una carrera dentro, o como funcionario judicial, y así obtener experiencia e ir ascendiendo jerárquicamente dentro de los núcleos que hay en los tribunales, ya que no existe colegio de instrucción para formación de los jueces.

"El problema del Juez se inserta por tanto en el problema del desarrollo de la personalidad el cual es el desarrollo que transforma al individuo en la persona. El Juez deberá ser elegido entre aquellos que se encuentran en el punto más alto de este desarrollo."²⁰⁶ Como ya decíamos anteriormente "Entre los factores de la personalidad merece tenerse grandemente en cuenta la cultura; pero otro tanto y más la moralidad, la bondad, el amor, para dar al Juez la fuerza de ser otro"²⁰⁷ será así como con estos requisitos verdaderamente tenga capacidad de juzgar.

De ninguna manera el Juez deberá ser igual que las partes que intervienen en el proceso "...el Juez debe ser

²⁰⁶CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y Penal. op.cit. p. 83.

²⁰⁷Ibidem.

considerado superior al que es juzgado; así, pues, es superior, para constituir su superioridad le es conferido el poder."²⁰⁸

Señalaremos los requisitos mínimos del juzgador:

"Nacionalidad, ciudadanía, edad, profesión, experiencia, residencia y apoliticismo."²⁰⁹

En lo que se refiere a la nacionalidad, en el caso nuestro deberá ser mexicano;

Respecto de la ciudadanía, los candidatos sean ciudadanos en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles;

En cuanto a edad en México se precisan como promedio treinta años mínimo, sin perjuicio a que aspiren o sean nombrados jueces menores de treinta años.

Profesión. En el medio mexicano: en propiamente todos los órganos jurisdiccionales sus titulares deben reunir las condiciones de poseer el grado de licenciados en derecho.

Experiencia. Esto significa obviamente que no basta con poseer un título universitario de derecho sino que es necesaria

²⁰⁸Ibidem p. 92.

²⁰⁹CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 154.

la labor efectiva en el campo de lo jurídico, continuada y permanente de preferencia en los quehaceres de increpar justicia.

Reputación. Atributo integrado por la moralidad del candidato en su aplicación personalísima, en su familia, repercusiones sociales.

Residencia. Este requisito en cuanto a los jueces estatales no existe inconveniente por que sean del propio Estado, en cuanto a jueces federales se aplica otro criterio, los jueces no deben tener vínculo ni compromisos derivados de la residencia.

Apoliticismo. No deben militar en motivos políticos.²¹⁰

²¹⁰Ibidem. p.p. 153 a 162.

2. Las partes en el proceso.

a. De las partes es la acción, el proceso y la jurisdicción para tutelarles, esta estructura jurídica la ha creado el hombre para aplicar la ley, así regular conductas, y asegurar el estado de derecho, que es de la manera que hemos aprendido a vivir, puede ser bueno, puede ser malo, pero es la máxima lograda hasta hoy; y que garantiza estabilidad a la sociedad.

Las partes que intervienen en el proceso, son las que por razón de su interés y su pretensión de hacer valer un derecho, accionan poniendo en movimiento o iniciando el proceso, ante el órgano de justicia, por eso decimos que "...son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión, que en el proceso se debate, en tanto que el Juez es el órgano encargado de pronunciarse a favor de quien tenga la razón, acerca de las peticiones de protección jurídica que aquéllos le hayan dirigido."²¹¹

Las partes pueden intervenir en el proceso por sí mismas o por su legítimo representante, "...no siempre se puede ser parte en un proceso, está por ello capacitado para llevarlo en persona,"²¹² quien comparezca a juicio deberá tener capacidad

²¹¹ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972) Tomo I. p. 278.

²¹²KISCH, W. Elementos de Derecho Procesal Civil, traducción de PRIETO Y CASTRO, Leonardo. Editorial Revista de Derecho Privado, cuarta edición. Madrid, España 1932. p. 104.

jurídica.

b. Para hablar de capacidad creemos conveniente analizar que es la capacidad, ésta se define como "...la aptitud de una persona para ser titular de cualquier derecho, de familia o patrimonial, y para hacer valer por sí misma los derechos de que esté investida."²¹³

La capacidad de las personas de acuerdo a la ley civil es de goce y de ejercicio, la primera es "...la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por sí misma o por medio de un representante figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar los cargos inherentes a dicha situación o relación."²¹⁴

La segunda o la capacidad de ejercicio puede definirse como "...la aptitud de una persona para participar por sí misma en la vida jurídica, figurando efectivamente en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar los cargos inherentes a dicha situación, siempre por sí misma."²¹⁵

²¹³BONNECASE, Julien. Elementos de Derecho Civil T.I, traducción de CAJICA Jr. José M. Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985. p. 377.

²¹⁴Ibidem.

²¹⁵Ibidem. p. 378.

"La capacidad pues, es uno de los atributos más importantes de la persona ya sea física o moral; en el caso de las personas físicas"²¹⁶ se adquiere por nacimiento y se pierde por la muerte, pero desde el momento en que un individuo es concebido, entra bajo la protección de la ley.

"En el caso de las personas morales, obran y se obligan por medio de los órganos que las representan."²¹⁷

Cuando a una persona se le lesiona en su derecho, puede ésta, solicitar la intervención de los órganos jurisdiccionales, para que conozcan de dicha lesión, y mediante la sentencia pueda resarcir esa lesión, pero desde luego tendrá que ser capaz para ello.

Respecto a la capacidad civil, ya hemos explicado como deben presentarse las partes al proceso, así lo establece la ley procesal "Todo el que, conforme a la ley, está en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comparecer en juicio."²¹⁸

"Será optativo para las partes acudir asesoradas a las audiencias previas y de conciliación y de pruebas y alegatos, y

²¹⁶Cfr. Artículo 22 del Código Civil para el Distrito Federal.

²¹⁷Cfr. Artículo 27 del Código Civil para el Distrito Federal.

²¹⁸Artículo 44 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

en este supuesto los asesores necesariamente deberán ser licenciados en derecho, con cédula profesional y en legal ejercicio de su profesión."²¹⁹

De este ordenamiento se desprende una modalidad de parte, la cual da la opción de presentarse por sí mismo o por legítimo representante, cuando la parte interviene por su interés o contra del cual se provoca la intervención del órgano jurisdiccional, vendrá a ser parte en sentido material; y a la persona que no le de ningún perjuicio ni beneficio la relación jurídica procesal, será parte en sentido formal,²²⁰ o sea este precepto es referido a los representantes legítimos o los que deban suplir su incapacidad;²²¹ Con esto queda claro quienes van a intervenir en el proceso, únicamente quedaría por exponer la legitimación en la causa "...al que posee plena capacidad negocial y reclama judicialmente un derecho, que absolutamente no le pertenece sino a un tercero, no le falta para la realización de este derecho, la capacidad procesal, pero sí la legitimación en la causa."²²²

Las partes se presentan en juicio por su propio interés, obran, actúan, impulsan el proceso formando una relación jurídica, se habla por eso, de una posición activa de ellos además

²¹⁹Artículo 46 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²²⁰BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 21.

²²¹Artículo 45 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²²²KISCH, W. op. cit. p. 108.

de pasiva."²²³

"Nunca se ha dudado que el derecho procesal civil determina las facultades y los deberes que ponen en mutua vinculación a las partes y al tribunal, pero de esa manera se ha afirmado también que el proceso es una relación de derechos y obligaciones recíprocos, es decir, una relación jurídica."²²⁴

En el ejercicio de la acción las partes solicitan del órgano jurisdiccional su intervención, este en atención a esta petición responderá, atendiendo la petición y "...como sabemos el proceso, es, según las teorías más aceptadas, una relación trilateral del Juez y las partes."²²⁵

En suma todos los principios en que se funda esta relación son los que precisan entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y en que momento se puede dar un proceso.

Acuden otras personas al proceso, que pueden ser afectadas por la relación jurídica, procesal.

c. Hay otros individuos que comparecen al proceso, que

²²³CARNELUTTI, Francesco. op. cit. p. 104.

²²⁴BULOW, Oscar Von. op. cit. p. 1.

²²⁵VBESCOVI, Enrique. Los Principios Procesales en el Proceso Civil Latinoamericano. Boletín mexicano de Derecho comparado, UNAM, año XIV No. 40 enero abril, México 1981 p. 229.

se les llama terceros y que "...son ajenos a la relación sustancial, es el de algunos particulares auxiliares del juzgador, por ejemplo el testigo, el perito, el mismo abogado;"²²⁶ Estos terceros intervienen en el proceso como auxiliares, colaboradores del juzgador, pero no están involucrados en el conflicto que se está dilucidando en el proceso;

d. "Frente a esos terceros ajenos a la relación sustancial existen otros terceros que no son ajenos a dicha relación, en razón de que su esfera jurídica puede verse afectada por la resolución que se dicte en el proceso."²²⁷ En este caso son llamados a juicio, por existir un vínculo entre las partes y el tercero involucrado; "Tenemos al respecto los siguientes casos: 1. tercero llamado en garantía, 2. tercero llamado en evicción, 3. tercero al que se le denuncia el pleito por cualquier otra razón."²²⁸

e. Por otro lado, además de los terceros, que no les afecta la relación jurídica procesal, existen otros de nombre terceristas, los cuales vienen al proceso por su propio interés, puede afectarles la resolución que dicte el Juez en el proceso, al efecto nuestra ley procesal establece: Los terceros coadyuvantes se consideran asociados con la parte cuyo derecho coadyuvan, estos terceros colaboran, se adhieren a una de las

²²⁶GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 274.

²²⁷Ibidem.

²²⁸Ibidem.

partes, para lograr las pretensiones de la parte con la cual coadyuvan.

f. Es diferente la tercería excluyente de dominio, ya que a éste se le afectó directamente su esfera jurídica, y vendrá al proceso para acreditar que tiene dominio sobre el bien o los bienes que se le afectaron, en el desenvolvimiento del proceso, las tercerías excluyentes de dominio deben de quedarse en el dominio que sobre los bienes en cuestión o sobre la acción que se ejercita alega el tercero.

g. Por último la tercería excluyente de preferencia debe fundarse en el mejor derecho que el tercero deduzca para ser pagado.²²⁹ Es decir, comparece al proceso alegando tener preferencia, en el caso de ejecución de los bienes motivo de la controversia.

²²⁹Cfr. Artículos 656, 659 y 660 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CAPITULO CUARTO

LA ACCION COMO IMPULSO DEL PROCESO

A. LOS ACTOS PROCESALES.

1. Las partes al hacer valer sus pretensiones en el ejercicio de la acción lo hacen por medio de la demanda, dando lugar a una iniciativa, a una manifestación de voluntad en busca de proteger sus intereses personales o intereses de otros, atrayendo y poniendo en marcha la actividad jurisdiccional; esta actitud de movimiento que asume el órgano de justicia es el principio de una serie de actos procesales, actos que requieren de "impulso", dentro del proceso mismo, vamos a denominar "...impulso procesal, al fenómeno por medio del cual se asegura la continuidad de los actos procesales y de su dirección hacia el fallo definitivo"²³⁰ o bien, se entiende "...todo acto de la voluntad humana realizado en el proceso y que tenga trascendencia jurídica en el mismo, o lo que es igual, que en alguna forma produzca efectos en el proceso."²³¹

²³⁰COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 172.

²³¹PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal Civil, segunda edición Editorial Porrúa. México 1965. p. 89.

Hemos dicho repetidas veces que de una relación jurídica entre particulares, se producen consecuencias jurídicas, la persona que resulta afectada en su derecho, pretende hacer valer ese derecho ante un tribunal, desde este momento trata, busca prepararse para ello y se hace de elementos que le garanticen la actuación del tribunal y seguridad para lograr que se le pague o que se le cumpla o reivindique su derecho, "...debe observarse que tal función se vincula a la exigencia de tutela de posiciones jurídicas, que encuentran ya reconocimiento en normas jurídicas primarias, de manera que el recurrir al Juez se vincula a la necesidad para el sujeto de presentar una demanda con la que este último hace valer una pretensión, pidiendo un tipo de tutela que sólo el Juez mismo, como se ha visto puede conceder"²³² para lograr formular esta demanda se requiere observar las siguientes prescripciones:

1. La competencia, capacidad, la capacidad procesal de las partes (persona legítima para estar en juicio) y la legitimación de su representante.

2. Las cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil.

3. Redacción y comunicación (o notificación) de la

²³²MICHELI GIAN, Antonio. op. cit. p. 18.

demanda y las obligaciones del actor por las cauciones procesales.

4. El orden entre varios procesos.

En suma, en esos principios están contenidos los elementos constitutivos de la relación jurídica procesal, que son los presupuestos procesales.²³³

Con estos elementos que se mencionan se puede ir al proceso, ahora bien el paso siguiente, paso o acto, lo denominaremos fase "postulatoria" en donde se "...satisface el requisito fundamental del planteamiento de la cuestión que habrá de resolverse; corresponde la carga de la aportación de ese elemento, a quien pretende la actuación del órgano público, debe aquí el interesado, explicar sin lugar a dudas a equivocaciones, que es lo que pretende del órgano jurisdiccional, que fundamentos de derecho lo legitiman, para actuar en defensa de un pretendido bien protegido"²³⁴ el Juez en este caso, debe revisar minuciosamente dichos elementos presentados por el pretendiente, porque de esto depende la admisión, prevención o rechazo de la misma; "...explicando también el carácter con que se presenta o defenderlo y cuales son las razones por las que debe intervenir el órgano público en la composición del conflicto expresando con toda claridad, en que consiste éste, como ha surgido y con

²³³BULOW, Oscar Von. op. cit. p. 6.

²³⁴MALDONADO, Adolfo. op. cit. p. 233.

quienes, y cual es la forma en que pretenda que deba ser compuesto." ²³⁵

El tribunal una vez haya analizado este planteamiento, con la misma precisión tendrá que recibir la antítesis del demandado, y de aquí la necesidad de llamarlo al proceso, en la forma dispuesta para que se le tenga como legalmente constituido en parte de la relación procesal, y una vez en aptitud de conocer la demanda para que la conteste con pleno conocimiento de ella, "...planteando a su vez, la forma de defensa que estima procedente y adecuada, así, quedan establecidos los términos de la disputa dentro de los cuales ha de oponerse la composición obligatoria mediante la providencia jurisdiccional;" ²³⁶ Pero antes de entrar en el desarrollo de cada uno de los actos procesales, vamos a volver a la secuencia inicial del desarrollo de este punto temático, del cual nos desviamos un poco para dar explicación, de la fase postulatoria, o la violación en su esfera jurídica, de la persona que realiza el acto, así como de la legitimación de quien lo ejecuta, nos vamos a referir ahora a la "...voluntad, que no esté viciada por error, violencia, fraude o mala fe, también la licitud del acto mismo, observando las formalidades prescritas por la ley." ²³⁷

En ocasiones pueden darse actos de voluntad viciados,

²³⁵Ibidem.

²³⁶Ibidem.

²³⁷PALLARES, Eduardo J. Derecho Procesal Civil op. cit. p. 90.

por alguna de las formas antes señaladas, debido a que las partes pueden actuar con mala fe, por ejemplo pedir más de lo corresponde al actor, o en el caso del demandado, tratar de evadir las peticiones del actor y en ocasiones crear una duda en perjuicio del actor, podría ser contrademandar sin fundamentos; claro está que de acuerdo al Principio de la Congruencia el Juez sólo debe juzgar con base en lo probado y la parte actora como la parte demandada obtendrán justamente lo que les corresponde o lo que se les debe.

Pues bien, vamos a exponer algunos principios que rigen a los actos procesales, pueden ser:

Unilaterales: estos se dan cuando los litigantes hacen sus promociones o sea sus escritos, para impulsar su gestión;

Plurilaterales: por ejemplo los actos de realización de Convenios celebrados por los litigantes, o las resoluciones de un Tribunal Colegiado.²³⁸

Podemos decir también que el error de derecho, por regla general no nulifica el acto procesal.

Los errores son elementos numéricos o materiales, pueden ser rectificadas, e incluso lo son de oficio por el Juez cuando aclara su sentencia.²³⁹

²³⁸Ibidem.

²³⁹Ibidem.

Todos los escritos de las partes y de terceros auxiliares, si bien no son por sí mismos actos procesales, una vez que intervenga el tribunal y los admita y anexe al expediente pasan a ser actos o actuaciones procesales;²⁴⁰

Al violarse un derecho en la esfera jurídica de un individuo, éste, desde ese momento, comienza a buscar asesoría, de manera autodefensiva preparándose a recuperar o exigir quien pretende desposeerlo, o quien trata de evadir una obligación derivada de un crédito a su favor, o por cualquier otro motivo, a este individuo le llamamos sujeto activo, pues bien independientemente de la tutela del Estado, va a realizar actos, movido sólo por el interés, por el vínculo que tiene con el bien, con el derecho, de donde surge el conflicto, estos son actos jurídicos no procesales, dado a que no han caído al campo del proceso, al orden que el proceso estipula a cada acto que lo conforma, el individuo desarrolla estos actos para defender sus intereses es cuando pretende ir al órgano jurisdiccional, realizando actos jurídicos de interés particular, y al solicitar tutela jurídica al Estado por medio de la demanda, el primer acto se realizará en el ámbito de lo procesal, será precisamente la demanda, la cual de llegar al proceso realizará actos jurídicos procesales.

Son actos jurídicos procesales; aquellas manifestaciones

²⁴⁰Ibidem.

de voluntad dirigidas a producir consecuencias de derecho en el ámbito de lo procesal.

El proceso se impulsa al ejercicio de la acción, y desde ese momento se realizan los actos procesales y pueden dividirse en: 1. Actos del Juez, 2. Actos de las partes y 3. Actos de terceros.²⁴¹

En virtud de que los actos que dan inicio al proceso, como por ejemplo la demanda, las impugnaciones, se les considera actos de impulso inicial, también a los actos que sobrevienen de la demanda, como el emplazamiento, contestación de la demanda, oposición de excepciones, se les considera actos de impulso sucesivo.²⁴²

1. Actos del Juez.

Primeramente haremos una clasificación de los actos jurídicos procesales que realiza el Juez en el proceso,

estos son:

a. Actos de notificación.

b. Actos de resolución.

²⁴¹CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 223 y 224.

²⁴²Ibidem.

- c. Actos de apremio.
- d. Actos de corrección.
- e. Actos de ejecución.
- f. Actos de comunicación.

Frente a las partes, sujeto activo y sujeto pasivo está el Juez, el cual como ya hemos expresado va a dirimir o resolver la controversia presentada;

Ahora vamos a detallar de que manera nuestra ley procesal contiene a cada uno de estos actos señalados en el orden previsto;

a. Las notificaciones son actos que realiza el Juez para hacer saber a las partes un acuerdo o resolución dictados en el proceso en que intervienen.²⁴³

Las notificaciones pueden ser:

- 1). personales.
- 2). por boletín.
- 3). por lista de acuerdos.
- 4). por cédula o instructivo.

²⁴³Ibidem. p. 226.

- 5). por oficio.
- 6). por edictos.
- 7). por correo.
- 8). por telégrafos.

Los notificadores deberán practicar las notificaciones dentro de los tres días siguientes al en que reciban el expediente o las actuaciones correspondientes, salvo que el Juez o la ley dispusieran otra cosa. Los infractores de esta disposición serán destituidos de su cargo cuando reincidan por más de tres ocasiones, sin responsabilidad para el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, previa audiencia de defensa ante el Juez o Magistrado correspondiente.²⁴⁴

Nos damos cuenta que las notificaciones, son un quehacer del Juez, de éstas depende la proyección del proceso, hacia otra etapa de una serie de actuaciones que conforman al proceso, por eso el Juez cuando recibe la petición por medio de una demanda, inmediatamente y conforme al turno, dictará el auto conducente, ordenando sea notificado el demandado.

- 1). Las notificaciones personales, vienen siendo aquellas

²⁴⁴Cfr. artículo 110 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

que deben hacerse por el secretario o actuario del juzgado (auxiliares del Juez), desde luego teniendo frente a sí, a la persona interesada y comunicándole de viva voz la notificación que debe dársele.

Es evidente que las resoluciones que deben notificarse personalmente para que surtan sus efectos en relación con la persona notificada, suelen ser de mayor importancia y relevancia, ya que cualquier error o defecto en este importante acto, puede tener consecuencias.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal se hace la siguiente referencia:

"Serán notificados personalmente en el domicilio señalado por los litigantes.

a). El emplazamiento del demandado y siempre que se trate de la primera notificación en el juicio, aunque sean diligencias preparatorias;

b). El acto que ordena la absolución de posiciones o reconocimiento de documentos;

c). La primera resolución que se dicte cuando se dejase de actuar por más de seis meses por cualquier otro motivo;

d). Cuando se estime que se trata de un caso urgente y así se ordene;

e). El requerimiento de un acto a la parte que deba cumplirlo;

f). La sentencia que condene al inquilino de casa habitación a desocuparla y la resolución que decrete su ejecución; y

g). En los demás casos que la ley disponga.²⁴⁵

En algunas legislaciones²⁴⁶ por ejemplo en el Estado de Sinaloa se dispone también la notificación personal de:

1o. El auto que mande abrir el juicio a prueba;

2o. El auto que admita a trámite un incidente, así como el que lo deseche;

3o. La sentencia de fondo e interlocutorias;

4o. El acuerdo que mande hacer saber el envío del expediente a otro tribunal o su recepción;

5o. El auto que aprueba o desapruébe el remate; y

6o. En los demás casos que la ley y el Juez así lo dispongan.

²⁴⁵Cfr. artículo 114 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁴⁶Cfr. artículo 118 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa.

De las notificaciones que acabamos de citar, tenemos el emplazamiento que viene siendo "...el acto formal en virtud del cual se hace saber al demandado la existencia de la demanda entablada en su contra por el actor y la resolución del Juez que al admitirla establece un término (plazo) dentro del cual el reo debe comparecer a contestar el libelo correspondiente."²⁴⁷

Es una de las principales actuaciones procesales que el tribunal debe practicar, en virtud de que por medio de él, el Juez cita a la parte de quien se demanda, porque no citarle es violar el derecho de ser escuchado al demandado, trayendo como consecuencia la nulidad de esa actuación y de las subsecuentes.

El emplazamiento debe hacerse con todos los requisitos establecidos en los preceptos procesales relativos ya que deben observarse una serie de medidas de las cuales anotaremos las siguientes:²⁴⁸

- a. que el notificador busque realmente a la persona;
- b. que se cerciore de que en efecto lo halla en el sitio o domicilio que se señaló en la demanda;
- c. que asiente en acta los pormenores de como se cercioró;

²⁴⁷GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 320 y 331.

²⁴⁸Cfr. CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 219 y 220, artículos 114, 116, 117 y 118.

d. que de no encontrarla a la primera búsqueda le deje un citatorio para que espere;

e. que la hora de citatorio sea adecuada de acuerdo con los datos que de ello reúna, a efecto de que la persona buscada esté en condiciones de esperar al notificador;

f. que sólo satisfecho todo lo anterior, de no esperar la persona a quien debe notificarse, el emplazamiento se redondee dejándole la cédula o instructivo correctos agregándose la copia (legible y cotejada) de la demanda; y

g. que se levante acta pormenorizada de todo lo realizado para emplazar, debidamente firmada y autorizada.

En los preceptos legales citados, encontramos forma y contenido de las notificaciones personales las cuales deberán seguirse a la letra, porque cualquier error o deficiencia en el emplazamiento se sujetará a lo previsto en el artículo 78, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal²⁴⁹ en su primera parte dice:

Sólo formará artículo de previo y especial pronunciamiento la nulidad de actuaciones por falta de emplazamiento.

²⁴⁹Primer párrafo del artículo 78, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

2). Notificaciones por boletín judicial

El boletín judicial es un órgano publicitario del tribunal, puede decirse, que "...como regla general todas aquellas notificaciones que no tengan señalada en la ley una forma especial de realizarse, se harán por medio del boletín judicial."²⁵⁰

3. Notificación por lista de acuerdos

"Se fijará en un lugar visible de las oficinas del Tribunal o Juzgados una lista de los negocios que se hayan acordado cada día, y se remitirá otra lista expresando sólo los nombres y apellidos de los interesados, para que al día siguiente sea publicada en el boletín judicial, diario que sólo contendrá dichas listas de acuerdos y avisos judiciales y que se publicará antes de las nueve de la mañana."²⁵¹

Encontramos el fundamento de este órgano publicitario en la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, artículos 203 y 204.

Con esta lista las partes por medio de sus abogados comparecen diariamente a informarse de los negocios, que en ese

²⁵⁰GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 326.

²⁵¹Artículo 126, primera parte. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

tribunal están ventilando, pendientes siempre del acuerdo que recaerá, sobre el escrito o promociones de impulso para que de acuerdo a lo resuelto, por el tribunal, promover la siguiente etapa de la secuela procedimental.

En estas listas sólo aparece el nombre del actor, sus apellidos, contra quien promueve y clase de juicio, en realidad se tiene que recurrir a los archivos para, enterarse de la notificación.

4) . Notificación por cédula

Esta forma de practicar las notificaciones contempla tres modalidades "...previamente cabe advertir que la cédula de notificación es un documento, el cual contiene fundamentalmente la copia literal de la resolución, por notificarse, el nombre de la persona a quien debe hacerse la notificación, el motivo por el que se hace la notificación por cédula, la naturaleza y objeto del juicio del cual emana, los nombres y apellidos de los litigantes, la identificación del tribunal de donde proviene dicha notificación, así como la fecha en que se extiende ésta, la hora en que se deja y la firma del que notifica."²⁵²

²⁵²GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 325.

Las modalidades son:

- a). Cédula entregada;
- b). Cédula fijada en los estrados o en algún otro lugar;
- c). Cédula inscrita en el Registro Público de la Propiedad.²⁵³

Tal y como lo dispone el artículo 116 y 117 la cédula de notificación deberá entregarse a parientes, empleados domésticos del interesado o de cualquier otra persona que debe ser notificada; se expondrán en todo caso los medios por los cuales el notificador se haya cerciorado de que ahí tiene su domicilio la persona buscada.²⁵⁴

5). Notificación por oficio

"Las notificaciones por oficio hacen referencia a que se trata de hacer saber los proveídos o resoluciones a autoridades en general, a grado tal que en casos de urgencia puede abreviarse el comunicado utilizando la vía telegráfica,"²⁵⁵ cuyo fundamento lo encontramos en el artículo 28 fracción primera, 29 fracción primera y 31 de la Ley de Amparo.²⁵⁶

²⁵³Ibidem.

²⁵⁴Artículo 117 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁵⁵CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 228.

²⁵⁶Artículos 28 fracción primera, 29 fracción primera y 31 de la Ley de Amparo.

6). Notificación por edictos

"Las notificaciones por edictos corresponden a las formas de publicidad que se agotan para hacer saber las determinaciones, dictadas en el proceso, e inclusive las demandas mismas, a aquellas personas de quienes se ignora su domicilio, están ausentes o se desconoce el lugar en que se encuentran.

Los edictos se publicarán por tres veces, de tres en tres días en el boletín judicial y en el periódico local que indique el Juez.

Cuando se trate de inmatricular un inmueble en el Registro Público de la Propiedad conforme al artículo 3047 del Código Civil, para citar a las personas que puedan considerarse perjudicadas. Los edictos se publicarán por tres veces, de tres en tres días, en el boletín judicial del Registro Público y en un periódico de los de mayor circulación, si se tratare de bienes inmuebles urbanos situados en el Distrito Federal. Si los predios fueren rústicos se publicarán además en el Diario Oficial de la Federación en la misma forma y términos indicados. Los edictos se fijarán en lugares públicos.²⁵⁷

²⁵⁷Artículo 122, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

7). Notificaciones por correo y telégrafo

Esta forma de notificar no es muy usual en la actualidad, menos lo es en las grandes ciudades, esto se debe a la premura del tiempo, los negocios deben ser impulsados lo más rápido posible por lo tanto la notificación deberá ser por medio de autoridad judicial, actualmente en algunos juicios y en zonas rurales se siguen utilizando, al efecto Alcala-Zamora y Castillo²⁵⁸ nos dice, que no se puede atribuir el mismo crédito a un simple cartero que a un notificador judicial; aún así nuestra legislación los sigue contemplando,²⁵⁹ como ya dijimos es poco utilizado:

b). Actos de resolución

En todo proceso el Juez va a realizar actos de resolución, el Juez como titular del órgano jurisdiccional ordena el proceso, acude al llamado que las partes le hacen, primero el actor después el demandado; las formas en que el Juez, abre el proceso jurisdiccional a los individuos, por medio de los actos de resolución, podemos decir que son los pronunciamientos de las consecuencias jurídicas producidas o que se mandan cumplir; estos pueden ser:

²⁵⁸ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. op. cit. p. 36.

²⁵⁹Artículo 111, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Autos, decretos y sentencias.

Los autos. Son formas de resolución que tienen influencia en la persecución del juicio y en los derechos procesales de las partes, porque como ya expresamos, por medio de él se ordena resolver lo pedido, o dar a cada quien lo suyo. La Ley Procesal establece en su artículo 79, que las resoluciones son:

I. Simple determinaciones de trámite y entonces se llamarán decretos;

II. Determinaciones que se ejecutan provisionalmente y que se llaman autos provisionales;

III. Decisiones que tienen fuerza de definitivas y que impiden o paralizan definitivamente la persecución del juicio, y se llaman autos definitivos;

IV. Resoluciones que preparan el conocimiento y decisión del negocio ordenando, admitiendo o desechando pruebas, y se llaman autos preparatorios;

V. Decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia; que son las sentencias interlocutorias;

VI. Sentencias definitivas.²⁶⁰

Se puede observar una clasificación más amplia en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal anotado.

El Código Federal de Procedimientos Civiles en el artículo 220 establece:

"Las resoluciones judiciales son decretos, autos o sentencias; Decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; Autos, cuando decidan cualquier punto dentro del negocio, y Sentencias, cuando decidan el fondo del negocio."²⁶¹

La ley es clara con los actos de resolución, por ejemplo los decretos, no son nada complicados "...no requiere satisfacer formalidades especiales, ni requieren invocación de fundamento legal al conceder o denegar lo pedido,"²⁶² asimismo los autos "...tienen siempre trascendencia para la relación procesal establecida o por establecerse"²⁶³ en el quehacer de las partes desde que presente su demanda y al demandado su contestación, y sucesivamente aceptando o negando las actuaciones de las partes y de los terceros en juicio, hasta concluir el proceso con la sentencia, cuyo acto contiene la absolución o condena, "...acto

²⁶⁰Artículo 79, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁶¹Artículo 220, Código Federal de Procedimientos Civiles.

²⁶²CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 232.

²⁶³Ibidem. p. 233.

por el cual el Estado, por medio del órgano de la jurisdicción destinado para ello (Juez), aplicando la norma al caso concreto, indica aquella norma jurídica que el derecho concede a un determinado interés."²⁶⁴

El Juez, desde el inicio del proceso se allega de información por medio de todos los participantes en el proceso, se va formando un criterio, y apoyado en su conocimiento jurídico, decimos que "...existe sentencia en el espíritu del Juez o en la Sala del Tribunal Colegiado, mucho antes del otorgamiento de la pieza escrita, pero para que esa sentencia sea perceptible y conocida se requiere la existencia de una forma,"²⁶⁵ de esa manera se concreta la voluntad del juzgador, también se puede ver, la finalidad del Estado, de tutelar a las partes.

Podemos clasificar a las sentencias, en definitivas e interlocutorias²⁶⁶ "Las sentencias definitivas son las que resuelven un litigio principal en un proceso. Por el contrario, la sentencia interlocutoria, según la etimología de interlocutorio, es aquella que resuelve una cuestión parcial o incidental, dentro de un proceso."²⁶⁷

²⁶⁴Ibidem. p. 234.

²⁶⁵COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 290.

²⁶⁶Artículo 79 fracción V y VI del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁶⁷GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil. op. cit. p. 131.

c. Los actos de apremio

Actos o medios de apremio, se definen "como el conjunto de instrumentos jurídicos a través de los cuales el Juez o Tribunal puede hacer cumplir coactivamente sus resoluciones,"²⁶⁸ el Juez con su potestad jurisdiccional, puede utilizar estas medidas para que así se cumplan y se obedezcan sus resoluciones, ya sea aplicando una multa, la cual puede duplicarse en caso de reincidir, puede pedir auxilio a la fuerza pública, hasta romper cerraduras de ser necesario, cateo de domicilio, y hasta utilizar el arresto de ser posible; son frecuentes en el desarrollo del proceso estas medidas dictadas por el Juez, ya que pueden darse incidentes de conflictos entre partes y es necesario apremiarlos, para que cumplan el mandato jurisdiccional,²⁶⁹ el empleo de estos medios es un ejemplo claro y evidente del ejercicio de la potestad de los órganos jurisdiccionales.

d. Actos de corrección

"Las correcciones disciplinarias, son aquellas que puede imponer el juzgador, para lograr orden, consideración y respeto, así como el adecuado comportamiento de los sujetos procesales, en los actos y en las audiencias judiciales,"²⁷⁰ se da el caso

²⁶⁸Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, T. III, op. cit. p. 2095.

²⁶⁹Artículos 61 y 73, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁷⁰Cfr. Diccionario Jurídico Mexicano, T. I, op. cit. p. 754.

del desorden en el recinto jurisdiccional, entre partes, ya sea actor y demandado o sus asesores, o simplemente actos provocatorios en otros improperios.

Las correcciones disciplinarias son medidas correctivas que las partes, sus representantes, terceros, inclusive, algunos particulares que asisten al desarrollo a alguna diligencia judicial, se hacen acreedores, por no guardar orden, en cualquier actuación judicial; "las correcciones de acuerdo a la ley son cercanas a los medios de apremio, el Estado debe hacerse respetar en lo concerniente a la consideración y decoro que se merece, en la inteligencia que mucho más respeto se reserva, ya tradicionalmente, a los funcionarios judiciales."²⁷¹

La ley procesal contempla las correcciones disciplinarias de manera que, secretarios, jueces y magistrados puedan exigir desde luego a petición de parte, todas las medidas necesarias, establecidas por la ley, para prevenir o sancionar actos tendientes a provocar el desorden o las faltas de respeto al titular del órgano jurisdiccional, al igual que los medios de apremio, estos van desde el apercibimiento y amonestación; esto es cuando la falta no es grave, la multa, la suspensión; este último punto es considerado, "...son aplicables a los subalternos del Juez, o del órgano jurisdiccional que se trate,"²⁷² se habla de suspensión de empleo.

²⁷¹CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 240.

²⁷²Ibidem.

e. Actos de ejecución

Este tipo de actos a decir del Maestro Cortes Figueroa Carlos; "...son parte de un capítulo demasiado escabroso y en el que se debaten los autores al través de especulaciones tan disímbolas, que dan la impresión de ser insuperables."²⁷³

Eduardo Couture habla de la actuación práctica de la sentencia, que dependiendo el tipo de sentencia vamos a entender por ejecución, "...ya que la sentencia limita su eficacia a una mera declaración del derecho, puede establecer una condena en contra del obligado; puede constituir un estado jurídico nuevo, inexistente antes de su aparición, o puede limitarse a ordenar medidas de garantía;"²⁷⁴ este mismo autor distingue a la ejecución y dice: Ejecutar es, a su vez, realizar, cumplir, satisfacer, hacer efectivo y dar realidad a un hecho.

"Se habla de ejecución de las obligaciones para referirse a la acción mediante la cual el deudor cumple con lo que debe, dando, haciendo u omitiendo alguna cosa."²⁷⁵

Entonces ejecución de sentencia será poner en práctica la decisión jurisdiccional en el fallo definitivo o conclusión del proceso, o bien "...es la realización material, la mutación en el ámbito fáctico, que es una consecuencia de lo que la

²⁷³Ibidem.

²⁷⁴COUTURE, Eduardo J. op. cit. p. 440.

²⁷⁵Ibidem. p. 436.

sentencia ha ordenado."²⁷⁶

Claro está que existen algunas sentencias que no "...admiten ejecución porque los efectos que provocan en el mundo jurídico se dan por la resolución misma,"²⁷⁷ como ya anotamos anteriormente.

Lo cierto es que nuestra ley somete a las sentencias que sí admiten ejecución, a los medios de apremio, y es aquí donde surge la confusión, si la ejecución de sentencia es un acto jurisdiccional o administrativo en virtud de que la decisión jurisdiccional ya está dada ya existe resolución, si consideramos lo que es sentencia: "Es la resolución que pronuncia el Juez o tribunal para resolver el fondo del litigio, conflicto o controversia, lo que significa la terminación normal del proceso."²⁷⁸ "...que las partes agotaron todas las actividades que legalmente están obligadas a realizar,"²⁷⁹ razón por la cual Lois Estévez José,²⁸⁰ hace evidente el carácter administrativo de la ejecución.

Son pues facultades que pueden emanar de la potestad del órgano estatal, pero consideramos que, la crisis a que se refiere, Carlos Cortes Figueroa, precisamente se percibe al

²⁷⁶GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 394.

²⁷⁷Ibidem.

²⁷⁸Diccionario Jurídico Mexicano T. II p. 2891.

²⁷⁹BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 169.

²⁸⁰ESTEVEZ, Lois José. Citado por GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 395.

ejecutar la sentencia, creemos que nuestro proceso para ser más preciso, debiera de resolver o contemplar dentro de su ámbito jurisdiccional, la cuestión de la ejecución y dar a cada quien lo suyo, o lo que le pertenece, esto desde luego se haya sin realizar actos de administración.

f. Actos de comunicación

Los jueces en el desarrollo del proceso requieren en ocasiones de comunicarse con autoridades no judiciales "...cuyos destinatarios son otros organismos o entes de autoridad no judiciales"²⁸¹ estos se comunican por oficio, que es una forma de informar, ordenar o pedir colaboración, a cualquier autoridad. Tenemos también otra forma de comunicación de tribunal de menor jerarquía a uno de mayor grado, "...se habla de suplicatorio; si el medio de comunicación a la inversa, proviene de una autoridad superior y se dirige a una inferior, se habla de carta, orden o despacho; y por último si el medio de comunicación se dirige de una autoridad de cierto grado a otra de igual rango, entonces se habla de exhorto."²⁸² En ocasiones requieren comunicarse con tribunales de igual jerarquía, en la entidad federativa o con jueces de distinto Estado, por ejemplo del Estado de Sonora al Estado de Michoacán, ya sea que se comunique para pedir auxilio

²⁸¹GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 312.

²⁸²Ibidem.

en cualquier diligencia que se presente en determinado lugar, para buscar datos, información, colaboración de aquellas autoridades, tales medios quedaron entendidos al través de explicar el exhorto, "...que en su genérica connotación, se afirma que es un despacho que libra un Juez a otro para que mande a dar cumplimiento a lo que le pide, y que desde el punto de vista jurídico, son comunicaciones escritas que los jueces dirigen a otros jueces de distintas circunscripciones territoriales, con el propósito de requerirles el cumplimiento de determinadas diligencias,"²⁸³ estas diligencias pueden ser, notificaciones ya sea solicitando la comparecencia de terceros, en el proceso, testigos, o cualquier otro tipo de diligencia.

El exhorto es "...un medio de comunicación procesal entre autoridades judiciales de igual jerarquía, que debe emitirse cuando alguna diligencia judicial deba practicarse en lugar distinto al juicio. La autoridad judicial que emite el exhorto, se denomina exhortante y la que lo recibe o a quien está éste dirigido, exhortada."²⁸⁴

El Código de Procedimientos Civiles del distrito Federal, contiene los actos de comunicación²⁸⁵ al respecto dice:

²⁸³CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 244.

²⁸⁴GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. op. cit. p. 312.

²⁸⁵Artículos 104 al 109, Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

"Los exhortos y despachos que reciban las autoridades judiciales del Distrito Federal, se proveerán dentro de las 24 horas siguientes a su recepción y se diligenciarán dentro de los cinco días siguientes, a no ser que lo que haya de practicarse exija, necesariamente, mayor tiempo".

Aclaremos que los tribunales inferiores podrán practicar diligencias ordenadas por medio de exhortos de parte de tribunales superiores.

2. Actos de las partes

Las partes realizan actos inclusive desde antes de llegar al proceso, ya que se realizan actos desde una etapa preparatoria, antes de llegar al proceso, estos son medios que se toman para prevenir, asegurar que un futuro demandado evada la responsabilidad, en este caso, haciendo valer esta medida preparatoria se asegura el juicio principal, o sea que en ocasiones el demandado deudor obligado, trata por algún medio de no cumplir con el pago de su deuda o el cumplimiento de sus obligaciones, entonces el legislador para preveer este tipo de situaciones creó estas formas de aseguramiento, preparándose el juicio; por ejemplo el artículo 193, establece las formas que existen de preparar un juicio; como explicamos anteriormente estos medios o actos procesales, fueron implantados por el legislador para garantizar el ejercicio de una acción futura, y tener seguro el camino hacia el proceso, esto es en el caso de

que el deudor u obligado se ausentara con el crédito insoluto. Aquí se ve claramente como el derecho, valiéndose de diversos cauces, va surgiendo, se va creando, adecuándose a las necesidades de los individuos que conformamos la sociedad, componiendo este derecho, respecto del momento histórico que se vive, aunque poco nos demos cuenta de ese cambio, porque las modalidades jurídicas creadas, en cada momento son día a día diferentes, por ello deberán implementarse medidas disponibles para los sujetos de derecho tanto los actos preparatorios del juicio, o medios preparatorios como los llama la ley, son medidas eficaces para preparar un juicio, como las providencias precautorias, estas para el aseguramiento de bienes o el arraigo, ya que no deja la posibilidad al demandado de evadir su responsabilidad a la parte demandada.

En estas dos formas iniciales o actos iniciales preparatorios, vemos claramente que los mueve el interés, la pretensión y la acción, porque sin estas figuras (que son como el motor de todos los actos), no habría movimiento.

Las partes al pedir la tutela del órgano jurisdiccional como ya quedó claro, van a realizar una serie de actos, tendientes a producir consecuencias de derecho, pero ya dentro del proceso, estos se denominan "...actos de impulso inicial y actos de impulso sucesivo."²⁸⁶ Los actos de impulso inicial, son

²⁸⁶CORTES FIGUEROA, Carlos. op. cit. p. 224.

aquellos que inician el proceso, inician la instancia, y son la petición, la denuncia, la querrela, la queja, el reacertamiento o recurso administrativo, y la acción. Estos puntos que mencionamos ya están contemplados en el apartado 3 del inciso 6, del capítulo primero del presente trabajo.

Ya hablamos del impulso que provoca el ejercicio de la acción, enseguida nos vamos a referir a los actos de impulso sucesivo los cuales encontraremos segregados en los preceptos procesales, a los cuales nos vamos a referir:

a. Actos de documentación.

A la demanda así como la contestación deberán acompañarse necesariamente los siguientes documentos:

1. El poder que acredite la personalidad 2. el documento o documentos que acrediten el carácter con que el litigante se presente en juicio, en el caso de tener representación legal de alguna persona o corporación, copia del escrito de los documentos para correr traslado, documentos o documentos en que el interesado funde su derecho;²⁸⁷

"La forma de aportar al proceso elementos de prueba por

²⁸⁷Cfr. artículos 95 y 96 el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

medio de escritos, por lo tanto, el documento es una cosa que contiene la representación material a través de signos, símbolos, figuras o dibujos de alguna idea o pensamiento.²⁸⁸

Encontramos entre los medios de prueba documental de acuerdo a la ley, "...los instrumentos públicos y los documentos privados, medios que en lenguaje usado en los tribunales se les designa con el nombre genérico de prueba documental o bien prueba literal."²⁸⁹

En sentido general por documento se "...entiende todo escrito en que se halla consignado algún acto."²⁹⁰

Son documentos públicos:

I. Los testimonios de las escrituras públicas otorgados con arreglo a derecho y las escrituras originales mismas;

II. Los documentos auténticos expedidos por funcionarios que desempeñan cargo público en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones;

²⁸⁸PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal. op. cit. p. 402.

²⁸⁹MATEOS ALARCON, Manuel. Las Pruebas en Materia Civil, Mercantil y Federal, tercera edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1988 p. 121.

²⁹⁰CARAVANTES. T. II, p. 144, citado por Mateos Alarcón, Manuel, supra p. 121.

III. Los documentos auténticos, libros de actas, estatutos, registros y catastros que se hallen en los archivos públicos, o los dependientes del gobierno federal, de los Estados, de los ayuntamientos o del distrito Federal;

IV. Las certificaciones de las actas del registro civil, expedidas por los jueces del registro civil, respecto a constancias existentes en los libros correspondientes;

V. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos públicos expedidas por funcionarios a quienes compete;

VI. Las certificaciones de constancias existentes en los archivos parroquiales y que se refieren a actos pasados antes del establecimiento del Registro Civil, siempre que fueren cotejados por notario público o quien haga sus veces con arreglo a derecho;

VII. Las ordenanzas, estatutos, reglamentos y actos de sociedades o asociaciones, universidades, siempre que estuvieren aprobados por el gobierno general o de los Estados y las copias certificadas que de ellos se expidieren;

VIII. Las actuaciones judiciales de toda especie;

IX. Las certificaciones que expidieren las bolsas

mercantiles o mineras autorizadas por la ley y las expedidas por corredores titulados con arreglo al Código de Comercio;

X. Los demás a los que se les reconozca ese carácter por la ley.²⁹¹

Y como documentos privados se les reconoce:

"A los vales, los pagarés, libros de cuentas, cartas y demás escritos firmados o formados por las partes o de su orden que no estén autorizados por escribanos o funcionario competente."²⁹²

En la prueba documental uno de los medios más significativos para hacer llegar al proceso elementos fehacientes, de pleno valor, brindando al juzgador una mayor claridad y fundamentación, para cuando se llegue el momento de dictaminar, tener una mayor comprensión y seguridad para dictar el fallo.

²⁹¹Cfr. Artículo 327 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁹²Artículo 334 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

b. Actos de comparecencia.

Actos mediante los cuales el Juez fija día y hora para desarrollar una diligencia judicial.

Dado a que en nuestro sistema procesal, como ya quedó explicado, el Juez interviene en el proceso, a petición de parte porque no puede intervenir de oficio, como dijimos anteriormente los órganos jurisdiccionales están limitados, para intervenir, ya que el "...primer límite a la actividad jurisdiccional es, en consecuencia, la demanda inicial. Sin demanda de parte, el Juez no sólo no tiene obligación, sino que tampoco tiene facultad de fallar, ni de iniciar un procedimiento, no puede dictar de oficio una sentencia favorable al actor, estando la actuación de la ley condicionada por la demanda de parte."²⁹³

Por este motivo en nuestro sistema procesal, los particulares iniciaron el proceso con su escrito inicial de demanda, y desde ese momento, entraron al campo jurisdiccional, expuestos por su interés y pretensiones a comparecer ante el juzgador cuantas veces así lo requiera la etapa procesal correspondiente, para ello el Juez fijará día y hora para desarrollar las diligencias judiciales de la ley, por ejemplo: "El que haya de absolver posiciones será citado personalmente,

²⁹³GIUSEPPE CHIOVENDA. op. cit. p. 54.

a más tardar el día anterior al señalado para la diligencia, bajo apercibimiento de que si dejare de comparecer sin justa causa, será tenido por confeso."²⁹⁴ comparecen, tanto el actor como demandado, terceros coadyuvantes, terceros interesados, terceristas, en el desahogo de las pruebas ofrecidas.

c. Actos de exhibición.

Las partes son requeridas por el juzgador a exhibir elementos de prueba, como lo establece el artículo 200, si el tenedor del documento o cosa mueble fuere el mismo a quien se va a demandar, y sin causa alguna se negare a exhibirlos, se le apremiará por los medios legales y si aún así resistiere la exhibición o destruyere, deteriorare u ocultase aquéllos, o con dolo o malicia dejare de poseerlos, satisfará todos los daños y perjuicios que se hayan seguido, quedando además, sujeto a la responsabilidad criminal en que hubiere incurrido. Si alegare alguna causa para no hacer la exhibición, se le oír incidentalmente,²⁹⁵ cuando señalen archivos, libros u otros documentos, precisamente es el quehacer de las partes en el proceso, exhibir todo lo que a la instrucción procesal beneficie, en ocasiones puede omitirse la presentación de ese elemento probatorio o simplemente no lo tenga en su poder la parte que promueve,

²⁹⁴Artículo 309 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁹⁵Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

entonces el Juez ordenará la exhibición de ese elemento.

d. Actos de información.

El Juez desconoce los hechos de la demanda y su contestación, porque tanto el actor acude a los "...tribunales pretendiendo el reconocimiento de su derecho desconocido o violado, y por lo tanto, que alegue la existencia a su favor, de un derecho,"²⁹⁶ este sería el primer acto de información, el contenido de la demanda y la contestación, en donde al admitir el Juez la petición de las partes de irse a juicio, el Juez mandará recibir el pleito a prueba,²⁹⁷ es cuando las partes, están obligadas a probar lo que afirmaron en su escrito inicial, de demanda y contestación o reconvencción, "Esta consecuencia nos conduce también a establecer, como principio fundamental, que aquel que afirma está obligado a probar,"²⁹⁸ en los actos probatorios las partes informan al Juez la verdad de los hechos y éste en base a ello va a dictar su resolución.

"Si las partes no ofrecen ni rinden pruebas, el Juez no puede ir más allá de lo pedido por las partes,"²⁹⁹ si no

²⁹⁶MATEOS ALARCON, Manuel. op. cit. p. 2.

²⁹⁷Artículo 277 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

²⁹⁸MATEOS ALARCON, Manuel. op. cit. p. 84.

²⁹⁹BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 84.

acuden al proceso a informar al Juez por medio de la prueba, éste no irá más allá.

e. Los alegatos o actos de alegación.

Se le denomina así "a la exposición oral o escrita de los argumentos de las partes sobre el fundamento de sus respectivas pretensiones, una vez agotada la etapa probatoria y con anterioridad al dictado de la sentencia de fondo en las diversas instancias del proceso,"³⁰⁰ "...son las deducciones hechas por las partes en sentido formal"³⁰¹ en donde manifiestan al juzgador, la idoneidad de sus pruebas, la consecuencia presuncional lograda, cada uno de los preceptos utilizados, en el desarrollo del proceso son efectivos y aplicables y logran además la verdad de los hechos o bien sea dicho de otro modo "...las argumentaciones jurídicas tendientes a demostrar al tribunal la aplicabilidad de la norma abstracta al caso controvertido, con base en las pruebas aportadas."³⁰²

Al efecto la ley procesal establece que una vez "Concluida la recepción de las pruebas, el tribunal dispondrá que las partes aleguen por sí o por sus abogados o apoderados primero al actor y luego el demandado; el Ministerio Público, alegará también en los casos en que intervenga, procurando la

³⁰⁰Diccionario Jurídico Mexicano T.I. op. cit. p. 137.

³⁰¹Cfr. cita 219.

³⁰²BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 155.

mayor brevedad y concisión."³⁰³

Como podemos ver, el momento o la etapa en el proceso en donde las partes manifiestan su razón, sus argumentos, sus deducciones, independientemente de la aportación y práctica de las pruebas, el Juez oye a la defensa, que manifiesta el criterio de sus apreciaciones de la eficacia de sus pruebas, de la aplicabilidad de la norma y la procedencia de la acción hecha valer, pues no hay en el proceso otra etapa donde se puedan atar cabos, unir las evidencias probatorias y decirselo al Juez, en este momento, lo que quiere decir que son tres criterios los que se enderezan en el proceso, el del actor, del demandado y del Juez, porque habrá ocasiones en que el Juez absuelve al demandado aplicando su criterio, pero el actor mediante el recurso de apelación logra que se confirme, modifique o se revoque esa resolución y le concedan lo pedido al actor, en este supuesto es el criterio, son los argumentos del actor los que prosperaron .

En el caso del demandado, al igual que el supuesto anterior, después de presentar las conclusiones deducidas, los argumentos, y al igual que en el caso anterior, al impugnar dicha resolución se logra que resuelvan en favor del demandado, es el criterio o son los argumentos hechos valer por el demandado los que van a tomarse en cuenta.

³⁰³Artículo 393 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Y en el último supuesto si después que alguna de las partes, apelan a la resolución y esta, se resuelve ratificándose o confirmándose, aquí si se aplicará el criterio del juzgador, también aquí se puede observar el principio de igualdad en el proceso,³⁰⁴ ya que nuestro sistema jurídico, permite plenamente que se analice y se tome en consideración por el órgano jurisdiccional el criterio de las partes en base al principio que mencionamos.

f. Actos de impugnación.

Ya en el punto anterior utilizamos o tocamos de manera breve esta figura, que como podemos ver existe como forma de impugnar, de inconformarse de las partes que intervienen en el proceso.

Se define como un recurso ordinario y vertical a través del cual una de las partes o ambas solicitan al tribunal de segundo grado, un nuevo examen sobre una resolución dictada por un Juez de primera instancia con el objeto de que aquél modifique o revoque, la resolución,³⁰⁵ el propósito de la apelación, es decir que "...se vuelve a trabajar sobre la materia procesal ya decidida, para que su nuevo curso o recurso permita depurar la exactitud o inexactitud de las conclusiones

³⁰⁴Cfr. COUTURE, Eduardo. op. cit. p. 183.

³⁰⁵Diccionario Jurídico Mexicano. T. I op. cit. p. 177.

procesales primariamente obtenidas y que, debido a su autonomía la impugnación se convierte en un verdadero proceso, pues mediante la impugnación, el proceso principal no es simplemente continuado sino que desaparece para dejar su puesto a otro proceso distinto aunque ligado al anterior."³⁰⁶

Queda claro que el juzgador debe ser equitativo, imparcial y congruente al dictar la resolución en el proceso, porque de lo contrario se verá ante un superior que revisará si existen defectos, vicios o errores de la resolución, el cuál con un nuevo criterio, puede si es que existen esas deficiencias, modificar, revocar o confirmar como ya se dijo.

De acuerdo a la ley, "Pueden apelar: el litigante si creyere haber recibido algún agravio, los terceros que hayan salido al juicio y los demás interesados a quienes perjudique la resolución judicial."³⁰⁷

3. Actos de terceros y terceristas en el proceso.

Citado en el presente trabajo, capítulo tercero, inciso C. puntos b, c, d, e, y f.

³⁰⁶BECERRA BAUTISTA, José. op. cit. p. 556.

³⁰⁷Artículo 689, del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

CAPITULO QUINTO

AUTONOMIA DE LA ACCION

A. TEORIA DE LA ACCION.

Es Savigny,³⁰⁶ uno de los autores clásicos que con más claridad ha afirmado la estrecha vinculación entre la acción y el derecho protegido.

La Escuela Clásica de los Civilistas hace las siguientes consideraciones:

-No hay acción sin derecho porque la acción es un elemento de éste, o sea que la acción participa de la naturaleza del derecho, da al derecho un lugar cuando dice: primero el derecho luego la acción; la acción es el derecho que se pone en movimiento por consecuencia de su violación.

-Es el derecho un ejercicio, supone un derecho y la violación del mismo.

De donde se deducen los elementos de la acción según

³⁰⁶SAVIGNY, citado por Hugo Alsina. op. cit. p. 307 y 308.

estos teóricos:

- Un derecho. porque no se concibe una acción sin un derecho que le sirva de fundamento y a cuya protección se dirija.

- Un interés. porque el derecho es un interés protegido por la ley y si el interés falta, la protección desaparece.

- La calidad. porque la acción corresponde al titular del derecho o a quien pueda ejercerlo en su nombre.

- Capacidad. es decir la actitud para actuar personalmente en juicio.

Es en esta etapa donde se vuelve un marcado interés sobre el estudio de la acción.

1. ESTUDIO DE LA ACCION SEGUN WINDSCHEID, BERNARD.

Fue la monografía de Windscheid, la que nuevamente atrajo la atención de críticos, que de inmediato obtuvo respuesta para discutir el paralelismo de la acción romana y la acción moderna.

Exposición de WINDSCHEID, BERNARD³⁰⁹ sobre la acción.

Este autor parte de la base de que en el estudio del Derecho Romano se ha despertado una nueva orientación; considera equivocados los senderos de la orientación vieja, con la nueva orientación trata de eludir el peligro de incurrir en esos errores, el desarrollo de su trabajo lo enfoca a desglosar a la acción, buscando su origen, su relación; exponiendo el criterio romano y su propuesta;

Inicia el análisis con la definición de Celso, no es otra cosa la acción que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe.

Entonces qué se entiende por derecho de accionar? El entiende por derecho de accionar el derecho a la tutela judicial nacido de la lesión de un derecho, es decir, el derecho en el que se transforma un derecho al ser lesionado. A esta definición propone una nueva y dice: Actio no es solamente esto último, es la facultad inherente a todo derecho de requerir la tutela de la autoridad judicial en el caso de que ese derecho fuera lesionado; preexiste a la lesión, más sólo producida ésta, se torna realizable.

Para la conciencia jurídica actual viene primero el

³⁰⁹WINDSCHEID, Bernard. op. cit. p. 7.

derecho, la acción después. El derecho es lo generador, la acción lo generado, el derecho asigna a cada individuo la esfera de señorío en la cual su voluntad es ley, para los demás; el Estado es custodio del derecho. Entonces el ordenamiento jurídico es el ordenamiento de los derechos.

El ordenamiento jurídico no dice tienes tal y tal derecho, sino: tienes tal y tal actio, no le dice en esta relación puedes hacer valer tu voluntad frente a los demás por la vía judicial.

Entonces expresa el autor: El ordenamiento jurídico no es el ordenamiento de los derechos, sino el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles. Confiere derechos al autorizar la persecución judicial. La actio no es algo derivado, sino algo originario y autónomo. La actio está en lugar del derecho no es una emanación de éste, puede tenerse una actio sin tener un derecho y a su vez aún teniendo el derecho puede carecerse de ella.¹¹⁰

En nuestro medio el Juez está sometido al derecho, su misión consiste en realizar las situaciones que este ordena. En cuanto al magistrado romano, no se exagera si se dice que estaba por encima del derecho, en teoría no estaba sujeto a

¹¹⁰Ibidem. p. 8.

él, en la práctica en ocasiones negaba el auxilio, aún estuviera reconocido el derecho para los romanos, pues lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino lo que decía el tribunal.³¹¹

Volvamos a la acción, la acción está pues en el lugar de la pretensión, decir que alguien tiene una acción significa traducido al lenguaje de nuestra concepción jurídica para la cual, la perseguibilidad jurídica es sólo consecuencia del derecho, la acción sirve para designar no la pretensión sino el hecho de hacer valer la pretensión ante los tribunales.³¹²

Es incluso evidente que la actividad del demandado cuando no se limita simplemente a negar la pretensión de la parte actora, sino que le opone una defensa autónoma, es equiparable a la del actor, con la cual el término acción resulta igualmente aplicable a ella.

Las acciones se dirigen hacia una pretensión personal o hacia algo impersonal; se les diferencia aquí, según su objeto, en personales e impersonales.

Del derecho que se dirige hacia una cosa, nace una

³¹¹Ibidem. p. 9.

³¹²Ibidem. p. 14.

pretensión hacia la cosa, mientras que del derecho que se dirige hacia una persona, resulta una pretensión hacia la persona. Para saber si la pretensión se dirige hacia algo personal o hacia algo impersonal debemos saber hacia que se dirige el respectivo derecho.

Ahí llegamos a una clasificación de los derechos personales e impersonales.³¹³

Al hablar del ordenamiento jurídico, dice que cada individuo puede exigir de cualquier otro, que se someta a su voluntad. Pero el objetivo inmediato de esa voluntad no consiste necesariamente en que otro individuo se somete a su voluntad; su contenido inmediato puede ser también el señorío sobre una cosa.³¹⁴

Respecto a los efectos de la litiscontestatio expone el criterio de los romanos:

La opinión dominante tiene en mente y cree expresar al decir que la litiscontestatio consume la acción; Al hacerlo parte de la idea de que antes, y por encima de la actio que ha adquirido realidad por efecto de la litiscontestatio, existe un derecho a la acción en general, del cual

³¹³Ibidem. p. 20.

³¹⁴Ibidem. p. 30.

aquélla no sería sino una manifestación, y que, producida esa manifestación, se extingue.

Para Windscheid, es una opinión equivocada, dice al respecto, si se ve en la acción el resultado de la colisión entre el derecho y su lesión es decir, la reacción del derecho al ser lesionado, la actio deberá tomar la forma de una pretensión a la asistencia judicial in genere, por todo el tiempo hasta que esa violación del derecho haya sido reparada, o se haya decretado que no hubo tal lesión, y si el Estado, por motivos plausibles, concede esa asistencia judicial una sola vez, habrá que decir y podrá decirse que la acción se consumirá por ese acto único de asistencia.

Algo totalmente distinto sucede si la acción no es un atributo del derecho (de la legitimidad), sino un órgano autónomo del ordenamiento jurídico, y ese ordenamiento jurídico reconoce la legitimidad de una pretensión al prometerle un proceso.³¹⁵

³¹⁵Ibidem. p. 76.

2. CRITICA A LA EXPOSICION DE WINDSCHEID POR THEODOR MUTHER.

La siguiente exposición es una crítica que hace MUTHER, a WINDSCHEID respecto al análisis sobre la acción, en su origen, desarrollo y extensión, dicha crítica, inicia este autor, con una exposición de las diferentes tesis de Windscheid;

- La concepción jurídica moderna;³¹⁶
- El ordenamiento jurídico es el ordenamiento de los derechos.
- El derecho viene primero, la acción después.
- El derecho es el generador la acción lo generado.
- Acción es sólo acto de accionar.
- El derecho y el derecho de accionar coinciden (el derecho de accionar es sólo una sombra del derecho, algo que se diluye en éste).
- Por consiguiente el derecho de accionar no tiene existencia autónoma; carece de realidad para la concepción jurídica de hoy.

³¹⁶MUTHER, Theodor. op. cit. p. 207 y 208.

- de tal modo el concepto de derecho de accionar es algo extraño, incluido arbitrariamente y sin necesidad en nuestro sistema jurídico.

- La concepción jurídica romana;

- El ordenamiento jurídico romano no es el ordenamiento de los derechos, sino el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles.

- El derecho no es el prius, ni la acción lo posterior.

- El derecho no es lo generador, ni la acción lo generado, la acción, no necesita de un derecho en que apoyarse; lleva insito su propio derecho.

- La acción es también el acto de accionar, pero acción (actio) tiene además otro significado que es el que aquí nos interesa, según éste la actio es:

- Organó autónomo del ordenamiento jurídico. El ordenamiento jurídico reconoce la legitimidad, de una pretensión prometiéndole un juicio.

- La actio o acción está en lugar del derecho; es

expresión del derecho.

- Actio expresa lo que se puede exigir de otro; significa pretensión.

- Actio es la pretensión judicialmente perseguible, es decir jurídicamente reconocida.

- Derecho y acción no son coincidentes, puede tenerse una actio sin tener un derecho, y a su vez, aún teniendo un derecho, puede carecerse de ella.

- Por tal razón la acción tiene existencia autónoma y no tan sólo al lado del derecho sino sin un derecho.

- Los juristas modernos entienden la actio romana como derecho de accionar, conforme a su entender, es decir suponen siempre que la acción tiene por presupuesto un derecho.

Pero la actio romana no presupone un derecho, y por consiguiente ese derecho de accionar no corresponde a la actio. Ese derecho es algo extraño al derecho romano, y fue introducido en este arbitrariamente.

Después de separar las tesis de Windscheid, Muther expone sus puntos de vista:

- Para la concepción jurídica de hoy, la acción es sólo el acto de accionar.

- El ordenamiento jurídico romano no es el ordenamiento de los derechos, sino el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles; los juristas más modernos han transferido a derecho romano su concepción, según la cual el ordenamiento jurídico es el ordenamiento de los derechos;

- En consecuencia el derecho de accionar es para ellos siempre una emanación de un derecho;

Tal idea falsea al derecho romano, los juristas romanos han incorporado ese falso concepto de derecho de accionar al derecho moderno;

- Para la concepción jurídica moderna la acción es solamente el acto de accionar;

- Para la concepción jurídica romana, la actio no es solamente el acto de accionar sino algo distinto;

- La llamada concepción jurídica moderna según la cual la acción sólo es el acto de accionar, podría ser una opinión subjetiva de Windscheid; porque considera que la actio es el vocablo para designar la pretensión de ahí se deduce: derecho es igual a pretensión;

La actio está en lugar de la pretensión y la actio está en lugar del derecho, de lo que resulta pretensión es igual a derecho.³¹⁷

Las acciones romanas son pues, para nosotros, pretensiones, también podemos sostener que: para nosotros las acciones romanas son derechos; conclusión con la que parecen coincidir las siguientes afirmaciones del autor, ya no podemos distinguir entre derecho y actio ni siquiera por su nombre.³¹⁸

Este autor dice Muther; altera las expresiones y no se puede cabalmente formar un criterio de lo que el entiende por actio.

a. CRITICA AL CRITERIO DE WINDSCHEID RESPECTO DEL DERECHO ROMANO.

-Para los romanos pues, lo decisivo no era el derecho sino lo que decían los magistrados;³¹⁹

-La acción no es una emanación del derecho pero es expresión del mismo, la acción existe por actividad del magistrado;

³¹⁷Ibidem. p. 211.

³¹⁸Ibidem. p. 213.

³¹⁹Ibidem. p. 217.

-El derecho es por lo tanto presupuesto de la acción;

-En cuanto al ordenamiento dice que no existe un ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles.³²⁰

-Los romanos clasifican en :

- Acciones derivadas hacia una cosa.

- Hacia una persona.

- hacia lo impersonal.³²¹

1. Deduce entonces Muther sobre el criterio de Windscheid.

Los romanos clasificaron a los derechos a la par de las acciones, para ellos eran algo autónomo independiente de los derechos pero las acciones serían pretensiones, y dicha clasificación en consecuencia, una clasificación de pretensiones. Una pretensión presupondría un derecho, para saber si la pretensión se dirige hacia algo personal o hacia algo impersonal, debemos saber hacia qué se dirige el respectivo derecho. De tal modo el autor llega finalmente a una

³²⁰Ibidem.

³²¹Ibidem. p. 256.

clasificación de los derechos en personales e impersonales.³²²

3. REPLICA DE WINDSCHEID A MUTHER.

En la réplica que hace Windscheid a Muther sólo reafirma el criterio de su exposición y considera:

La idea central de mi estudio es la siguiente: Hoy en día se entiende por derecho de acciones el derecho que se origina en un entuerto que sufrimos o sea el resultado de la colisión entre el derecho y su lesión.³²³

La actio no tiene por presupuesto esencial la lesión de un derecho, ni tampoco entra en su concepto que se haga valer con ella un derecho, no es algo derivado, sino algo autónomo; no es emanación sino expresión del derecho.³²⁴

1. Respecto a esta polémica de Windscheid y Muther, dada en 1856-1857, se han venido desarrollando una serie de aportaciones a la ciencia del derecho procesal partiendo del criterio de Windscheid y Muther, que "...asevera el primero que lo que nace de la violación de un derecho no es

³²²Ibidem. p. 256.

³²³WINDSCHEID. op. cit. p. 299.

³²⁴Ibidem.

un derecho de accionar como afirma Savigny, sino una pretensión contra el autor de la violación que se transforma en acción cuando se le hace valer en juicio, por lo tanto, para él la acción es la pretensión deducida en juicio en contra del demandado,"³²⁵ la acción es autónoma del derecho sustancial.

Muther³²⁶ por su parte "...contradijo algunos aspectos del pensamiento de Windscheid y sostuvo que la acción es un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha.

Agregó que la acción tiene por presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionado por el derecho subjetivo, es independiente de éste y su regulación corresponde al derecho público. Muther aprobó parcialmente el criterio de Windscheid.

³²⁵ARELLANO GARCIA, Carlos. Teoría General del Proceso, segunda edición. Editorial Porrúa, México 1984. p. 248.

³²⁶Ibidem. p. 249.

4. CRITERIOS A LA TEORIA DE LA ACCION.

A partir de la polémica de Windscheid, Muther, como ya dijimos hubo un gran número de aportaciones por ejemplo Adolfo WACH, en su obra "La Pretensión de Declaración," considera lo siguiente:

" La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial, que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es la naturaleza del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad del derecho público de demandar que compete a cualquiera que dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico sostenga una pretensión de protección del derecho."³²⁷

a. Deduce los siguientes axiomas:

La pretensión de protección del derecho o como suele decirse también en forma demasiado limitada, el derecho de accionar judicialmente, no es el mismo derecho privado subjetivo ni mucho menos la pretensión del derecho civil.³²⁸

³²⁷WACH, Adolfo. op. cit. p. 39.

³²⁸Ibidem. p. 40.

La pretensión de protección del derecho, constituye un derecho relativamente independiente, que sirve al mantenimiento del orden concreto de los derechos privados, por lo cual es un derecho secundario e independiente en cuanto a sus requisitos.

"La pretensión de protección del derecho, es de naturaleza publicista y se dirige por un lado contra el Estado y por otro contra la parte contraria. Aquél debe otorgar la protección del derecho al acto de administración de justicia, mientras que ésta debe tolerarlo.

Con la pretensión de protección del derecho, se ha tenido el puente entre el derecho privado y el proceso."³²⁹

b. CHIOVENDA, Giuseppe, es también expositor de su teoría, empezaremos por ver algunos aspectos de gran trascendencia en la doctrina jurídica.

Cómo surge la acción.³³⁰

Nace por el hecho de que aquél que debía conformarse con una voluntad concreta de ley, que nos garantizaba un bien de la vida, ha transgredido esta voluntad, haciendo que

³²⁹Ibidem. p. 59.

³³⁰CHIOVENDA, Giuseppe. op. cit. p. 24.

busquemos su actuación independiente de la voluntad del obligado. Aún en estos casos, la acción está separada del otro derecho subjetivo (real personal) derivado de aquella voluntad de ley. Los dos son distintos, si bien pueden coordinarse en un mismo interés económico, tienen vida, condiciones diversas y contenido completamente distinto; la voluntad concreta de la ley que corresponde a toda obligación, es mucho más amplia y comprende más que la obligación misma, aunque haya una manifestación de voluntad de los sujetos; mientras la obligación por sí misma, compromete al obligado a procurar al acreedor un bien de la vida, mediante la propia prestación, la voluntad de la ley comprende y garantiza al acreedor, siempre que la prestación no sobrevenga la adquisición de aquel bien que corresponde a la obligación.³³¹

Acción y obligación son por lo tanto, dos derechos subjetivos distintos que sólomente unidos cubren plenamente la voluntad de la ley.

La acción no es la misma cosa que la obligación, no es el medio para actuar, la obligación no es la obligación en su tendencia a la actuación ni un efecto de la obligación, ni es un elemento ni una función del derecho de obligación, sino un derecho distinto y autónomo, que nace y puede extinguirse

³³¹Ibidem. p. 25.

independientemente de la obligación, (la acción de condena se extingue con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, si bien la obligación continúe viviendo).

Entre acción y obligación, existe un nexo estrechísimo, puesto que ambos se apoyan como se ha dicho en la misma voluntad concreta de la ley que garantiza un bien y tiende a conseguirlo.

De aquí que satisfecha una obligación mediante la prestación del obligado, se extinga la acción.

Pero la independencia y autonomía de la acción, son más palpables en los casos en que la acción o tiende hacia un bien que no puede ser prestado por ningún obligado sino que sólo puede conseguirse en el proceso, o tiende hacia un bien sin que haya o que, sin que se sepa si hay derecho subjetivo alguno, en aquel que tiene acción, así, la acción de mera declaración forma parte de la actuación de la voluntad de la ley, también su simple afirmación como voluntad cierta en el caso concreto, cuando fuera incierta.

El interés puede nacer por hechos no imputables a nadie; el interesado puede tener acción para obtener la declaración de la voluntad de la ley aún cuando el obligado no haya transgredido ninguna norma. Aquí nada se pretende del obligado, la acción es independiente del derecho que él tiene que satisfacer.³²²

Por eso la acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual, se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder, está simplemente sujeto a él, la acción se agota con su ejercicio sin que el adversario pueda hacer nada ni para impedirla, ni para satisfacerla, tiene naturaleza privada y pública, según que la voluntad de ley, cuya actuación produce tenga naturaleza privada o pública.³³²

Chiovenda hace resaltar algunos caracteres y dice:

La acción como todos los derechos potestativos, es un poder puramente ideal, es decir el poder de producir determinados efectos jurídicos, (actuación de la ley) declaración de voluntad para lograr efectos, no se requiere acción física, sólo la necesaria para actuar la ley, demanda judicial.

Siendo la acción un poder coordinado a la tutela de un interés, toma la naturaleza de éste y es, por lo tanto, pública o privada, patrimonial o no patrimonial. Si por otro lado, como veremos, frecuentemente el interés al cual se

³³²Ibidem. p. 27.

³³³Ibidem.

coordina, es a la vez contenido de otro derecho correspondiente, de quien actúa hacia el adversario, así la acción asume la función de representar este otro derecho: lo que explica porqué muchas veces en las leyes y en las costumbres se habla de acción como sinónimo de otro derecho.³³⁴

La acción, como en general los derechos, se cede y transmite y es renunciable, pero como existen intereses personales a su sujeto, es decir tan estrechamente inherentes a la persona, que no pueden concebirse en otra, y por lo tanto intransmisibles activamente cuando no se transmite en favor de las sucesiones del sujeto activo. Pasivamente cuando no se transmite en daño de los sucesores del sujeto pasivo.³³⁵

Este autor reconoce la siguiente clasificación de acciones:

reales y personales.

mobiliarias e inmobiliarias.

principales y accesorias.

petitorias.

³³⁴Ibidem. p. 29.

³³⁵Ibidem. p. 30.

Además respecto a la acción como tal, por sí mismo, de poder de actuación, mediante la obra del órgano jurisdiccional, asume tres formas y estas pueden ser:

-De condena, constitutivas, de mera declaración y sumarias.

-Sumarias (fallo provisional, parcial).

-Aseguradoras.

-ejecutivas.³³⁶

Elementos de la acción.

Toda acción consta de tres elementos:

- Los sujetos. Es decir el sujeto activo (actor, poder de obrar). El pasivo, demandado frente al cual corresponde el poder de obrar.

- La causa de la acción. Es decir, un estado de hecho y de derecho, que es la razón por la cual corresponde una acción, y que por regla general, se divide a su vez en

³³⁶Ibidem. p. 36.

dos elementos: una relación jurídica y un estado de hecho contrario al derecho.

- El objeto es decir el efecto al cual tiende el poder de obrar lo que se pide; pagar, restituir, rescisión, a esto se le llama objeto mediato de la acción.³³⁷

c. COUTURE, Eduardo.

Para este autor acción es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamar la satisfacción de una pretensión.³³⁸

Este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad, tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado, pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que asigna un carácter público.

Formas en que se habla de la acción.

De acción en sentido procesal se puede hablar, en tres acepciones distintas:

³³⁷Ibidem. p. 34.

³³⁸COUTURE, J. Eduardo. op. cit. p. 57.

-Como sinónimo de derecho.

-Como sinónimo de pretensión.

-Como sinónimo de provocar la actividad de la jurisdicción.

Se habla entonces de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión "...Es un poder jurídico autónomo"³³⁹ que puede concebirse del derecho material, el contenido de la definición romana no abarca o no comprende las acciones de mera declaración en las cuales no se reclama nada que nos pertenezca o que nos sea debido sino una pura declaración apta para hacer cesar un estado de incertidumbre jurídica. Tampoco abarca las acciones preventivas y algunas constitutivas.

La doctrina tradicional consideró que acción y derecho eran una misma cosa, se llegó a decir, que la acción era el derecho en movimiento o el derecho elevado a una segunda potencia o el derecho con casco y armado para la guerra.³⁴⁰

³³⁹Ibidem. p. 62.

³⁴⁰Ibidem. p. 63.

COUTURE, Eduardo, clasifica las acciones de la siguiente manera:³⁴¹

- Cuando responde al derecho se habla de acción real.
- Cuando responde a la pretensión se habla de acción reivindicatoria.
- Cuando responde al proceso se habla de acción ejecutiva.
- Cuando responde a la jurisdicción se habla de acción penal.
- Cuando responde al fin procurado se habla de acción de divorcio.

La clasificación en declarativas, de condena, constitutivas y cautelares, es una clasificación de sentencias y no de acciones.

Se distingue habitualmente entre acciones ordinarias, y extraordinarias, éstas, a su vez se dividen en ejecutivas y ordinarias, pero esta clasificación no se refiere a la acción sino al proceso, en el cual la acción se hace valer.

³⁴¹Ibidem. p. 80.

Criterio sobre la excepción.

La excepción, es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que se habilita para oponerse a la acción promovida contra él. En este primer sentido la excepción es, en cierto modo la acción del demandado.³⁴²

Diferencia de acción y excepción.

Diferencia entre ataque y defensa, es que en tanto el actor tiene y debe soportar a su pesar las consecuencias de la iniciativa, parece entonces, un paralelo a la acción.

A la teoría de la acción como derecho, le corresponde en cierto modo la teoría también concreta de la excepción, configurada como contraderecho.

Tendencias modernas y sus alcances.

Si la acción es un puro derecho a la jurisdicción, que compete aún a aquéllos que carecen de un derecho material efectivo, que justifiquen una sentencia que haya lugar a la demanda. También debemos admitir que disponen de la excepción todas aquéllas que han sido demandadas en el juicio y que a

³⁴²Ibidem p. 90.

él son llamados para defenderse , para poder oponerse a una demanda no se necesita tener razón. El demandado también puede actuar con conciencia de su sin razón y oponerse a una demanda fundada. Pero su razón o falta de razón no pueden ser juzgadas en el transcurso del juicio para detener o para no dar andamieto a su oposición, sino que se actúa tal como si el derecho a oponerse fuera perfecto, hasta el momento de la sentencia, el demandado con razón o sin ella, reclama del Juez que se le absuelva de la demanda, nadie le puede privar ese derecho.³⁴³

Excepción entonces es el poder jurídico del demandado de oponerse a la pretensión que el actor ha aludido ante los órganos de la jurisdicción.

El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute; por la razón que no se puede repeler de plano la demanda, no se puede repeler de plano la defensa.

No vamos a exponer aquí todos los criterios de grandes juristas, tanto clásicos como modernos y porqué no contemporáneos, sólo haremos resaltar algunos puntos de vista más importantes sobre la teoría de la acción, por ejemplo:

³⁴³Ibidem. p. 95.

d. CARNELUTTI, Francesco; Uno de los más brillantes expositores sobre la teoría de la acción manifiesta:

"...Acción se comprende un sistema de derechos los cuales se dirigen no sólo contra el Juez, sino además contra sus auxiliares, e incluso contra los terceros, para obtener de ellos, aquellas prestaciones sin las cuales el proceso no podría llegar a su fin."³⁴⁴

La acción en cambio se coloca en el número de los derechos subjetivos, más precisamente de los derechos públicos subjetivos.

"...Acción es un derecho de la parte frente al Juez, puesto que le corresponde una obligación del Juez frente a la parte."³⁴⁵

e. CALAMANDREI, Piero; considera que la acción se puede concebir, de conformidad con la teoría que históricamente es preferible, como un derecho subjetivo autónomo (esto es, tal que se puede existir por sí mismo) independientemente de la existencia de un derecho subjetivo sustancial y concreto; dirigido a obtener una determinada providencia

³⁴⁴CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil y penal op. cit. p. 127.

³⁴⁵Ibidem. p. 134.

jurisdiccional, favorable a petición del reclamante.³⁴⁶

f. ALSINA, Hugo, en su análisis sobre la acción expone:

Acción es un derecho subjetivo, mediante el cual se adquiere la intervención del Estado, del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica, ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por propia mano y de haber asumido el Estado la jurisdicción.

Acción y jurisdicción son por lo tanto, conceptos que se corresponden, y llevados a un último análisis podría decirse que la acción es el derecho a la jurisdicción. La pretensión que se deduce en la acción podrá o no prosperar, según que ella esté o no amparada por una norma substancial, pero en cualquier caso, la acción se habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá puesto en movimiento.³⁴⁷

Así concebida la acción, se distingue del derecho substancial, bajo diversos aspectos:

-Por su origen. El derecho nace de un contrato, un cuasicontrato, un delito, un conflicto o deriva de las

³⁴⁶CALAMANDREI, Piero. op. cit. p. 170.

³⁴⁷ALSINA, Hugo. op. cit. p. 332.

relaciones de familia, en tanto que la acción nace del conflicto entre dos personas sobre la existencia, inexistencia o interpretación de un derecho.³⁴⁸

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

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

-Por sus efectos, pues la acción agrega al derecho un nuevo elemento: su efectividad.³⁴⁹

Entonces acción es "...un derecho público contra el Estado, para proteger una pretensión jurídica material;

Es un derecho autónomo de carácter público, el sujeto activo es quien la ejerce y el sujeto pasivo, es el Estado en

³⁴⁸Ibidem. p. 333.

³⁴⁹Ibidem. p. 335.

la persona de los órganos jurisdiccionales.³⁵⁰

Como podemos ver, existen una serie de criterios coincidentes en cuanto a la autonomía de la acción, existen desde luego opiniones diferentes en cuanto si la acción se dirige en contra del Estado, o en contra del Juez, o si es concreta o abstracta, con carácter público, objetivo o subjetivo, con cuyos criterios se ha abierto un panorama positivo en la ciencias del derecho procesal.

5. CRITERIO DEL SUSTENTANTE.

La acción para nosotros, como ya quedó plenamente detallado en el desarrollo del presente trabajo, surge precisamente como un gran acierto en la historia de la humanidad, lo que dió lugar a la supresión de la justicia por mano propia, por la intervención del Estado por medio de sus órganos jurisdiccionales, creándose, y de manera paulatina perfeccionándose el proceso. Nos hemos enterado también del estrecho campo que existe entre acción, derecho, proceso y jurisdicción; planteamos esta aseveración por los siguientes razonamientos:

1. Como hemos visto en el presente estudio la acción

³⁵⁰Ibidem. p. 338.

y el derecho, fueron concebidos por los juristas antiguos como una misma cosa, había una acción para cada derecho, se consideraba a la acción inmersa, intrínseca del derecho material; los avances en el estudio del derecho cambiaron ese criterio, nuestro humilde punto de vista es el siguiente:

Como seres humanos somos entes jurídicos, que desde el momento de ser concebidos, somos sujetos de derechos, estamos entonces conformados por derechos, pudieramos decir derechos materiales como derechos reales, personales, derechos que surgen de las relaciones de los hombres entre sí, como sujetos de crédito etc., pero es necesario proteger esta estructura jurídica, ya que podemos resultar afectados por las relaciones o actuaciones del hombre, en esta forma de sociedad activa, en que vivimos, porque vivimos en una sociedad viva, en movimiento, susceptible de afectaciones; cada individuo posee su esfera jurídica, que puede ser invadida por otro, en actitud lesiva, esa agresión es en contra de nuestra integridad jurídica, y sobre un derecho nuestro, del cual todo sujeto cuando es titular de ese derecho, puede pedir que se le vuelva, o que la lesión que se le ocasionó, le sea resarcida, no es posible recuperar u obligar al individuo que afectó o invadió ese derecho, de manera privada, porque existe un órgano estatal facultado para solucionar el conflicto de interés, que surgió con la alteración de ese derecho lesionado, por lo que se hace necesario la intervención del Estado.

Permítasenos externar nuestro criterio respecto de la acción y el Estado como institución jurídica, que administra justicia por medio de los órganos jurisdiccionales.

2. La acción y el Estado.

Se nos hace conveniente introducir en nuestro trabajo la figura de Estado, y su relación con la acción, por la razón de que el Estado es la institución jurídica que contiene el poder, que contiene la jurisdicción y la decisión sobre la aplicación de la norma al caso concreto que los individuos presenten, como consecuencia de sus relaciones como entes jurídicos,

a. El Estado. "...En general es una organización jurídica, coercitiva de una determinada comunidad"³⁵¹ que desde luego emana poder. El Estado es creado por el hombre como organización superior, que por necesidad el mismo hombre ideó esta organización para ordenar al mismo grupo social en que vive, sus relaciones o bien diremos de manera más clara que para que una sociedad tenga orden, seguridad y respeto por el hombre mismo, fue necesaria la creación del Estado, como órgano superior de dirección de la sociedad, este organismo entonces está dotado de poder por eso "...la

³⁵¹Diccionario filosófico. op. cit. p. 448.

doctrina tradicional distingue tres elementos estatales: el territorio, la población y el poder."³⁵²

El Estado pues "...es un orden jurídico,"³⁵³ característica que el mismo pueblo que lo forma le concede para beneficio de él mismo, lo dota también de soberanía, ya que de acuerdo al texto de nuestra Constitución en su artículo 39 dice: La soberanía nacional reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."³⁵⁴

Así mismo el artículo 40,³⁵⁵ dice: Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación establecida según los principios de esta ley fundamental. Así entonces cada entidad federativa tendrá su cuerpo de leyes encargadas de demarcar sus territorios, de normar su población y en cuanto al poder, podríamos decir que es una facultad o jurisdicción, para administrar y aplicar justicia, que recaería esta función en una persona, o bien en

³⁵²KELSEN, Hans. op. cit. p. 247.

³⁵³Ibidem.

³⁵⁴Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁵⁵Ibidem.

un representante de un órgano o institución, claro que estamos refiriéndonos al Estado como órgano de jurisdicción "...porque la persona que cumple una función determinada por el orden jurídico tiene el carácter de órgano. Tales funciones, sean de creación o de aplicación de normas tienen en última instancia, a la ejecución de una sanción jurídica."³⁵⁶

Estos órganos de justicia que actúan en la aplicación de las normas encuentran también sustento constitucional en el artículo 116, fracción III que establece que: "El poder judicial de los Estados se ejercerá por los tribunales que establezcan las constituciones respectivas,"³⁵⁷ ya en este texto constitucional podemos observar el ejercicio del poder del Estado, por medio de tribunales, "...así el derecho moderno aparece como un producto de la voluntad general de la comunidad. Es aprobado conforme a las reglas previamente establecidas en la Constitución."³⁵⁸

Vemos entonces, que los órganos jurisdiccionales, tienen esa facultad, ese poder de decidir, de aplicar la norma jurídica en beneficio de los individuos, con un poder público que emana del conjunto de estos individuos, como así

³⁵⁶KELSEN, Hans. op. cit. p. 229.

³⁵⁷Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

³⁵⁸PANTOJA, David. Reflexiones y notas en torno a una Teoría del Estado. Lecturas de Sociología y Ciencia Política, del Doctor SANCHEZ AZCONA, Jorge. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, México 1987. p. 181.

lo dice el texto Constitucional, entonces quienes conforman un Estado, tienen poder, y lo pueden hacer valer cuando así lo requieran, por ejemplo en la violación que se le haga de su derecho, o en la alteración del orden jurídico que este órgano estatal resguarda, para brindarle seguridad y respeto de sus derechos; por eso el hombre le dió al Estado esa facultad, para evitar la forma arbitraria que utilizaba para resolver sus conflictos, esta organización institucional, ha evolucionado, tomando participación en esa y en otras funciones de los individuos, como gobernados, lo que quiere decir que se ha ido perfeccionando el Estado hasta nuestros días, que actúa mediante la persona del Juez.

CONCLUSIONES

1. Ahora bien; el vehículo o la forma de poner en movimiento al órgano de justicia, es precisamente la acción, pero la acción no como derecho material, es un derecho diferente que posee el individuo, es un derecho subjetivo autónomo, con carácter público independientemente del derecho que ampare, proteja o se haga valer en el proceso, diremos como lo expresó REIMUNDIN Ricardo, "... la acción tiene necesariamente carácter público, que se ejerce con el fin de la observancia del derecho objetivo,"³⁵⁹ este mismo poder público que tiene la acción, lo tiene el órgano de justicia, poder que se hace valer para poner en movimiento al órgano estatal, y de esa manera dar solución a los conflictos entre particulares; con la diferencia de que el poder del Estado es un poder general, con carácter jurisdiccional, fundamentado desde luego, por la Constitución que rige al mismo Estado.

De estos planteamientos podemos deducir la estrecha relación, de la figuras que mencionamos anteriormente como lo son acción, derecho y proceso.

Con el debido respeto que les debemos dar a los grandes expositores juristas, que nuestra simple y humilde

³⁵⁹REIMUNDIN, Ricardo. op. cit. p. 103.

opinión, en lo que tanto esfuerzo y trabajo ha costado a los clásicos, modernos y contemporáneos, científicos del derecho, en ese sentido elevamos nuestra humilde pero decidida opinión.

Estamos plenamente de acuerdo con el criterio que sostiene el jurista COUTURE, Eduardo, respecto a la teoría de la acción, sólo oponemos la siguiente excepción: este jurista, en su exposición, manifiesta que la acción, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales, para reclamar la satisfacción de una pretensión; nuestro criterio en ese sentido, es que acción, es el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, y que se dirige en contra del Estado, para obtener la tutela jurídica.

2. Como decíamos anteriormente si enderezamos ese derecho autónomo en contra del adversario, éste haría lo mismo al defenderse de tal acción, entonces cuando éste, comparezca a contestar la demanda, a oponer excepciones, diremos que la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado que se habilita, para oponerse a la acción promovida en su contra, consideramos que la excepción es en cierto modo, la acción del demandado, que se encuentra en igualdad de circunstancias que el actor;

En otro sentido, la excepción es la denominación dada a ciertos tipos específicos de defensa procesales, no sustanciales, dilatorios, perentorios o mixtos, mediante los cuales el demandado puede reclamar del Juez su absolución de la demanda o la liberación de la carga procesal de contestarla.

Estamos plenamente de acuerdo, que si la acción, es un puro derecho, a la jurisdicción, que compete aún a aquellos que carecen de un derecho material efectivo que justifique una sentencia que haya lugar a la demanda, también debemos admitir que disponen de la excepción, todos aquéllos que han sido demandados en el juicio y que a él son llamados para defenderse; para poder oponerse a una demanda, no se necesita tener razón, el demandado también puede actuar con conciencia de su sinrazón y oponerse a una demanda fundada. Pero su razón o falta de razón no pueden ser juzgados en el transcurso del juicio para detener o para no dar andamio a su oposición, sin que se actúe tal como si el derecho a oponerse fuera perfecto, hasta el momento de la sentencia, el demandado con razón o sin ella reclama del Juez que se le absuelva de la demanda, nadie le puede privar ese derecho. Excepciones entonces, las consideramos como: el poder jurídico del demandado, de oponerse a la pretensión que el actor ha aludido, ante los órganos jurisdiccionales.

3. Formas en que se habla de la acción.

a. Como sinónimo de derecho, b. como sinónimo de pretensión, c. como sinónimo de provocar la actividad de la jurisdicción.

Se habla entonces de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión, es entonces un poder jurídico autónomo, diferente del derecho material.

Podemos clasificar a la acción de la siguiente manera:

-Cuando responde al derecho se habla de acciones reales.

-Cuando responde a la pretensión se habla de acción reivindicatoria.

-Cuando responde al proceso se habla de acciones ejecutivas.

-Cuando responde a la jurisdicción se habla de acción penal.

-Cuando responde al fin procurado se habla de acción de divorcio.

La clasificación, en declarativas, de condena, constitutivas y cautelares, es una clasificación de sentencias y no de acciones.

4. Respecto al criterio de considerar a la acción como una instancia proyectiva, estamos plenamente de acuerdo, eso es la acción, impulso, movimiento, ya que ese impulso, que aludimos se ve claro al presentar la demanda ante el órgano jurisdiccional, pero en cuanto a que, la acción continúa ejercitándose, a través de todo el proceso, en cada actuación procesal, inclusive considerar el recurso de apelación como acción: si bien es cierto "...la acción promueve, inicia el proceso, lo pone en marcha, significa movimiento, los presupuestos procesales, los recursos, no pueden ser acciones, no se puede estar accionando cada que se va a realizar una actuación, en el proceso esto sólo es el desarrollo del proceso."³⁶⁰

5. Podemos definir a la acción como: El poder jurídico, subjetivo público que tiene un individuo, y que dirige en contra del Estado para que con su facultad jurisdiccional, vincule al demandado y resuelva, la controversia presentada.

³⁶⁰RODRIGUEZ BETANCOURT, Gonzálo. Exposición en la Cátedra de de Problemas Procesales, en el Derecho Privado, División de Estudios de Posgrado. Universidad Nacional Autónoma de México. México 1990.

Diremos entonces que esta definición la hemos logrado obtener de los diferentes criterios y definiciones que se han manejado en el presente trabajo, y que desde luego tratamos de involucrar al demandado, sujeto pasivo, ya que la mayoría de las definiciones no lo consideran; hay que tomar en cuenta al demandado, que si bien es cierto comparece ante el Juez, después de que éste le hace venir por medio del emplazamiento, pero hemos visto que el Juez atiende en igualdad de circunstancias tanto al actor como al demandado.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía, traducción de N. ---GALETTI, Alfredo, octava reimpresión, Editorial Fondo de ---Cultura Económica, México 1991.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Sistemas del Derecho Proce- ---sal, Editorial UNAM. México 1966.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estudios de Teoría General ---e Historia del Proceso, (1945-1972), UNAM. T. I, II y III, ---primera reimpresión, México 1992.
- ALSINA, Hugo. Estudios de Derecho Procesal Civil, Editorial ---Ediar S. A. Editora, Buenos Aires, Argentina 1946.
- AMAYA, Enrique. Lo subjetivo en la función jurisdiccional, ---Cuaderno de los Institutos número 117, editada por la ---Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Argentina 1973.
- ARAGONESES, Alonso Pedro. Lecciones de Derecho Procesal, ---Editorial Depalma, Argentina 1971.
- ARANGIO RUIZ, Vicente. Instituciones de Derecho Romano, Edi- ---torial Depalma, Argentina 1986.
- ARELLANO GARCIA, Carlos. Teoría General del Proceso, segunda ---edición, Editorial Porrúa, México 1984.
- ARGUELLO, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano, tercera ---edición, Editorial Astrea, Argentina 1987.
- ARIAS RAMOS, J. Derecho Romano, sexta edición, Editorial ---Revista de Derecho Privado, Madrid, España 1954.
- ARISTOTELES, Moral a NICOMANO, octava edición, Editorial ---Espasa-Calpe Mexicana, S.A. México 1986.
- BACRE, Aldo. Teoría General del Proceso, Editorial Abeledo ---Perrot, Argentina 1986.
- BACHOF, Otto. Jueces y Constitución, traducción de BERCOBITZ, ---RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, reimpresión 1987, Editorial Civi- ---tas, S. A., Madrid España, 1987.
- BALLVE, Faustino. Esquema de Metodología Jurídica, Ediciones ---Botas, México 1956.
- BAÑUELOS SANCHEZ, F. La Teoría de la Acción y otros estudios, ---Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1983.

BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín. Filosofía del Hombre,
---Séptima edición, Editorial Espasa-Calpe, Mexicana, S. A.
---México 1989.

BECERRA BAUTISTA, José. El Proceso Civil en México, séptima
---edición, Editorial Porrúa, México 1979.

BONECASE, Julien. Elementos del Derecho Civil, T. I, traduc-
---ción de Cajica Jr. M. José, Editorial Cárdenas Editor y
Distribuidor, México 1989.

BONET NAVARRO, Angel. Escritos sobre la jurisdicción y su
---actividad, Editorial Cometa S. A., España 1981.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal Civil T. II, Edi-
---torial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1969.

BULOW, Oscar Von. La Teoría de las Excepciones Procesales y
---los Presupuestos Procesales, traducción del Alemán al
---castellano por Miguel Angel Pasos, Ediciones Jurídicas
---Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1964.

CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil,
---traducción de SENTIS MELENDO, Santiago. Editorial Depalma,
---Buenos Aires, Argentina 1943.

CALAMANDREI, Piero. Estudios sobre Derecho Procesal Civil,
---traducción de SENTIS MELENDO, Santiago, Ediciones Jurídicas
---cas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1962.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho Procesal Civil, Editorial
---traducción de SENTIS MELENDO, Santiago, Ediciones Jurídicas
---cas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina 1971.

CORTES FIGUEROA, Carlos. Introducción a la Teoría General
---del Proceso, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor,
---primera edición, México 1974.

COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del Derecho Procesal Civil,
---Editorial Editora Nacional, México 1984.

CUENCA, Humberto. El Proceso Civil Romano, Editorial Edicio-
---nes Jurídicas, Europa-América, Buenos Aires, Argentina
---1957.

CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil,
---traducción de CASAIS, José y Santaló, Editorial Ruis, S.A.
---Madrid, España 1977.

D. PRIETO, Alfredo y LA PIEZA ELLI, Angel Enrique, Manual de
---Derecho Romano, Editorial Depalma, cuarta edición, Buenos
---Aires, Argentina 1985.

Diccionario de la Lengua Española, Ediciones Oceano S. A.,
---España 1985.

Diccionario Jurídico Mexicano T. I, II y III. Editorial
---Porrúa, segunda edición, México 1989.

DUVERGER, Maurice. Instituciones Políticas y Derecho Consti-
---tucional, traductor MOLAS, Isidro, quinta edición, Edito-
---rial Ariel, España 1970.

Enciclopedia Universal Ilustrada, Europeo-Americana, T. I,
---Editorial Espasa Calpe, S. A., Madrid, España 1930.

FAIREN GUILLEN, Victor. Estudios de Derecho Procesal, Edito-
---rial Revista de Derecho Privado, España 1955.

FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. El Derecho Privado Romano,
---décima quinta edición, Editorial Esfinge, S.A., de C.V.,
---México 1988.

FROMM, Erich. La Condición Humana Actual, título del original
---The dogma of christ, cap: The present human condition,
---traductor: Gerardo Steenks, Editorial Paidós Mexicana,
---S.A., séptima reimpresión, México 1990.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho,
--- trigésima edición, Editorial Porrúa, México 1979.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Positivismo jurídico, Realismo Socio-
---lógico, y Iusnaturalismo, Editorial UNAM, cuarta edición,
---México 1989.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho Procesal Civil, traducción Prieto
---y Castro, Leonardo, Editorial Labor, S.A. España, Argen-
---tina, Chile 1936.

GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso, octava
---edición Editorial Harla, México 1990.

GOMEZ LARA, Cipriano. Derecho Procesal Civil, cuarta edición
---Editorial Trillas, México 1989.

GORPHE, Francois. De la Apreciación de las Pruebas, traduc-
---ción de Alcalá-Zamora y Castillo, Luis. Ediciones Jurídici-
---cas Europa-América Bosch, y Cia., Editores Buenos Aires,
---Argentina 1950.

GUASP, Jaime. derecho Procesal Civil, Editorial Instituto de
---Estudios Políticos, Madrid, España 1968.

HERNANDEZ GIL, Antonio. Conceptos Jurídicos Fundamentales T.
---I., Editorial Espasa-Calpe S.A., Madrid 1987.

IHERING, Rudolf Von. El fin en el Derecho, título del
 ---original, traducción de Diego Abad de Santillán, Editó-
 ---rial Cajica, México s/f.

IHERING, Rudolf Von. La lucha por el derecho, traducción de
 ---Posada Biesca, Adolfo, segunda edición, Editorial Porrúa
 ---S.A., México 1989.

KELSEN, Hans. Teoría del Derecho y del Estado, traducción de
 ---García Maynez, Eduardo, cuarta reimpresión, Editorial
 ---Textos Universitarios UNAM, México 1988.

KISCH, W. Elementos de Derecho Procesal Civil, traducción de
 ---Prieto y Castro Leonardo, Editorial Revista de Derecho
 ---Privado, cuarta edición, Madrid, España 1932.

KUNKEL, Wolfgang. Historia del Derecho Romano, Título origi-
 ---nal, Romische, Rechtsgeschichte, traductor Miguel, Juan,
 ---cuarta edición, Editorial Ariel S.A., España 1989.

LIEBMAN, Enrico Tulio. Manual de Derecho Procesal Civil,
 ---traducción de Sentís Melendo, Santiago, Ediciones Jurídici-
 ---cas Europa-América, Argentina 1980.

LORETO, Luis, La Sentencia Constitutiva p. 10, citado por
 ---Reimundin, Ricardo, Los Conceptos de Pretensión y Acción
 ---en la doctrina actual, Editorial Victor P. de Zavaila,
 ---Buenos Aires, Argentina 1965.

MALDONADO, Adolfo. Derecho Procesal Civil, Editorial Antigua
 ---Librería Robredo, de José Porrúa e hijos, México 1947.

MARCUSE, Herbert. Eros y Civilización, Título original Eros
 ---and Civilization, traducción directa de García Ponce Juan,
 ---décima segunda reimpresión, Editorial Joaquín, Mortiz,
 ---México 1989.

MATEOS, ALARCON, Manuel. Las pruebas en materia Civil,
 ---Mercantil y Federal, tercera edición, Editorial Cárdenas
 ---Editor y Distribuidor, México 1988.

MERCADER, Amilcar. La acción su naturaleza dentro del orden
 ---Jurídico, Editorial Depalma, Argentina 1944.

MICHELLI, Gian Antonio. Derecho procesal Civil, traducción
 ---Sentís Melendo, Santiago, Editorial Ediciones Jurídicas
 ---Europa-América, Argentina 1970.

MONTERO AROCA, Juan. En torno al concepto y contenido del
 ---derecho jurisdiccional, Editorial Vicente Rico, S. A.,
 ---Revista de Derecho Procesal, Iberoamericana No. 1, España
 ---1976.

- MONTERO AROCA, Juan. Derecho Procesal Civil, Editorial Harla,
---México 1980.
- MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes, Editorial Porrúa,
---S.A., octava edición, México 1990.
- OBBERG YANEZ, Hector. Algunas ideas sobre la actividad jurisdiccional, Revista de Derecho, año XLVI, No. 167, Chile,
---Enero-diciembre de 1979.
- ODERIGO, M. A. Lecciones de Derecho Procesal, T. I., Editorial Depalma, Argentina 1971.
- ORTOLAN, M. Compendio del Derecho Romano, traducción de Francisco Pérez de Anaya, y Melquiades Pérez Riveros,
---edición s/f, Editorial Heliastica, S.R.L., Buenos Aires,
---Argentina 1978.
- PALLARES, Eduardo. Tratado de la Acciones Civiles, tercera edición corregida y aumentada, Ediciones Botas, México
---1962.
- PALLARES, Eduardo. Diccionario Teórico y Práctico del Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México 1982.
- PALLARES, Eduardo. Derecho Procesal, segunda edición, Editorial Porrúa, México 1965.
- PANTOJA, David. Reflexiones y notas en torno a una Teoría del Estado, Lecturas de Sociología y Ciencia Política, Sánchez Azcona, Jorge, UNAM, México 1987.
- PEÑA GUZMAN, Luis Alberto, y ARGÜELLO, Luis Rodolfo. Derecho Romano, segunda edición, Editorial Tipográfica Editora, Argentina 1966.
- PETIT, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano, traductor Fernández González José D., sexta edición, editorial Porrúa, S.A. México 1990.
- PODETTI, Ramiro J. Teoría y Técnica del Proceso Civil, Editorial Ediar, S.A., Editores Buenos Aires, Argentina 1963.
- RAMIREZ ARCILA, Carlos. Teoría de la Acción, Editorial Temis, Bogotá, Colombia 1969.
- REDENTI, Enrico. Derecho Procesal Civil, T. I, p. 60 citado por Reimundin Ricardo, op. cit. p. 45.
- REIMUNDIN, Ricardo. Los Conceptos de Pretensión y Acción en la Doctrina Actual, Editorial Victor P. de Zavalla, Buenos Aires, Argentina

ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil, traducción de
---Sentís Melendo, Santiago y Ayerra Redín, Mariano, Edito-
---rial Depalma, Buenos Aires, Argentina 1969.

SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento Civil Romano, traducción de
---Sentís Melendo, Santiago, y Ayerra Redín, Mariano,
---Ediciones Jurídicas Europa-América 1954.

SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Estudios de Derecho Procesal, Edito-
---rial Ariel, España 1969.

TREVIÑO GARCIA, Ricardo. Contratos Civiles y sus generalida-
---des T. II, Editorial Font S.A., cuarta edición, Guadaluja-
---ra, Jalisco 1982.

VENTURA SILVA, Sabino. Derecho Romano, décima edición, Edito-
---rial Porrúa México 1990.

VESCOVI, Enrique. Los Principios Procesales en el Proceso
---Civil, Boletín mexicano de derecho comparado, UNAM, año
---XIV, No. 40, Enero-abril, México 1981.

WACH, Adolfo. La pretensión de declaración, traducción de Dr.
---M. Semon, Juan. Editorial Ediciones Jurídicas Europa-
---América, Argentina 1962.

WINDSCHEID, Bernhard y MUTHER, Theodor. Polémica de la acción
---traducción del Alemán, de Tomás, A. Banzhaf, Editorial
---Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, Argenti-
---na 1974.

INDICE ONOMASTICO

- ABBAGNANO, Nicola. 34
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. 48, 53, 75, 78, 81, 84, 97, 101, 135.
- ALSINA, Hugo. 23, 65, 187, 188, 189. 190.
- AMAYA, Enrique. 89, 107.
- ARAGONESES, Alonso Pedro. 36, 76.
- ARANGIO RUIZ, Vicente. 5, 6, 16, 18.
- ARELLANO GARCIA, Carlos. 173.
- ARGÜELLO, Luis Rodolfo. 13, 14.
- ARIAS RAMOS, J. 8.
- ARISTOTELES. 35, 37.
- BACRE, Aldo. 42, 98.
- BACHOF, Otto. 106.
- BALLVE, Faustino. 20, 21, 106.
- BAÑUELOS SANCHEZ, F. 76.
- BASAVE FERNANDEZ DEL VALLE, Agustín. 100.
- BECCERRA BAUTISTA, José. 63, 91, 95, 102, 104, 114, 143, 155.
- BONECASE, Julien. 112.
- BONET NAVARRO, Angel. 101.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. 49, 56, 58.
- BULOW, Oscar Von. 67, 68, 115, 120.
- CALAMANDREI, Piero. 63, 68, 70, 76, 78, 79, 90, 187.
- CARAVANTES. 21, 149.
- CARNELUTTI, Francesco. 43, 51, 60, 101, 108, 109, 115, 186.
- CORTES FIGUEROA, Carlos. 58, 76, 109, 110, 124, 125, 130.

134, 138, 140, 141, 142, 144, 147.

COUTURE, Eduardo J. 44, 48, 49, 55, 84, 95, 118, 138, 157, 181, 182, 183, 184, 185.

CUENCA, Humberto. 7, 8.

CHIOVENDA, Giuseppe. 24, 69, 95, 107, 152, 175, 176, 178, 179, 180, 181.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA. 140, 143.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO. 3, 47, 52, 55, 65, 158, 192.

DI PRIETO, Alfredo y LA PIEZA ELLI. 4.

DUVERGER, Maurice. 27, 79.

ENCICLOPEDIA UNIVERSAL ILUSTRADA. 2.

ESTEVEZ, Lois. 143.

FAIREN GUILLEN, Victor. 74, 77.

FLORIS MARGADANT, S. Guillermo. 9, 10, 15.

FOIGNET, R. 65.

FROMM, Erich. 1.

GARCIA MAYNEZ, Eduardo. 71, 72, 73, 74, 76, 88, 90.

GOLDSCHMIDT, James. 24.

GOMEZ LARA, Cipriano. 47, 57, 59, 81, 86, 87, 96, 116, 129, 131, 133, 142, 145.

GONZALEZ, Juan Antonio. 73.

GORPHE, Francois. 105, 106.

GUASP, Jaime. 46, 91.

HERNANDEZ GIL, Antonio. 5.

IHERING, Rudolf Von. 2, 28.

KELSEN, Hans. 27, 193, 194.

KISCH, W. 111, 114.

KUNKEL, Wolfgang. 4.

LIEBMAN, Enrico Tulio. 111.
LORETO, Luis. 45.
MALDONADO, Adolfo. 88, 100, 120, 121.
MARCUSE, Herbert. 26.
MATEOS ALARCON, Manuel. 149, 154.
MERCADER, Amilcar. 99.
MICHELLI, Gian Antonio. 101, 119.
MILLAR. 63.
MONTERO AROCA, Juan. 86, 98, 99.
MONTESQUIEU. 99.
MUTHER.
OBERG YANEZ, Hector. 92, 96.
ODERIGO, M. A. 30, 31.
ORTOLAN, M. 7.
PALLARES, Eduardo. 6, 10, 17, 19, 50, 89, 91, 95, 122, 123,
148.
PANTOJA, David. 194.
PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. 10.
PETIT, Eugene. 11.
PODETTI, Ramiro J. 64, 88, 97.
RAMIREZ ARCILA, Carlos. 19.
REDENTI, Enrico. 45.
REIMUNDIN, Ricardo. 25, 44, 196.
ROCCO, Ugo. 25.
SCIALOJA, Vittorio. 7, 13.
SAVIGNY. 159.
SERRA DOMINGUEZ, Manuel. 104.

TREVIÑO GARCIA, Ricardo. 85, 86.

VENTURA SILVA, Sabino. 14.

VESCOVI, Enrique. 92, 115.

WACH, Adolfo. 24, 41, 174, 175.

WINDSCHEID, Bernhard. 23, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 172.

ZINNY. 103.

INDICE TEMATICO

Acción 1, 2, 82, 160, 190
Acción como forma de instar 59
Acción como poder 178
Acciones de la ley 6, 8
Acciones en el derecho romano 4
Acciones en general 3
Acción y derecho 26
Acción y justicia 33
Acción y pretensión 39
Actos del Juez 124
Actos procesales 118
Actuaciones en el proceso 106
Adquisición procesal 95
Alegación 156
Allanamiento 84
Análisis de la acción 161
Apelación 158
Apremio 139
Autocomposición 180
Autodefensa 77
Autotutela 75
Autonomía de la acción 17, 18, 159, 172
Auxiliares del juzgador 116
Bilateralidad de la acción 61
Boletín judicial 131

Cédula 132
Clasificación de acción 179
Código Civil para el Distrito Federal 113
Código Federal de Procedimientos Civiles 137
Codigo de Procedimientos Civiles para el Didtrito Federal.
49, 61, 62, 65, 82, 113, 114, 117, 126, 127, 128, 131, 132,
134, 135, 137, 139, 140, 145, 151, 153, 156, 158.
Código de Procedimientos Civiles para el Estado de Sinaloa
128
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 54,
193, 194.
Coerción 73
Concepción jurídica romana 171
Concepción moderna 169
Concepto de acción 19
Concentración 94
Comunicación 144
Comparecencia 152
Consumación 94
Contradictorio 93
Convalidación 94
Corrección 140
Correo 136
Criterio para juzgar 90
Definición de acción 20
Demanda de 81
Demandado 186
Denuncia 55

Derecho público 188
Derecho romano 19, 163
Derecho subjetivo 187
Derecho y acción 172
Desistimiento 81
Despacho 145
Diferencias entre acción y pretensión 44
Dificultades de identidad 99
Dispositivo 95
Diversas definiciones de la acción 23
Documentación 144
Documentos privados 151
Documentos públicos 149
Economía procesal 93
Eficacia 93
Ejecución 141, 142
Elementos de la acción 180
Emplazamiento 130
Escuela clásica 160
Esencia de la acción 100
Estado el 192
Excepción 64
Exhibición acto de 154
Exhorto 145
Evaluación conceptual 17
Eventualidad 94

Formas de instar 47
Formas en que se habla de la acción 181, 193
Formas de practicar el emplazamiento 130
Heterocomposición 86
Igualdad de las partes 93
Impugnación actos de 157
Impulso inicial actos de 147
Impulso procesal 118
Información actos de 158
Inquisitivo 95
Instancia 47
Interés el 50
Interés para probar 94
Juez 105
Juez y persona 108
Jurisdicción 102
Legis actio sacramento 8
Legis condictio 11
Legis manus injectio 11
Lesión de la acción 174
Ley de Amparo 134
Lista de acuerdos 131
Norma jurídica 71
Norma moral 71
Notificación 125, 126, 127
Oficio 134

Orden entre varios procesos 120
Oralidad 95
Partes en el proceso 111, 146
Petición 53
Pretensión 164, 166, 174, 175
Principios procesales 93
Procedimiento formulario 12
Proceso concepto de 89
Proceso el 87
Protección de 93
Publicidad 94
Queja 57
Querrela 57
Reacertamiento 58
Relación de las partes 115
Requisitos del juzgador 109, 110
Sanción 72
Sentencias 137, 138, 139
Tendencias modernas y sus alcances 185
Teoría de la acción 159
Tercería excluyente de dominio 117
Tercería excluyente de preferencia 117
Terceros y terceristas 159
Tipos de capacidad 112
Transacción 85
Violación del derecho 70

INDICE GENERAL

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

LA ACCION Y SU EVOLUCION

A. LA ACCION	1
1. La acción en general	1
2. La acción	3
B. LA ACCION EN EL DERECHO ROMANO	4
1. Clasificación de las acciones en el derecho romano	6
a. Acciones de la ley	8
b. El procedimiento formulario.	12
c. El procedimiento extraordinario.	14
C. LA ACCION Y SU EVOLUCION CONCEPTUAL	17
1. Diversas definiciones que se han elaborado respecto a la acción	23
D. LA ACCION Y EL DERECHO	26
E. LA ACCION Y LA JUSTICIA	33

CAPITULO SEGUNDO

LA ACCION Y LA TUTELA JURISDICCIONAL

A. LA ACCION Y LA PRETENSION	39
B. LA ACCION Y LAS FORMAS DE INSTAR	47
1. La instancia	47
2. El interés	50
3. Las formas de instar	53
a. La petición	53
b. La denuncia	55
c. La querrela	56
d. La queja	57
e. El reacertamiento	58
f. La acción	59
4. Bilateralidad de la acción	61
5. Acción y excepción	64

CAPITULO TERCERO

LA ACCION Y LAS FIGURAS EXCLUYENTES Y EQUIVALENTES DEL PROCESO

A. LA VIOLACION DEL DERECHO	70
---------------------------------------	----

B. AUTOTUTELA, AUTOCOMPOSICION Y PROCESO	75
1. Autotutela	75
2. Autocomposición	80
3. El proceso	87
a. principios procesales	93
C. LA JURISDICCION	97
1. El Juez	105
a. Juez y persona	108
2. Las partes en el proceso	111

CAPITULO CUARTO

LA ACCION COMO IMPULSO DEL PROCESO

A. LOS ACTOS PROCESALES	118
1. Actos del Juez	124
a. Actos de notificación	125
b. Actos de resolución	135
c. Actos de apremio	139
d. Actos de corrección	139
e. Actos de ejecución	141
f. Actos de comunicación	143
2. Actos de las partes	145
a. Actos de documentación	147

b. Actos de comparecencia	151
c. Actos de exhibición	152
d. Actos de información	153
e. Actos de alegación	154
f. Actos de impugnación	156
3. Actos de terceros y terceristas en el proceso.	157

CAPITULO QUINTO

AUTONOMIA DE LA ACCION

A. TEORIA DE LA ACCION	158
1. Estudio de la acción según WINDSCHEID	159
2. Crítica a la exposición de WINDSCHEID por MUTHER THEODOR	165
a. Crítica al criterio de WINDSCHEID	169
3. Réplica de WINDSCHEID a MUTHER	171
4. Criterios a la teoría de la acción	173
a. WACH, Adolfo	173
b. CHIOVENDA, Giuseppe	174
c. COUTURE, Eduardo J.	180
d. CARNELUTTI, Francesco	185
e. CALAMANDREI, Piero	185
f. ALSINA, Hugo	186
5. Criterio del sustentante	188
1. La acción y el derecho	188

2. La acción y el Estado	190
6. Conclusiones	194
Bibliografía	200
Indice Onomástico	206
Indice Temático	210
Indice General	216