

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

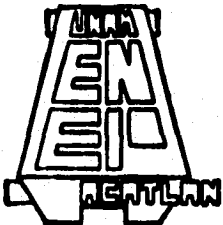
ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

138
205

ANALISIS DE LA ACCION DE JACTANCIA EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MEXICO

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA JUAN ROBERTO GONZALEZ ANDRADE



ACATLAN, EDO. DE MEXICO



1996

TESIS CON FALLA DE ORIGEN

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

**A DON LEON ANDRADE ROMERO:
Q.E.P.D.**

Que con todo su amor y sabiduría se convirtió en el mejor ejemplo de lo que un ser humano puede llegar a conseguir en su vida.

A MIS PADRES:

A quienes les debo la vida y la mejor instrucción de que el hombre debe luchar y ser tenaz para lograr su felicidad.

A MI HERMANA:

Quien al igual que mis padres me ha brindado todo su apoyo y sobre todo, a ella que es mi mejor amiga.

**A LOS ABOGADOS JORGE ALBERTO
ZORRILLA Y LAURA RUELAS MAULEON:**

A quienes les entrego mi total admiración y respeto, por que antes de ser mis maestros en lo jurídico lo han sido de la vida.

**A TODOS LOS INTEGRANTES DE LA
CORPORACION ZORRILLA:**

Quienes han participado en mi desarrollo profesional y que en todo momento me han brindado su amistad.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL Y A MI
ESCUELA LA ENEP - ACATLAN:**

Que junto con todos mis profesores me dieron la oportunidad de aprender la mejor y la mas noble de las profesiones.

ÍNDICE

PROLOGO	VI
INTRODUCCIÓN	VIII
CAPÍTULO I "LA ACCIÓN"	1
1. EVOLUCIÓN	2
1.1. ROMA	4
1.1.1. LA LEGIS ACTIONES	7
1.1.2. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO	8
1.1.3. EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO	8
1.2. DIVERSAS DOCTRINAS Y CONCEPTOS	10
1.2.1. LA DOCTRINA TRADICIONAL	12
1.2.1.1. LOS CIVILISTAS	15
1.2.1.1. NICOLÁS COVIELLO	16
1.2.1.3. SAVIGNY	16
1.2.1.4. GARSSONET	18
1.2.1.5. HANS KELSEN	18
1.2.2. LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN	19
1.2.2.1. LA DOCTRINA ALEMANA	19
1.2.2.2. PIERO CALAMANDREI	21
1.2.2.3. JOSÉ CHIOVENDA	23
1.2.2.4. CARNELUTTI	25
1.2.2.5. HUGO ROCCO	27
1.2.2.6. EDUARDO GARCÍA MAYNEZ	28
1.2.2.7. IGNACIO BURGOA	29
1.2.2.8. EDUARDO PALLARES	30
1.2.2.9. HERNANDO DEVIS ECHÁNDIA	32

1.2.2.10.	EDUARDO J. COUTURE	35
1.2.3.	DIVERSAS DEFINICIONES DE ACCIÓN	39
1.2.3.1.	RAFAEL PÉREZ PALMA	39
1.2.3.2.	KOHLER	39
1.2.3.3.	PESCATORE	40
1.2.3.4.	MATTIROLO	40
1.2.3.5.	MENÉNDEZ PIDAL	41
1.2.3.6.	GUILLERMO ALSINA	41
1.2.3.7.	JORGE OBREGÓN HEREDIA	42
1.2.3.8.	JORGE ALBERTO ZORRILLA	42
1.3.	LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL MEXICANO	42
1.3.1.	LA LEY DEL ENJUICIAMIENTO CIVIL	43
1.3.2.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE 1872	44
1.3.3.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE BAJA CALIFORNIA	47
1.3.4.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931	47
1.4.	CONCEPTO QUE SE PROPONE	51
	CAPÍTULO II "LA PRETENSIÓN"	52
2.1.	EVOLUCIÓN	53
2.1.1.	ROMA	53
2.2.	DIVERSAS DOCTRINAS Y CONCEPTOS	55
2.2.1.	BERNHARD WINDSCHEID	55
2.2.2.	JAIME GUASP	56
2.2.3.	FRANCESCO CARNELUTTI	61
2.2.4.	PIERO CALAMANDREI	62

2.2.5.	RICASENS SICHES	62
2.2.6.	ANGELOTTE	63
2.2.7.	PIETRO CASTRO	63
2.2.8.	HERNANDO DEVIS ECHANDIA	64
2.2.9.	EDUARDO J. COUTURE	66
2.3.	LA PRETENSIÓN EN EL DERECHO PROCESAL MEXICANO	67
2.3.1.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1931	69
2.4.	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA	70
2.5.	CONCEPTO QUE SE PROPONE	71
	CAPÍTULO III "LA ACCIÓN DE JACTANCIA"	73
3.1.	CONCEPTO DE JACTANCIA	74
3.2.	EL HECHO JACTANCIOSO	75
3.3.	FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE JACTANCIA	77
3.4.	EL OBJETO Y FIN QUE MEDIANTE ELLA SE PERSIGUEN	79
3.5.	CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DE JACTANCIA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO	81
3.6.	NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE JACTANCIA	84
3.7.	DEFINICIÓN DE ACCIÓN DE JACTANCIA	87

**CAPÍTULO IV "LA ACCIÓN DE JACTANCIA EN EL
CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL
ESTADO DE MÉXICO** 89

4.1.	MARCO LEGAL	90
4.2.	PROCEDIMIENTO O SUBSTANCIACIÓN	92
4.2.1.	COMPETENCIA	92
4.2.2.	SUBSTANCIACIÓN	93
4.2.2.1.	DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA	98
4.2.2.2.	DE LA ADMISIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA	99
4.2.2.3.	DE LAS CONTESTACIÓN, OFRECIMIENTO, DESAHOGO DE PRUEBAS Y ALEGATOS	99
4.2.2.4.	SENTENCIA	99
4.2.2.5.	DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA	101
4.3.	PRESCRIPCIÓN	101

**CAPÍTULO V "MODALIDADES DE LA ACCIÓN DE
JACTANCIA"** 104

5.1.	LA JACTANCIA COMO ACCIÓN	105
5.2.	LA JACTANCIA COMO PRETENSIÓN	106
5.3.	LA JACTANCIA COMO INCIDENTE	107
5.4.	LA JACTANCIA COMO MEDIO PROVOCATORIO A JUICIO	109
	CONCLUSIONES	115
	BIBLIOGRAFÍA	117

P R O L O G O

En virtud de que el sustentante optó por la forma de titulación mediante la elaboración de un trabajo de tesis y examen profesional, surge el problema de elegir el tema a desarrollar para lograr dicho objetivo.

La práctica cotidiana del litigio ante los tribunales del fuero común en el Estado de México, me orillaron a pensar en la llamada "Acción de Jactancia", que tan inusualmente es referida por los maestros en las aulas universitarias y mucho menos se observa su aplicación en los tribunales.

Por este motivo, me llamó especial atención ya que en no menos de un año, por casualidad nos encontramos litigando tres asuntos cuya pretensión era precisamente la jactancia, de la cual, hasta ese entonces, conocía mucho menos de lo que en la actualidad puedo entender de ella.

Cabe hacer notar que la bibliografía en el tema es escasa y la figura como tal se encuentra en desuso de los litigantes, por lo que ha ido desapareciendo poco a poco de las legislaciones locales.

En lo particular considero que la jactancia es una figura jurídica importante en nuestra época, pues dadas las condiciones económicas y sociales, nuestro derecho a la seguridad jurídica y al crédito a menudo se ven lesionados.

Comenzaremos el estudio tratando las acciones desde su origen para posteriormente analizar el concepto de pretensión, las diferencias entre ambas, proporcionando el concepto particular del sustentante.

Después se analizarán las características y elementos propios de la acción de jactancia, criticándola además, desde el punto de vista del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México y su correlativo para el Distrito Federal.

Por último, se analizarán una serie de razonamientos lógico - jurídicos, o por lo menos se pretende que así sea, observando a la jactancia desde los diversos conceptos que a criterio propio, puede revestir y sobre todo, tratándola como un medio provocatorio a juicio, criticando la tramitación incidental que le preceptúa la ley; para vertir al final, las conclusiones a que me lleva el presente trabajo para poder entender y llevar a la práctica con mayor eficacia a ésta figura ante los tribunales.

JUAN ROBERTO GONZÁLEZ ANDRADE.

INTRODUCCIÓN

Como ya se mencionó en el prologo de este trabajo, se realiza un estudio de la llamada "**acción de jactancia**", con la finalidad de destruir el criterio sustentado por la Legislación Procesal Civil del Estado de México al clasificarla y regularla como una acción civil, siendo que desde mi punto de vista, la jactancia es un **Medio Provocatorio a Juicio**.

Para poder llegar a dicha conclusión, es necesario desarrollar un estudio minucioso del tratado de las acciones de las pretensiones, del hecho jactancioso y de la reglamentación estatuida por el Código de Procedimientos civiles para el estado de México.

Así, debo comenzar por el estudio de las acciones a efecto de determinar perfectamente su concepto y trascendencia jurídica en el proceso. Para lograr este primer objetivo, necesariamente se analiza su evolución histórica que nace en el Derecho Romano hasta las últimas corrientes modernas de la Autonomía de la Acción.

Se citan cada una de las Teorías de la Acción y se analizan los conceptos y definiciones vertidas por los procesalistas que defienden cada Teoría, proponiendo al final un concepto propio, el cual se denota influenciado por las Teorías Alemanas y la de la Autonomía de la Acción, determinando que ésta es un derecho subjetivo público, único y exclusivo para poner en funcionamiento al órgano jurisdiccional, independiente de la

clase de pretensión que se endereza contra el demandado, por lo cual, el derecho de acción no es susceptible de clarificaciones.

Partiendo de esta base, se realiza un estudio de la pretensión para determinar su concepto y diferencia con la acción y el derecho objetivo lesionado al demandante, siendo esta pretensión la que se clasifica en personal, real, del estado civil, declarativa, de condena, etc; conclusión obtenida del análisis de las teorías, conceptos y definiciones que los procesalistas han formulado a través de la historia hasta la actualidad.

Una vez que se conceptualizan estas dos figuras jurídicas, comenzamos el análisis del hecho jactancioso para poder determinar si la jactancia es una acción o una pretensión, o bien, si reviste las formalidades de alguna otra figura jurídica, para lo cual se estudian también su origen, sus formalidades, su naturaleza jurídica, entre otros aspectos; con lo cual, se concluye que en principio, resulta erróneo el criterio utilizado por el legislador al encuadrarla dentro de las acciones, pues ésta es técnicamente una pretensión.

Por otra parte, se inicia un estudio de la Jactancia desde el punto de vista del Código de Procedimientos civiles para el Estado de México, principalmente en lo que se refiere a su substanciación, la cual se remite a la vía incidental.

Esta postura es atacada por el sustentante al hacer notar los requisitos y características procesales de los incidentes lo que me dá la pauta para fundamentar aún más la propuesta de que la jactancia es un medio provocatorio a juicio y no una acción que deba tramitarse en vía incidental.

Asimismo, se hace hincapié en las consecuencias jurídicas que atrae la jactancia, fundamentalmente cuando declara la caducidad de la acción que presume tener el jactancioso, si no la hace valer dentro del término que le señala el órgano jurisdiccional.

Es aquí, donde encuentra su fundamento la postura de que la Jactancia es un medio provocatorio a Juicio, toda vez que conlleva la intención de provocar un juicio en contra del afectado por parte del jactancioso, so pena de declararse en su perjuicio la caducidad a que se hizo mención.

De tal suerte, que después de este estudio se reitera la determinación de que la jactancia es un medio provocatorio a juicio.

JUAN ROBERTO GONZÁLEZ ANDRADE.

CAPÍTULO

I

" LA ACCIÓN "

CAPÍTULO I

" LA ACCIÓN "

1. EVOLUCIÓN

La acción nace históricamente como una supresión de la venganza privada, por la obra de la colectividad organizada.

La acción no procura solamente la satisfacción de un interés particular, sino también, la satisfacción de un interés de carácter público, ya que el ciudadano que promueve la acción desempeña una función pública, procurando la vigencia efectiva del Derecho Objetivo consagrado en las normas jurídicas.

En las épocas primitivas, corresponde al particular la facultad de defender su derecho y conseguir el restablecimiento de las cosas a su estado anterior, dicha época se conoce como régimen de autodefensa o autotutela (" La reacción directa y personal de quien se hace justicia por su propia mano ") *1*, el poder público no interviene; la fuerza es el medio de que cada una dispone para la salvaguarda de sus intereses, los particulares se convierten en juez y parte. "En vez de que la fuerza física estuvieses al servicio del derecho, este último se encontraba a merced de aquella " *2*, y es por ello que el poder público interviene a fin de limitar la venganza privada.

1 COUTURE EDUARDO J., *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Editorial Nacional, 3a. Ed. México, 1984. Pag. 9

2 GARCÍA MAYNEZ EDUARDO. *Introducción al Estudio del Derecho*. Editorial Porrúa, 33a. Ed. México, 1982. Pag. 227

Introdujo primeramente restricciones a la Ley del Tali3n, despu3s intervino como 3rbitro o conciliador a trav3s de una composici3n amigable, dicha 3poca se conoce como r3gimen de autocomposici3n ("La sumisi3n, renuncia total o parcial del derecho por el quebrantamiento de la norma, sacrifica todo o parte de su derecho o existe una transacci3n denominada contrato civil con proyecciones procesales") *3*, y por 3ltimo se reserv3 para s3 la soluci3n directa del conflicto, dicha 3poca se conoce como proceso ("Las partes dirimen su controversia ante la autoridad y quedan sometidos expresa o t3citamente, a la decisi3n de 3sta") *4*. De este modo se lleg3 al principio de que los conflictos particulares estar3an constituidos por la soluci3n oficial de los litigios a trav3s de la funci3n jurisdiccional ("Es la funci3n p3blica realizada por 3rganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la Ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jur3dica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente con facultades de ejecuci3n") *5*.

Resulta pues que el particular no puede ya hacerse justicia por su propia mano, sino que tiene que ocurrir a los 3rganos jurisdiccionales a fin de que determinen si la facultad que el reclamante se atribuye existe realmente, y en caso necesario, ordenar su satisfacci3n, por medios coactivos.

3 COUTURE, Op. C.t. Pag. 10
4 Ibidem, Pag. 10
5 Ibidem, Pag. 40

Esta facultad, del particular se orienta hacia la protección de derechos subjetivos de los mismos, por lo que se ha sentado el principio de que el aparato jurisdiccional con sus excepciones, sólo puede moverse a instancia de parte. Ahora bien, el deber de juzgar de los órganos jurisdiccionales es correlativo de una facultad concebida por él mismo a los particulares y en ocasiones a los órganos del Estado, por el ejercicio del correspondiente derecho al que se dá, en la terminología jurídica, el nombre de acción.

1.1. ROMA

En Roma, el sistema procesal va unido a las necesidades del Derecho Sustantivo : donde hay una facultad jurídica individual, se concede una acción para darle eficacia.

En el Derecho Clásico, el Derecho Procesal es primordial y es a través de ciertas acciones como los clásicos dieron su perfil a determinados derechos subjetivos.

Es de hacer notar al lector, que "El Derecho Romano, como afirma Riccobono, no es un sistema de derechos subjetivos, sino de acciones" *6*, que son una unidad única según Kaser.

Al derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales, los romanos lo llamaron acción; hay que recordar que dicho término va unido con el Derecho subjetivo, como ya se hizo mención.

6 MARGADANT S. GUILLERMO, *El Derecho Romano Privado*, Editorial Porrúa, S.A., Décima Ed. México, 1981, Pág. 138

La tradición de usar el título de acción arranca de la Instituta de Gayo, en la que encontramos la definición hecha por Celso y que es la que aún persiste en nuestra legislación como se verá más adelante. Para Celso la acción es " Nihil aliud est actio, quam ius quod sibi debeatur iudicio percequendi " (La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir mediante un proceso, lo que le debe a uno, D. 44. 7. 51.)

El Derecho Procesal Romano puede dividirse en tres fases :

- a) Acciones de la Ley;
- b) El Proceso Formulario; y
- c) La del Proceso Extraordinario.

A las dos primeras fases se les da el término de ordo iudiciorum, en el cual el proceso se dividía en dos instancias; interviene la autoridad pública en la persona del magistrado, pero el papel de éste se limita originalmente a " asegurar que las partes recurran al arbitraje y que la cuestión a resolver por el juez privado sea planteada correctamente ".

Al lado de este procedimiento oficial, existe el arbitraje privado en el cual las partes se ponían de acuerdo en nombrar un árbitro, para que éste resolviera la controversia planteada.

En la fase del Ordo iudiciorum, nadie tenía derecho al iudex, sin haber obtenido una autorización previa del magistrado; como se ve, la acción era calificada por el magistrado, quien decidía si se tenía razón o no, sin que hubiere recurso alguno en caso de que se negase a tramitar el proceso correspondiente; ya que acción y derecho eran uno, por lo que sólo existían las acciones fundadas.

Nuestro Derecho Procesal no exige la calificación previa. Con ello encontramos que existen sentencias absolutorias, esto es, no siempre el actor logrará su pretensión si ésta carece de legitimación.

En la fase preclásica, el magistrado daba el permiso necesario (*actionem dare*), si la reclamación correspondía a alguna norma consagrada por las doce tablas; más tarde bajo el sistema formulario daba el permiso:

I.- En los casos previstos en forma general, en su álbum anual.

II.- Fuera de tales casos cuando opinaba que el actor obraba de buena fe y podía tener razón.

Si el caso planteado no se encontraba en dichos supuestos, tenía libertad para denegarla (*denegare actionem*).

Dicho proceso daba lugar a dos conceptos fundamentales en Proceso Romano :

a) La *Iurisdictio* que era la facultad del magistrado de conceder o denegar una *actio*, es decir de permitir o prohibir el acceso al arbitraje o jueces privados; y

b) La *Iudicatio* que era la facultad del *iudex* de dictar sentencia.

En la época postclásica se inició una tercera fase, la del procedimiento extraordinario y en la cual la bipartición no existió, por regla general, el magistrado investigaba los hechos y dictaba él mismo la sentencia.

1.1.1. LAS LEGIS ACCIONES

El maestro Arangio Ruiz, definió a las legis acciones como "Las declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que el particular pronunciaba generalmente ante el magistrado". *7*

Hubo cinco legis acciones, que eran severamente formulistas y que iban a su vez íntimamente ligadas a los textos de las leyes en que el actor fundaba su pretensión, el cual transplantaba al proceso civil el carácter fragmentario. Fuera de ellas no ofrecía solución : " Nulla actio sine lege" (no hay acción sin base en la Ley)

Las legis acciones eran :

I.- La legis actio sacramento, que era la apuesta sacramental y servía para hacer reconocer derechos reales y personales.

II.- La iudicis arbitriue postulatio, que era la petición de un juez o árbitro relativa a la copropiedad o herencia.

III.- La condictio, que era la acción para reclamar un bien determinado de acuerdo a la Ley Calpurnia o una determinada cantidad de dinero conforme a la Ley Silia.

IV.- Manus iniectio, que era aquella en virtud de la cual el acreedor podía llevar ante el pretor a su deudor a efecto de que cumpliera con la obligación contraída.

7 MARGADANT, Op. Cit. Pág. 145

V.- La *pignoris capio*, que era aquella en virtud de la cual el acreedor podía recoger en casa del deudor algún bien.

1.1.2. EL PROCEDIMIENTO FORMULARIO

Este procedimiento que caracterizaba la segunda fase del proceso en Roma, encontró su origen fuera de ella, y fué adoptado por el pretor peregrinus, quien desde el año 242 antes de Cristo, administraba justicia en litigios entre romanos y extranjeros, y extranjeros entre sí, a consecuencia de la Ley Aebutia y de las Leyes Iuliae Iudiciariae.

El pretor se convierte en un organizador que determina discrecionalmente, cual será el programa procesal de cada litigio, señalando a las partes sus derechos y deberes procesales. El maestro Ortolan dice que la acción en este periodo o significaba, el derecho concedido por el magistrado al actor para perseguir delante de un juez lo que es debido, o bien se designa como la fórmula que se entregaba al actor y por la cual se confería el derecho.

En esta fase se permitió la acumulación de acciones, siendo el principio general que la elección de una acción extinguía las demás.

1.1.3. EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Este procedimiento se utilizó en determinados litigios, basados en instituciones de reciente creación, el pretor comenzaba a resolver la controversia en una instancia, *in iure*, sin mandar el asunto a un *iudex* (*fideicomisos* y *alimentos*).

Cuando el emperador comenzó a asumir todas las funciones del Estado, eran los funcionarios imperiales, quienes solían investigar los hechos y dictar sentencia.

Este periodo se caracterizó por un viraje de lo privado a lo público. Se abandonó el principio dispositivo y de congruencia, aunque como se desprende de la legislación Romana, en la que una persona podía renunciar a su facultad de recurrir a las autoridades judiciales en relación con determinados derechos suyos, D. 2. 14. 22.

Podemos concluir que el Derecho Procesal Romano, otorgaba a cada situación jurídica típica una acción determinada, y con ello un derecho subjetivo al particular, por lo que el derecho, no existe, solo existe la acción que era calificada por el magistrado o pretor, con el objeto de decidir si procedía o no, dejando en estado de indefensión al particular toda vez que no existía un Derecho Positivo, era por el ejercicio de la acción que se creaba y a capricho del órgano jurisdiccional; no existía recurso alguno o responsabilidad oficial cuando el magistrado se negase a tramitar una acción.

Actualmente, dicha situación violaría el artículo octavo Constitucional, ya que éste señala que a toda petición deberá recaer un proveído de la autoridad a quien se haya dirigido; así como el artículo décimo cuarto Constitucional párrafo cuarto al señalar : " En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra, o a la interpretación jurídica de la Ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del Derecho".

1.2. DIVERSAS DOCTRINAS Y CONCEPTOS

Señalar una evolución del concepto de acción dentro de la Doctrina no resulta fácil, dado que los autores procesalistas aún no se ponen de acuerdo con la terminología que debe emplearse en la definición de dicho concepto.

Es más, sería difícil señalar que existen épocas en las que se coincide en su significado, ya que en toda la historia del proceso se discute y discutirá el mismo.

El concepto de acción fué trasladado de Roma a todo el mundo, en especial influenció en el Derecho Español y por consiguiente en los Códigos de habla hispana, de donde resulta que la acción aparece como sinónimo de derecho en las legislaciones: "La acción no es otra cosa que el derecho de perseguir mediante un proceso lo que le deben a uno".

Fué hacia el año de 1856 que el maestro Bernhard Winds-Cheid, criticó la Teoría Clásica de la acción representada por el maestro Savigny, el cual definió a la acción como: "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" *8*.

Si el derecho lesionado se convierte en acción, ¿cómo explicar que existen sentencias absolutorias? es decir, la acción no se encuentra fundada en derecho; ahora bien, si el actor no quiere ejercitar ese derecho; no se transformará en acción, toda vez que no recurre a los órganos jurisdiccionales a efecto de resolver el conflicto entre las partes, de donde

8 WINDS-CHEID BERNHARD Y MUTHER THEODOER, *Polémica sobre la Actio*, Editorial Ediciones Jurídicas Europeas, sexta Ed., Buenos Aires, 1974, Pág. 1.

de donde se desprende que acción y derecho son dos cosas diferentes.

El maestro Bernhard Windscheid afirma que " La acción es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial". *9*. Para la conciencia jurídica actual afirma el autor, viene primero el derecho, la acción después; el derecho es lo generador, la acción lo generado.

En el Derecho Romano el ordenamiento jurídico no dice al individuo: tienes tal y tal derecho, sino: tienes tal y tal actio. Para los romanos, lo decisivo no era lo que decía el derecho, sino el magistrado.

Afirma Windscheid que " Se puede cambiar el término de acción por el de pretensión (anspruch), que es lo que nace de la violación de un derecho contra su autor". *10*

Es importante señalar que el maestro Windscheid consideró a la acción como un concepto autónomo al Derecho Subjetivo y necesario para lograr un Estado de Derecho.

Es a partir de esta fecha que aparecen en el Derecho Procesal tres aspectos de gran relevancia:

- I.- Aparece la teoría de la autonomía de la acción;
- II.- Aparece el concepto y terminología de pretensión; y
- III.- Desde ese momento aparecen un sin numero de doctrinas acerca de los dos puntos anteriores, las cuales trataremos de exponer con el objeto de definir a la acción.

9 WINDS-CHEID BERNHARD, Op. Cit. Pág. 7.

10 *Ibidem*, Pág. 88

1.2.1. LA DOCTRINA TRADICIONAL.

La presente Doctrina se encuentra representada por dos corrientes:

- a) Teoría de la acción derecho (Romanos).
- b) Teoría de la acción medio (Savigny).

Estas teorías, tienen su antecedente en las ideas de los jurisconsultos Romanos "La acción es el derecho material en movimiento, es decir, en cuanto a exigencia que se hace valer ante los tribunales a fin de conseguir el cumplimiento de la obligación correlativa". *11*.

La corriente mencionada señaló como características de la acción:

- a) La acción es un derecho subjetivo civil, cuyo ejercicio depende de la voluntad del titular del mismo;
- b) Pertenece al derecho privado, no es un derecho que los particulares tengan contra el Estado ni contra los funcionarios del mismo.

Característica que no coincide con nuestra legislación ya que nuestros artículos octavo, décimo cuarto y décimo séptimo constitucional, exigen la intervención del órgano jurisdiccional y señale una función pública, como lo es la administración de justicia;

- c) El objeto sobre el cual recae la acción es la prestación que se exige del demandado, la acción va dirigida hacia el demandado para obtener de él, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

11 GARCÍA MAYNEZ, Op. Cit. Pág. 230.

1.2.1. LA DOCTRINA TRADICIONAL.

La presente Doctrina se encuentra representada por dos corrientes:

- a) Teoría de la acción derecho (Romanos).
- b) Teoría de la acción medio (Savigny).

Estas teorías, tienen su antecedente en las ideas de los jurisconsultos Romanos "La acción es el derecho material en movimiento, es decir, en cuanto a exigencia que se hace valer ante los tribunales a fin de conseguir el cumplimiento de la obligación correlativa". *11*.

La corriente mencionada señaló como características de la acción:

- a) La acción es un derecho subjetivo civil, cuyo ejercicio depende de la voluntad del titular del mismo;
- b) Pertenece al derecho privado, no es un derecho que los particulares tengan contra el Estado ni contra los funcionarios del mismo.

Característica que no coincide con nuestra legislación ya que nuestros artículos octavo, décimo cuarto y décimo séptimo constitucional, exigen la intervención del órgano jurisdiccional y señale una función pública, como lo es la administración de justicia;

- c) El objeto sobre el cual recae la acción es la prestación que se exige del demandado, la acción va dirigida hacia el demandado para obtener de él, el cumplimiento de las obligaciones contraídas.

11 GARCÍA MAYNEZ, Op. Cit. Pág. 230.

Como se desprende de lo anterior, dicha corriente no separa el término acción y prestación (pretensión), ya que señala que ésta última es el objeto de aquella y constituye un elemento de la acción como lo expresa nuestro artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Los clásicos clasifican a la acción en :

1.- Las acciones personales, que son aquellas en las que se ejercita un derecho personal y se exige el cumplimiento de obligaciones igualmente personales.

2.- Acciones reales, son aquellas que emanan de un derecho real y se exige por ellas, el cumplimiento de obligaciones reales.

3.- Acciones mixtas, son aquellas que participan de las reales y de las personales.

4.- Acciones prioritarias, son aquellas por las cuales se protege el derecho de propiedad, los derechos reales y en general el derecho respecto a las cosas.

5.- acciones del estado civil, son aquellas que comprenden las declarativas del estado civil, las que tienen por objeto la rectificación de los actos del estado civil y la protección de la posesión del estado civil.

6.- Acciones mobiliarias, son aquellas relativas a bienes muebles.

7.- Acciones prescriptibles e imprescriptibles, según pueden o no extinguirse por la prescripción.

8.- Acciones sumarias, las que provocan juicios sumarios.

9.- Acciones ejecutivas, las que se fundan en títulos ejecutivos.

10.- Acciones hipotecarias, las relativas al derecho real hipotecario.

11.- Acciones principales y accesorias, son aquellas que subsisten por sí mismas y se refieren a la obligación principal, mientras que las segundas existen en razón de las principales.

12.- Acciones subsidiarias, son aquellas que se ejercitan con carácter de eventuales.

13.- Acciones prejudiciales, las que deben ejercitarse antes de otras, de las que son presupuesto jurídico.

14.- Acciones mancomunadas, son aquellas en las que se hacen valer derechos mancomunados.

15.- Acciones contrarias, son aquellas que no pueden ejercitarse al mismo tiempo.

16.- Acciones contradictorias, son aquellas que no pueden ser al mismo tiempo procedentes.

17.- Acciones subrogadas, las que ejercita el substituto procesal del actor.

1.2.1.1. LOS CIVILISTAS

Los doctrinarios de dicha corriente tomaron como punto de partida para definir a la acción, el esquema de la relación privada de la obligación. La acción entendida como derecho de obtener del deudor, mediante la sujeción impuesta por el Estado, el equivalente a su prestación de vida, no es una cosa que esté fuera del derecho subjetivo, sino que solamente un aspecto o un momento del mismo derecho.

Como se ve, los civilistas tomaron el esquema del Derecho Romano, pero es de importancia señalar que dicha corriente al fundamentarse en el concepto de obligación, reconoció la autonomía de la acción.

La acción se entiende :

"Como una relación jurídica por virtud de la cual un sujeto llamado acreedor, está facultado para exigir de otro sujeto denominado deudor, una prestación o una abstención" *12*. De esto se desprende que el acreedor tiene la facultad de exigir una prestación (pretensión), y no una facultad de exigir una acción.

12 ROJINA VILLEGAS RAFAEL, Compendio de Derecho civil, Teoría General de las Obligaciones, Tomo III, Edit. Porrúa, S.A., Décimo Tercera Ed. México.1981 Pag. 9

1.2.1.2. NICOLÁS COVIELLO

Dicho autor definió a la acción como "La facultad de invocar la autoridad del Estado. para la defensa de un derecho" *13*.

Este autor distinguió : La acción como potencialidad y como actuación; en el primer caso, la acción se confunde con el derecho subjetivo; en el segundo caso, la acción se establece como simple función del derecho subjetivo como si fuese un derecho distinto del material.

1.2.1.3. SAVIGNY

Este autor es representante de la teoría clásica de la acción, afirma que la acción procesal no es un derecho sui generis (un derecho en si), sino el aspecto particular que asume todo derecho como consecuencia de su lesión, en lo que pudiera llamarse estado de defensa, le da a la acción una función de garantía y explica : "Cuando examinamos un derecho bajo la relación especial de su violación, nos parece un estado nuevo, el estado de defensa y así la violación de igual manera que las instituciones establecidas para combatirlas analizan el contenido y la esencia del derecho mismo. Ahora bien, el conjunto de modificaciones en el derecho por aquella causa la designó con el nombre de derecho de acción" *14*.

El maestro Savigny señaló como elementos de la acción mismos que se contemplan en nuestro artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal :

13 GARCÍA MAYNEZ EDUARDO, Op. cit. Pag. 231.

14 OBREGÓN HEREDIA JORGE, Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Edt. Obregón y Heredia, Primera Ed. México, 1901, Pag. 16

1) La existencia de un derecho, mismo que es protegido por la acción.

¿ Cómo se explica que existan sentencias absolutorias carentes de legitimación ?

2) El interés, porque el derecho es interés que protege la Ley y si éste falta, desaparece.

Consideramos como se verá más adelante, que el interés es requisito indispensable del proceso, ya que por principio general, el proceso civil, tiene un carácter dispositivo.

3) La calidad porque el derecho tiene titular y éste es el que tiene que ejercitar la acción en nombre propio, o a nombre del incapaz.

4) La capacidad que es la aptitud de actuar personalmente en juicio.

Estos dos últimos elementos, no constituyen parte de la acción sino del derecho que se pretende ejercitar, lo que confirma la autonomía de la acción, toda vez que ésta como se ve en la práctica y en nuestra legislación en sus artículos trigésimo quinto fracción cuarta y artículo cuadragésimo cuarto del Código de Procedimientos civiles, la acción puede intentarse por cualquier persona, y será motivo de excepción por parte del demandado.

1.2.1.4. GARSSONET

Este autor definió a la acción diciendo que " Es el derecho mismo que permanece pasivo por decirlo así, en tanto no es negado, pero se pone en movimiento desde que es desconocido o violado, esta noción fundamental es fecunda es un resultado : no hay derecho sin acción y la Ley que lo crea no tiene necesidad de agregarle expresamente una acción, por el sólo hecho de que aquel existe al mismo tiempo que la acción".

De esto resulta que la acción tiene una existencia propia diferente al derecho por lo que estos son diferentes.

1.2.1.5. HANS KELSEN

Dicho autor menciona que el derecho subjetivo no puede concebirse independientemente de la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales, la aplicación del acto coactivo; se trata de un solo derecho con dos relaciones distintas.

" El derecho a la prestación es correlativo de un deber del otro contratante y tiene el carácter de un derecho privado subjetivo; el de acción es correlativo de un deber impuesto por el órgano jurisdiccional y es por tanto, de índole público" *15*.

Ahora bien, si el derecho de acción y el derecho a la prestación fueren una sola facultad como afirma el maestro, al decir que derecho objetivo y subjetivo son uno solo, al desaparecer la acción, desaparecería la pretensión o derecho sustantivo, pero no ocurre así.

15 KELSEN HANS, Teoría General del Estado, Ed. Nacional, Décimo quinta Ed. México, 1979, Pag. 195

1.2.2. LA TEORÍA DE LA AUTONOMÍA DE LA ACCIÓN

La presente corriente considera fundamentalmente que la acción es un derecho distinto del derecho substancial y señala cuatro razonamientos fundamentales :

- a) Hay casos en los que existe la acción y no un derecho material;
- b) El derecho de acción es correlativo de un deber del Estado, consistente en la obligación de la facultad jurisdiccional;
- c) La acción tiene un carácter público, en tanto que el derecho tiene un carácter privado; y
- d) La acción constituye un derecho subjetivo derivado del derecho consagrado en la norma fundamental.

1.2.2.1. LA DOCTRINA ALEMANA

Esta corriente se encuentra representada por el maestro Bernhard Windscheid, quien ratificó la autonomía de la acción al considerar que el derecho sustantivo es diferente a la acción.

El maestro Wach, quien continuó con esta corriente preceptúa a la acción como el derecho del ciudadano a obtener del Estado la tutela jurídica; la acción es un derecho subjetivo por sí mismo dirigido contra el sujeto pasivo que es el Estado y que constituye una garantía jurisdiccional.

En esta teoría predomina el interés individual, este derecho se construye de la relación jurídica existente entre el titular del derecho y un obligado, dándose al ciudadano la posición de sujeto activo y al Estado como sujeto pasivo.

La acción en sentido abstracto, según la cual, el derecho de acción no solamente pertenece a aquel que tiene razón, sino a cualquiera que se dirija al juez para obtener de él una decisión sobre su pretensión, aún cuando sea infundada, de tal suerte que la acción no sería el derecho a obtener una providencia que dé la razón al reclamante, sino el derecho a obtener una providencia que declara si el reclamante tiene o no razón.

Esta acción es verdaderamente un derecho porque está garantizada por la responsabilidad civil y penal en que el juez incurriría si denegase injustamente un acto de oficio.

La acción en sentido concreto no es un derecho, porque no se puede prever a priori si el juez dará la razón a quien la tiene.

Tesis con la cual coincido, ya que considera a la acción no tan solo como petición, sino como un derecho subjetivo a abstracto que constituye una garantía jurisdiccional de acuerdo con nuestros artículos primero constitucional y cuadragésimo cuarto del Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal, al señalar :

"Artículo 1º.- En los Estados Unidos Mexicanos, todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece".

" Artículo 44°.- Todo el que, conforme a la Ley esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles puede comparecer en juicio".

Como se ve en nuestra legislación, no se requiere tener el derecho para comparecer en juicio.

Por último, es de importancia en dicha corriente el criterio manifestado por el maestro Degenkok al manifestar que la naturaleza de la acción, es un derecho abstracto de obrar independientemente que ella sea fundada o infundada.

1.2.2.2. PIERO CALAMANDREI

Afirma el maestro Piero Calamandrei, que si en un ordenamiento primitivo, como era el Derecho Romano, en el que la defensa de los derechos individuales esté enteramente confiada a la fuerza privada del interesado, aquel que acudiere a hacer valer su derecho, debe ejercitar su fuerza física, esto es llevar a cabo una acción material; cuando es asumida la defensa por el Estado, mediante la institución de los jueces público, la palabra acción pasa a significar el recurso con que el ciudadano invoca en su propio favor la fuerza pública del Estado. De donde define a la acción como : " La facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado; al fallar el cumplimiento voluntario del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado para convertir su obligación en sujeción" *16*.

Ahora bien, establece un doble carácter a la acción; la acción se presenta pues como la petición que una persona hace al órgano jurisdiccional de una providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona.

16 CALAMANDREI, PIERO. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. 1a. Ed. Editorial de Palma. Buenos Aires, Argentina, 1943, Pág. 160.

De este modo, la acción como actividad dirigida a presentar al juez una propuesta de providencia, no es solamente propia del actor, porque también el demandado aún cuando se limita a pedir el rechazo de la demanda, viene en substancia a solicitar del juez que pronuncie una sentencia.

Podemos decir que no tan solo es una petición al órgano jurisdiccional, sino un derecho y una obligación de carácter positivo por dichos órganos como se contempla en nuestro artículo octavo Constitucional.

Afirma el maestro Piero Calamandrei que la acción se concibe como un derecho subjetivo autónomo (Que puede existir por sí mismo, independientemente de la existencia de un derecho subjetivo substancial) y concreto (dirigido a obtener una determinada providencia jurisdiccional, favorable a la petición del reclamante).

Señala como requisitos de la acción, los siguientes :

A) Un cierto hecho específico jurídico, es decir una cierta relación entre un hecho y una norma consistente en un situación objetiva de coincidencia, que debe verificarse en una realidad entre los hecho ocurridos y los hechos considerados por una norma jurídica. El primer requisito de la acción es la preexistencia en el campo substancial del derecho subjetivo y hacer valer en juicio.

Habremos de recordar que basta con que el actor crea tener un derecho subjetivo derivado de una objetivo, para que puede intentar dicha acción, por lo que no se puede decir que el primer requisito sea el que plantea el maestro, ya que el mismo consistiría en que sólo existieran

pretensiones fundadas, cosa que no existe, ya que el actor al reclamar una petición, no siempre logra una sentencia de condena.

B) La legitimación para obrar o para contradecir para que el juez pueda tomar las providencias correspondientes a la relación anterior, es necesario que la demanda le sea presentada por quien se encuentra legitimado para obrar.

C) Interés procesal. Dicho requisito surge cuando el bien al cual el actor aspira no se puede ya obtener de otra manera que no sea sino por vía judicial.

Es de hacer notar que por el momento no existen, a consideración del sustentante, más requisitos que los señalados en los artículos primero y octavo constitucionales y cuadragésimo cuarto del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, y se pudiese también considerar el tercer requisito planteado por el maestro Calamandrei pero sin ser éste de gran relevancia.

1.2.2.3. JOSÉ CHIOVENDA

Dicho autor definió a la acción como : "El poder jurídico del particular contra el particular pero derivado del Estado, y fundado en la posibilidad de una actividad del Estado." *17*

La Teoría de Chiovenda entendió a la acción como derecho potestativo, la cual, como se ha visto, pone en evidencia la colaboración que en derecho civil se realiza entre el interés privado y el interés público.

17 CHIOVENDA, JOSÉ. Principios de Derecho Procesal Civil. Editorial Cárdenas. México, 1900. vol. I. Pág. 80

La acción como derecho potestativo significa convergencia de dos intereses, en cuanto al particular que busca en el proceso la satisfacción de un interés privado; dando así ocasión al Estado de satisfacer, al administrar justicia, el interés colectivo (lo que confirma que la acción tiene un carácter público).

La acción no es un derecho subjetivo porque no supone un sujeto pasivo que deba cumplir una obligación, la acción es un derecho potestativo,, o sea el poder jurídico de crear un estado de sujeción y producir una nueva situación jurídica.

Chiovenda afirma que es potestativo por las siguientes razones :

1.- En muchos casos la Ley concede a alguno el poder de influir con una manifestación de voluntad sobre la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste.

2.- El actor da vida a la convicción para la actuación de la Ley.

3.- La acción procesal no se identifica con el derecho que se hace valer en juicio, porque la acción tiende a que el órgano jurisdiccional haga actuar la voluntad de la ley; mientras que el derecho subjetivo persigue que el deudor realice determinada prestación (todo derecho subjetivo es un interés que se encuentra facultado por la norma).

En nuestra legislación, la acción sí es un interés que está facultado por la norma positiva, como se desprende de los artículos octavo y décimo séptimo Constitucionales.

Afirma el autor que mediante la acción, el actor puede obtener mucho más de lo que pretende, ya que con la misma logra la función jurisdiccional y en ocasiones no obtiene la condena o tutela del derecho que pretende hacer valer.

Para el maestro Chiovenda, la acción procesal se ejercita ante los tribunales constituyendo un derecho frente al demandado, porque a él va a afectar la sentencia.

Es verdad que la sentencia podrá afectar al demandado, pero será el proceso y no la acción quien lo afecte; la acción constituye un derecho frente a los Tribunales ya que el actor puede recurrir en queja al superior en caso de no ser admitida la demanda, y en algunos casos podrá promoverse el juicio de amparo.

Su contenido, afirma el maestro, es el conjunto de actividades que debe realizar el órgano jurisdiccional, para que las partes o los terceros ejerciten ante éste el derecho de petición.

1.2.2.4. CARNELUTTI

El maestro italiano sostuvo que :

1.- La acción procesal es un derecho subjetivo de orden público, un auténtico derecho de carácter cívico, afirmación que se encuentra consignada en los artículos octavo, décimo séptimo y trigésimo quinto fracción V Constitucionales.

2.- Afirma que el interés protegido por el derecho no es el interés en litigio, sino el interés en la composición del litigio mediante la sentencia. La sentencia es el fin del proceso, más no de la acción, pues ésta se extingue con el primer proveído que haga el órgano jurisdiccional, toda vez que con dicho proveído se satisface el artículo octavo Constitucional, pero no obsta que con dicho proveído nazca el proceso.

3.- Los sujetos pasivos del derecho de acción, no son ni el demandado ni el deudor de la obligación, son los funcionarios encargados de administrar justicia, quedando en consecuencia, fuera de la órbita del derecho de acción, los testigos, peritos y en general los terceros que intervienen en el juicio.

Lo anterior confirma que la acción se extingue con el primer proveído que haga la autoridad, ya que los testigos, peritos y terceros quedan dentro de la órbita del proceso ("serie de actos que se desenvuelven progresivamente con el objeto de resolver mediante un juicio de la autoridad el conflicto sometido a su decisión"). *18*

4.- Los particulares que ejercitan el derecho de acción, llevan a cabo una función pública : "la administración de justicia".

5.- El contenido del derecho de acción consiste meramente en la obligación a cargo de los funcionarios judiciales de proveer a las peticiones de las partes.

6.- El derecho de acción no sólo corresponde al actor, sino también al demandado como se ha señalado con anterioridad.

18 Couture, Op. cit. Pag. 131

7.- El derecho de acción no otorga la facultad de obtener una sentencia favorable, ni menos una sentencia justa, lo que confirma que acción y derecho subjetivo son dos cosas diferentes.

1.2.2.5. HUGO ROCCO

Este autor afirma que la acción es "el derecho de cada ciudadano como tal, de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados en el derecho". *19*

Asimismo, el autor en comento señala como características de la acción las siguientes :

A) Es un derecho subjetivo porque es correlativo de una obligación impuesta a ciertos órganos del Estado (Arts. 8, 14, fracción II y Párrafo primero Constitucionales y 1º y 2º de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal)

B) Es un derecho relativo porque corresponde a una obligación especial de una persona individualmente determinada: "el Estado"

C) Es un derecho abstracto pues puede ser ejecutado por cualquier persona aún cuando no tenga material que hacer valer; de donde se deduce que el derecho de acción no es derecho a obtener una sentencia, sino a un proveído por parte de los órganos jurisdiccionales.

19 GARCÍA MAYNEZ, Op. Cit. Pág. 237

D) Constituye un derecho de complejidad que no crea un sólo vínculo normativo, sino que se desenvuelve en una serie de relaciones de derecho, constitutivas del proceso.

E) Es inmutable y único porque tiene siempre al mismo objeto (la prestación de la función jurisdiccional).

F) Es ideal o inmaterial en virtud de que no encierra por sí mismo un contenido pecuniario.

1.2.2.6. EDUARDO GARCÍA MAYNEZ

El maestro García Maynez definió a la acción como "la facultad de pedir a los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya como el de declarar la existencia de una obligación y en caso necesario hacerla efectiva" *20*.

Cabe hacer notar que no simplemente es la facultad de pedir, sino de exigir, toda vez que dicha facultad se consagra como una garantía individual al particular y de no cumplirla por los órganos jurisdiccionales, éstos cometerían un ilícito que se encuentra tipificado en nuestro Código Penal en su artículo doscientos cincuenta y cinco fracción VIII, mismo que a la letra dice :

"Retardar o entorpecer maliciosamente o por negligencia la administración de justicia ".

20 Op. Cit. Pág. 229

El autor es como afirma que el interés del particular consiste en:

- 1.- Establecer una situación jurídica dudosa.
- 2.- La declaración de una obligación.
- 3.- La ejecución de dicha obligación.

En realidad éstos constituyen el objeto de la pretensión.

1.2.2.7. IGNACIO BURGOA

El maestro Ignacio Burgoa define a la acción como "un derecho subjetivo público, que tiene por objeto reclamar la prestación del servicio público jurisdiccional" *21*.

Afirma el autor que la acción es un derecho, porque implica obligatoriedad e imperatividad para el órgano estatal al cual se dirige, en cuanto que éste no puede denegar su ejercicio, sino que debe resolver afirmativamente o negativamente lo pedido mediante ella. La acción constituye una especie de derecho de petición y participa de las cualidades de lo jurídico por razón de que no puede ser realizado por el órgano ante el cual se deduce sin un análisis previo, sin que en ello recaiga un acuerdo autoritario, independientemente del contenido del mismo, así el artículo octavo Constitucional que se refiere al derecho de petición en general como una garantía del gobernado, impone a todo órgano del Estado la obligación pública de pronunciar siempre un proveído a la solicitud que le lleve cualquier persona.

21 BURGOA IGNACIO, *El Juicio de Amparo*, Editorial Porrúa, S.A., Décimo Octava Ed. México, 1982, Pág. 316

Es además un derecho subjetivo, porque es una facultad concedida a la persona por un ordenamiento jurídico objetivo, y además, debido a que el contenido que persigue mediante ella es de índole público: la obtención de la prestación del servicio público jurisdiccional.

Concluye el maestro Burgoa, que a la acción se le suele aducir una nota de individualidad y aunque no constituye un elemento de su esencia, sino un carácter circunstancial que depende de la categoría o naturaleza de su titular, ya sea un sujeto particular o bien de índole social o estatal.

1.2.2.8. EDUARDO PALLARES

El maestro Eduardo Pallares hace una distinción entre el derecho de acción abstracto y general y de la acción procesal propiamente dicha, que se realiza en los tribunales; afirma que ésta última deriva de aquella que es el derecho abstracto que se convierte en concreto al ejercitar dicha acción ante los tribunales, de donde definió a la acción procesal como "el conjunto de medios legales, fórmulas y procedimientos por los que se ejercita el derecho constitucional de acción". *22*

Para el maestro Pallares el derecho de acción tiene como notas esenciales, las siguientes :

a) Es un derecho abstracto y general, que se concede a todos los habitantes de la república y no a determinadas personas, nota que coincide con lo dispuesto por los artículos primero Constitucional y cuadragésimo cuarto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, mismos que han sido transcritos con anterioridad.

22 PALLARES EDUARDO, Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A., Novena Edición, México, 1981, Pág. 284.

b) Su naturaleza abstracta es común a todos los derechos declarados en la Ley que no llegan a conocerse en una situación jurídica con existencia social positiva.

c) Que el derecho de acción no sólo tiene naturaleza abstracta, sino que como toda norma, tiene una naturaleza de bilateralidad, porque impone deberes correlativos de facultades o concede derechos correlativos de obligaciones.

d) El derecho de acción no sólo corresponde al actor, sino también al demandado, porque los dos pueden ejercitarlo de acuerdo con los artículos octavo y décimo séptimo de la Constitución. Esta nota esencial del derecho de acción no distingue de la acción como fué comprendida en la legislación romana y posteriormente hasta la mitad del siglo XIX, en que se le consideraba como un derecho exclusivo del actor.

e) Su contenido, consiste en la facultad de poner en actividad la función jurisdiccional.

f) Es un derecho imprescriptible, que está fuera del comercio humano y por lo tanto no puede ser cedido o renunciado.

Conforme al artículo mil ciento treinta y cinco del Código Civil para el Distrito Federal, y que confirma lo expresado por el maestro Eduardo Pallares, lo que prescribe es la adquisición de bienes o la liberación de obligaciones y no de acciones.

g) No es derecho de naturaleza civil, sino de índole constitucional. *23*

22 PALLARES EDUARDO, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, México, 1973, Pág. 26 y 27.

El maestro dividió a las acciones en ejecutivas, ordinarias, especiales y preventivas, que en realidad es una clasificación del proceso y no de las acciones.

1.2.2.9. HERNANDO DEVIS ECHÁNDIA

Este autor, de origen español señala que la jurisdicción puede ser considerada en un doble aspecto :

1) Como un derecho público del Estado y su correlativa obligación para los particulares;

2) Como una obligación jurídica de derecho público del Estado de prestar su jurisdicción para esos fines y un derecho subjetivo público, de los ciudadanos de recurrir ante el para poner en movimiento su jurisdicción mediante un proceso; este último derecho es la acción en sentido procesal.

De lo anteriormente expuesto, se deriva que el maestro Hernando Devis Echándia, define a la acción como : " El derecho público cívico, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona natural o jurídica para obtener la aplicación de la jurisdicción del Estado en un caso concreto, mediante una sentencia y a través de un proceso con el fin (que es de interés público general) de obtener la declaración, la realización, la satisfacción coactiva, o la protección cautelar de los derechos o relaciones jurídico materiales consagradas en el derecho objetivo que pretende tener quien la ejercita (o la defensa de un interés colectivo, cuando se trata de una acción pública)**24*.

24 DEVIS ECHÁNDIA HERNANDO, *Noiones Generales de Derecho Procesal Civil*, Editorial Aguilar, S.A., Décima Ed. España, 1966, Pag. 185.

El maestro afirma:

La acción es una actividad jurídica por naturaleza, puesto que origina relaciones jurídicas, derechos y obligaciones, cargas y facultades. Es un derecho subjetivo y no un simple poder o facultad inherente al derecho de libertad. Pertenece al grupo de los derechos cívicos cuya raíz se encuentra en las garantías constitucionales del particular frente al Estado, cuyo origen puede ser el común a todos los derechos de petición a la autoridad. No es un derecho contra el Estado ni frente al Estado, porque no existe contraposición de intereses entre el actor y el Estado, sino un derecho hacia el Estado en cuanto a que tiene que ser dirigido al él y ejercitarlo ante el funcionario judicial que lo representa.

Es de mi opinión que si existe una contraposición de intereses, toda vez que el Estado pueda negar el derecho de petición o bien, no contestar al particular y con ellos se quebrantaría el artículo octavo Constitucional y constituiría una causa de responsabilidad por parte del servidor público.

Es un derecho abstracto porque la Ley lo otorga a toda persona, pero se determina, se individualiza y se concreta cuando es ejercitado en la demanda.

El interés que protege es en forma primordial e inmediata, el interés público y general; sólo secundariamente o en forma mediata persigue la protección del interés privado del actor en obtener la declaración, la realización o la satisfacción coactiva de su derecho.

La situación que justifica el ejercicio de la acción y le sirve de causa, no es el de dar al titular del interés en litigio, sino simplemente el de

pretender tener interés personal en el proceso que se trata de iniciar para cualquier efecto jurídico y el interés público general en la solución por el proceso de esa pretensión, sea que origine un litigio o no.

Afirma el autor que el sujeto pasivo es el Estado, la obligación que con el ejercicio de la acción se deduce para el Estado a través del funcionario judicial competente, es la de proveer, y si se reúnen los requisitos formales de la demanda y los presupuestos del proceso, así como los requisitos de la pretensión, es decir la legitimatio ad causam y el interés para obrar, la de dictar sentencia.

El demandado, cuando existe, no es sujeto de la acción, pero sí sujeto pasivo de la pretensión y sujeto activo con el demandante de la reacción jurídico procesal que se inicia al admitir el juez la demanda y ordenar la notificación de la providencia admisoría.

Ahora bien, el demandado no se ve vinculado obligatoriamente al proceso, con todas sus consecuencias jurídicas por el poder de la acción, pues ésta se limita a crear la relación entre Estado y el demandante; y mucho menos por el derecho material del actor. Se vincula obligatoriamente por el poder de jurisdicción que el juez ejercita al ordenar el traslado de la demanda y la notificación de la providencia que la admite e inicia el proceso. Dicha vinculación y obligación del demandado es la obligación ex lege y se deduce de la Ley y no de la acción.

De lo anteriormente expuesto deduce el autor que la imposición obligatoria de la sentencia no se deduce de la acción, sino que se infiere del poder del juez como efecto de la función pública que desempeña.

Es de hacer notar al lector, que ya se ha afirmado con anterioridad, la acción se extingue con el primer proveído que hace el juez de la demanda y por tanto, la imposición obligatoria de la sentencia no se deduce de la acción sino del proceso ex lege.

Concluye el maestro Devis que en el particular piensa en su interés individual y privado, sin el cual, en la mayoría de los casos no ejercitaría la acción, pero al ejercitarla utiliza el interés público que siempre existe en la pacífica solución del conflicto o en la aplicación de la norma objetiva como medio para lograr esos objetivos. La jurisdicción entra en actividad ante la demanda en razón de ese interés público y no de su interés privado. Ese interés público es por consiguiente, el interés causa y el interés fin de la acción.

1.2.2.10. EDUARDO J. COUTURE

El maestro Couture definió a la acción como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión" *25*.

Cabe hacer notar, que el derecho de acción no es tan solo un poder jurídico, sino que constituye verdaderamente un derecho objetivo, que se encuentra consignado en nuestra Carta Magna, como una garantía individual en su artículo octavo Constitucional, y como una prerrogativa del ciudadano en el artículo trigésimo quinto fracción IV del mismo ordenamiento.

25 COUTURE. Op. Cit. Pág. 59

Afirma Couture "que es a través del derecho de acción que el individuo ve tutelada su propia personalidad y la comunidad ve en ella el cumplimiento de uno de sus más altos fines, o sea, la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad, de orden y de libertad consignadas en la Constitución" *26*.

En sentido procesal, afirma el autor, que se puede hablar de tres acepciones distintas de la palabra acción :

a) Como sinónimo de derecho que es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice que el actor carece de acción o se hace valer la *exceptio sine actione agis*.

b) Como sinónimo de pretensión; que es el sentido más usual del vocablo en la doctrina y en la legislación, y se haya recogido con frecuencia en los textos legislativos del siglo XIX que mantienen su vigencia; se habla entonces, de acción fundada y acción infundada, de acción real y acción personal, de acción civil y acción penal. En estos vocablos la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva.

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

26 *Ibidem*, Pág. 59

El hecho de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; puede promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón.

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

Ahora bien, dice el maestro Couture que a pesar de que se ha reconocido la autonomía de la acción, existen un sin número de teorías que se derivan de la misma y que se configuran de la siguiente manera :

a) Teoría del derecho concreto de obrar.- Sostiene en lo substancial, que la acción solo compete a los que tienen razón. La acción no es el derecho; pero no hay acción sin derecho.

La citada teoría confunde a la acción con la pretensión, ya que de la propia teoría de la autonomía de la acción se infiere que toda persona puede acudir a los órganos jurisdiccionales aún cuando no tengan la razón y no como en el derecho romano que nos hace pensar que solo existen acciones fundadas.

b) Teoría del derecho abstracto de obrar.- Para esta corriente tienen acción aún aquellos que promueven la demanda sin un derecho válido de tutelar. La acción se dice, es el derecho de los que tienen razón y aún de los que no la tienen.

c) **Teoría del derecho potestativo.-** Dicha teoría entiende a los derechos potestativos como aquellos que dependen exclusivamente de la voluntad de su titular sin que corresponda a ellos una correlativa sujeción de la parte sobre quien se ejerce.

d) **Teoría del simple hecho.-** Dicha corriente considera a la acción como un simple hecho, no tiene la categoría de derecho ni es considerada como garantía consignada en las constituciones.

e) **Teoría relativa.-** Dicha corriente considera que el concepto de acción no es absoluto sino relativo, y corresponde a particulares reacciones sociales, culturales y aún políticas de quienes tratan de interpretarlo. La concepción de la acción corresponde en todo caso, a la particular concepción que tiene sus autores del mundo y de la vida.

Señala el maestro Couture que en la actualidad la doctrina considera a la acción como un derecho genérico o de obrar, pero en ocasiones se confunde con el derecho a demandar. Afirma el maestro que si la acción y el derecho a demandar son dos poderes jurídicos, entonces tendríamos tres órbitas del derecho : la acción y el derecho a demandar en juicio, y lo que llamamos derechos material; pero el derecho a demandar es justamente la acción, la facultad de interponer la demanda junto con sus derechos materiales o substanciales, su poder jurídico de acudir al órgano jurisdiccional; entonces el derecho a demandar es el ejercicio concreto del derecho de acción.

En cuanto a la clasificación de la acción, el maestro Couture afirma: "la acción configurada como un derecho a provocar la actividad de la jurisdicción, no tiene ni necesita clasificaciones" *27*. Estamos completamente de acuerdo con este criterio.

1.2.3. DIVERSAS DEFINICIONES DE ACCIÓN

1.2.3.1 RAFAEL PÉREZ PALMA

Este autor define a la acción como : "el derecho o facultad otorgada por la Ley por el que se acude ante el órgano jurisdiccional para que éste siguiendo el procedimiento que la Ley establece haga efectivos los derechos del orden civil, que las partes deduzcan en el juicio" *28*.

De la definición citada se desprende que la acción es considerada como un derecho objetivo, subjetivo y autónomo, al considerarlo como facultad, misma que tutela los derechos del orden civil; la acción crea al procedimiento por lo que se extingue al momento de ejercitarla a través de la demanda.

1.2.3.2 KOHLER

Este autor define a la acción como: "la facultad que está comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad de dar vida a la demanda judicial" *29*

27 COUTURE, Op. Cit., Pag. 88

28 BRISÑO SIERRA, HUMBERTO. El Juicio Ordinario Civil. Editorial Trillas, México, 1975 Volumen I, Pag. 253.

29 PALLARES, EDUARDO. Op. Cit. Pag. 27

Considero que la acción no es tan solo facultad, sino que constituye un derecho objetivo consagrado como garantía individual; pero es de relevancia como lo afirma el maestro Kohler, que la acción se ejercita a través de la demanda, es decir, la demanda es la que da vida a la acción.

1.2.3.3. PESCATORE

El maestro Pescatore, define a la acción como : garantía judicial que nos da la facultad de pedir a los tribunales el reconocimiento o la ejecución de un derecho *30*.

Definición que al considerar a la acción como garantía judicial, concuerda con nuestros artículos octavo y décimo séptimo de la Constitución Mexicana.

1.2.3.4. MATTIROLO

Este autor se refiere a la acción como : "El derecho de acudir al juicio para obtener el reconocimiento de un derecho violado o desconocido." *31*

30 **Ibidem, Pag. 28**

31 **Ibidem, Pag. 28**

Cabe hacer notar que la acción no es el derecho de acudir al juicio, sino de acudir a los órganos jurisdiccionales, ya que éste no es sino el litigio dentro del proceso, entendiéndose por litigio, el conflicto de intereses sobre un bien determinado, con el cual se logra la tutela del derecho que las partes reclaman.

1.2.3.5. MENÉNDEZ PIDAL

Este autor define a la acción como : "El derecho público potestativo en virtud del cual la persona puede dirigirse a los tribunales de justicia para obtener una decisión jurisdiccional que implica generalmente respecto de otra persona, constitución, declaración, o condena sobre relaciones jurídicas." *32*

Cabe hacer notar que la acción no tiene naturaleza potestativa, ya que conforme al artículo octavo constitucional, dicho derecho crea sujeción y obligación por parte del obligado "Estado".

1.2.3.6. GUILLERMO ALSINA

El maestro Alsina, definió a la acción como : "Un derecho público subjetivo, mediante el cual se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica, ello es consecuencia de la prohibición de hacer justicia por propia mano y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional." *33*

32 *Ibidem*, Pag. 37

33 OBREGÓN HEREDIA, JORGE, Código de procedimientos civiles para el distrito Federal, Ed. Obregón y Heredia, S.A. México, 1961, Pag. 18

1.2.3.7. JORGE OBREGÓN HEREDIA

Este autor define la acción como: "El derecho de petición de justicia protegido como garantía constitucional en los artículos octavo y décimo séptimo, que se debe formular conforme a los requisitos procedimentales ante el órgano jurisdiccional a efecto de que éste intervenga y resuelva, mediante audiencia del demandado, sobre si debe negarse o concederse el derecho que nos hemos autoatribuido." *34*

Es importante recordar que el proceso es el que nos conduce a la sentencia y no la acción, la cual se extingue con el primer proveído que recae del órgano jurisdiccional, con los que se puede crear el proceso.

1.2.3.8. JORGE ALBERTO J. ZORRILLA RODRIGUEZ

Para el maestro Zorrilla la acción es : "El derecho, facultad, poder o posibilidad jurídica de los litigantes para provocar la actividad del órgano jurisdiccional del Estado, con el objeto de que resuelva sobre una pretensión litigiosa.

1.3. LA ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL MEXICANO

Dentro del Derecho Procesal Mexicano, no se puede señalar que exista una evolución de la teoría de la acción, toda vez que la misma y como se desprende de las legislaciones procesales que han tenido vigencia en nuestro país, así como la vigente de 31 de diciembre de 1931, se concibe a la acción como sinónimo de derecho.

34 *Ibidem*, Pag.20

Podemos señalar como antecedente directo del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal con fecha 31 de diciembre de 1931, y que rigió a partir del primero de octubre de 1932, a las siguientes legislaciones :

- a) La Ley del Enjuiciamiento civil de fecha 5 de octubre de 1855;
- b) la Ley de Procedimientos de fecha 4 de mayo de 1857 misma que fué una réplica de la Ley anterior ;
- c) Código de procedimientos de 1872; y
- d) Código de procedimientos Civiles del Distrito Federal y territorios de la Baja California de 1884.

1.3.1. LA LEY DEL ENJUICIAMIENTO CIVIL

Dicha legislación observó el régimen jurídico del Derecho Romano, al señalar, como sinónimos acción y derecho, y a la pretensión como elemento de la misma, así por ejemplo en su artículo 153 que a la letra dice:

"El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque procedan de diferentes títulos, siempre que aquellos no sean incompatibles entre sí".

De esto se desprende que habrá tantas acciones como derechos tenga el actor, por lo que la acción no es concebida con un carácter autónomo, de ahí que se señale en las legislaciones como requisito de procedencia de la acción, la existencia de un derecho o la violación del mismo; requisito que en nuestra legislación conforme a el artículo octavo Constitucional, cuadragésimo cuarto del Código de Procedimientos Civiles para el distrito Federal, y doscientos cincuenta y siete del mismo ordenamiento, no se exige como presupuesto procesal, sino que constituiría el motivo de fondo de la sentencia y más aún, la jurisprudencia de la Suprema Corte, ha señalado que el juez la estudiará de oficio al momento de dictar sentencia y no al momento de proveer sobre la admisión de la demanda.

1.3.2. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS DE 1872.

La legislación en comento definió a la acción en su artículo primero en los siguientes términos:

"Art. 1º.- Se llama acción al medio legal de que se vale aquel a quien compete cualquier derecho consagrado o establecido por el Código Civil, para ejercitarlo o hacerlo valer en juicio."

De esto se desprende que acción y derecho constituyen una unidad, la acción es el medio como expresa Savigny, es la transformación que sufre el derecho; ¿pero cómo explicar que existan acciones carentes de legitimación? y más aún, si el individuo no recurre a los órganos jurisdiccionales, el derecho permanece, tiene una existencia propia, no se transforma en acción. Tal es el caso cuando una persona tiene la facultad de exigir una obligación a otra la cual cumple en los términos pactados o

de forma voluntaria, de donde se desprende que el derecho subjetivo existe, más no la acción.

El artículo segundo indicaba que las acciones podían ser legales o convencionales. Eran legales conforme al artículo tercero todas las que emanan exclusivamente de la Ley y que por disposición de ella se entendieran incluidas en el convenio, y las convencionales serían las que no existen sino en virtud del consentimiento del interesado.

De esto resulta que la acción se consideró no tan solo potestad del Estado, sino potestad de los particulares dando con ello un carácter privado a la acción. Hay que recordar que conforme al artículo décimo séptimo Constitucional, la facultad de administrar justicia pertenece al Estado y no al particular. De aceptar el concepto propuesto por la citada legislación tendríamos que :

" Solo cuando el particular recurriera a los órganos jurisdiccionales, el derecho se transformaría en acción y no por el consentimiento de los particulares; de donde existirían solamente las acciones legales".

El artículo quinto señala que las acciones eran personales, reales y del estado civil.

Es mi opinión que dicha clasificación corresponde a la clasificación de derechos personales o de crédito (la facultad que una persona llamada acreedor tiene de exigir de otra llamada deudor, un hecho, una abstención o la entrega de una cosa) y derechos reales (la facultad que una persona

tiene de obtener directamente de una cosa todas o parte de las ventajas que ésta es susceptible de producir).

En cuanto a las acciones del estado civil se refieren en realidad a la situación jurídica que guarda una persona en relación con la familia, el Estado o la Nación y de la que derivan derechos y no acciones para las partes, tal es el caso del libro primero del Código Civil para el Distrito Federal.

El artículo quincuagésimo octavo indicaba que las acciones civiles tomarían su nombre del contrato o hecho al que se referían; de lo que se desprenden que existieran tantas acciones como derechos subjetivos existan. De ser cierta tal afirmación, todas las acciones que se ejercitasen serían procedentes, cosa que no sucede en nuestro derecho procesal.

El artículo quincuagésimo noveno, indicaba que la acción procedía en juicio aún cuando no se expresara su nombre, con tal de que se determinara con claridad cual era la clase de prestación que se exigía del demandado y el título o causa de la acción.

De lo anterior se deriva que es la prestación (pretensión) la que va dirigida al demandado y no la acción que conforme a la teoría de Savigny, constituye un elemento de la acción, de ahí que sería aventurado señalar que para dicha legislación, acción y prestación son dos cosas diferentes; solo nos quedaremos con la idea de que es la prestación o pretensión la que va dirigida al demandado, de ahí que sea indispensable su significado, el cual veremos en el capítulo posterior y que por lo tanto, la pretensión tiene un carácter privado.

1.3.3 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA

Esta legislación difiere de las antes mencionadas al definir en su artículo primero a la acción y derogando al artículo segundo.

La citada legislación definió a la acción como :

"Artículo 1º.- Se llama acción el medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la Ley."

De dicha definición se desprende que la legislación citada tomaba como modelo la Teoría de la Acción Medio; aunque pudiera decirse que de una interpretación literal de dicho concepto, se tendría que la acción es el medio para recurrir a los órganos jurisdiccionales con el objeto de tutelar los derecho consignados en la Ley, pero la presente interpretación no es correcta ya que en su artículo segundo corrobora la teoría clásica de la acción, así, en dicho precepto clasifica a las acciones en : reales, personales y del estado civil, las hipotecarias, las que nazcan de los hechos consignativos y enfiteúticos, los de prenda, las de herencia y las de posesión; lo que confirma que esta legislación también considera a la acción como sinónimo de derecho.

1.3.4. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1931

En la legislación en comento, no se encuentra una definición de la palabra acción, sino es a través de la interpretación del título primero,

capítulo primero, que se llega a la conclusión de que dicha legislación la utiliza como sinónimo de derecho y a la pretensión como elemento de la misma, por lo que afirmamos que se encuentra influenciada por la Teoría Clásica de la Acción, utilizando a ésta como medio para hacer valer los derechos que la Ley otorga a las partes.

El artículo primero señala : "El ejercicio de las acciones civiles requiere :

- I. La existencia de un derecho,
- II. La violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho;
- III. La capacidad para ejercitar la acción por si o por legítimo representante;
- IV.- El interés en el acto para deducirla;
Falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aún suponiendo favorable la sentencia."

Del citado precepto se desprende que se requiere para el ejercicio de la acción:

- A) la existencia, violación, desconocimiento o declaración de un derecho, cosa que no coincide en la realidad, ya que existen acciones carentes de legitimación, de lo contrario todo aquel que promoviera una acción obtendría una sentencia favorable.

Ahora bien, de acuerdo a los artículos primero y octavo Constitucionales, cuarenta y doscientos cincuenta y cinco y doscientos cincuenta y siete del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, no se exige para promover una acción la existencia de un derecho, pues sólo se exige :

1. Encontrarse en los Estados Unidos Mexicanos;
2. Formular la petición por escrito o bien por comparecencia ante los órganos jurisdiccionales de manera pacífica, respetuoso y reuniendo las formalidades que cada Ley de la materia exija.

B) Se requiere de la capacidad para ejercitarla, es decir la legitimación en el obrar.

Dicho requisito tampoco es indispensable para el ejercicio de la acción, toda vez, que conforme a los artículos trigésimo quinto y sexto del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al señalar como excepción de previo y especial pronunciamiento a la falta de capacidad o personalidad en el actor, reconoce que una persona puede ejercitar una acción sin estar legitimado para ello.

C) Que exista el interés. Dicho requisito se confunde con la posibilidad de ejecutar la sentencia, ya que en la acción el interés consiste en la necesidad de acudir a los tribunales para obtener justicia. Tampoco se puede considerar como presupuesto procesal ya que el actor en dicho caso, debería de mostrar desde que se inicia el juicio que se puede alcanzar el objeto que se pretende con la sentencia, lo que es imposible material y formalmente.

El interés a que alude el precepto se confunde con la legitimación en la causa y a veces con la falta del derecho que pretende el actor contra el demandado.

El artículo segundo señala : "La acción procede en juicio aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción."

Este precepto coincide con el artículo quincuagésimo noveno del Código de Procedimientos Civiles de 1857 y el trigésimo quinto del Código de Procedimientos de 1884; de los cual se afirma que lo indispensable para que la acción proceda, es señalar con claridad la prestación que se exige del demandado.

Ahora bien, ¿ qué debe entenderse por título o causa de la acción ?

El maestro Pallares nos dice "que por título se entiende la causa por cuya virtud poseemos alguna cosa, y el instrumento con que se acredita nuestro derecho (no la Acción), o bien la razón de algún derecho o de alguna pretensión."

Lo anterior significa que "La acción como todo hecho jurídico, debe tener una causa; la causa de la acción procesal es el hecho o negocio que da nacimiento a la acción, como por ejemplo : la celebración de un contrato de arrendamiento, el otorgamiento de un poder, la realización de un acto delictuoso, la celebración de un matrimonio, etc." *35*

35 PALLARES, EDUARDO. Tratado de las Acciones Civiles. 4a. Ed. Editorial Porrúa, S.A. México, 1981, Pag. 84

1.4. CONCEPTO QUE SE PROPONE

Con base en todas las doctrinas, conceptos y exposiciones vertidas con anterioridad, podría decir que me siento atraído principalmente por la Teoría de la Autonomía de la Acción y la Doctrina Alemana de la Acción, por lo que, propongo como concepto de acción, la siguiente :

" La acción es la facultad o derecho subjetivo de que gozan las personas jurídicas para poner en funcionamiento al órgano jurisdiccional en la solución de un litigio".

La acción no puede ser sinónimo de derechos como lo confunden del códigos procesales vigentes, cuyas características se definirán en el tratado de la pretensión, que desde luego tampoco debe ser un elemento de la acción.

CAPÍTULO

II

" LA PRETENSIÓN "

CAPÍTULO II

" LA PRETENSIÓN "

2.1. EVOLUCIÓN

El concepto de pretensión nace desde el año de 1856, cuando el maestro Bernhard Windscheid afirmó que la pretensión existía cuando se daba una violación de un derecho; y que por lo tanto debía de cambiarse el término de la acción romana por el de pretensión.

Durante la historia del proceso, la pretensión se conoció como elemento de la acción, así lo encontramos en el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

La pretensión nace con la Teoría de la Autonomía de la Acción, ya que en dicha corriente la acción se dirige a obtener del Estado la función jurisdiccional, y es necesario subsistir a la acción entendida como derecho subjetivo.

Por lo tanto, lo que surge de la violación de un derecho, así como la figura que va dirigida al demandado teniendo un carácter privado, se le denomina en términos jurídicos, como pretensión (o prestación).

2.1.1. ROMA

En el derecho romano, no se conoció el término de pretensión, ya que recordaremos que acción y derecho subjetivo constituían una unidad única.

Sin embargo, podemos señalar como antecedente de la pretensión en el derecho romano a la intentio, que constituía un elemento de la fórmula del magistrado otorgada en el procedimiento formulario.

La intentio se dividía :

a) **Intentio in ius**, en la cual el juez debía examinar si el actor tenía el derecho subjetivo que pretendía tener ;

b) **Intentio in factum**, que era aquella que daba eficacia a una situación, sólo reconocido por el *ius honorarium*, o bien que se acompañaba del *ius civile* y recibían el nombre genérico de acciones útiles.

c) **Intentio in rem**, en este caso, era real y como tal era correlativa a un deber universal de abstención por lo que la intentio no figuraba el nombre del demandado, sino que sólo se determinaba la cosa de que se trataba.

d) **Intentio in personam**, era aquella que daba eficacia a la facultad de exigir a determinada persona cierto comportamiento, en este caso si figuraba el nombre del demandado;

e) **Intentio certa o incerta**, era aquella en la que el objeto podía ser determinado o no.

en el caso de que las prestaciones (intentio) del actor fueran fundadas, el magistrado otorgaba la *condematio*, que era la autorización que daba el magistrado al juez para condenar al demandado a las pretensiones reclamadas.

2.2.

DIVERSAS DOCTRINAS Y CONCEPTOS

Dentro de la doctrina, la pretensión ha sido considerada como el derecho subjetivo que emana del derecho objetivo, hasta darle una autonomía propia y señalarla como el fin de todo proceso y no ya como un derecho, sino como un interés.

2.2.1.

BERNHARD WINDSCHEID

El maestro Bernhard Windscheid, definió al derecho subjetivo como : poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico, de donde definió a la pretensión como : la facultad de exigir determinado comportamiento positivo o negativo de la persona que se haya frente al titular; la voluntad de la persona depende en tal conjetura, de la existencia o determinación de imperativos jurídicos.

Podemos afirmar que la pretensión no constituye un derecho subjetivo, ya que si éste estuviese condicionado a aquel, de no ejercitarse desaparecería la facultad, cosa que no sucede, ya que aunque no exista una pretensión existe un derecho subjetivo; tal es el caso cuando una persona presta una cantidad de dinero a un amigo sin la intención de cobrarle; con ello, nos encontramos ante la presencia de un derecho subjetivo: la facultad de cobrar la cantidad debida, pero no existe pretensión ya que el acreedor no quiere hacer valer su derecho.

2.2.2. JAIME GUASP

El maestro Guasp, distinguió entre pretensión en sentido genérico y pretensión procesal, definiendo a ésta última como una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta de la declaración del autor. *36*

De la presente definición se deriva que la pretensión se encuentra conformada de la siguiente manera :

1. Constituye una declaración de voluntad, porque en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o lo que es conforme a derecho, lo que permite afirmar que existan pretensiones infundadas, confirmando que pretensión y derecho subjetivo constituyen dos conceptos diferentes.

2. Tiene una significación jurídica ya que proporciona la referencia entre ésta y el derecho que pretende sostener su autor consignado en los ordenamientos jurídicos, lo que se conoce en la terminología jurídica como causa o título.

3. Existe una actuación del órgano jurisdiccional, ya que a través del proceso correspondiente determinará si la pretensión es procedente o no.

4. Se interpone frente a persona determinada y distinta del actor, lo que constituye en esencia la diferencia con la acción ya que ésta va dirigida al Estado, por lo que tiene un carácter público, en tanto la pretensión tiene un carácter privado.

36 GUASP, JAIME. Derecho Procesal civil. 18a. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid, España. 1968, Tomo I, Pag. 216

El maestro Guasp, clasifica a las pretensiones de la siguiente manera :

I. De acuerdo a la naturaleza de la actuación pretendida :

a) Pretensión de cognición, que es aquella por la que se solicita del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad;

b) Pretensión declarativa, es aquella por la que se solicita la simple declaración de una situación jurídica;

c) Pretensión constitutiva, es aquella por la que pide al órgano jurisdiccional la creación, modificación o extinción de una situación jurídica; y

d) Pretensión de ejecución, que es aquella por la que se pide al órgano jurisdiccional, la realización de una conducta.

II. En base a sus caracteres generales, las pretensiones podrían clasificarse en : principales, accesorias, simples, múltiples, etcétera.

III. Pueden clasificarse también por sus notas específicas, haciendo referencia a su significado material o procesal (reales, personales, reivindicatorias, petitorias, posesorias, etc.)

Asimismo, señala como requisitos de la pretensión los siguientes :

1. El órgano jurisdiccional ante quien se formula, que ha de pertenecer al orden de la jurisdicción de que se trate, es decir, gozar de potestad jurisdiccional efectiva.

Requisito que concuerda con nuestros artículos décimo tercero y décimo séptimo Constitucionales al señalar :

"Art. 13.- Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales....."

"Art. 17.- Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho"

2. El sujeto pasivo de la pretensión, la persona frente a quien ésta se dirige, que habrá de contar con capacidad para ser parte y con legitimación, requisitos que se prevén en los artículos cuadragésimo sexto y octavo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y que a la letra dicen:

"Art. 46.- Los interesados y sus representantes legítimos podrán comparecer en juicio por sí o por medio de procurador con poder bastante".

"Art. 48.- El que no estuviere presente en el lugar del juicio, ni tuviere persona que legitimamente lo represente será citado en la forma prescrita en el capítulo cuarto de éste título, pero si la diligencia de que se trata fuere urgente o perjudicial la dilación, a juicio del tribunal, el ausente será representado por el Ministerio Público".

3. El sujeto activo, habrá de contar por fuerza con la necesaria capacidad procesal.

Requisito que se contempla en los artículos vigésimo noveno y cuadragésimo cuarto del Código de Procedimientos Civiles para del Distrito Federal, mismos que a la letra dicen :

"Art. 29.- Ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo"

"Art. 44.- Todo el que, conforme a la Ley, esté en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, puede comparecer en juicio ".

4. Debe ser posible tanto física como moralmente.

Requisito que prevén los artículos mil ochocientos veinticinco y mil ochocientos veintiocho del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, al señalar:

"Art. 1825.- La cosa objeto del contrato debe : 1º existir en la naturaleza. 2º ser determinada o determinable en cuanto a su especie. 3º estar en el comercio.

"Art. 1828.- Es imposible el hecho que no puede existir porque es incompatible con una Ley de la naturaleza o con una norma jurídica que debe regirlo necesariamente y que constituye un obstáculo insuperable para su realización".

5. Es idóneo porque la pretensión procesal que se deduzca en un proceso corresponderá a la vía y forma adecuada y ordenada por la norma respectiva.

6. Causa, que es el fundamento legal o motivo que justifica a la pretensión, o bien, la existencia de un interés personal legítimo y directo.

Requisito que se prevé en el artículo segundo del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, pero lo identifica como causa o título de la acción, no de la pretensión.

7. Lugar, será el del proceso al que la pretensión se incorpora (la sede y local del órgano jurisdiccional que ha de conocer conforme a la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común para el Distrito Federal).

8. Tiempo, el del proceso a que la pretensión pertenece;

9. La forma, que será la del proceso de que se trate, la cual decidirá en concreto si la pretensión deberá ser formulada de palabra o por escrito.

Por último, el maestro Guasp señala como efectos los siguientes :

a) Engendra un proceso sin que ello sea un precedente cronológico de todo proceso, pero al no existir ésta, el proceso por quedar sin razón, debe eliminarse.

Efecto con el que no coincide, ya que lo que puede constituir un proceso es la acción, la pretensión será el fondo del proceso.

b) Determina el mantenimiento del proceso; y

c) Determina la conclusión de un proceso, cuando la pretensión desaparece el proceso queda eliminado, por lo que el desistimiento de ella lleva consigo la terminación anormal del proceso, esto es, una extinción en sentido técnico.

2.2.3. FRANCESCO CARNELUTTI

El maestro Carnelutti, identifica a la pretensión con el derecho subjetivo, definiendo a éste como un interés debidamente protegido mediante una obligación cuyo cumplimiento depende de un acto de la voluntad del titular del derecho; de donde define a la pretensión como una exigencia de que un interés ajeno se subordine al propio.

Definición con la que coincide, aunque hay que hacer notar que la pretensión y derecho subjetivo son dos conceptos distintos, ya que éste no puede ser un interés, porque de ser así, al no existir el interés no existiría la facultad de exigir el cumplimiento de la obligación.

Afirma el autor italiano, que la razón de la pretensión consiste en la afirmación de la tutela que el orden jurídico concede al interés cuyo

cumplimiento se exige; es decir, la afirmación de la conformidad de la pretensión con el derecho objetivo.

2.2.4. PIERO CALAMANDREI

Este autor define a la pretensión como : "el interés procesal que surge cuando el bien al cual el actor aspira no se puede ya obtener de otra manera que por vía judicial; es decir, la falta de existencia de un estado objetivo de inobservancia del derecho y que sólo la providencia jurisdiccional puede mover." *37*

Es de hacer notar que la pretensión no es la violación de un derecho objetivo, puede ser así, sólo existirían pretensiones fundadas.

2.2.5. RICASENS SICHES

Para este tratadista, el derecho subjetivo en sentido estricto o pretensión, es aquella situación en que una persona se haya en una relación jurídica, en virtud de la cual se le atribuye por la norma la facultad de exigir de otra persona el cumplimiento de cierto deber jurídico, constituyendo el último grado de actualización de un deber jurídico de otra persona que está a disposición de la titular o activa; es decir, existe un derecho subjetivo a favor de una persona.

La pretensión constituye un interés y no un derecho, pues ésta puede estar facultada por un derecho subjetivo que tiene una existencia propia diferente a la pretensión y que puede no estarlo; es decir, la pretensión infundada carece de legitimación.

37 CALAMANDREI, PIERO. Op. Cit. Pág. 206

2.2.6. ANGELOTTE

Afirma el autor que la pretensión exige la lesión o el desconocimiento de un derecho subjetivo o un estado de incertidumbre; situación que se señala en nuestro artículo primero fracciones I y II del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. No preexiste al derecho, sino que es su consecuencia, y difiere del derecho subjetivo porque es la afirmación exterior, la opinión sobre ese derecho; por ello, la pretensión puede ser infundada, simulada, fraudulenta o contraria a la existencia objetiva de la Ley. Sin embargo, es la condición de la tutela judicial del derecho, ya que es la afirmación de éste o la exigencia de la tutela.

De lo contrario se desprende que no siempre la pretensión exige la reparación de la lesión o desconocimiento de un derecho, porque la pretensión constituye el interés de quien la exige, la afirmación exterior la opinión sobre el derecho que cree tener quien ejercita dicha pretensión.

2.2.7. PIETRO CASTRO

El maestro Pietro Castro, definió a la pretensión : "como el poder que el derecho subjetivo concede a su titular para exigir de el sujeto pasivo el acto o la omisión que forma su cometido; es decir, constituye la manifestación externa del derecho subjetivo, pero reducida al ámbito de las relaciones privadas de los sujetos" *38*.

38 PALLARES, EDUARDO. Op. Cit. Pág. 621

Dicho autor configura a la pretensión como sinónimo de derecho subjetivo, siendo que ésta no constituye un derecho ni un poder que derive de aquel, sino sólo un interés que puede estar o no facultado por un derecho subjetivo con existencia propia, es decir, el derecho subjetivo otorga una facultad derivada de un derecho objetivo.

2.2.8. HERNANDO DEVIS ECHÁNDIA

El maestro Echándia señala como naturaleza de la pretensión, una declaración o manifestación de la voluntad del demandante, pero sin que esto signifique que pretenda tener una voluntad superior a la del demandado y ni siquiera que éste debe someterse a la voluntad de aquel, porque la obligatoriedad emana de la sentencia.

Esa declaración de voluntad persigue que el juez reconozca algo y así se le pide, motivo por el cual se trata de una declaración petitoria; lo que se pide, es el objeto de la pretensión, que en las demandas contenciosas se identifican con el concepto de litigio, que es la relación jurídica que se persigue.

La pretensión comprende el objeto litigioso (la cosa o el bien y la declaración del derecho que se reclama o se persigue), la afirmación de que lo reclamado coincide con la norma jurídica cuya actuación se pide en vistas de determinados hechos, o sea, de cierta causa jurídica.

Así la pretensión no es un derecho sino un simple acto de voluntad por el cual no se requiere más que su manifestación o exteriorización mediante la demanda en ejercicio del derecho de acción.

Señala el autor como elementos de la pretensión los siguientes :

A) El objeto, lo constituye el determinado efecto jurídico perseguido (cosa o bien y el derecho o relación jurídica que se pretende), y por lo tanto la tutela jurídica que se reclama;

B) La razón, que es el fundamento que se le da según el derecho y ese fundamento se distingue en fundamento de hecho y fundamento de derecho; es decir, el conjunto de hechos constituyen el relato de las circunstancias de donde se pretende deducir lo que se pide y la afirmación de su conformidad con el derecho en virtud de determinadas normas de derecho material;

C) Sujetos; son el demandante o sujeto activo, y el demandado o sujeto pasivo. El juez no es sujeto porque sólo la acción se dirige a él.

D) Sus requisitos para su ejercicio y eficacia, los primeros se identificaron con los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción, previos al procedimiento y para la formulación de la demanda; los segundos son los presupuestos materiales para la sentencia de fondo;

E) Posible tanto física como moralmente;

F) Idóneo en relación con la naturaleza del proceso escogido; es decir, que pueda ser logrado mediante ese procedimiento.

Asimismo, señala este autor como efectos de la pretensión los siguientes : delimita el alcance y sentido de litigio del proceso y de la cosa juzgada; sirve para determinar cuando hay litispendencia, cuando procede

la acumulación de procesos y acciones (pretensiones); lo mismo que para conocer cuando la sentencia es congruente o no.

Por último, clasifica a la pretensión en : declarativas, de condena, ejecutivas, cautelares y mixtas. También se clasifican atendiendo al derecho material que se pretende ejercitar (reivindicatorias, hipotecarias, posesorias, etc.).

2.2.9. EDUARDO J. COUTURE

Para el maestro Couture, la pretensión (Anspruch) es :

" La afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y por supuesto la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva. En otras palabras, la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica" *39*.

De lo anterior se desprende que la pretensión no constituya un derecho, sino tan sólo un interés del actor que se encuentra fundado en un derecho objetivo que cree tener a su favor.

La acción será según Couture, el poder jurídico de hacer valer la pretensión ante los tribunales previamente establecidos. De lo anterior se desprende que toda persona puede comparecer a juicio sin necesidad de tener razón de hecho y o de derecho, lo que confirma la autonomía de la acción y de la pretensión.

39 COUTURE. Op. Cit. Pág. 72

2.3. LA PRETENSION EN EL DERECHO PROCESAL MEXICANO

Dentro de nuestra legislación, la palabra pretensión no existe como tal, sino se le conoce como prestación y se considera como elemento de la acción, por lo que la pretensión no tiene autonomía propia de donde se puede afirmar que no existe una evolución en nuestra legislación procesal, sino que se la ha considerado como elemento de la acción y así lo encontramos en el artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Como se ha mencionado en el primer capítulo, podemos señalar los siguientes antecedentes del Código Procesal vigente :

- a) La Ley de Enjuiciamiento Civil de fecha 5 de octubre 1855;
- b) La Ley de Procedimientos de fecha 4 de mayo de 1857, misma que fué una réplica de la anterior;
- c) Código de Procedimientos de 1872; y
- d) Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y territorios de la Baja California de 1884.

En dichas legislaciones la palabra pretensión no existe y sólo se le conoce como elemento de la acción, mismo que fué señalado por el maestro Savigny al exponer la Teoría Clásica de la Acción.

Así por ejemplo, la Ley de Enjuiciamiento Civil en su artículo quinientos veinticuatro, menciona : "El Juicio Ordinario principiará por la demanda, en la cual, expuestos sucintamente y numerados los hechos y los fundamentos de derecho, se fijará con claridad y precisión lo que se pida a la persona contra quien se proponga la demanda.

También se expresará la clase de acción que se ejercita cuando por ella haya de determinarse la competencia."

En las legislaciones de 1872 y 1884, aunque no de manera expresa como lo hace al actual artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal de 1931, consideraron a la prestación (pretensión) como elemento de la acción. Así lo señalan los artículos quincuagésimo noveno y vigésimo quinto respectivamente, mismos que a la letra dicen :

"Art. 59.- La acción procede en juicio aún cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exige del demandado y el título o causa de la acción".

"Art. 25.- Todas las acciones civiles tomarán su nombre de contrato o hecho a que se refieran. la acción procede en juicio aún cuando no se exprese su nombre con tal de que se determine la clase de prestación que se exige del demandado y el título o causa de la acción".

2.3.1. CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1931

En dicha legislación no se establece el concepto de pretensión. Es a través de la interpretación de la fracción segunda del artículo primero, que la pretensión existe cuando hay una violación de un derecho, situación que coincide con lo afirmado por el maestro Windscheid Benhard, o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho.

Es importante señalar que existen procesalistas que consideran que el Código de Procedimientos civiles para el Estado de México en su artículo quinientos setenta y dos, define o por lo menos coincide con el concepto moderno de pretensión, sin embargo dicho precepto se refiere al litigio y sería aventurado afirmar que tuviese otro alcance ya que en sus demás preceptos confirma la Teoría Clásica de la Acción:

"Art. 572.- Dos partes se encuentran en litigio cuando una pretende que el derecho apoya en su favor un interés en conflicto con el interés en conflicto con el interés de la otra y ésta se opone a la pretensión, o aún no oponiéndose, no cumple con la obligación que se le reclama.

Lo que si se puede afirmar es que la pretensión va dirigida al demandado y no la acción, por lo que la pretensión tiene un carácter privado, lo que en esencia resulta ser la diferencia con la acción que tiene un carácter público y subjetivo, además de que la pretensión resulta ser la exigencia de que el interés ajeno se subordine al propio; por ejemplo :

"Art. 4º Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal la reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual

tiene la propiedad y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue el demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil."

En el precepto transcrito se enuncia el derecho reivindicatorio, y la pretensión consistirá en declarar que el actor tiene el dominio sobre la cosa y se le entregue o bien que se le deje de perturbar al legítimo propietario del bien. La pretensión tampoco es el derecho objetivo violado.

De lo anterior, se concluye que la pretensión consistirá en la exigencia del interés de una persona que supone encontrarse facultada por una norma objetiva, por lo que se puede decir que primero existe un derecho objetivo, que a su vez otorga una facultad y que constituirá un derecho subjetivo, que al no verse satisfecho se exigirá a través de la acción ante el órgano jurisdiccional, reclamando del demandado la pretensión que se derive del derecho objetivo.

2.4. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL Y JURISPRUDENCIA

La pretensión entendida como declaración de voluntad, no tiene ni necesita fundamento constitucional, ya que la misma no constituye un derecho, pero no obsta para que tenga una significación jurídica puesto que proporciona la referencia entre el derecho que se encuentra tutelado en nuestra Constitución y el derecho que pretenda sostener el actor; por lo tanto, pueden existir tantos fundamentos como interpretaciones haga el titular del derecho.

En materia de jurisprudencia no encontramos tampoco el concepto y características de la pretensión, sólo la vemos como elemento de la acción tal cual como lo preceptúa el artículo primero del Código Procesal para el Distrito Federal.

Recordaremos que la pretensión existe conforme a la fracción segunda del dispositivo legal antes invocado: cuando se da la violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho; que es lo que el juzgador verificará al momento de dictar sentencia a través de las pruebas aportadas por las partes.

Así encontramos en relación a lo anterior, la siguiente Tesis Jurisprudencial :

"ACCIÓN, PROCEDENCIA DE LA" Es cuestionable que el artículo segundo del Código de procedimientos Civiles para el Distrito Federal, requiera que para saber qué acción es la realmente deducida se entienda no a la denominación dada por el actor, que puede ser incorrecta, o a que en ese punto fuera omiso, sino a la naturaleza de las prestaciones reclamadas y a la causa a pedir."

QUINTA ÉPOCA. - Tomo CXXVI, Pag. 350. A.D. 50/55 Fernando Ruíz Díaz. - U. de 4 vts.

2.5. CONCEPTO QUE SE PROPONE

Como acabamos de ver, si bien es cierto que la pretensión existe por la violación de un derecho objetivo, o por la necesidad de declarar,

preservar o constituir un derecho, o por la inobservancia de una obligación; la pretensión o prestación no es un derecho.

Tal y como lo menciona el maestro Couture, la prestación es la afirmación de un sujeto de merecer la tutela jurídica y por supuesto la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva; es decir, la exigencia de que el interés ajeno se subordine al propio.

Acción y pretensión son dos entes jurídicos diferentes pero no opuestos, ya que la acción como facultad de provocar e impulsar la actividad jurisdiccional, al ser ejercitada abre la posibilidad legal de que el juez resuelva sobre una pretensión, que integrando el contenido de la demanda, constituye el objeto del proceso; de lo que resulta que la pretensión tampoco es necesariamente en todas las veces una pretensión fundada, pues es la alegación del derecho que el actor creé tener a su favor.

Lamentablemente observamos que nuestro sistema normativo confunde a las acciones con las pretensiones, y más aún, confunde a la acción con derecho. Así, las acciones que enuncia el código adjetivo ni son acciones ni son derechos, sino en su mayoría son pretensiones sustentadas en derechos objetivos consagrados por el Código Civil.

CAPÍTULO

III

" LA ACCIÓN DE JACTANCIA "

CAPÍTULO III

" LA ACCIÓN DE JACTANCIA "

Una vez que han sido estudiados los conceptos de acción y de pretensión, así como definida la postura del sustentante en la determinación de sus conceptos, vamos a comenzar con el análisis de la acción de jactancia consagrada en la fracción primera del artículo 509 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Para poder entender la procedencia y alcances jurídicos de esta acción, comenzaremos a definir en principio, a la jactancia.

3.1. CONCEPTO DE JACTANCIA

El maestro Guillermo Cabanellas manifiesta que : "La jactancia es una alabanza propia, injusta y presuntuosa; (un) alarde, vanagloria, petulancia o fanfarronería. (Es la) atribución personal de supuestos derechos. En ésta última acepción, el vocablo adquiere especial valor jurídico por la situación procesal que presenta, (dando) origen a la acción que lleva su nombre y del juicio peculiar que se substancia contra la persona que se jacta o alaba de tener derechos contra otra". *40*

40 CABANELLAS, GUILLERMO. Diccionario de Derecho Usual. 4a. Ed. Tomo II. Bibliográfica Omeba Editores. Buenos Aires, Argentina, 1962. Pag. 112

Este concepto es reforzado por lo que manifiesta el maestro Eduardo Pallares, cuando menciona que " la jactancia, en el lenguaje común no es otra cosa que la alabanza desordenada o injusta que uno hace de sí mismo; pero en el lenguaje legal se toma por la manifestación que uno hace de cosas que pueden causar a otro un gran perjuicio o menoscabo en su estado personal o en su reputación; como si fuese diciendo por ejemplo, que otro era su siervo o que la hacienda poseída como propia no era suya en realidad por haberla adquirido por medios ilícitos o injustos" *41*.

En ambos conceptos, se determina claramente que la jactancia consiste en el alarde injusto que una persona hace de sí misma, atribuyéndose derechos contra otro, provocándole además un perjuicio en su reputación.

Ahora bien, el mismo artículo 509 del Código en comento, hace referencia a que la jactancia puede constituirse por "dichos y hechos" los cuales, desde luego, deberán reunir las características en él descritas, ya que de lo contrario, el hecho jactancioso no produciría efectos jurídicos, haciendo improcedente a la acción del mismo nombre.

3.2. EL HECHO JACTANCIOSO

Las características que debe reunir la jactancia para adquirir la trascendencia jurídica, como se dijo anteriormente, se perceptúan en la fracción primera del artículo 509 del Código adjetivo vigente en el Estado de México, que en su parte conducente refiere :

41 PALLARES, EDUARDO. Tratado de las Acciones Civiles. 4a. Ed. Editorial Porrúa, Méxco. 1981, Pág. 266

" I. Cuando alguno públicamente se jacte de que otro es su deudor, o de que tiene que deducir derechos sobre alguna cosa que otro poseé....."

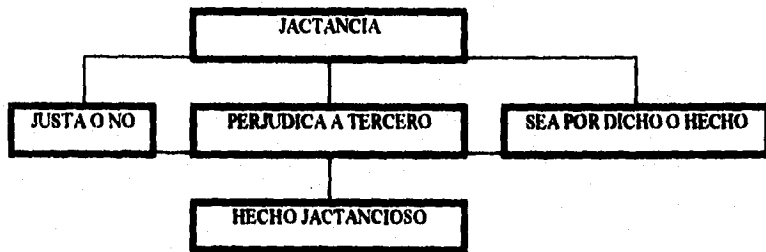
De esta definición legal, el maestro Pallares identifica las características que constituyen al hecho jactancioso hablando formalmente, así, "la jactancia consiste, pues, en la afirmación pública que una persona hace de que otra es su deudor o de que tiene acción real que ejercitar contra ella. Para que haya jactancia no es necesario que la afirmación sea injusta ni de mala fe, puede hacerse con toda justicia y buena fe, lo que no impide que perjudique al que se ve afectado por ella, y dé nacimiento a la acción que estudiamos. Ha de ser pública porque el legislador no ha querido perseguir las manifestaciones privadas de carácter confidencial que, de haberlo hecho chismes y las habladurías tendrían fuerza bastante para poner en juego a la justicia" *42*.

Continúa diciendo el maestro Pallares que "la jactancia puede realizarse por medio de la palabra o por medio de la escritura, por lo tanto, cualquier clase de hechos mediante los cuales se exprese públicamente que una persona es deudora por acción real o personal constituye jactancia". *43*

Podemos concluir, que el hecho jactancioso se constituye siempre y cuando la manifestación del jactante sea una afirmación pública que perjudica a una persona, y que se realiza por medio de dichos o hechos.

42 Ibidem, Pag. 226

43 Ibidem, Pag. 266



3.3 FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN DE JACTANCIA

Cuando se habla de los fundamentos de la acción de jactancia nos encontramos con que los tratadistas y los juriconsultos no han logrado ponerse de acuerdo sobre este punto, por lo que se remiten a enunciar los bienes jurídicamente tutelados que se violan en perjuicio del individuo con el hecho jactancioso, para darle a la acción de la jactancia un soporte jurídico.

En este sentido, el mismo Maestro Pallares nos explica que los fundamentos de la acción primordialmente son dos :

- " A) El derecho a mantener la integridad del crédito civil o mercantil;
- B) El derecho a la seguridad jurídica" *44*.

44 *Ibidem*, Pag. 266

Definitivamente tanto el crédito como la seguridad jurídica son bienes protegidos por la norma sustantiva e inclusive, son conceptos que sirven de base o apoyo a muchas instituciones jurídicas reconocidas por la Ley. En este caso, "resultan ser también el fundamento de la acción en estudio".

El tratadista en consulta, lo razona de la siguiente manera :

" El crédito sea civil o mercantil, es algo que está en nuestro patrimonio que forma parte de los bienes que deben ser protegidos por la Ley y las autoridades. Cualquier atentado al crédito puede tener influencia perjudicial en los negocios de la persona afectada, y llegar hasta producir su quiebra" *45*.

En este sentido, el legislador protege al perjudicado por aquel que se ostenta públicamente como su acreedor, ya que pone en entredicho su credibilidad crediticia, así como su honra, buen nombre y reputación.

Por otra parte, la acción de jactancia nos permite "estar seguros de lo que tenemos y poseemos, saber que es nuestro y que en ningún momento se amenaza con algún peligro serio; saber que podemos disponer de él sin incurrir en responsabilidades de ningún género, es algo estimable que pide la protección de la norma jurídica" *46*, protegiéndose así nuestra personalidad jurídica, nuestras pertenencias y posesiones.

45 *Ibidem*, Pág. 267

46 *Ibidem*, Pág. 267

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

3.4. EL OBJETO Y FÍN QUE MEDIANTE LA ACCIÓN DE JACTANCIA SE PERSIGUEN

Indudablemente que es el hecho jactancioso o "jactancia", el objeto de la acción que estudiamos, lo que no amerita mayor explicación por razón de todo lo antes expuesto en este capítulo.

Ahora bien, lo que se pretende (prestación o pretensión) con ella, es evitar el hecho jactancioso; es decir, evitar la afirmación pública que hace un individuo en su contra (de quien la ejerce) respecto de que es su deudor o de que tiene un derecho real que ejercitar sobre algo que posee.

Para evitar la jactancia se pretende inducir al jactancioso hacia la realización de dos conductas : el perpetuo silencio o el ejercicio real y efectivo de la acción que presume tener.

El mismo Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, nos da un indicio de lo que se pretende con esta acción, al preceptuar : artículo 509:

I. en este caso el poseedor o aquel de quien se dice es deudor, puede ocurrir al juez de su domicilio, pidiéndole que señale un término al jactancioso para que deduzca la acción que afirma tener, apercibido de que no haciéndolo en el término (plazo) designado, se tendrá por desistido de la acción que ha sido objeto de la jactancia.....

El tratadista argentino Guillermo Cabanellas coincide con lo preceptuado en el texto legal, al manifestar que : "en virtud de la acción de jactancia, el demandante (interesado en la situación que se desconoce

de palabra o por escrito), exige del demandado que ejercite en juicio los derechos que se atribuye, o que guarde en otro caso, perpetuo silencio".

47

El maestro José Ovalle Favela, confirma lo anterior al decir: "la llamada acción de jactancia suele ser entendida como la facultad que se otorga a quien se considere afectado por la ostentación pública que otra persona haga atribuyéndose tener el carácter de su acreedora o ser titular de derechos reales sobre bienes poseídos por el primero, para que pida al juez señalar un plazo al jactancioso a fin de que ejerza en juicio la acción que afirme tener, apercibido de que si no lo hace, precluirá su supuesto derecho y deberá abstenerse de continuar la jactancia".*48*

Como se puede observar de todas las exposiciones vertidas, la finalidad de esta acción es clara y precisa : evitar el hecho jactancioso obligando al que afirma tener un derecho real o personal, a que lo deduzca en juicio, o bien que guarde perpetuo silencio, apercibido que de no hacerlo se le tendrá por desistido de la acción que afirme tener.

Por esto, lo único que se podría agregar es que la acción de jactancia constituye de alguna manera una excepción al principio general de derecho consagrado por el mismo artículo 509 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de México, que preceptúa que "a nadie podrá obligársele a proseguir una acción en contra de su voluntad", toda vez que si el jactancioso no ejercita dentro de juicio la acción que afirma tener, en el plazo que para tal efecto se le conceda; además de que deberá guardar perpetuo silencio y abstenerse de continuar con la jactancia, se le apercibió de tenerlo por desistido de la acción que se desprenda de los dichos o hechos motivo de la jactancia. Estas peculiaridades las

47 CABANELLAS, Op. Cit. pag. 121

48 OVALLE FAVELA, JOSÉ. Derecho Procesal Civil. 5a. Ed. Editorial Haria. México, 1992. Pag. 41

estudiaremos en el siguiente capítulo de una forma más crítica y proponiendo el punto de vista del sustentante de esta tesis. Por lo pronto, para la determinación del fin que mediante la acción de jactancia se persigue, me constriño a lo que manifiesta el Lic. Ovalle Favela, pues concreta de manera más sencilla, todos los criterios expuestos por lo demás autores citados en este apartado.

3.5. CLASIFICACIÓN DE LA ACCIÓN DE JACTANCIA EN EL DERECHO POSITIVO MEXICANO

Las acciones pueden clasificarse, en el derecho positivo mexicano, según se les considere como "procedimientos" o como "derechos". La clasificación que de las acciones realizan las teorías tradicionales, no nos ocupan en este apartado pues han quedado explicadas en el primer capítulo de la tesis.

Para nuestra legislación, el primer punto de vista, es decir entendidas como procedimientos, las acciones se clasifican en :

- a) Ordinarias
- b) Sumarias
- c) Sumarísimas

Las acciones ordinarias son aquellas que se tramitan dentro de juicio ordinario (Juicio Escrito Civil para el Estado de México).

Las acciones sumarias, por consiguiente, serán las que se tramitan en juicios sumarios; mientras que las sumarísimas se ventilarán en procedimientos especiales con una menor prolongación de los términos

judiciales y plazo, lo que constituye fundamentalmente la distinción entre unas y otras, así como la clase y variedad de recursos que admiten sus resoluciones.

Por otra parte, bajo el criterio de considerar a las acciones como sinónimos de derechos, la ley reconoce la existencia de :

- A) Acciones reales,
- B) Acciones personales, y
- C) Acciones del Estado Civil.

Desde luego que no hablaremos de los criterios que sirven de base a la clasificación de las acciones "derecho", pues ese estudio pertenece al mundo de las obligaciones, del cual nosotros tenemos una ligera percepción que nos permite distinguir entre una acción real, de una personal y de una del Estado Civil.

Lo mismo acontece con la clasificación de las acciones "procedimientos", que dada la práctica en el litigio, nos permite distinguir y entender un proceso ordinario, de uno sumario y uno especial.

A nosotros nos atañe la ubicación que se dá a nuestra acción de jactancia dentro de la clasificación de las acciones contemplada por el Derecho Positivo, con la finalidad de poder entender un poco más la procedencia de la misma, su substanciación y competencia, así como para discernir de los posibles efectos jurídicos que acarrea la misma.

El Código Procesal Civil, considera que la acción de jactancia es una acción de tipo personal:

Artículo 498 del Código de Procedimientos Civiles vigente para el Estado de México.

"Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una obligación personal, ya sea de dar, de hacer o de no hacer determinado acto".

Resulta lógico el criterio de considerar a la acción de jactancia como una acción de tipo personal, pues como lo entendimos en el fin que mediante aquella se persigue, es provocar una conducta, un hacer : por el ejercicio de la acción que afirma tener el jactancioso, tanto como por el de guardar perpetuo silencio; así como una correlativa obligación de no hacer: no procurar más la jactancia.

Consideramos que esta clasificación no reviste mayor dificultad y es lógica como acabamos de ver.

Ahora bien, debemos recordar que existe el criterio de clasificación de acciones entendidas como procedimientos. A este respecto, los tratadistas no han rebuscado en abundancia, pero podría discernirse en base a lo siguiente:

I. Nuestra legislación contempla a la acción como procedimiento,

II. El artículo 510 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, preceptúa que : " los procedimientos a que se refiere el artículo precedente se substanciarán y decidirán en la forma de los incidentes y tendrá los recursos que correspondan a su cuantía".

En base a lo anterior, podemos concluir que la acción de jactancia entendida desde este punto de vista, es una acción sumarísima que debe tramitarse en uno de los procedimientos más veloces y que menos recursos admiten, como lo son los incidentes condicionados a determinada cuantía.

Respecto de esta clasificación, tampoco encontramos mayor problemática, por lo que más adelante nos vamos a referir al punto de vista que tiene el sustentante respecto de la acción de jactancia y su tramitación en forma incidental.

3.6. NATURALEZA JURÍDICA DE LA ACCIÓN DE JACTANCIA

Respecto de la naturaleza jurídica de la acción de jactancia podemos decir que la doctrina la considera en parte de condena y parte declarativa, atendiendo al fin que mediante ella se persigue.

La acción es de condena parcialmente, porque tiende a obtener una obligación del demandado, que es la de ejercitar su acción en cierto tiempo o guardar perpetuo silencio.

Es igualmente declarativa, porque declara condicionalmente la caducidad de la acción del jactancioso si no la ejercita en el plazo señalado. Decimos condicionalmente, porque si el demandado cumple con la sentencia y pone en juego su acción en el plazo concedido, entonces la caducidad no tiene lugar.

Para poder entender lo anterior, debemos explicar en principio, lo que estrictamente resulta ser una acción de carácter declarativa, y para esto, nos acogemos de lo que manifiesta el maestro Goldschmidt:

"La acción declarativa tiene por objeto la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de la autenticidad o falsedad de un documento" *49*.

La teoría de Chiovenda sobre la declarativa (acción) es la siguiente:

A) Con el nombre de declaración se indica que la manera más exacta del resultado común de la sentencia de fondo, la voluntad de la Ley es afirmada como cierta en el caso concreto; es decir, mediante la declaración se establece lo que la Ley ordena en el caso de que se trate.

B) Cuando la acción tiende a una sentencia de mera declaración.

C) El resultado de la acción declarativa, consiste en hacer cierto el derecho, y no de exigir del demandado una prestación determinada.

D) En el derecho romano, las acciones prejudiciales a las que faltaba la intención, eran declarativas.

E) El derecho italiano medieval, conoció las acciones declarativas en los llamados juicios de jactancia o difamación.

49 PALLARES. Op. Cit. Pág. 62

F) En Alemania, se reconoció la existencia de las acciones declarativas.

G) La doctrina italiana moderna, admite la acción de declaración no sólo en casos particulares, sino también "como medio general de la actuación de la Ley".

Chiovenda, al afirmar esto, agrega : "Es verdad que no hay una norma expresa que admita este medio, y está contenida en Art. 36 del Código de Procedimientos Civiles, que exige como condición para obrar el interés....."

H) La naturaleza jurídica de la acción declarativa radica en que no se exige del demandado ninguna prestación, sino que se busca una declaración judicial que es lo que satisface el interés del actor.

J) La acción declarativa puede tener como fin, no solo la declaración positiva, sino también la negativa, es decir, que se resuelva que en determinado caso no existe un derecho que alguien pretende hacer existir.

K) La acción declarativa se distingue de la condena en cuanto que aquella tiene por objeto declarar el derecho y fijar cual es la voluntad de la Ley, mientras que la condena persigue que el demandado cumpla una prestación determinada. *50*

Así tenemos entonces que el Código adjetivo vigente, admite la existencia de las acciones declarativas en su Art. 1º que dice: "El ejercicio

50 PALLARES, Op. Cit. Pág. 62, 63, 64.

de las acciones civiles requiere : I. La existencia de un derecho; II. La violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho".

Por lo tanto, afirmamos que la acción de jactancia es en parte declarativa y en parte de condena, y que constituye una excepción al principio general enunciado por el Art. 32 de que nadie puede ser obligado a ejercitar una acción contra su voluntad. Al jactancioso se le obliga a ejercitar, bajo pena de perderla si realmente la tiene. Por constituir una excepción al susodicho principio, todo lo relativo a esta acción debe ser interpretado restrictivamente, sin dar a las disposiciones legales una aplicación que no se deduzca de su texto, motivo por el cual sólo procederá tratándose de derechos reales o personales, pero nunca en los casos en que el jactancioso niegue el estado civil del interesado.

3.7. DEFINICIÓN DE LA ACCIÓN DE JACTANCIA

Como se desprende de los razonamientos vertidos en el punto 3.4. de este capítulo, la acción de jactancia puede conceptualizarse de la siguiente manera : "Es la acción personal autorizada por la Ley que tiene por objeto obligar a otro que se jacta de ostentar un derecho contra el actor, a que lo ejercite en juicio dentro del plazo que se le señale, apercibido que de no hacerlo caducará la acción que dice tener y será condenado a perpetuo silencio." *51*

Lo anterior no reviste mayor problema, por lo que no amerita explicación alguna.

51 CABANELLAS, Op. Cit. Pág. 112

Lo único que es procedente decir, es que con base a la postura adquirida por el sustentante en el capítulo primero de las acciones, la jactancia técnicamente no es una acción como la entiende el código adjetivo del Distrito Federal, más aún en el Estado de México, los cuales consideran a la acción como sinónimo de derecho; sino que se trata de una pretensión, ya que la acción se dirige exclusivamente al órgano jurisdiccional y se agota con su primer proveído, mientras que la pretensión finca los límites de lo que se solicitó al Juez y de lo que se pretende del demandado.

CAPÍTULO

IV

" LA ACCIÓN DE JACTANCIA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO "

CAPÍTULO IV

" LA ACCIÓN DE JACTANCIA EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO"

4.1. MARCO LEGAL

En el capítulo anterior, cuando hablamos de la acción de jactancia en particular, no hicimos referencia a su fundamento constitucional, toda vez que al igual que las demás acciones, son los artículos octavo, décimo cuarto, décimo sexto y décimo séptimo, los que dan sustento a la acción para su ejercicio.

En lo que respecta al fundamento legal de la acción de jactancia en el Estado de México, tenemos que el artículo quinientos nueve en el Código de Procedimientos Civiles fracción primera, es la que consigna a la acción de jactancia; mismo que a la letra dice :

"Art. 509.- A nadie puede obligarse a intentar o proseguir una acción contra su voluntad, excepto en los casos siguientes :

I. Cuando alguno públicamente se jacte de que otro es su deudor, o de que tiene que deducir derechos sobre alguna cosa que otro posee. En este caso el poseedor o aquel de quien se dice que es deudor, puede ocurrir al juez de su propio domicilio pidiéndole un término al jactancioso para que deduzca la acción que afirme tener, apercibido que de no haciéndolo en el plazo designado, se tendrá por desistido de la acción que ha sido objeto de la jactancia. No se reputa jactancioso al que en algún acto judicial o administrativo, se reserve el derecho que pueda tener

contra alguna persona o sobre alguna cosa. La acción de jactancia, prescribe a los tres meses desde la fecha en que tuvieron lugar los dichos y hechos que la originara;

Este precepto define a la acción de jactancia, junto con el artículo quinientos diez que remite su tramitación o substanciación a la forma de los incidentes, según se aprecia del texto del dispositivo legal que a la letra dice :

"Art. 510.- Los procedimientos a que se refiere el artículo precedente se substanciarán y decidirán en la forma de los incidentes y tendrán los recursos que correspondan a su cuantía ".

En este sentido, cabe preguntarse ¿ por qué si se trata de una acción más de las que enuncia el mismo código adjetivo, se ordena su tramitación en la vía incidental y no en Juicio Ordinario Civil ?

Si partimos del supuesto de que la acción en estudio es en parte declarativa y en parte de condena, no existe una razón jurídica de peso para que su tramitación sea incidental.

Lo anterior lo comentaremos un poco más adelante precisando los antecedentes de la acción de jactancia en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Sólo referimos para concluir con este apartado, que al substanciarse la acción en la vía incidental, le serán aplicables en lo conducente, los artículos 229 al 236, del Código en cita.

4.2. PROCEDIMIENTO O SUBSTANCIACIÓN

Como ya lo mencionamos, la acción de jactancia deberá resolverse en la forma de los incidentes revistiendo además, algunas otras peculiaridades que a continuación se detallan.

4.2.1. COMPETENCIA

En lo que se refiere a la competencia para la tramitación del juicio de jactancia encontramos que el mismo dispositivo legal faculta al juez del domicilio del afectado por la jactancia, para que señale un término al jactancioso a efecto de que deduzca para deducir en juicio la acción que afirma tener :

"Art. 509.-en este caso, el poseedor o aquel de quien se dice es deudor, puede ocurrir al juez de su propio domicilio pidiéndole que señale un término al jactancioso para que deduzca la acción que afirma tener,"

No debemos olvidar que la acción de jactancia es una de las llamadas acciones personales, como quedó explicado en su momento por lo que me resultaría lógico pensar que esta disposición contraviene el principio general de las reglas para la fijación de la competencia que el mismo código preceptúa en su artículo cincuenta y uno fracción cuarta, que a la letra dice :

"Art. 51.- Es juez competente :

IV. El del domicilio del demandado, si se trata del ejercicio de una acción sobre bienes muebles, o de acciones personales o de estado civil. Cuando sean varios los demandados y tuvieran diversos domicilios, será juez competente el del domicilio que escoja el actor, lo mismo que cuando el demandado tenga varios domicilios."

La verdad es que a mi punto de vista no existe contradicción entre ambos dispositivos, pues como se desprende del artículo quinientos nueve, es potestativo y no imperativo, que el actor acuda a el juez de su propio domicilio ya que la redacción nos dice en su parte conducente que "Puede ocurrir al juez de su propio domicilio"; lo que significa que si un juicio de jactancia se promueve a interés del actor, ante el juez competente por razón del domicilio del demandado no podrá alegarse la incompetencia, puesto que se está a lo ordenado para el ejercicio de las acciones personales.

Este criterio podría avalarse además, si resulta que la jactancia está teniendo lugar en donde vive el demandado y no en el domicilio del afectado, de esta forma, resultaría absurdo tramitar el juicio ante el juez competente en el lugar donde no se han verificado los dichos o hechos motivo de la jactancia.

4.2.2. SUBSTANCIACIÓN

Resulta entonces, que el artículo 510 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, ordena la tramitación incidental de la acción de jactancia.

Independientemente de la causa por la cual se dá el carácter de incidental a esta acción, es importante señalar, como lo afirma el maestro Ovalle Favela, que "La acción de jactancia debe plantearse, tramitarse y resolverse, como toda acción a través de un procedimiento contencioso, pues no es suficiente que el supuesto afectado afirme ante el juez que ha habido jactancia de parte de otra persona para que aquel señale a ésta, en forma inmediata, un plazo para el ejercicio de sus derechos, sino que se requiere probar el juicio que efectivamente ha habido jactancia pública."*52*

Explica el maestro Ovalle, que la acción de jactancia hasta antes de ser derogada del artículo treinta y dos del Código Procesal para el Distrito Federal, tenía una regulación idéntica a la consagrada por el correlativo del Estado de México pero después de las reformas del 10 de enero de 1986, la jactancia quedó incluida a interpretación del amplio concepto de acción que se dió en el artículo primero de aquel ordenamiento, al referir que puede iniciarse un procedimiento judicial o intervenir en él quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena a quien tenga el interés contrario.

Continúa el Maestro Ovalle, "con base esta disposición el afectado por la jactancia (en el Distrito Federal), puede promover un juicio ordinario para que se condene al jactancioso a exponer la acción o pretensión que corresponda al supuesto derecho objeto de la jactancia, con el fin de que si no lo hace se declare precluída dicha acción o pretensión y se le aperciba para que no incurra de nuevo en la jactancia". *53*

En lo personal coincido con la opinión del Licenciado Ovalle en el sentido de que la acción de la jactancia debe, como obliga la Ley adjetiva

del Distrito Federal, tramitarse en juicio ordinario civil (Escrito Civil para el Estado de México).

Lo anterior en virtud de que se trata de un proceso contencioso que requiere ser probado, pues no basta la mera afirmación de que existe jactancia, para que el juez inmediatamente señale término al jactancioso y lo aperciba de tenerle por desistido de la acción que afirma tener si no la ejercita en el plazo concedido; obteniendo una sentencia que en parte es declarativa y en parte de condena; declarativa al caducar la acción que afirmaba tener el jactancioso, y de condena en cuanto a que lo obliga a guardar perpetuo silencio.

El Maestro Cabanellas, en su diccionario de derecho usual nos explica a la acción de jactancia vista desde la misma legislación argentina, y refiere que :

"Juicio de jactancia es aquel que resuelve acerca de la acción de jactancia, acordada contra toda persona capaz de ser demandada y que fuera de juicio, se hubiera atribuido derechos propios o bienes que constituyan el patrimonio de un tercero."

El escrito que interponga esta demanda debe contener :

1° El nombre y domicilio de aquel contra quien se dirige,

52 OVALLE FAVELA, Op. Cit. Pag. 41
53 *Ibidem*, Pag. 41

2° La enunciación de la jactancia, con expresión indispensable de su época y lugar, como de los medios por los cuales ha llegado a su conocimiento.

3° La petición de que el jactancioso manifieste o niegue la exactitud.

Quando el juez competente reciba el pedido (demanda) ordenará que aquel contra quien se dirige manifieste si es o nó cierta la exposición planteada, aceptando la verdad de lo expuesto, bajo juramento, o bien negando la verdad que se le atribuye.

El secretario que reciba esta manifestación sentará razón por escrito de la diligencia, firmándola con el que la hace o dos testigos si no lo supiere o pudiere hacer, y autorizándola en uno y otro caso. Cuando aquel contra quien se dirija la jactancia se negare a hacer la manifestación, la hiciere ambiguamente o reconociera la verdad de lo expuesto, el juez ordenará que dentro del término de diez días entable la acción que surge de los hechos expuestos, bajo apercibimiento que de no hacerlo caducará todo el derecho pretendido y será condenado en costas. Vencidos los diez días y sin haberse deducido la acción, la parte podrá pedir la efectividad del apercibimiento. Negada bajo juramento la jactancia atribuida, se entregarán sin más trámites las actuaciones al que las ha indicado.

Esta acción es independiente de otras legales por perjuicios o causas análogas."*54*

Las virtudes que encontramos en esta forma de substanciación, son las siguientes :

1. La recepción de las manifestaciones del jactancioso se reciben directamente por el Secretario (o Actuario - Notificador), lo que imprime mayor velocidad al proceso si se quiere ver como incidente.

2. La brevedad en el plazo concedido al jactancioso para ejercitar su acción si resulta procedente la jactancia, pues generalmente nuestro órganos jurisdiccionales otorgan plazos no menores a treinta días.

Pero desde luego que reviste también sus inconvenientes, pudiendo ser el principal, la contundencia de dar por terminada la substanciación del procedimiento si el jactancioso negare la verdad de los hechos que se le imputan, sin ni siquiera sujetar esta situación a prueba.

No obstante lo anterior, resulta interesante analizar que la legislación argentina además de apercibir al jactancioso con tenerle por caduca su acción en caso de no ejercitarla dentro del término de diez días, también le condena al pago de gastos y costas. Esta apreciación me parece arrebatada si se considera que no comparece a Juicio : en todo

54 CABANELLAS, Op. Cit. Pág. 121.

caso, la regla debería ser que se condene al pago de las costas al jactancioso que se presenta a la substanciación del incidente, acreditándose que se jactancia fué infundada, o bien al actor que no acredita la existencia del hecho jactancioso, siguiendo las reglas establecidas por el Art. 241 del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

Vamos a analizar a continuación la substanciación preceptuada por nuestro Código Procesal para el Estado de México.

4.2.2.1. DE LA PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA

Como ya se explicó, la demanda podrá ser presentada ante el juez del domicilio del afectado por la jactancia, según dispone el art. 509 del código en consulta, y a criterio del sustentante, también pudiera ser presentada ante el juez del domicilio del jactancioso según se trata de una acción personal y de conformidad al artículo 51 fracción IV.

El escrito deberá reunir los requisitos de forma que ya conocemos, designando con contra quien se dirige, la pretensión que se persigue (jactancia) y la narración sucinta de los hechos y preceptos de derecho en que se funda.

4.2.2.2. DE LA ADMISIÓN Y TRASLADO DE LA DEMANDA

Una vez admitida la demanda, que se tramita desde luego en vía incidental, el juez ordena correr traslado al jactancioso para que dentro del término de tres días manifieste lo que a su derecho corresponda, observándose lo dispuesto por los artículos 229 y 232 del código en cita.

4.2.2.3. DE LA CONTESTACIÓN, OFRECIMIENTO, DESAHOGO DE PRUEBAS Y ALEGATOS.

Contestada o nó que fuere la demanda incidental, si las partes ofrecieron pruebas (que se acompañan desde el primer escrito de cada una), se abrirá una dilación probatoria de diez días, y se citará a una audiencia para su desahogo y presentación de alegatos.

Si no se ofrecen pruebas por las partes y el juez no las considera necesarias, se citará dentro de los tres días siguientes, a la audiencia de alegatos, misma que tendrá efectos de citación para sentencia.

4.2.2.4. SENTENCIA

Dentro de los cinco días siguientes a la celebración de la audiencia de alegatos, se dictará la Sentencia Interlocutoria que tenga por justificada la pretensión de jactancia o nó. En el primer caso, el juez señalará un plazo improrrogable al jactancioso para que deduzca la acción que afirma tener, apercibido que de no hacerlo se le tendrá por desistido de la acción que ha sido objeto de la jactancia.

En este sentido, cabe hacer dos anotaciones:

1º No existe ningún criterio legal que respalde la fijación de plazos de treinta o cuarenta días, como comúnmente acontece en la práctica, para que el jactancioso deduzca su acción. El artículo 509 dispone que el juez señalará un término al jactancioso, pero en ningún momento dice que sea a criterio o arbitrio discrecional del mismo, por lo que si atendemos a las reglas del procedimiento que el mismo artículo preceptúa, debería estarse a lo dispuesto por la fracción segunda del artículo ciento ochenta y uno que a la letra dice:

"Art. 181.- Cuando la ley no señale término para la práctica de algún acto judicial o para el ejercicio de algún derecho, se tendrá por señalados los siguientes:

II. Tres días para cualquier otro caso."

Como la sentencia que declara procedente la acción de jactancia condena al demandado a ejercitar su supuesto derecho dentro del término señalado, no hay razón para no aplicar lo preceptuado por esta fracción que habla precisamente del ejercicio de un derecho.

2º Es incorrecto hablar de que se apercibe al jactancioso respecto de tenerlo por desistido de la acción que ha sido objeto de la jactancia, pues en realidad, la palabra desistido está mal empleada porque no se trata de un desistimiento, sino de una caducidad de la acción que pudiese tener el jactancioso. El desistimiento implica la renuncia en el ejercicio de una acción ya entablada por virtud de la demanda en proceso activo, y en este caso no hay tal. Lo que la Ley ordena es la caducidad de

una acción que se pierde en perjuicio del jactancioso por causas imputables a él mismo, y que son el incumplimiento de los requisitos de preparación, preservación o nacimiento de su acción.

4.2.2.5. DE LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA

Una vez fenecido el término otorgado al jactancioso para el ejercicio de la acción que fué objeto de la jactancia, sin que éste lo haya hecho, el actor solicita al juez la declaración de caducidad de dicha acción, haciendo efectivo el apercibimiento decretado con anterioridad, con lo que el proceso se extingue, una vez que haya quedado firme esta resolución. Cabe mencionar, que como toda resolución incidental, aceptará los recursos que correspondan a la cuantía de su acción.

4.3. PRESCRIPCIÓN

Considerando a la prescripción como la pérdida de derechos por el mero transcurso del tiempo, tenemos que el artículo quinientos nueve del ordenamiento legal en estudio, hace referencia a :

" La acción de jactancia prescribe a los tres meses desde la fecha en que tuvieron lugar dichos y hechos que la originan".

Esta apreciación del legislador me parece del todo incorrecta, toda vez que la jactancia, como ya hemos visto se puede configurar por dichos o hechos, los cuales no siempre llegan a ser del conocimiento del afectado al mismo tiempo en que se originan y divulgan. En este sentido, la Ley considera en muchos otros casos, que los términos de prescripción corren a partir de que se suscitan los hechos o a partir del día en que el interesado

tuvo conocimiento de ellos, lo que no sucede en la especie y parece injusto; ¿Cómo podrá ejercitar la acción de jactancia el individuo que no tuvo conocimiento de los hechos o dichos jactanciosos sino mucho tiempo después de que éstos se verificaron ?

Aunque desde luego esta situación la tendría que hacer valer el demandado, deja en estado de indefensión al perjudicado por la jactancia.

Un poco más atrás, hablábamos de la jactancia en el derecho argentino, donde por lo menos es un tanto más prudente el término de prescripción. Afirma el maestro Cabanellas : "la acción de jactancia prescribe a los seis meses de que tengan lugar dichos o hechos motivo de la jactancia." *55*

Por otra parte, surge la duda también en el sentido de que si la jactancia reviste la figura de las acciones reales o personales existentes en nuestro orden jurídico al tratarse dentro del capítulo referente a ellas en la Ley adjetiva., ¿ por qué no se utiliza como criterio de prescripción en contenido en el artículo quinientos once del código en consulta ?

La respuesta es lógica, una misma acción (la de jactancia) tendría tantos términos de prescripción como acciones se configuraran según los hechos o dichos jactanciosos, lo que sería ocioso y absurda, si se va a respetar una prescripción equivalente al tiempo que dura la acción según la obligación que representen.

55 CABANELLAS, Op. Cit. Pág. 121

La propuesta en este sentido, es que la prescripción para el ejercicio de la acción de jactancia, deberá comenzar a correr desde el día en que aquel de quien se dice es deudor, tiene conocimiento de la afirmación pública realizada por el jactancioso, siendo equivalente dicho término a seis meses.

CAPÍTULO

V

MODALIDADES DE LA JACTANCIA

CAPÍTULO V

MODALIDADES DE LA JACTANCIA

5.1. LA JACTANCIA COMO ACCIÓN

De acuerdo con el estudio realizado sobre el concepto de la acción, el sustentante concluyó en el capítulo primero de esta tesis, que la acción propiamente dicha, es la facultad o derecho subjetivo de que gozan las personas jurídicas para poner en funcionamiento al órgano jurisdiccional en la solución de un litigio.

Así, el titular de la acción es aquel denominado actor o demandante, quien acude o por lo menos tiene derecho a acudir ante el órgano jurisdiccional con la pretensión de obtener del demandado una conducta forzosa o la declaración de un derecho.

Por consiguiente y como lo afirma la teoría de la autonomía de la acción y las doctrinas alemanas, nuestro derecho positivo es erróneo al considerar a la acción como sinónimo de derechos, puesto que ésta (la acción) se extingue con el primer proveído que dicta el órgano jurisdiccional no importando si la pretensión buscada carece de fundamento legal.

De esta forma, técnicamente la jactancia no puede revestir el carácter de acción a criterio propio, sino más bien es la pretensión de buscar que el jactancioso ejercite o haga valer el derecho que afirma tener a su favor o de que guarde perpetuo silencio. No se debe olvidar entonces que la acción por consiguiente, no está sujeta a clasificación, ya que sólo

es un derecho subjetivo público abstracto, de poner en función al órgano jurisdiccional.

Entonces, por virtud de la acción como facultad de provocar e impulsar la actividad jurisdiccional, nos da la posibilidad legal de que el juez resuelva sobre nuestra pretensión de jactancia preceptuada por la fracción primera del artículo quinientos nueve del Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México.

5.2. LA JACTANCIA COMO PRETENSIÓN

Ahora bien, de acuerdo con el concepto de pretensión propuesto en el sentido de que es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica con la aspiración concreta que ésta se haga efectiva protegiendo, el derecho objetivo otorgado por la Ley, subordinando el interés ajeno al interés propio; la jactancia resulta ser técnicamente la pretensión de que la persona quien dice tener un derecho real o personal sobre otra, deduzca formalmente por virtud de la acción, su pretensión ante el órgano jurisdiccional dentro del término que para tal efecto se le señale, o de lo contrario se abstenga de continuar con la jactancia, apercibido además que de no ejercitar su derecho se declarará la caducidad de la acción que pudiera tener.

Debo manifestar que de acuerdo a mi postura, no es la acción la que caduca, sino el derecho objetivo que la Ley le otorga para hacerse valer como pretensión; pues la acción tal y como la defino, no puede caducar al ser derecho subjetivo público abstracto y por lo tanto también

resulta ser imprescriptible y lo único; independientemente del tipo de pretensión que se persiga en juicio.

De tal suerte y de acuerdo con la teoría del maestro Jaime Guasp, la pretensión de jactancia es una pretensión fundamentalmente declarativa.

Por consiguiente se remarca que la pretensión de jactancia puede entablarse contra la persona que realiza la jactancia no importando si ésta tiene a su favor o no el derecho que afirma, puesto que aún cuando la jactancia resulte fundada, no deja de ocasionar un perjuicio en contra de quien se dirige, lesionando su derecho de crédito y seguridad jurídica.

5.3. LA JACTANCIA COMO INCIDENTE

De conformidad a la norma positiva mexicana, y en específico a lo preceptuado por los artículos quinientos diez en relación al quinientos nueve del código adjetivo vigente para el Estado de México, la jactancia se debe remitir en su tramitación a la establecida para los incidentes.

Ahora bien, si los incidentes resultan ser una cuestión secundaria al litigio principal, pero que además son obstáculo que necesita ser superado para estar en condiciones de resolver la litis de fondo planteada en el proceso, como lo afirma el maestro Jorge Alberto Zorrilla, resulta por demás absurda la postura del legislador en darle a la jactancia una tramitación incidental por sí y de acuerdo al criterio que de las acciones consigna nuestra Ley procesal, debería tramitarse en todo caso como cualquiera otra acción en juicio escrito civil.

Tratando de discernir sobre cual fué el motivo por el cual el legislador le otorgó a la jactancia el carácter de incidental, se concluye lo siguiente:

"Toda vez que son los derechos de crédito y de seguridad jurídica los que se lesionan por virtud del hecho jactancioso, es de suma importancia su protección y la declaración de la situación jurídica que guarda el perjudicado, sobre todo tratándose de su patrimonio, por lo que la tramitación de este juicio se concibe de manera sumaria, con lo cual se justifica el trámite incidental."

No obstante lo anterior, existe una gran contradicción con el principio rector de los incidentes, ya que en la especie no existe una litis formalmente planteada de la cual surja una cuestión accesoria o secundaria que deba resolverse antes que el fondo del asunto; pues aunque pueda existir un verdadero derecho objetivo en favor del jactancioso; éste no ha sido deducido en juicio, y de estarlo, la jactancia enderezada en su contra saldría sobrando.

Por otra parte, si la tramitación incidental que se otorga a la acción de jactancia se acepta, hay dos puntos que necesariamente deben ser corregidos desde mi punto de vista. El primero, es que el término a que debe sujetarse el jactancioso para deducir su acción, lo es el preceptuado por el artículo ciento ochenta y uno fracción segunda del código en cita, por los motivos y razonamientos a que hice alusión en el capítulo anterior. De la misma forma, el término de prescripción deberá comenzar a correr a partir del día en que el afectado tuvo conocimiento de los dichos o hechos motivos de la jactancia prolongándose dicho término hasta seis meses.

5.4. LA JACTANCIA COMO MEDIO PROVOCATORIO A JUICIO

El Maestro Ovalle Favela explica que el Código Procesal Civil para el Distrito Federal, hasta antes de las reformas publicadas en el diario oficial del 10 de enero de 1986, contemplaba a la llamada acción de jactancia como un medio provocatorio a juicio junto con las diligencias preliminares de consignación, las cuales se contemplan también en la Legislación Procesal Civil del Estado de México, argumentando que ambas figuras tiene como objetivo el provocar un juicio posterior; en el primer caso, para hacer ejercitar una acción que se presume tener o bien para liberarse de ella, por virtud de la declaración de caducidad si no se ejercitaba en el término concedido al jactancioso para tal efecto; y en el segundo caso, para promover un juicio de liberación de la obligación de pago, por virtud de haber hecho la consignación de la cosa cuando el acreedor se negare a recibirla o a otorgar el documento justificativo de pago.

Esta última acepción resulta ser la más convincente si se toma en cuenta la aridez con que el código adjetivo se refiere a la jactancia y con la serie de anomalías que se hacen notar al darle una tramitación incidental en la forma descrita en el punto anterior.

Este razonamiento no es del todo aventurado, pues es de considerarse que al revestir la jactancia un carácter de acción en parte declarativa y en parte de condena, se busca con ella la pronta solución a un estado de inseguridad jurídica muy parecido al que se busca conseguir con las diligencias preliminares de consignación; que en este caso son las de seguir disponiendo y disfrutando de las propiedades y posesiones así como

de tener garantizada su credibilidad crediticia con la certeza de no deparar perjuicio alguno a terceros.

De esta forma resulta que ante la inactividad procesal que pudiera observar el jactancioso al no deducir en juicio la acción que afirma tener, los derechos del afectado quedan protegidos con la declaración de caducidad dicha acción que presuntamente asiste al jactancioso.

Además, esta postura se refuerza con el criterio jurisprudencial vertido por la Suprema Corte, en el sentido de que al constituir la jactancia una excepción al principio de que a nadie pueda obligarse a intentar o proseguir una acción en contra de su voluntad, excepto en los casos en que el propio artículo 509 del Código de Procedimiento Civiles para el estado de México, establece; al tipificarse la fracción primera referente a la acción de jactancia no se tiene como finalidad primordial la de obligar al jactancioso a proseguir el juicio intentado, impulsando al procedimiento hasta su terminación; por lo que debe entenderse que la finalidad es obligar al jactancioso a deducir en determinado tiempo la acción que afirma tener, so pena de tenerlo por desistido de la misma (declaración de caducidad).

Lo anterior crea un razonamiento lógico - jurídico que sirve de fundamento a la postura que se propone de considerar a la jactancia como un medio provocatorio a juicio, de tramitación especial y sumaria, con alguna características peculiares no propias de los medios provocatorios, como lo es el de estar sujeto a prueba la existencia del hecho jactancioso y la prescripción de la acción a los tres meses de que éste ocurra; incluyendo además una tramitación sumaria por vía incidental que estará justificada.

Por último y para fundamentar aún más esta postura necesito hacer referencia al alcance o trascendencia jurídica que un juicio de jactancia pueda tener, al afirmar la norma adjetiva que de no ejercitar al jactancioso su derecho dentro del término que se le concede, se declara la caducidad de su acción, de donde es lógico pensar que se puede dar origen y nacimiento a una excepción de las llamadas perentorias, que tienden a destruir la acción intentada en juicio, y que precisamente sería la de caducidad de la acción.

Unas diligencias preliminares de consignación debidamente realizadas, válidamente pueden constituirse en excepción de pago en favor del deudor dentro de un juicio de pago de pesos promovido en su contra por el actor o acreedor que en su momento se negó a recibir el pago o la cosa, o bien, a otorgar el documento justificativo correspondiente.

En este sentido ¿qué sucedería si por virtud de un juicio de jactancia en el cual el jactancioso realmente tenía un derecho real o personal que demandar del afectado por la jactancia y no lo ejercitó dentro del término señalado por el juez, decretándose la caducidad de su acción, y posteriormente se lo demanda en la vía y forma idónea?

¿ Realmente el juicio de jactancia tendría la fuerza jurídica necesaria para constituirse como excepción de caducidad que destruya la acción intentada con posterioridad ?

Tal vez aquí se podría alegar una cuestión de inconstitucionalidad con base en el criterio de que el actor no ha sido oído ni vencido en juicio, dentro del proceso que formal y legalmente le otorga la Ley de acuerdo al derecho objetivo que tiene a su favor.

Podría ser el ejemplo de aquel que tiene un título de crédito a su favor, cuya obligación de pago no cumplió el deudor, pero que en juicio anterior de jactancia se trató de provocar la demanda formal, a lo cual se interpondría la alegación de que los títulos ejecutivos son autónomos y se rigen por una ley especial donde su pago se reclama en vía ejecutiva mercantil, la cual nunca fué agotada ni intentada por el jactancioso.

Al respecto puedo decir (en defensa de mi postura) que con este ejemplo se podría dar cabida a una diligencia preliminar de consignación, que en su carácter de medio provocatorio a juicio, válidamente se constituye en una excepción de fondo o perentoria (liberación de la obligación de pago), y que bien podría ser motivo de una jactancia al hacer alarde el acreedor de la deuda que el otro tiene; por lo que si la jactancia revistiera el carácter formalmente reconocido por la Ley de medio provocatorio a juicio, claramente sería válida su interposición como excepción de caducidad, la cual podría configurarse además sobre otros múltiples ejemplos, incluso en los que se pretenda una acción real; siempre y cuando, en la tramitación de la jactancia se haya definido con tal precisión el derecho objetivo que tenía a su favor el jactancioso y la pretensión que pudo deducir en juicio; pues no obstante tener esto a su favor, él inició la situación jurídica conflictiva al atentar contra la seguridad jurídica y derecho de crédito del deudor haciendo alarde público de su situación favorable en perjuicio de aquel.

Por otra parte, hay que mencionar el Código de Procedimientos Civiles para el Estado de México, no reconoce a la figura del medio provocatorio a juicio, ya que ésta es una acepción doctrinal, pero que los contempla de alguna forma con la denominación de medios preparatorios

dentro del rango de los actos prejudiciales, por lo que la jactancia deberá estar regulada como tal dentro del título segundo, libro segundo del ordenamiento legal en análisis.

Con un estudio somero de los medios preparatorios a juicio reconocidos por la Ley, como son el depósito de personas, la preparación del juicio arbitral, las providencias precautorias entre otras; se puede deducir con mayor claridad que la llamada acción de jactancia es un medio provocatorio (o preparatorio) a juicio por lo que deberá reglamentarse como tal para que los litigantes puedan comprender con mayor eficacia la importancia y utilidad que reviste al ser utilizada procesalmente, situación que ayudaría a rescatarla del desuso ha que poco a poco se ha ido relegando.

Por otra parte, hago notar que en este caso, la jactancia deberá entenderse técnicamente como un medio provocatorio a juicio diferenciándose de los medios preparativos en razón de que los primeros son actos preliminares que tienden precisamente a provocar la demanda; mientras que un medio preparativo pretende despejar alguna duda, remover un obstáculo o subsanar una deficiencia antes de iniciar formalmente un proceso.

Ahora bien, toda vez que de la Legislatura Procesal Civil para el Estado de México se desprende que sólo, se reconocen los medios preparatorios a juicio y no los provocatorios, es por lo que en el desarrollo de este apartado, se habla de que la jactancia deberá estar contemplada y regulada, precisamente en este capítulo del Código Procesal que a final de cuentas es también una diligencia o acto preliminar a juicio; dejando de

conceptualizarse dentro del capítulo de las acciones por las razones antes expuestas.

CONCLUSIONES

1.- La acción es la facultad o derecho subjetivo de que goza la persona jurídica para poner en funcionamiento al órgano jurisdiccional en la solución de un litigio; siendo diferente de la pretensión y del derecho objetivo violado.

2.- Asimismo, la acción o el derecho de acción es único y exclusivo, por lo que no puede estar sujeto a clasificaciones.

3.- La pretensión es la exigencia que se formula ante el órgano jurisdiccional para que el interés ajeno se subordine al propio, mediante la afirmación que hace la persona jurídica de merecer la tutela jurídica y la aspiración de ésta se haga efectiva; siendo de carácter particular y que se endereza en contra del demandado.

4.- Sólo será jactancia la afirmación pública que una persona hace de que otra es su deudor o de que tiene acción real que ejercitar contra ella.

5.- La jactancia se origina por dichos o hechos justificados o nó por un derecho objetivo en favor del jactancioso.

6.- La jactancia es un medio provocatorio a juicio.

7.- En consecuencia, la jactancia deberá ser regulada por el Código de Procedimientos Civiles como un acto prejudicial o medio provocatorio a juicio, en los mismos términos de las diligencias preliminares de consignación.

8.- Cuando el jactancioso no se presenta a deducir la acción que afirma tener dentro del término señalado por el órgano jurisdiccional, se constituye en favor del afectado una excepción de caducidad; siempre y cuando se haya determinado perfectamente en el juicio a la acción objeto de la jactancia.

BIBLIOGRAFÍA

BECERRA BAUTISTA JOSÉ.

El Proceso Civil en México.

Editorial Porrúa, S.A.

Cuarta Edición.

México, 1981.

BRISEÑO SIERRA HUMBERTO.

El Juicio Ordinario Civil.

Editorial Trillas.

Primera Edición.

Tomo I y II.

México, 1975.

BURGOA IGNACIO.

Las Garantías Individuales.

Editorial Porrúa, S.A.

Décimo Sexta Edición.

México, 1982.

BURGOA IGNACIO.

El Juicio de Amparo.

Editorial Porrúa, S.A.

Décimo Octava Edición.

México, 1982.

CABANELLAS GUILLERMO.

Diccionario de Derecho Usual.

Editorial Bibliográfica Omeba Editores.

Cuarta Edición.

Buenos Aires, Argentina, 1962.

CALAMANDREI PIERO.

Instituciones de Derecho Procesal Civil.

Editorial nacional.

Primera Edición.

Buenos Aires, Argentina, 1943.

COUTURE EDUARDO J.

Fundamentos de Derecho Procesal Civil.

Editorial Nacional.

Tercera Edición.

México, 1981.

CHIOVENDA JOSÉ.

Principios de Derecho Procesal Civil.

Editorial Cárdenas.

Edición 1980.

Tomo I y II.

México, 1980.

DEVIS ECHÁNDIA HERNANDO.

Nociones Generales de Derecho Procesal Civil.

Editorial Aguilar, S.A.

Décima Edición.

España, 1966.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA.

Editorial Bibliográfica Argentina, S.R.L.

Buenos Aires, Argentina, 1954.

GARCÍA MAYNEZ EDUARDO.

Introducción al Estudio del Derecho.

Editorial Porrúa, S.A.

Trigésima Tercera Edición.

México, 1982.

GUASP JAIME.

Derecho Procesal Civil.

Editorial Instituto de Estudios Políticos.

Décima Octava Edición.

Tomo I y II.

Madrid, España, 1968.

KELSEN HANS.

Teoría General del Estado.

Editorial Editora Nacional.

Décimo Quinta Edición.

México, 1979.

MARGADANT S. GUILLERMO FLORES.

El Derecho Privado Romano.

Editorial Esfinge, S.A.

Décima Edición.

México, 1965.

OBREGÓN HEREDIA JORGE.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Editorial Obregón y Heredia, S.A.

Primera Edición.

México, 1981.

OVALLE FAVELA JOSÉ.

Derecho Procesal Civil.

Editorial Harla.

Segunda Edición.

México, 1982.

PALLARES EDUARDO.

Derecho Procesal Civil.

Editorial Porrúa, S.A.

Novena Edición.

México, 1982.

PALLARES EDUARDO.

Diccionario de Derecho Procesal Civil.

Editorial Porrúa, S.A.

Séptima Edición.

México, 1973.

PALLARES EDUARDO.

Tratado de las Acciones Civiles.

Editorial Porrúa, S.A.

Primera Edición.

México, 1939. ¹

ROJINA VILLEGAS RAFAEL.

Compendio de Derecho Civil.

Editorial Porrúa, S.A.

Décimo Tercera Edición.

Tomos I, II, III y IV.

México, 1981.

WINDSCHEID BERNHARD Y MUTHER THEODOR.

Polémica sobre la Actio.

Ediciones Jurídicas Europa - América.

Sexta Edición.

Buenos Aires, Argentina, 1974.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIONAL POLÍTICA DE LOS ESTADO UNIDOS MEXICANOS.

Editorial Trillas.

Primera Edición.

México, 1983.

JURISPRUDENCIA Y TESIS SOBRESALIENTES.

Editorial, Suprema Corte de Justicia.

Actualización II Civil.

3a. Sala Civil, 2a. Edición.

México, 1968.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL.

Editorial Ediciones Andrade, S.A.

Vigésima Edición.

México, 1985.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE MÉXICO.

Editorial Porrúa, S.A.

Novena Edición.

México, 1994.

**CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO
FEDERAL Y TERRITORIOS DE LA BAJA CALIFORNIA DE
1884.**

Edición Oficial, Editorial Europa.

Primera Edición.

México, 1906.