



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
ACATLAN

DESISTIMIENTO DE LA ACCION EN EL PROCESO CIVIL, SUS CONSECUENCIAS JURIDICAS



T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ALEJANDRO JIMENEZ PEREZ



ASESOR: LIC. JOSE FRANCISCO PEREZ HERNANDEZ

ACATLAN EDO. MEX.

MAYO 2002

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A mis padres:

Por haberme dado el don de
la vida, y motivación en cada
etapa de mi vida.

Gracias...

A mi Tía Guadalupe Hernández

Como homenaje póstumo, quien
me dio el impulso necesario en
los momentos difíciles.

Q.E.P.D.

A mis hijos:

José Alejandro y Dieguito.

Por dar felicidad y construir
los motivos de mi existencia.

Gracias...

A mi esposa:

Martha Trejo.

Por ser parte de mi formación y
compañera de siempre.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

A mis amigos:

José Julio Barnal, Alberto Mandoza R
Felipe Gutiérrez Chimal, Hector Cardoso,
Fernando Cárdenas, Antonio Gómez
y Gerardo Cruz

A quienes con su afecto y consejos
han hecho que el camino recorrido sea
más agradable.

A Lic. Lourdes López.

Porque con su profesionalismo ha sabido
compartir los éxitos y fracasos del ejercicio
profesional.

A Lic. Francisco Pérez Hernández.
A quien con su apoyo y paciencia,
muestra de su saber y don de gentes,
hizo posible este trabajo.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

**DESISTIMIENTO DE LA ACCIÓN EN EL PROCESO CIVIL, SUS
CONSECUENCIAS JURIDICAS.**

INTRODUCCION

CAPITULO PRIMERO

LA ACCION

1.1. CONCEPTO	1
1.1.2. NATURALEZA JURÍDICA	6
1.1.2.1. TEORIA DE LA ACCIÓN COMO TUTELA CONCRETA	6
1.1.2.2. TEORIA DE LA ACCÓN COMO DERECHO A LA JURISDICCIÓN	7
1.1.2.3. LA ACCIÓN COMO DERECHO POTESTATIVO	7
1.1.2.4. LA ACCIÓN COMO DERECHO ABSTRACTO DE OBRAR.	8
1.2. LA PRETENSIÓN	12
1.2.1. CONCEPTO	12
1.2.2. NATURALEZA JURIDICA	17
1.3. DERECHO PROCESAL CIVIL	20
1.3.1. ETAPAS DEL PROCESO	22
1.3.2. ETAPA PRELIMINAR	23
1.3.3. ETAPA EXPOSITIVA	23
1.3.4. ETAPA PROBATORIA	23
1.3.5. ETAPA CONCLUSIVA	23
1.3.6. ETAPA IMPUGNATIVA	24
1.3.7. ETAPA EJECUTIVA	24
1.4. CLASIFICACION DE LOS JUICIOS CIVILES	24
1.4.1. LOS JUICIOS SON CLASIFICADOS POR SU FINALIDAD	24
1.4.1.1. DECLARATIVOS	24
1.4.1.2. EJECUTIVOS	25
1.4.1.3. CAUTELARES	25
1.4.2. LOS JUICIOS POR SU CONOCIMIENTO	25
1.4.2.1. PLENARIOS	25
1.4.2.2. SUMARIOS	25
1.4.3. EN RELACION A SU OBJETIVO	25
1.4.3.1. ORDINARIOS	26
1.4.3.2. ESPECIALES	26
1.4.4. EN OBSERVANCIA A SU CUANTÍA	26
1.4.4.1. DE CUANTÍA MENOR	26
1.4.4.2. DE CUANTÍA MAYOR	26
1.4.5. EN CUANTO A SU FORMA	26
1.4.5.1. ORALES	27
1.4.5.2. ESCRITOS	27
1.4.6. DESDE EL PUNTO DE VISTA PATRIMONIAL	27
1.4.6.1. SINGULARES	27
1.4.6.2. UNIVERSALES	27

1.5. LAS PARTES EN TODO PROCESO CIVIL	28
1.5.1. EL ACTOR	29
1.5.2. EL DEMANDADO	31
1.5.3. EL JUEZ	32
1.5.4. TESTIGO	34
1.5.5. PERITOS	35
1.5.6. MINISTERIO PUBLICO	36

CAPITULO SEGUNDO
LA ACCION EN LA HISTORIA JURÍDICA

2.1. DERECHO ROMANO	38
2.1.1. LAS ACCIONES DE LA LEY	40
2.1.2. LA ACCIÓN EN EL SEGUNDO PERIODO	40
2.1.3. LA ACCIÓN EN EL PERIODO EXTRAORDINARIO	42
2.2. DERECHO FRANCÉS	43
2.3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1884	48
2.4. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1932	52
2.5. DOCTRINA EN MEXICO	57
2.6. CRITERIO DEL LEGISLADOR	61

CAPITULO TERCERO
EFFECTOS JURÍDICOS DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN

3.1. EFECTOS JURÍDICOS DE LA ACCIÓN	64
3.2. EFECTOS JURÍDICOS DE LA PRETENSIÓN	68
3.3. CONFUSIÓN ENTRE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN	70
3.4. ACCIÓN Y PRETENSIÓN EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL	74
3.5. LA ACCIÓN EN EL ARTÍCULO PRIMERO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL	76
3.6. LA PRETENSIÓN EN EL ARTÍCULO SEGUNDO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL DISTRITO FEDERAL	78

CAPITULO CUARTO
DESISTIMIENTO DE LA ACCION

4.1. CONCEPTO	80
4.2. ANTECEDENTES	82
4.2.1. LA LITIS CONTESTATIO EN EL PERIODO CLÁSICO	82
4.2.2. EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO	83
4.2.3. LA LITIS CONTESTATIO EN EL PROCESO FORMULARIO	83
4.2.4. LA LITIS CONTESTATIO DURANTE LA EDAD MEDIA	84
4.2.5. LA LITIS CONTESTATIO EN EL DERECHO ESPAÑOL	84
4.2.6. LA LITIS CONTESTATIO EN EL DERECHO ARAGONÉS	85
4.3. NATURALEZA JURIDICA DEL DESISTIMIENTO	87
4.4. FUNCIÓN DEL DESISTIMIENTO	88

4.5. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DEL DESISTIMIENTO	91
4.5.1. CLASES DE DESISTIMIENTO	92
4.5.2. REQUISITOS PARA QUE EL DESISTIMIENTO SEA VÁLIDO	93
4.5.2.1. CONSENTIMIENTO	93
4.5.2.2. TIEMPO	95
4.5.2.3. CAPACIDAD	95
4.6. DOCTRINA EN MEXICO	96
4.7. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES	102
CONCLUSIONES	106
BIBLIOGRAFÍA	109

INTRODUCCION.

Dentro de nuestra formación profesional adquirimos conocimientos teóricos jurídicos, que nos servirán de base para un desarrollo profesional. En la práctica cotidiana se suscitan diversos problemas en cuanto a la interpretación y aplicación de la norma jurídica. Dentro del ámbito del Derecho procesal Civil, encontramos que el Desistimiento de la Acción es un tema poco debatido, por ello al momento de invocar su aplicación a una controversia concreta encontramos opiniones que afirman que no se puede volver a demandar porque el haberse desistido implica la pérdida del derecho sustantivo hecho valer en juicio, nosotros pensamos que no es así; entendemos que uno de estos factores es porque en concepto de acción y pretensión no están debidamente entendidos y por ello se presenta la dificultad a la hora de solicitar y aplicar la norma jurídica, por parte de postulantes y juzgadores. Parra llegar a afirmar nuestro punto de vista hacemos un modesto trabajo analizando las diversas opiniones de teóricos que se han ocupado del tema para poder llegar a una conclusión. Motivo por la cual se presenta de la siguiente manera: En primer término se hace un breve análisis de la acción en cuanto al concepto y naturaleza jurídica, y de la misma manera lo que corresponde al derecho procesal civil, la clasificación de los juicios civiles y partes del proceso. Tocante al segundo capítulo, se presenta un breve resumen de la historia jurídica de la acción, con el fin de entender la trayectoria de éste concepto jurídico, desde sus orígenes hasta nuestro derecho positivo vigente, pasando por las interpretaciones de algunos teóricos nacionales y por último la concepción que al respecto maneja nuestro legislador. El tercer capítulo se analizan los efectos jurídicos de la acción y pretensión y la idea contenida en el Código de Procedimientos Civiles vigentes, en cuanto a éstos conceptos. Por último, se aborda el tema motivo del título de nuestro trabajo, el desistimiento, que se presente desde el concepto en general, sus antecedentes históricos, así como su naturaleza jurídica y consecuencias legales, repasando algunos conceptos doctrinarios en cuanto a éste tema, para ver que opinión se maneja respecto a éste concepto, y por último los criterios establecidos en nuestro más alto tribunal, tocante al concepto aludido.

CAPITULO PRIMERO

LA ACCION

1.1. CONCEPTO

Existen varios criterios doctrinarios para definir lo que es la acción en el ámbito jurídico, al respecto tenemos:

El autor Argentino Hugo Alsina, en su obra Derecho Procesal Civil afirma lo siguiente:

"Pensamos que la acción es un derecho público subjetivo, mediante el cuál se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica. Ello es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional".¹

Por su parte Piero Calamandrei, escribe lo siguiente:

"Acción es empíricamente, no sólo la facultad de dar el primer impulso a la actividad del juez que de otra forma permanecería inerte; si no que es, además, el poder de preparar. Por el juez, la materia y el programa de su providencia".

"No se trata solamente de un impulso para poner en movimiento, en virtud de la cuál la justicia, superada la fase de inercia, quede después en libertad de seguir su camino; se trata de una constante colaboración mediante la cuál, durante todo el curso, el actor continúa señalando la ruta a la cuál el juzgador se debe atener".²

Francesco Carnelutti, en su obra "Instituciones del Proceso Civil" considera que:

¹ ALSINA, Hugo, Derecho Procesal Civil, Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina, 1970. Pág. 333

² CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción Santiago Senties, Editorial De Palma. Buenos Aires Argentina, 1971.pág 236.

"La acción es un derecho público subjetivo, que tiene un individuo como ciudadano, para obtener del estado la composición del litigio.

Un derecho público subjetivo del procedimiento judicial en general; pero no a la sentencia justa".³

Jorge Obregón Heredia,⁴ en su Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Comentado y Concordado, nos proporciona un conjunto de definiciones de Acción, de diversos autores, las cuáles transcribo a continuación.

"Couture: La acción es, en nuestro concepto, el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión".⁵

"Chioyenda: La acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley, mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales".⁶

"Goldschmidt: La acción es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica mediante una sentencia favorable".⁷

"Guasp: sostiene que el concepto de acción debe ser sustituido por el de pretensión, a la cuál define en éstos términos: la pretensión procesal es una declaración de voluntad en la que se solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración".⁸

Mattirolo: "El derecho de acudir al juicio para obtener el reconocimiento de un derecho conculcado desconocido; o meramente amenazado, constituye la acción judicial, que representa, según esto, la cualidad propia del derecho de poder invocar para su tutela las garantías judiciales. Por lo que se hace de manifiesto que cada derecho, reconocido por la ley positiva, corresponde a una

³ CARNELUTTI, Francesco, Instituciones del Proceso Civil, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1976.
⁴ Cfr. OBREGÓN HEREDIA, Jorge, Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Comentado y concordado, Editorial Porrúa, México 1992. 9ª. Edición. Pág. 19.

⁵ IBIDEM. P. 20.

⁶ IDEM.

⁷ IDEM.

⁸ IDEM.

acción en juicio, a menos que haya sido negada expresamente por el legislador, y sustituida por cualquiera otra garantía".⁹

Ugo Rocco: "Podemos decir que el derecho de acción es un derecho público subjetivo individual del ciudadano frente al Estado, impersonal frente a los órganos jurisdiccionales, pertenecientes a la categoría de los derechos públicos subjetivos de obligación, llamados derechos cívicos. Tal derecho tiene, como elemento sustancial el interés secundario y general del particular, en cuanto sujeto de derechos o persona, a la intervención del Estado para la eliminación de obstáculos que, por una razón cualquiera (incertidumbre, inobservancia), se oponen a la realización de los intereses de Derecho material (derechos subjetivos o situaciones jurídicamente relevantes) protegidos por el derecho objetivo".¹⁰

El mismo autor Obregón Heredia, en su obra citada, nos habla de los elementos de la acción jurídica precisando que:

Es el eminente tratadista de la escuela moderna procesal, Chiovenda, quien advierte con meridiana claridad los diferentes elementos integradores de la acción, y nos dice que éstos son: los sujetos, que corresponden al actor y al demandado; el *petitum*, consistente en lo que se reclama en la demanda, entrega de bienes, dineros, y por último, la *causa pretendi*, que consiste en el fundamento, razón que se alega como base a efecto de que nos revelará con absoluta precisión estos elementos integradores de la acción. Para el efecto aduce el siguiente ejemplo:

"Augusto¹¹ (actor) le reclama a Marcos (demandado), el pago de la cantidad de un mil sextercios (*petitum*), porque Augusto tiene un recibo en que consta que le prestó esa cantidad a Marcos (*causa pretendi*)".

Ahora bien, puesto que se trata de un sinnúmero de acciones posibles, el autor en comento, las clasifica en: *reales, personales, mixtas y de estado civil*, analizándolas de la siguiente forma:

⁹ IDEM.

¹⁰ IDEM.

¹¹ IDEM.

Acción real es la nacida de alguno de los llamados derechos reales; que según el Dr. Ernesto Gutiérrez y González, Derecho Real: "Es el poder jurídico que se ejerce directa e inmediatamente sobre una cosa, para obtener de ella el grado de aprovechamiento que autoriza el título legal y es oponible erga omnes"¹²; esto es, del dominio pleno de la posesión, de la sucesión hereditaria, de los censos, del usufructo, uso o habitación, de las servidumbres, de la prenda o la hipoteca. Llámense reales estos derechos, porque no afectan a la persona, sino a la misma cosa (res, en latín), se contraponen a la acción personal.

La acción real constituye un medio para que en juicio sea declarada la existencia, plenitud o libertad de los derechos reales, con el efecto accesorio, cuando a ello hubiere lugar, de indemnización del daño causado. Acciones reales que nacen del derecho de propiedad, son la reivindicación, la confesoria y la negatoria.

Acción personal es la que corresponde a alguno para exigir de otro el cumplimiento de cualquiera obligación contraída, ya dimanen ésta de contrato o de, de delito, o de la ley; y se dice personal (por oposición de cosa) y se da contra el obligado o su heredero. Quien la inicia pide que determinada persona de, haga o no haga aquello a que se obligó; en consecuencia, el actor ha de ejercitar la obligación en cuya virtud demanda.

Acciones mixtas son aquellas que participan tanto de las características de las acciones reales como de las personales y ésta división puede ser considerada clásica, pues sus antecedentes los encontramos en el Derecho romano. Son tres las acciones divisorias que se consideran como mixtas, y éstas son: *Communi dividundo*, *Familiae erciscundae* y *Finium regundorum*¹³, figuras que se identifican a su vez como: la división de cosa común; la partición de herencia y la que tiene por objeto el apeo y deslinde de un predio rústico.

¹² GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto. *El Patrimonio*. Editorial Cajica. México 1995. P. 194.

¹³ EUGENE, PETIT. *Tratado Elemental de Derecho Romano*. Editorial Época S.A. México, 1980, págs. 449 y 450.

Acciones de estado civil; bajo este concepto se aglutinan acciones de la más variada naturaleza, como son:

- a) Relativas al estado civil de las personas por medio de las cuales se declare que el estado civil de la persona se modifica o se extingue;
- b) Concernientes a las actas del Registro Civil, por medio de las cuales se rectifica o se declara su nulidad y cancelación;
- c) Posesorias del estado civil para mantener en la posesión o reintegrar en ella a la que ha sido perturbado o despojado de la misma.

Aclaro que las acciones relativas a las actas el estado civil y de éste mismo, se ventilan en la vía ordinaria civil.

El Doctor Fernando Flores García, respecto a la acción, la define de la siguiente manera:

"Es el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos".¹⁴

Por su parte, el ya referido autor Luis Dorantes Tamayo, define a la acción en los siguientes términos:

"Es un derecho abstracto y autónomo que tiene una persona legitimada para con un juzgador, a fin de que éste resuelva un litigio con espíritu de justicia".¹⁵

García Maynez señala: "Es la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea

¹⁴ FLORES GARCIA, Fernando, Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa- UNAM. México 1995. 8º Edición. Tomo a-ch. Pág.31

¹⁵ DORANTES TAMAYO, Luis. Elementos de Teoría General del Proceso. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 87.

con el propósito de esclarecer una situación jurídica dudosa, ya con el de declarar la existencia de una obligación y, en caso necesario, hacerla efectiva."¹⁶

Con este conjunto de conceptos, me permito abordar el siguiente tema.

1.1.2. NATURALEZA JURIDICA.

En cuanto a la Naturaleza Jurídica de la acción se ha discutido mucho y se han elaborado diversas teorías a lo largo de la historia Jurídica, Cipriano Gómez Lara¹⁷ quien en su obra ha recabado las principales teorías acerca de éste problema, motivo por el cuál se presenta las ideas que vierte al respecto y se citan.

1.1.2.1. TEORIA DE LA ACCION COMO TUTELA CONCRETA

Al respecto expresa que el punto de partida del concepto nuevo de acción, es el estudio que hace Windscheid sobre la actio romana y su polémica con Teodoro Muter, polémica que contribuyó entre el derecho a la prestación en su dirección personal y el derecho de acción, como derecho autónomo, señala W. Windscheid que la acción violación de un derecho, no nace el derecho de accionar sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio, por lo cual la acción sería la pretensión jurídica deducida en juicio.¹⁸

En esta época en Alemania existían dos términos la actio y la kagle. La actio romana era el derecho mismo, concebido como la potestad de accionar contra su violación, un derecho que nace de la violación de ese derecho; la kagle, era un concepto creado por los juristas medievales, y constituía un derecho en contra del estado tendiente a provocar la actividad del Estado; siendo Wash, quien

¹⁶ GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa México, 1996, p. 229.

¹⁷ GOMEZ LARA. Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Arla. México 2000. Página 13.

¹⁸ IBIDEM. P. 27.

resume estas dos ideas diciendo que la acción es un derecho autónomo contra el estado y frente al demandado. Teniendo las siguientes características: es un derecho público al que corresponde por parte del Estado la obligación de disponer la tutela del derecho, pero es un derecho concreto en cuanto a su eficacia afecta solo al adversario.

1.1.2.2. TEORIA DE LA ACCION COMO DERECHO A LA JURISDICCION.

Esta teoría estima que la acción es un acto provocativo de la jurisdicción, siendo Couture el exponente más destacado, este autor distingue tres conceptos: derecho, pretensión y acción, y define a la acción como el poder jurídico de acudir a la jurisdicción, la cual existe siempre, con derecho material o sin él, con pretensión o sin ella, ya que todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca su pretensión jurídica. También Hugo Alsina concibe la acción como derecho contra el estado para la protección de una pretensión jurídica fundada en el derecho privado, el estado será sujeto pasivo de la relación procesal, quien tiene la obligación de por conducto de sus órganos jurisdiccionales de amparar al actor o demandado mediante una sentencia, el demandado será sujeto pasivo de la pretensión procesal, en la que el actor y el demandado son sujetos activos, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo haga actuar a la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica mediante sentencia; por la otra, esa pretensión dirigida contra el demandado, a fin de que cumpla la prestación a que se obligó.¹⁹

1.1.2.3. LA ACCION COMO DERECHO POTESTATIVO.

Es Chiovenda, el expositor de ésta teoría, quien nos dice que la acción es "el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional" siendo en esencia lo que señala este autor, que para la

¹⁹ IBIDEM. P. 132

intervención del jurisdiccional, es necesaria la intervención de la voluntad del particular, porque el tribunal no actúa de oficio, y al modo de expresar esa voluntad se designa con el nombre de "acción". Para Chiovenda, la acción es un poder jurídico de la categoría de los derechos potestativos, entendidos éstos como los derechos a los cuales no corresponde una obligación, por que el sujeto a quien está dirigido, dicho poder jurídico, no es deudor de una obligación prestación, ni debe hacer nada para satisfacer el interés de quien lo ejercita. La acción según ésta teoría, se concibe dentro como un derecho a obtener una sentencia favorable que se concede a quien tiene razón. Siendo las principales críticas que se hacen en contra de ésta teoría: a) la sujeción del demandado por virtud de la acción, no depende de ésta, sino del acto del juez. La acción es entonces un derecho al medio y no al fin. (Carnelutti) b) la teoría en comento, es consecuencia de estudiar solo el proceso desde el punto de vista del actor, pero el proceso no está a voluntad del actor, ya que el resultado será según el desarrollo del proceso. c) ésta teoría implica un retroceso a la evolución de la ciencia procesal ya que contradice el concepto de autonomía de la acción, al depender la existencia de éste de la violación de un derecho.²⁰

1.1.2.4. LA ACCION COMO DERECHO ABSTRACTO DE OBRAR.

Esta teoría nace desde el siglo XIX, con Degenkolb y siendo sus exponentes Liebman, Alfredo Rocco y Ugo Rocco, según esta teoría la acción es un derecho subjetivo público del ciudadano para con el estado, tendiendo por objeto la prestación de la actividad de los órganos jurisdiccionales, este derecho es autónomo y distinto de varios derechos sustanciales a que puede referirse, no depende de la existencia efectiva de un derecho subjetivo material. Lo que importa es que la acción se refiera a un interés tutelado en abstracto por el derecho objetivo; ya que la acción tiende a la intervención de esta para la realización de los intereses protegidos por el derecho. Existen dos características principales de ésta teoría.

²⁰ IBIDEM. p. 133.

- A) La idea de que la acción es un derecho contra el estado, mejor dicho, un derecho para el estado.
- B) La idea de que la acción es un derecho abstracto, que pertenece a cualquier hombre por el simple hecho de tener personalidad jurídica y que es enteramente independiente de los derechos substanciales que se pretende hacer efectivo en juicio.

Esta teoría tiene sus objeciones, pues señalan sus críticos, que confunde el derecho de acción con la mera facultad de obrar, pero en cualquier caso la acción tiene como fundamento una pretensión, si prospera, hace que la acción sea admitida, y en caso contrario, se rechaza.

Siendo que lo que se rechaza no es la acción sino la pretensión, por lo anterior se estima que esta teoría es la mejor exponente de la autonomía de la acción, ya que, Cipriano Gómez Lara señala que sólo el tribunal hasta el momento de dictar sentencia, determina quien tiene la razón formalmente válida, con la circunstancia además de que es muy probable que el tribunal este equivocado en su decisión, lo que permite impugnar tal resolución y un tribunal superior determinará si existe o no el derecho, en éste sentido, señala no deben descartarse las prácticas, muy usuales en nuestros tribunales las frases de "la acción se probó", ya que en rigor lo que se prueba es la fundamentación de la pretensión de la parte, o la no fundamentación de dicha pretensión en cuanto a que la actividad probatoria es una actividad de verificación entre las afirmaciones de las partes y los hechos fundatorios de los derechos y pretensiones o de las defensas y excepciones.²¹

Luis Dorantes Tamayo²² proporciona su opinión respecto a la naturaleza jurídica de la acción, determinando que se puede ubicar en cuatro rubros:

- Como un derecho.
- Como un derecho público o privado.

²¹ IBIDEM. p. 135.

²² DORANTES TAMAYO. Luis, Op. Cit. P. 85.

- Como un derecho abstracto.
- Como un derecho autónomo.

Como un **Derecho**: Uno de los puntos a debate entre los distintos autores, es si la acción es un derecho o un simple poder de hecho.

Considera que es un derecho, porque correlativamente a ella encontramos una relación que es la prestación de la actividad jurisdiccional por parte del órgano judicial.

En caso de que esta obligación no se cumpla, en el derecho positivo mexicano se puede incurrir en un delito en la administración de justicia o en abuso de autoridad".²³

En efecto, el artículo 225, Fracción I del Código Penal para el Distrito Federal, impone una sanción a los servidores públicos, que conozcan de negocios para los cuales tengan impedimento legal o se abstengan de conocer de los que les correspondan sin tener ese impedimento.

Y el artículo 215, Fracción IV, del mismo código establece que comete el delito de abuso de autoridad todo servidor público, cuando estando encargado de administrar justicia se niegue injustificadamente a despachar un negocio pendiente ante él bajo cualquier pretexto, aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley.

Como un **derecho publico o privado**: Será público cuando la relación jurídico-procesal se establezca con el órgano judicial del Estado.

Será privado, cuando dicha relación se establezca con un juez privado; por ejemplo un árbitro nombrado por las partes, si se considera que éste es un juzgador que tiene funciones jurisdiccionales que constituyen el arbitraje. La

²³ DORANTES TAMAYO, Luis. Op. Cit. p.85

relación jurídica procesal no se establece entre las partes, sino entre cada una de ellas y el juzgador²⁴.

Como un **derecho abstracto**: No solamente corresponde al juzgador titular del derecho material, sino a toda persona que esté legitimada para actuar ante el.

Tienen legitimación para hacerlo el que se ostenta como titular de un derecho material, es decir, el que hace valer una pretensión, y el representante del pretensor.

Cuando la ley establece quien o quienes pueden ejercitar una acción, ya sea por su propio derecho o en representación de otro, sólo ellos están legitimados para hacerlo²⁵.

Por ejemplo, el artículo 315 del Código Civil del Distrito Federal establece que tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos: el acreedor alimentario, el ascendiente que los tenga bajo su patria potestad, el tutor, los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, el Ministerio Público.

La ley también señala a veces quien o quienes pueden ser sujetos pasivos, es decir, quienes pueden ser demandados por considerárseles obligados en la relación jurídica material.

Por ejemplo, en el caso del interdicto de recuperar la posesión, pueden ser sujetos pasivos el despojador mismo, el que mandó la desposesión, o a sabiendas se aprovecha de ella, el sucesor del despojador, aún el propietario que despojó al poseedor derivado (artículos 17 y 18 CPCDF).

²⁴ IBIDEM. Pág. 88.

²⁵ IBIDEM. Pág. 89.

El demandado también tiene derecho de acción ante el juzgador; sobre todo cuando opone excepciones. El derecho de acción existe aún antes de ser ejercitado por una demanda o contestación a la demanda (no se puede ejercitar un derecho que no existe), y se va ejerciendo a través de todo el proceso, hasta, en su caso, dictarse sentencia definitiva.

Como **derecho autonomo**: Su existencia o no existencia no depende de la existencia o no existencia del derecho material. No se requiere la buena fe de las partes que actúan ante el juzgador.²⁶

Nosotros podemos sintetizar lo analizado anteriormente de la siguiente manera: La acción jurídica procesal es la facultad de acudir ante el Tribunal y provocar su actividad. Por tanto es un concepto previo al proceso. Pero que se da en éste.

1.2. LA PRETENSION.

Este concepto procesal en la práctica se confunde con lo que es la acción, pues en ocasiones se toma como sinónimo de la acción y con motivo de ello, el resultado de la decisión judicial no es claro, por ello, debemos de entender en donde se encuentra ubicado y que es tal concepto, dentro del ámbito jurídico. Ha sido por largo tiempo tarea que han efectuado los procesalistas, motivo por el cuál exponemos algunos conceptos al respecto.

1.2.1. CONCEPTO

Para definir el concepto de igual forma me apoyaré en diferentes autores como:

Carnelutti nos dice que la pretensión es "la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio".²⁷

²⁶ IDEM.

²⁷ CARNELUTTI FRANCESCO, Op. Cit. P. 28

Ricardo Remundín.²⁸ Para este autor existen dos tipos de pretensión, las personales y las reales; cuando se trata de un derecho de crédito, la pretensión se identifica con el crédito que se tiene por base. La pretensión emana generalmente de una relación obligatoria para obtener el cumplimiento de la pretensión; la pretensión nace en el momento de la celebración del contrato. Mientras la pretensión real surge cuando el derecho real se ha violado; la pretensión personal existe desde el nacimiento del derecho de crédito. Para éste autor, la pretensión material o sustancial es la facultad de exigir de los otros lo que nos es debido en virtud de la norma.

Santiago Senties Melendo, nos dice que la pretensión es "Lo que el actor pretende, lo que quiere obtener, y por consiguiente lo que pide"²⁹

La raíz del origen de la pretensión se puede decir que surgió con la búsqueda de la naturaleza jurídica de la acción.

Prieto Castro, citado por Eduardo Pallares³⁰, nos explica que la corriente civilista considera que la pretensión es el poder que el derecho subjetivo concede a su titular para exigir del pasivo el hacer o el dejar de hacer que forma su cometido, es decir, constituye la manifestación externa y tangible del derecho subjetivo, pero reducida al ámbito de la relación privada de los sujetos, a diferencia de la exigencia por medios externos que el Estado de derecho da al proceso iniciado por la acción del titular; es por ello, que la pretensión se vio como el derecho subjetivo que tiene el particular para hacerlo valer; el mismo Pallares refiere que en el Derecho procesal moderno, el concepto de pretensión, tiene un papel muy importante, ya que con él se quiere sustituir al concepto clásico de acción procesal.

²⁸ REMUNDÍN Ricardo, Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual. Editorial Ediar, Buenos Aires. 1966. Págs. 36 y 37.

²⁹ IBIDEM. P. 40.

³⁰ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 1970. 6ª. Edición. Pag. 621.

Couture.³¹ dice que es "la afirmación de un sujeto de derecho que merece la tutela jurídica y por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva".

El Maestro Ignacio Medina Lima³², respecto a la pretensión, afirma que ésta voz como la mayoría de los tecnicismos jurídicos de los países de derecho romano-canónico, procede del latín. En esa lengua, corresponde a postulare, postulationis, que significa petición, solicitud, reclamación y también acusación o demanda.

La incorporación a la lexicología procesal de dicho sustantivo es relativamente reciente, y su concepto reviste destacada importancia, si bien no hay un consenso unánime en cuanto a su contenido y determinación científica.

El autor de referencia considera que se habla más comprensiblemente de pretensión a la administración de justicia, es decir, a que se lleve al cabo la función tutelar del derecho por medio de los tribunales que deben realizarla frente a las partes.

Jaime Guasp³³, es otro de los autores que se ha avocado al estudio del concepto que nos ocupa, y por ello, se menciona a continuación las ideas que al respecto nos ha aportado, tocante al tema, considera que la pretensión es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración.

³¹ COUTURE Eduardo, J. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil, Editorial Ediar. Buenos Aires Argentina. 1980. Pág. 35.

³² MEDINA LIMA, Ignacio, Diccionario Jurídico Mexicano, Editorial Porrúa-UNAM 1996. 8ª. Edición. Tomo P-Z. P. 2231.

³³ GUASP, Jaime, Derecho Procesal Civil, Instituto de Estudios Políticos. Tomo I. Madrid España. 1956. P. 233.

El autor de referencia, afirma que como todo acto procesal la pretensión está sometida a requisitos, esto es, a exigencias que el ordenamiento jurídico le impone, para que produzca todos y sólo los efectos a que normalmente tiende.

Estos requisitos representan la mayor importancia, como precisamente por el papel trascendental que la pretensión juega dentro del proceso, hasta el punto de que bien puede decirse que los requisitos procesales, es decir, los requisitos comunes a todo el proceso, no son sino los requisitos de la pretensión procesal en cuanto se reflejan en los restantes actos que la pretensión origina. De aquí que ahora sea preciso, aún anticipando la teoría general de los requisitos de los actos procesales, hacer alguna referencia, siquiera limitada a esa serie de exigencias legales que deben darse en toda pretensión.

Los requisitos de la pretensión procesal pueden tocar en primer término, a los distintos sujetos que en la misma figuran, y por ello podemos señalar al órgano jurisdiccional, al sujeto activo de la pretensión y al sujeto pasivo de la pretensión.

El órgano jurisdiccional ante quien se formula una pretensión ha de pertenecer al orden de la jurisdicción de que se trate, es decir, gozar de potestad jurisdiccional afectiva; tener competencia tanto jerárquica como territorial, para conocer de ella y ser compatible con la misma, o sea, no incurrir en casos que determinen la necesidad de su abstención o la posibilidad de su recusación.

El sujeto activo de la pretensión habrá de contar por fuerza con la necesaria capacidad, tanto para ser parte, como para tener capacidad procesal; con la precisa legitimación en causa y en el proceso.

El sujeto pasivo de la pretensión, es decir, la persona frente a quien ésta se dirija, habrá de contar con capacidad para ser parte y con legitimación. Cierto que, para la actuación procesal de éste sujeto pasivo, harán falta, asimismo, su capacidad procesal, pero estos no son requisitos que la pretensión este

necesitada de tener en cuenta. Vale, pues, una pretensión procesal dirigida contra un incapaz de obrar y sin mencionar ni a su procurador ni a su abogado, salvo que luego el sujeto pasivo remedie estos defectos, si quiere oponerse válidamente al ataque que contra él se dirija.

Guasp, nos dice que el objeto de la pretensión procesal, habrá de ser posible, idóneo y con causa justificativa.

Posible, tanto física como moralmente, porque la imposibilidad de uno u otro orden, por ejemplo, la pretensión que reclame algo ininteligible o materialmente impracticable, o inmoral, no podrá producir la eficacia normal de los actos de ésta clase.

Idóneo porque la pretensión procesal que se dedujera en un proceso concretamente para recibir reclamaciones de la clase de la formulada, carecería igualmente de eficacia, por ejemplo la pretensión de disolución de un vínculo matrimonial intentada deducir en un juicio ejecutivo.

Con causa, porque a falta de justificación objetiva la pretensión procesal vendría asimismo, a proponerse inútilmente; debiendo entenderse que existe causa de la pretensión cuando hay un fundamento legal o motivo, que la justifica, o cuando hay, por lo menos, un interés personal, legítimo y directo en el que la plantea.

Los requisitos de la pretensión procesal, gravitan sobre la actividad que la misma encierra, en sus tres dimensiones esenciales de lugar, tiempo y forma.

El lugar será el del proceso al que la pretensión se incorpora; concretamente, la circunscripción, sede y local del órgano jurisdiccional que ha de conocer del mismo.

El tiempo será igualmente el del proceso a que la pretensión pertenece: concretamente, el del trámite que en dicho proceso esté destinado al planteamiento del objeto básico del litigio; generalmente, éste trámite será el de la correspondiente demanda, la cuál está exenta de límites temporales por constituir el primer acto del proceso.

La forma será asimismo la del proceso de que se trate, es decir, oral o escrito, y la pretensión deberá deducirse de palabra o por escrito; aún cuando cabe decir que en la actualidad la forma de señalar la pretensión y de obtener la satisfacción de ésta es por escrito.³⁴

1.2.2. NATURALEZA JURIDICA.

Briseño Sierra señala, "la pretensión pertenece a la categoría de las declaraciones de voluntad, se concreta en la declaración de querer ejercer un derecho a la prestación jurisdiccional, que consiste en la obligación jurídicamente impuesta y sancionada por la voluntad colectiva del estado al órgano jurisdiccional. Esta voluntad se expresa en la forma y por medio de la demanda, y corresponde a los órganos del estado proveer sobre la pretensión jurídica".³⁵

Jaime Guasp³⁶, hace un análisis del concepto de pretensión de manera profunda, por ello se vierte de manera sucinta las ideas centrales que en adelante se mencionan.

En cuanto a la esencia legal, podemos afirmar que la pretensión es una declaración de voluntad, no una declaración de ciencia, ni de sentimiento, porque en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente.

³⁴ IBIDEM. Págs. 233, 238 a 240.

³⁵ BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal, Editorial Harla, 2ª. Edición, México, 1995. P. 489.

³⁶ IBIDEM. Pág. 234 a 239.

Empero, no se trata de una declaración de voluntad afín a la que conoce el Derecho civil, es decir, de un negocio jurídico, sino de una declaración petitoria que en oposición a las resolutorias, son categorías fundamentales del derecho público, aunque también puedan darse en el Derecho privado.

La significación jurídica de la pretensión, la proporciona la referencia que en ella se contiene al derecho, por sostener su autor que lo reclamado coincide con lo establecido por el ordenamiento jurídico; si bien para alcanzar fuerza de derecho le basta a la pretensión con esta referencia, subjetiva y externa, sin necesidad de que la coincidencia exista o no, o incluso se crea o no en ella: Hay tantas pretensiones fundadas y sinceras, como pretensiones infundadas o insinceras.

De lo anterior precisado se advierte que la pretensión es una manifestación de voluntad que se traduce en una petición procesal, o de manera coloquial lo que se pide.

Para Devis Echandía,³⁷ la noción de pretensión está vinculada en los procesos a la demanda como declaración de voluntad del demandante para que se sujete o vincule al demandado en determinado sentido y para ciertos efectos jurídicos mediante una sentencia, por tanto se trata de una declaración o manifestación de voluntad del demandante, para perseguir un efecto jurídico a su favor, pero sin que esto signifique que éste pretenda someter a su voluntad del demandado por que la sujeción de éste y la obligación emanan de la sentencia.

Cortes Figueroa,³⁸ al respecto de la pretensión procesal refiere que es frecuente oír en la doctrina que la pretensión procesal es algo que se hace (que se propone) y no algo que se tenga, con lo cual surge la desorientación desde el momento en que, también con suma frecuencia, se afirma que lo que caracteriza al litigio, como contenido del proceso, son las pretensiones sostenidas por las

³⁷ DEVIS ECHANDÍA Hernando, Teoría General del Proceso. Tomo I Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires Argentina 1984, Página 234.

³⁸ CORTES FIGUEROA Carlos, En torno a la Teoría General del Proceso, Editorial Cárdenas, Editor y Distribuidor. México 1994, Página 59.

partes respectivamente, y dada la casualidad que sostener no es mas que un verbo compuesto pero cuya raíz es la misma que tener.

No se trata de un juego de palabras, ya que de ello depende la consideración calificativa de si la pretensión procesal es un acto o un simple hecho, pues si por su simple planteamiento sería un hecho, la circunstancia de que lleva en si la afirmación de un interés hacia un determinado bien de la vida, orilla a afirmar que la pretensión procesal es un acto, porque desde la mas simple explicación es acto jurídico toda manifestación de voluntad que tiene consecuencias de derecho, y el instituto que aquí nos preocupa tiene como consecuencia el que se vea como una petición ante un órgano de justicia pero encaminada a surtir efectos en la esfera jurídica del sujeto pasivo de tal pretensión

De ahí que no cabe por convencer el empeño de calificar a la pretensión procesal como una manifestación, pero sosteniendo que es una manifestación de un acto, por razón misma de que corresponde a una declaración de voluntad; con vista a esa estructura queda establecido que la pretensión procesal " es una declaración de voluntad por la cual una persona reclama de otra ante un órgano supraordinado a ambas, un bien de la vida, formulando en torno al mismo una petición fundada".³⁹

De lo expuesto en torno a la pretensión podemos decir que la pretensión procesal es una petición que formula el actor solicitando del órgano jurisdiccional una actuación frente a determinado sujeto de derecho. La forma en que se plantea es contenida en la demanda, la cual sirve como medio para establecer el proceso, por tanto es un acto, no un derecho.

³⁹ IBIDEM. P. 67.

1.3. DERECHO PROCESAL CIVIL.

Según opiniones de estudiosos de la materia, el Derecho Procesal es el conjunto de disposiciones que regulan la sucesión concatenada de los actos jurídicos realizados por el Juez, las partes y otros sujetos Procesales, con el objeto de resolver las controversias que se suscitan con la aplicación de normas de derecho sustantivo.

Así pues, desde el punto de vista histórico, las disposiciones procesales que han tenido trascendencia en nuestro ordenamiento jurídico, son las que tuvieron vigencia durante la época colonial, en virtud de que las de origen precortesiano poco influyeron con posterioridad a la conquista, y se aplicaron en forma muy restringida a través de su reconocimiento por las leyes españolas.

En México, el primer ordenamiento jurídico de la materia se publicó el 9 de diciembre de 1871, denominándose "Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y territorios Federales", hasta llegar al actual Código vigente de 1932.

Gustavo Radbruch⁴⁰ afirmaba que el proceso era obra exclusivamente de las partes, y convertía al proceso en un libre juego de fuerzas entre las dos partes contendientes, como si los litigantes fuesen dos jugadores de ajedrez de fuerzas equilibradas, dos adversarios ingeniosos, guiados por un egoísmo bien entendido, situado ambos en un plano de igualdad y que no necesitan para nada la ayuda del juez.

José Ovalle Favela⁴¹, manifiesta como características del Proceso civil las siguientes:

⁴⁰ RADBRUCH. Gustavo. Introducción a la Filosofía del Derecho. Traducción de Wenceslao Roces. Fondo de Cultura Económica. México. 1956. Págs. 168 y 169.

⁴¹ OVALLE FAVELA. José. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla, México 1995. 7ª. Edición. Págs. 8 y 9.

- En primer lugar, el proceso debe comenzar por iniciativa de parte, el juez en materia civil no puede instaurar por sí mismo un proceso, es decir, donde no hay demandante no hay juez, si no existe acción no puede haber proceso.
- Asimismo, el impulso del proceso civil, queda confiado única y exclusivamente a la actividad de las partes.
- Quienes intervinieron en el proceso, es decir, las partes tienen el poder de disponer del Derecho material controvertido, ya sea en forma unilateral, por ejemplo, el desistimiento, o en forma bilateral, la transacción.
- Por lo tanto, las partes fijan el objeto del proceso en sus escritos de demanda y contestación, el juez no puede resolver más allá de lo pedido por las partes.
- La actividad probatoria debe limitarse a los hechos discutidos por las partes, que son quienes fijan el objeto de la prueba.
- En base a lo anterior, únicamente las partes están facultadas y legitimadas para impugnar las resoluciones del juez.
- Es por ello, que la cosa juzgada, solo surte efectos entre las partes que han participado en el proceso.

El mismo Ovalle Favella⁴² cita dos definiciones de autores importantes respecto al Derecho Procesal Civil:

1a. - El autor Eduardo J. Couture, define el Derecho Procesal Civil como la rama de la ciencia jurídica que estudia la naturaleza, desenvolvimiento y eficacia del conjunto de relaciones jurídicas denominado Proceso Civil.

2da. - El procesalista, Enrico Liebman concibe al Derecho Procesal Civil, como aquella parte del derecho que regula el desarrollo del proceso civil.

El reconocido autor e investigador, Héctor Fix Zamudio⁴³, considera que el proceso civil se ubica dentro del principio dispositivo, porque en este proceso existen libertad de estipulaciones, lo cuál da lugar a la autonomía de la voluntad, reconocida como la libertad contractual cuyo contenido no sea contradictorio a las

⁴² IBIDEM, P. 10.

⁴³ FIX ZAMUDIO, Héctor. El Juicio de Amparo, Editorial Porrúa, México. 1964. Págs. 19 y 20.

normas de interés público, de manera tal que ambas partes disponen del derecho conforme a sus intereses en la controversia.⁴⁴

1.3.1 ETAPAS DEL PROCESO

El procedimiento a través del cuál se desarrolla un proceso, entendido éste como el conjunto de actos jurídicos relacionados entre si, que, etimológicamente proviene de la "procedere" que significa avanzar, seguir a un fin determinado; y en el campo procesal podemos decir que es el conjunto de actos jurídicos que se realizan ante o por un órgano jurisdiccional, con el fin de resolver un litigio. Aunque en ocasiones se utiliza como sinónimo de procedimiento se distingue de éste último el cual se ve como el conjunto de actos relacionados entre si, que tienden a la realización de un fin determinado. Se vincula de la siguiente manera:

- Cronológica, pues los actos se verifican progresivamente durante determinado tiempo;
- Lógica, porque se relacionan entre sí como presupuestos y consecuencias; y
- Teleológica, porque tal relación se lleva a cabo en razón del fin que se persigue.⁴⁵

El proceso civil en México, tiene según Ovalle Fabela,⁴⁶ las siguientes etapas:

- ETAPA PRELIMINAR.
- ETAPA EXPOSITIVA.
- ETAPA CONCLUSIVA.
- ETAPA IMPUGNATIVA.
- ETAPA EJECUTIVA.

⁴⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles, Editorial Oxford University PRESS, México. 1998, Pág. 53.

⁴⁵ Cfr. GARCIA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal, Editorial Porrúa, México 1974. Pág. 330.

⁴⁶ OVALLE FAVELA, José. Op. Cit p 42 y 43.

1.3.2. ETAPA PRELIMINAR.- Este periodo, es previo a la iniciación del proceso civil. En esta etapa se pueden llevar a cabo los medios preparatorios del proceso.

Un ejemplo es, el juicio ejecutivo civil puede prepararse proponiendo la confesión judicial de la deuda líquida y exigible.

Igualmente es posible que se puedan presentar las medidas cautelares cuando se pretenda asegurar las condiciones necesarias para ejecutar la sentencia. Por ejemplo, el embargo es una medida cautelar y el arraigo una medida personal de aseguramiento.

Dichos medios, provocatorios tienden a incitar a la demanda. Un ejemplo de éstos sería la consignación en billetes de depósito expedidos por Nacional Financiera, pagando una deuda con lo cual se evita incurrir en mora y se está preparado para eventos posteriores.

1.3.3. ETAPA EXPOSITIVA.- Aquí, cada una de las partes expone sus pretensiones ante el órgano jurisdiccional, señalando los hechos y los fundamentos jurídicos, tanto en los escritos de demanda, como en el de contestación, igualmente en ésta etapa se puede presentar la reconvencción.

1.3.4. ETAPA PROBATORIA.- En esta etapa, cada una de las partes aporta las pruebas necesarias, con el objeto de verificar los hechos afirmados en la etapa expositiva, el desarrollo de ésta, incluye el periodo de ofrecimiento y desahogo de pruebas.

1.3.5. ETAPA CONCLUSIVA.- Es esta fase en que las partes expresan sus alegatos o conclusiones respecto de la actividad procesal y el juzgador expone sus conclusiones en la sentencia, con la cual termina el proceso en su primera instancia.

1.3.6. ETAPA IMPUGNATIVA.- De forma eventual puede presentarse una etapa posterior a la conclusiva, la cuál iniciaría la segunda instancia, cuando una o ambas partes impugnen la sentencia, tiene por objeto revisar la legalidad del procedimiento.

1.3.7 ETAPA EJECUTIVA.- Ésta tiene carácter eventual, y se presenta cuando la parte que obtuvo la sentencia condenatoria, acorde a sus pretensiones, solicita al juez que, como la parte vencida no ha cumplido voluntariamente con lo ordenado en la sentencia, tome las medidas necesarias para que sea cumplida la sentencia de manera coercitiva.

1.4. CLASIFICACION DE LOS JUICIOS CIVILES.

El concepto "Juicio", en su acepción más amplia, se utiliza como sinónimo de proceso y más específicamente, como sinónimo de procedimiento, es decir, como lo señala el maestro Alcalá-Zamora, juicio es lo necesario para sustanciar una determinada categoría de litigios, entonces, juicio significa lo mismo que proceso jurisdiccional.⁴⁷

1.4.1. Los juicios, son clasificados por su finalidad en:

- DECLARATIVOS
- EJECUTIVOS
- CAUTELARES

1.4.1.1. DECLARATIVOS: Son aquellos ubicados en el proceso jurisdiccional estrictamente, en ello el juzgador resuelve acerca de una pretensión discutida, concluye con una sentencia.

⁴⁷ ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO-NICETO. Cuestiones de Terminología Procesal, Editorial UNAM, México 1972. Pág. 118.

1.4.1.2. EJECUTIVOS: Se aspira a la realización coactiva de una pretensión insatisfecha. Consiste en procurar al titular del derecho subjetivo o del interés protegido la satisfacción sin o contra la voluntad del obligado.

1.4.1.3. CAUTELARES: En éstos, se trata de crear un estado jurídico provisional que dure hasta que se efectúe el proceso jurisdiccional o el proceso ejecutivo, según Briseño Sierra, esos procesos, no son sino meras medidas preventivas conectadas con un proceso declarativo o de conocimiento.⁴⁸

1.4.2. Los juicios, por su conocimiento son:

- PLENARIOS
- SUMARIOS

1.4.2.1. PLENARIOS: Son aquellos en los cuales se llega a la composición total y definitiva de ellos, sin omitir las formalidades establecidas en la ley, es decir tiene que aplicarse todos los actos procesales del juicio ordinario

⁴⁹

1.4.2.2. SUMARIOS: Estos juicios se caracterizan porque el conocimiento del litigio es limitado a determinados extremos. Brevidad de los plazos judiciales, procurando en una sola audiencia concentrar todas las deducciones de las partes. Su resolución es de plano, se debe dictar en la propia audiencia, se resuelven en tiempo corto⁵⁰.

1.4.3. Con relación a su objetivo, los juicios pueden ser:

- ORDINARIOS
- ESPECIALES

⁴⁸ Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Juicio Ordinario Civil, Editorial Trillas, México 1975. Pág. 110.

⁴⁹ PALLARES Eduardo. Op. Cit. Pág. 601.

⁵⁰ IBIDEM p. 740.

1.4.3.1. ORDINARIOS: En estos se ubican la mayoría de los litigios, ejemplo: otorgamiento y firma de escritura, rescisión de contratos, etc., y de manera excepcional los que no tienen cabida en este tipo de juicios son llevados por la vía especial.

1.4.3.2. ESPECIALES: Son aquellos en los cuales existe la exigencia procesal de exhibir pruebas conjuntamente con la demanda, y pretender ser ágiles, como lo es por ejemplo, Alimentos, Controversia de Arrendamiento Inmobiliario, entre otros.

1.4.4. En observación a su cuantía, los juicios son:

- DE CUANTIA MENOR
- DE CUANTIA MAYOR

1.4.4.1 DE CUANTIA MENOR.- Los juicios señalados en este apartado se encuentran regulados en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en su último título denominado especial, y con el epígrafe de la justicia de paz, reglamenta el juicio que debe seguirse en materia civil ante los juzgados de paz del Distrito Federal, a través de ese tipo de juicio, denominado de mínima cuantía se tramitan demandas civiles patrimoniales cuya cuantía no exceda de 3000 veces el salario mínimo diario general vigente en el Distrito Federal.

1.4.4.2. DE CUANTIA MAYOR.- Obviamente, los juicios que sobrepasen dicha cuantía se ubican en la categoría de cuantía mayor y conocen de ellos los juzgados de primera instancia.

1.4.5. En cuanto a su forma, los juicios son:

- ORALES
- ESCRITOS

1.4.5.1. ORALES: Son los juicios más antiguos, porque en épocas pretéritas la forma escrita no era un requisito sine qua non, se distinguen precisamente porque el procedimiento es eminentemente oral aunque la demanda se presente por escrito el desahogo de pruebas es en una sola audiencia de esa manera, característica de los juicios ante los juzgados de paz.

1.4.5.2. ESCRITOS: Actualmente, los juicios son escritos porque la escritura propicia la documentación del proceso y como consecuencia la certeza de su desarrollo.

1.4.6. Desde el punto de vista patrimonial, los juicios son:

- SINGULARES
- UNIVERSALES

1.4.6.1. SINGULARES: Dichos procedimientos, se refieren a uno o más derechos o bienes determinados, por ejemplo, el juicio ordinario civil es un ejemplo de un juicio singular.

1.4.6.2. UNIVERSALES: Estos se refieren a la totalidad del patrimonio de una persona, un ejemplo de éstos serían los juicios sucesorios; testamentarios o intestamentarios.

En los juicios regulados por el derecho procesal civil, observamos la participación de sujetos, que pretenden hacer valer sus derechos ante órganos jurisdiccionales, en procesos de éste género, a ellos nos referimos en el siguiente apartado.

1.5. LAS PARTES EN TODO PROCESO CIVIL.

El concepto "parte", presupone la existencia de un litigio en el cual cada una que interviene defiende su derecho.

Las partes en el proceso se denominan *actor y demandado*.

El primero es el sujeto de la pretensión deducida en la demanda, y el segundo es aquel a quien se le exige el cumplimiento de la obligación que se aduce en la demanda.

La trascendencia procesal de la identificación de las partes en Derecho adjetivo, está dada porque la competencia de los jueces, magistrados o secretarios está limitada, entre otras cosas, por el interés directo o indirecto que pudieran tener en el juicio.

Ignacio Medina Lima⁵¹, nos explica, que la idea de parte surge de la litis, por la relación procesal que la demanda origina, y que, por tanto, no hay que buscar esa calidad ni fuera de la litis ni en la relación substancial que puede ser objeto de la controversia.

Parte es la persona que pide y la persona frente a quien se pide la actuación de una pretensión; la pretensión consiste en la exigencia del reconocimiento de un derecho afirmado por el pretensor ante el tribunal, y de su actuación forzosa independiente de que tal derecho exista o no en la realidad jurídica.

Las partes pueden ser clasificadas en principales y en accesorias; las primeras, obran sin dependencia o subordinación a otras; las accesorias tienen su actuación dependiente de las principales.

⁵¹ MEDINA LIMA Ignacio. Op. Cit. P. 2232.

Cipriano Gómez Lara⁵², distingue que el sujeto procesal es mas amplio que el de parte. La parte material es la que contiene en el proceso y que se ve afectada la resolución en su esfera jurídica; la parte formal son los sujetos extraños a la relación sustancial. Siendo practica esta distinción para la solución de problemas relativos a la cosa juzgada, litispendencia, responsabilidad procesal, poderes, deberes y cargas procesales.

En la materia que nos ocupa, los sujetos principales en el proceso son: *actor, demandado y Juez* y en algunos casos el *Ministerio Público*, como en los juicios del orden familiar, y como auxiliares tenemos a los peritos y testigos.

1.5.1.- EL ACTOR.

El actor es quien ejercita la acción procesal, porque no se le ha dado cumplimiento a su derecho sustancial o se le ha violado un derecho, mediante la interposición de una demanda ante un órgano jurisdiccional o aquel a cuyo nombre se interpone, que puede ser a través de una representación legal. De aquí que también se le llame demandante, se puede ser actor en juicio principal. Si al contestar la demanda se reconviene, a su vez será parte demandada reconvenida; En este segundo caso, al actor se le denomina actor reconveniente o reconveniente. Cuando el demandado contrademanda a la parte actora, ésta se convierte en demandado en la reconvenición.

El actor puede plantear su demanda ante el juez en cualquier tiempo, siempre que no haya prescrito la acción, aunque en la práctica el juzgador deberá resolver si está prescrita o no la acción, mas no así el demandado que únicamente por efecto del emplazamiento de la demanda se ve atraído al proceso y reporta la carga de la contestación dentro del plazo fijado en el emplazamiento de la demanda, entendido que de no hacerlo incurrirá en rebeldía, que es una desatención a la obligación de acudir al proceso.

⁵² GOMEZ LARA Cipriano. Op. Cit. P. 221.

El ser declarado rebelde, después de ser debidamente emplazado, implica que se tenga por perdido su derecho para hacerlo posteriormente, y se presumirán confesados los hechos, se presumen porque puede haber prueba en contrario, sin embargo, tratándose de asuntos que afecten las relaciones familiares, el estado civil, de las personas y en el caso de que el emplazamiento se hubiere hecho por edictos, se tendrá por contestada en sentido negativo, tal como lo precisa el artículo 271 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

La facultad de que goza el actor para emprender el ejercicio de la acción en el momento en que estime oportuno, significa par él una indiscutible ventaja que le permite además, acudir de antemano a la asesoría y patrocinio de quien sea Licenciado en Derecho.

Mientras que el demandado dispondrá para tal efecto del plazo señalado para que conteste la demanda.

Se puede afirmar que el actor es el que ejerce la acción concebida como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento de un órgano que decida los litigios de intereses jurídicos.

El artículo primero del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone que solo puede iniciar un procedimiento judicial quien tiene interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena mediante la sentencia respectiva.

Procede la acción en juicio, aún cuando no se exprese su nombre, siempre y cuando se determine con claridad la prestación y los hechos acontecidos, que se exija del demandado y el motivo de ésta.

1.5.2.- EL DEMANDADO.

Es el sujeto de derecho contra quien se ejercita una acción exigiendo una cosa o prestación determinada prestación.

Así como se reconoce que existe un derecho de acción, abstracto, para promover la actividad del órgano jurisdiccional con el objeto de que resuelva sobre una pretensión litigiosa, también se ha estimado que hay un derecho genérico de defensa en juicio, como el derecho del demandado de ser oído para que tenga oportunidad en el juicio de contradecir las pretensiones del accionante ó actor y de ofrecer y practicar pruebas que respalden su defensa.

Los dos derechos, el de acción y el de defensa, los cuales se encuentran reconocidos constitucionalmente (art. 17 constitucional), no son reconocidos como opuestos, en el sentido de que uno excluya al otro, sino como aspectos complementarios, pues el derecho de acción supone, lógicamente, un derecho de defensa.

Eduardo J. Couture⁵³ expresa que lo que se otorga al demandado es la eventualidad de la defensa, la cual en su contenido podrá ser fundada o infundada; podrá ser acogida o rechazada en la sentencia, el orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse, sólo quiere dar a quien es llamado a juicio, la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere. De ésta manera, el derecho de defensa en juicio, no es el derecho sustancial de la defensa, sino el puro derecho procesal de defenderse.

El demandado puede asumir las siguientes posturas al contestar la demanda:

- a) Aceptar las pretensiones del actor (allanamiento).

⁵³ COUTURE Eduardo J.Op. Cit. P. 174.

- b) Reconocer que los hechos afirmados por el actor en la demanda son ciertos. (confesión).
- c) Admitir la aplicabilidad de los preceptos jurídicos como fundamento de la demanda (reconocimiento).
- d) Pedir que el proceso se haga del conocimiento de alguna otra persona, para que también se le dé oportunidad de defender el derecho controvertido y para que en todo caso, la sentencia que llegue a dictarse en tal proceso también se le pueda aplicar, se solicita el llamamiento de tercero.
- e) Negar que los hechos afirmados por el actor en su demanda, sean ciertos o decir que los ignora por no ser propios (negación de los hechos).
- f) Negar que el actor tenga derecho a las prestaciones que reclama en su demanda (negación del derecho).
- g) Oponerse al mismo proceso, aduciendo la misma ausencia o incumplimiento de presupuestos procesales (excepciones procesales).
- h) Oponerse al reconocimiento, por parte del juez, de los derechos alegados por la parte actora, afirmando, en contra de las pretensiones de ésta la existencia de hechos extintivos, modificativos o impeditivos de la relación jurídica material invocada por el actor (excepciones sustanciales) y
- i) Formular nuevas pretensiones en contra de la parte actora aprovechando la relación procesal que ya se ha establecido (reconvención o contrademanda).

1.5.3.- EL JUEZ.

Es el servidor público designado por el Estado para administrar justicia dotada de jurisdicción para decidir litigios.

La palabra "Juez" puede tener dos significados, el primero de ellos y más general es aquel en que nos referimos a todo funcionario titular de jurisdicción, es aquél que juzga.

De manera más particular y precisa, juez es el titular de un juzgado, tribunal unipersonal.

José Becerra Bautista nos explica:

"Una excepción a esos principios, y en consecuencia una corrupción del lenguaje jurídico, es que se denomine Juez al encargado de Registro Civil. Muy distinto es que a un Juez de mínima cuantía se le encargue el Registro Civil, y otra, que al encargado específico del mismo, quién es funcionario administrativo, se le dé el título de Juez sin tener la facultad de juzgar, por ello, es más adecuado denominarles Oficial del Registro Civil."⁵⁴

Este comentario está basado en lo asentado en el artículo 36 del Código Civil para el Distrito Federal. La tradición jurídica ha considerado que son cuatro los requisitos para ser juez: Edad, competencia, capacidad y ciencia.

En cuanto a la edad para ser Juez Civil, la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del Distrito Federal, en su artículo 18, en su fracción I, dispone que debe tener cuando menos 28 años de edad el día de la designación.

La situación de competencia está señalada en las propias leyes orgánicas, pudiéndose referir a materia, cuantía, territorio o grado, aunque en ocasiones habrá que remitirse a la ley sustantiva de la materia.

⁵⁴ BECERRA BAUTISTA José. El Proceso Civil en México Editorial Porrúa México 1985 16ª. Edición P.102.

Por cuanto hace a la capacidad del Juez, ésta se refiere a ciertos requisitos que en ocasiones señala la Constitución o las respectivas leyes orgánicas, entre ellas, pleno goce de derechos civiles, no pertenecer al estado eclesiástico, no haber sido condenado por la comisión de ciertos delitos que lastimen la buena fama que debe tener el juzgador.

Por ciencia debe entenderse que el Juez tenga título de Licenciado en Derecho, expedido por autoridad competente, en el caso que nos ocupa, la ley orgánica de referencia, señala que para ser Juez Civil se requiere además de ser abogado con título registrado por la Dirección General de Profesiones, acreditar cuando menos cinco años de práctica profesional que se contarán desde la fecha de expedición del título, y someterse a examen de oposición; se preferirá para el examen de oposición a quien hubiere cursado los programas que al efecto desarrolle el Centro de Estudios Judiciales, con bases que determine el Consejo de la Judicatura, el cual estará integrado por siete consejeros, de la siguiente manera: Presidente el Tribunal Superior de Justicia, un Magistrado, un Juez de primera Instancia y un Juez de Paz; dos consejeros designados por la Asamblea de Representantes y uno por el Jefe Del Distrito Federal.

1.5.4.- TESTIGO

Por definición es toda persona que tiene conocimiento de algún hecho jurídico y por ello esta en condiciones de declarar sobre ello en un proceso.

Es muy propio atribuirle al testigo el carácter de extraño al proceso, ya que es ajeno a la controversia planteada ante el órgano jurisdiccional.

Ovalle Favela⁵⁵ al respecto nos dice que este medio de prueba tuvo una gran importancia histórica, al grado que Bentham llegó a decir: "Los testigos son los ojos y oídos de la justicia". Sin embargo, la evolución histórica ha ido

⁵⁵ OVALLE FAVELA Op. Cit. P. 163.

mostrando una paulatina reducción de la confiabilidad de esta prueba, tanto por los problemas propios de la percepción, que derivan de la misma falibilidad humana, como por las operaciones indebidas a que se presta dicho medio de prueba.

En términos generales, el testimonio es la declaración procesal de un tercero ajeno a la controversia, acerca de hechos que a ésta conciernen. Devis Echandía lo define como "un medio de prueba consistente en la declaración representativa que una persona, la cuál no es parte en el proceso que se aduce, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza."⁵⁶

1.5.5.- PERITOS

La pericial es un medio de prueba, un instrumento que contribuye a la demostración de los hechos que se deducen dentro de un proceso. La misma puede provenir de cualquiera de las partes o del propio juzgador si considera la necesidad de que se requieran datos especializados para resolver el litigio.

El mismo Ovalle Fabela, nos dice que los peritos son personas que cuentan con una preparación especializada en alguna ciencia, técnica o arte, con el objeto de esclarecer algún o algunos de los hechos materia de la controversia.⁵⁷

Los peritos pueden ser titulados o prácticos, si han recibido título profesional o sólo se han capacitado en el ejercicio mismo de un oficio o arte. Los peritos deben tener título, si su profesión está reglamentada. Pueden ser sólo prácticos cuando la profesión no este reglamentada.

⁵⁶ IDEM.

⁵⁷ IBIDEM p. 159.

Para Arellano García, los peritos son personas que auxilian al Juez con sus conocimientos científicos, artísticos o técnicos en la investigación de los hechos controvertidos.⁵⁸

Se pueden advertir los siguientes elementos en cuanto a los peritos:

- a) Se indica el objetivo de la pericial, que es ilustrar al juez con conocimientos.
- b) Se determina que esos conocimientos son científicos, artísticos o técnicos.
- c) La intervención de los peritos esta vinculada con la investigación de los hechos controvertidos.

1.5.6. MINISTERIO PUBLICO.- Fix Zamudio lo define como " la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de jueces y tribunales" .⁵⁹

Becerra Bautista,⁶⁰ nos dice que el Ministerio público puede tener calidad de parte en un proceso civil; que no persigue interés propio o ajeno, sino sólo la realización de la voluntad de la ley. Se reconoce la posibilidad de que pueda pedir la tutela jurisdiccional de derechos sustantivos a nombre de los menores o incapaces, por ejemplo.

Las actividades tan variadas del Ministerio Público difícilmente quedan comprendidas en una clasificación rigurosa, sin embargo en la doctrina para

⁵⁸ ARELLANO GARCIA, Carlos. Derecho Procesal Civil. 6ª. Edición. Porrúa, México, 1998. Página 341

⁵⁹ FIX ZAMUDIO Héctor, La función Constitucional del Ministerio Público, P. 81, Editorial UNAM, México, 1982.

⁶⁰ BECERRA BAUTISTA, Op. Cit. P. 26.

efectos puramente civiles, se le pueden asignar los siguientes: Actúa como substituto procesal cuando el estado es actor, demandado o tercerista. En éstos casos, ejercita acciones y defensas aún cuando no es titular del derecho sustantivo hecho valer En la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, en su artículo 1, fracción II, se establece que le compete representar a la federación o a sus órganos o instituciones en los juicios en que sean parte como actores o demandados.

CAPITULO SEGUNDO

LA ACCION EN LA HISTORIA JURIDICA

2.1. DERECHO ROMANO

Derecho romano es el definido en los escritos de los juristas de la antigua Roma, principalmente en los de los juristas calificados como clásicos, es decir, en los escritos de aquellos juristas que vivieron en el año 130. a. C. y 230 d. C., como la mayor parte de los escritos de los juristas clásicos los conocemos a través de la compilación de texto jurídicos hechos por el emperador Justiniano en los años 529 a 534, y conocida por el nombre de Corpus iuris civilis, puede decirse que el Derecho Romano es el derecho definido por este cuerpo de leyes.

La historia de Derecho romano es muy extensa, cabe decir que se inicia con la expedición de la ley de las doce tablas y que continúa en nuestros días, en éste lapso de tiempo se pueden distinguir dos grandes etapas: La historia antigua de Derecho romano que concluye con la expedición del Corpus iuris, en el siglo VI d. C. Y la historia moderna que comprende desde la supervivencia de éste derecho en la alta Edad Media entre los pueblos germanos hasta su situación actual.

En México ha jugado un papel decisivo esta importante rama jurídica, en la conformación de la doctrina jurídica mexicana, durante la etapa del Virreinato el Derecho romano es el que se enseña en la Real y Pontificia Universidad de Nueva España, entonces la formación del jurista en el Derecho Civil, se hacía exclusivamente por el conocimiento y explicación de las instituciones, el Código y el Digesto de Justiniano, conforme a los autores españoles y extranjeros.

En épocas pasadas, en la universidad el estudiante aprendía a pensar jurídicamente, es decir, adquiriría criterio jurídico, y luego tendría que aprender a

lo largo de su práctica profesional el contenido de las disposiciones legales vigentes.

A partir del siglo XVIII se modificó esta forma de enseñanza, tanto en España como en la Nueva España para ir dando lugar al estudio del derecho vigente, en detrimento del Derecho romano.⁶¹

En nuestro país, muchas de las instituciones que actualmente tienen vigencia en nuestro derecho procesal civil surgen del Derecho romano, pues no debemos olvidar que es en Roma donde el formalismo del procedimiento civil sienta sus reales, por ello debemos reconocer que el formalismo observado en el procedimiento civil mexicano se lo debemos al Derecho romano, donde ya se hablaba del embargo, de los juzgadores, del emplazamiento y de las resoluciones judiciales.

Es por lo anterior que, se hace una breve referencia histórica de las acciones en el Derecho Romano, siguiendo a Eduardo Pallares,⁶² que al respecto nos refiere de la siguiente manera:

Los Tres Periodos del Derecho Procesal Romano.

La Acción en el Derecho Romano se distingue dentro de la historia del procedimiento judicial romano tres periodos:

- A) El de las acciones de la Ley
- B) El Periodo Formulario
- C) El periodo extraordinario

⁶¹ Cfr. ADAME GODDARD. Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano. Porrúa UNAM. México 1996. 8ª. Edición Tomo D-H Págs. 1037 a 1040

⁶² PALLARES, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Editorial Porrúa. 9ª. Edición. México. 2000. Págs. 9-21.

2.1.1. LAS ACCIONES DE LA LEY.

Se llamaban así porque eran una creación de la ley, porque entonces los edictos de los pretores que más tarde introdujeron muchas acciones, no estaban en vigor; sea porque éstas acciones estaban acomodadas a los términos de las leyes mismas y por ésta razón inmutables como las leyes mismas.

Se plantea cuál era el significado de la palabra acción en las acciones de la ley. Es una expresión técnica que la acción no designa aún ni la precisión especial de cada derecho distinto en particular, ni la facultad de llevar a cabo esta persecución; a cada derecho distinto no responde una así con diversa. Acción, esta frase acciones de la ley, es una determinación genérica, es una forma de proceder, un procedimiento considerado en su conjunto, es la serie de actos y de palabras que deben constituirlo.

Por lo cuál, la acción judicial fue en su origen un procedimiento y no un derecho; una serie de fórmulas, actos y pantomimas mediante los cuales se obtenía justicia.

2.1.2. LA ACCION EN EL SEGUNDO PERIODO

El periodo formulario, o segundo periodo en el derecho procesal romano, se caracteriza principalmente por la diferencia entre el jus y el iudicium, entre los procedimientos que se realizan ante el magistrado y los que tiene lugar ante el juez o ante el jurado que pronuncia la sentencia.

El jus, es el derecho; el iudicium es la instancia organizada, es el examen judicial de un litigio para concluirlo mediante sentencia, aquí, el encargado de decir el derecho es el magistrado, es estar in iure, lo cuál se hace por medio de edicto, éste edicto tenían la misma fuerza que una ley; asimismo, el encargado de examinar el litigio y concluirlo es el Juez.

La acción judicial consistía en dos cosas, por una parte, era la fórmula que redactaba el magistrado y que daba al demandante para que pudiese realizar la instancia ante el juez, es decir para conseguir que el juez conociera del litigio y pronunciare la sentencia; en segundo lugar, la acción consistía en el derecho contenido implícitamente en la fórmula y otorgado al demandante, a este periodo se le atribuye la definición que dio Celso de la acción "jus persequendi in iudicio quod sibi debetur", que significa el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido, de las que se encuentran los siguientes supuestos:

- a) Que no todos los derechos tienen una acción para hacerlos efectivos.
- b) Que la acción y el derecho no son una misma cosa sino entidades diversas.
- c) Que el magistrado puede otorgar o no, según lo crea conveniente, la acción que pide el demandante.
- d) Que la acción se otorga mediante una fórmula redactada por el pretor.
- e) De éstas circunstancias procede el nombre con el que se designó el segundo periodo.

El pretor y el derecho creado por él, denominado derecho pretoriano u honorario, que es diverso del derecho civil, que a decir de los estudiosos del derecho sirvieron de base para la evolución del derecho romano.

El proceso se componía de dos instancias: la segunda ante el Juez o Jurado, el demandante citaba, ante todo su adversario, delante del magistrado, éste oía a las partes ante uno o varios jurados, a quienes investía del derecho de condenar o de absolver al demandado, según que la cuestión formulada por él le pareciere que debería ser resuelta afirmativa o negativamente, ésta especie de derecho en el que se difería a los jurados el litigio, es precisamente la acción, es la acción considerada de ésta manera a la que se refiere la definición de Celso.

Las partes principales de las fórmulas eran: la demostración, parte en que el magistrado exponía el hecho afirmado por el demandante; la adjudicación, donde el magistrado atribuía al Juez el poder de adjudicar a una de las partes un derecho de propiedad que pertenecía a la otra.

2.1.3. LA ACCION EN EL PERIODO EXTRAORDINARIO

La acción en el periodo extraordinario, en este periodo, ya no existía distinción entre jus y iudicium, pues el magistrado ya no concedía acciones, sino que éstas dimanaban naturalmente de los derechos que protegían, es todavía el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o nos pertenece, pero no es necesario que este derecho nos lo conceda previamente un magistrado; cada uno puede, a su riesgo y perjuicio, promover una instancia, y la expresión in iudicio, de la definición de Celso, no tiene el significado que tenía en el pensamiento de éste jurisconsulto. Hay otra diferencia, entre la acción del periodo formulario y la del periodo extraordinario, el primero, la acción era una fórmula otorgada por el funcionario público, un acto solemne, auténtico; en el segundo, la acción se inicia mediante la actividad de un particular, el demandante que promueve la instancia, la acción formularia era un acto emanado de la autoridad pública, un verdadero decreto interlocutorio pronunciado por el magistrado; bajo justiniano, no es sino la pretensión, bien o mal fundada, pero en definitiva un acto puramente privado.

La distinción mas importante en éste periodo, es que en tal época existían juicios extraordinarios, es decir que se tramitaba y resolvían por el mismo pretor que en tales casos, se abstenía de nombrar jueces. Estos juicios que en el periodo formulario constituyeron una excepción, fueron regla general en el tercer periodo. En este periodo la palabra acción se entendía según Pallares, de la siguiente manera: El digesto utiliza la definición de Celso que dimos a conocer con antelación (el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido), sin darse cuenta de que si esa definición tenía un valor indiscutible en la época formularia,

no continuaba con él en el último periodo, porque entonces no existía la diferencia entre jus y el iudicium, y el magistrado ya no concedía acciones, sino que éstas dimanaban naturalmente de los derechos que protegían. En el tercero y último sistema del procedimiento, la palabra acción pierde evidentemente el significado especial que tenía en el procedimiento formulario. Es todavía el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o nos pertenece; pero no es necesario que este derecho nos lo conceda previamente un magistrado; cada uno puede, a su riesgo y perjuicio, promover una instancia; y la expresión in iudicio, de la definición de Celso, no tiene el significado que tenía en el pensamiento de este jurisconsulto.

Pallares, concluye: a) en el primer periodo de las acciones de la ley, la acción era un procedimiento solemne, formalista, de carácter aristocrático, mediante el cual se obtenía justicia; b) el segundo periodo, la acción era al mismo tiempo una fórmula redactada por el pretor y un derecho otorgado al demandante; c) en el último periodo, la acción era el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido o lo que nos pertenece.

2.2. DERECHO FRANCES

La corriente codificadora francesa surgió en el siglo XIX, con el afán de garantizar los derechos de los individuos frente a los excesos despóticos de la actividad estatal; y, como un intento de organización de las normas jurídicas se encontraban en Francia, y en todos los países de la época, en una situación caótica y desordenada; por ello la codificación francesa de principios de siglo XIX, es uno de los principales frutos de la revolución francesa. El mérito de la codificación Francesa es el de separar los textos sustantivos, de los textos adjetivos o procesales, menciona la quinteta de los Códigos napoleónicos 1 Código Civil; 2. Código penal; 3. Código de Procedimientos Civiles, 4. Código de Procedimientos Penales, y 5. Código de Comercio.⁶³

⁶³ GOMEZ LARA. Op. Cit. p. 69.

Las controversias sobre el concepto de acción, se agitaron en Francia en la primera mitad del siglo XIX, ante Coffiniers y Blondeau. Blondeau dividía los derechos en generadores, a los que la ley reconoce en primer lugar y sancionadores (acciones) cuyo fin estriba en hacer valer aquellos. Coffiniers impugnaba la existencia de los derechos sancionadores; sosteniendo que la acción era un simple medio de hacer efectivos en juicio los derechos controvertidos o violados.

Hubo un momento en el cual la cuestión tomó otro cariz, porque ya no se discutía propiamente si la acción era un derecho o un medio, sino si debía identificarse con el derecho material que pretendía hacerse efectivo, o si debía considerarse como un derecho autónomo e independiente.

Fue en Alemania donde la cuestión se debatió largamente, tendiendo después en Italia una repercusión considerable. La polémica entre Windscheid y Muter, a mediados del siglo pasado. En 1856 se publicó por el primero la obra "La actio del Derecho civil romano desde el punto de vista del Derecho Actual" en donde afirma, que la actio es la expresión para indicar lo que se puede pretender de otro; es la expresión para indicar la pretensión.⁶⁴ El segundo autor citado publicó su obra titulada " la actio del Derecho Civil Romano, desde el punto de vista del derecho actual", donde señala que la pretensión debe subsistir antes de la actio, el pretor no crea pretensiones, sino acciones para proteger las pretensiones. "La pretensión es el prius, la actio el posteriorus; la pretensión lo que produce, la actio lo que es producido: El derecho es el presupuesto de la actio."⁶⁵

Puede decirse, en rigor, que esa controversia representa el punto de partida de las doctrinas modernas sobre el proceso, ya que dio oportunidad a que se ampliaran los horizontes y se fijaron las bases de los nuevos estudios sobre derecho procesal.

⁶⁴ DORANTES TAMAYO. Op. Cit, p. 59.

⁶⁵ IBIDEM. p. 61.

Tenemos por un lado el concepto de quienes ven en la acción el mismo derecho que se dice amenazado o violado. Éste es el concepto dominante entre los civilistas.

Por otro lado aparece la doctrina de los que ven en la acción un derecho autónomo e independiente del derecho material que se pretende hacer efectivo en el juicio.

La primera teoría presenta modalidades o graduaciones diversas; desde la concepción de quienes consideran la acción como un elemento, un atributo o un aspecto del propio derecho subjetivo, hasta la doctrina de aquellos que la conciben como un derecho accesorio, de segundo grado o elevado a segunda potencia, que nace de la violación de un derecho subjetivo.

Coviello dice que la acción puede ser considerada en sus dos aspectos: en su aspecto de Derecho material o de Derecho civil; y en su aspecto formal o procesal.

En el primer aspecto, es la facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho. Pero como a todo derecho subjetivo es inherente la nota de la coacción, que por regla general se manifiesta a través de la acción, infiérase de aquí que ésta última no es un derecho distinto del Derecho subjetivo, sino una función del mismo derecho subjetivo; en actividad para tornarse efectivo y real mediante la coacción.

Considerar la acción como un derecho diferente del derecho subjetivo, es relegar del concepto mismo de derecho subjetivo y concebir el Derecho como la facultad desprovista de garantía.

En el segundo aspecto, la acción es la invocación efectiva de la autoridad jurisdiccional del Estado, para la defensa de un derecho.

En este sentido, la acción se concibe con la demanda o con el proceso y entonces, no es un elemento del Derecho, ni un derecho en sí mismo. sino un mero hecho.

Distinguese la acción en sentido material como el ejercicio del Derecho, que se distingue asimismo del Derecho.

Ahora bien, como el ejercicio de un derecho puede en la práctica ser realizado por quien no tenga ese derecho, del mismo modo la acción en el sentido procesal puede ser ejercitada por quien no tenga el derecho que pretende hacer valer. Esto quiere decir que puede haber acción de hecho sin que exista el derecho de ejercitarla.⁶⁶

Savigny, citado por Luis Dorantes Tamayo,⁶⁷ afirma que existen dos acepciones de la palabra acción, la primera, como un derecho que nace con la violación de otro derecho; la segunda, como ejercicio del Derecho mismo.

En la primera acepción, el derecho de acción es el conferido a la parte lesionada para la reparación de la violación de sus derechos.

En la segunda, la palabra acción expresa el ejercicio mismo del Derecho, y entonces, en la hipótesis de un proceso que se instruye por escrito, ésta palabra designa el acto que empieza el debate judicial.

Desde el punto de vista general, continúa Savigny, se reconoce que toda acción implica necesariamente dos condiciones, un derecho en sí la violación de éste derecho.

⁶⁶ Cfr. DOS REIS. José Alberto. Teoría de la Acción. Traducido por Guillermo García Maynez, Editorial Compañía General Editora, México 1944, Pags. 44 a 47.

⁶⁷ DORANTES TAMAYO. Luis Op. Cit. P. 60.

Si el derecho no existe, la violación no es posible, y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción; no existe actio nata según la expresión muy justa de los autores modernos.

Demolombe, autor francés igualmente citado por Dorantes Tamayo, identifica la acción con el Derecho substancial, desde el momento en que la considera como este mismo derecho puesto en movimiento cuando es violado.

La acción, continúa Demolombe, es el derecho mismo puesto en movimiento; es el derecho en estado de acción, en vez de estar en el estado de reposo; el derecho en el estado de guerra en vez de estar en el estado de paz.

Para Garsonnet y César-Bru, la acción es en el fondo, el derecho mismo que en alguna forma queda inactivo, en tanto que no es controvertido, pero que se pone en movimiento desde que es desconocido o violado.

El derecho es el estado estático, la acción es el estado dinámico, de una misma situación jurídica. De modo, que la acción está íntimamente ligada al derecho substancial y sigue las vicisitudes de éste.

Igualmente, los autores de referencia, consideran que no hay acción sin derecho; que no hay derecho sin acción; ésta tiene la misma extensión que el derecho y, por lo tanto, sólo debe ser ejercitada por el monto que constituye el objeto de éste; las formas de ejercitar la acción también pueden ser variadas, empero la acción es la misma.⁶⁸

⁶⁸ IBIDEM. Págs. 52 y 55.

2.3. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1884.

El panorama histórico de nuestro proceso civil, empieza a finales del siglo XIX hasta la fecha. El primer Código procesal denominado Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y el Territorio de Baja California; explicaba en su artículo 1º lo que era la acción, y en su artículo 2º, las clasificó en acciones legales y convencionales; y en su artículo 5º, las distinguió por su objeto en personales, reales y del estado civil; Briseño Sierra⁶⁹ señala que de ésta manera se inició un criterio legal privatista que terminó con el código de 1884. También se promulgó el Código de 1880, éste ultimo volvió a definir a la acción como el medio legal de que de que se valía quien tuviere un derecho consagrado o establecido por la ley, para ejercerlo y hacerlo valer en juicio. Y en su artículo 2º volvía a definir las en legales y convencionales, mientras que en el artículo 5º, las clasificaba en personales, reales y del estado civil. El Código de 1884, expedido en fecha 31 de marzo es el antecesor del vigente Código Procesal actual. Señala que para el Legislador de 1880, el tema importante era la acción, fue de tal manera privatístico y procedimental que se dijo, que su capítulo (el de las acciones) parecía no estar en su lugar. Por ser un código cuyas disposiciones, esencialmente prácticas, tenían por objeto normar procedimientos judiciales: se estimó que la ley civil debía establecer los principios fundamentales, cuyo desarrollo, obra exclusiva de la ciencia, correspondía a la jurisprudencia, creación de las doctrinas de los juristas y de las decisiones razonadas de los tribunales.⁷⁰ La acción podía considerarse en dos aspectos diferentes: el de la forma en que debe ser ejercida o deducida, y el del derecho que estaba destinado a proteger, desde el primer punto de vista la acción se confundía o asimilaba con el procedimiento y se ligaba íntimamente con el sistema de la organización judicial; pero en el Segundo extremo era un derecho que complementaba y mencionaba todos los derechos consagrados por la ley. En lo que mira a la forma, o la acción era el procedimiento mismo y en éste sentido las

⁶⁹ BRISEÑO SIERRA, Humberto Op. Cit. P. 110.

⁷⁰ IBIDEM. P. 239.

frases acción ordinaria y juicio ordinario, acción ejecutiva y juicio ejecutivo, acción hipotecaria y juicio hipotecario eran equivalentes.

La acción considerada como derecho era el complemento y sanción de todo derecho. Además del elemento de vida. La acción necesitaba otro: la violación o desconocimiento del derecho que esta destinada a proteger. Sin ella el derecho existía, pero no la acción, que solo nacía cuando se violaba o desconocía el derecho que protegía. Por último se afirmaba que así quedaba inteligible que el nuevo código, en su artículo 1º, definiera la acción en el segundo de los aspectos, lo que no sería objetable si no hubiera limitado el objeto de la acción a los derechos consagrados o establecidos en el Código Civil, pues además de éste existía la ley constitucional, el código penal y del Comercio, en general las demás leyes contenidas acciones, y por lo mismo eran objeto de la acción, no habiendo mas cambios en la legislación hasta 1932.⁷¹

De aquí señalado, se permite distinguir dos épocas inconfundibles: La anterior al día primero de octubre de 1932 y las subsiguientes hasta nuestros días.

Entre ambas hay, sin embargo, un factor común que no puede pasar inadvertido: La pluralidad de ordenamientos procesales vigentes en la república, desde el siglo anterior como consecuencia del sistema político federal, en cuya virtud cada estado de la Unión, tiene soberanía para legislar sobre ésta materia, de donde resulta que antes y después de la fecha mencionada como divisoria entre las dos épocas, han existido tantos códigos de procedimientos civiles, y también de procedimientos penales, como estados soberanos tienen la República, a los que se añade uno más para el Distrito Federal y otro con fuerza en todo el país, es decir, el Código Federal de Procedimientos Civiles, es también, por lo que hace al enjuiciamiento mercantil, el libro V del Código de Comercio que, si bien se mira, viene a ser un código anexo a otro de distinta naturaleza, cuya ubicación sólo puede explicarse por razones históricas.

⁷¹ IBIDEM. P. 242.

Modelo influyente de todos los demás en la República, fue el ordenamiento procesal civil del Distrito Federal, y éste a su vez, tal como lo señalan cuantos se han ocupado de localizar sus raíces, tuvo por guía a la ley de enjuiciamiento civil española de 1855, a la que siguió por su parte, el Código de Procedimientos Civiles de 1884. Ordenamiento que se basó en la Código de 1880, que concibe a la acción como cuasicontrato como se advierte de la Exposición de motivos de las Reformas, Adiciones y Aclaraciones hechas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de Baja California. En cumplimiento al Decreto de 1º de junio de 1880, que en su artículo 50 señala: "Intentada la acción no puede abandonarse para intentar otra. Es una verdad elemental en la jurisprudencia civil, que después de contestada la demanda no puede cambiarse la acción deducida. La litis contestatio produce, entre otros efectos el de obligar al demandante y demandado por el cuasicontrato que en ello se celebra, en virtud y como consecuencia de esa obligación, el actor se obliga en los términos de su demanda y el reo el de su contestación quedando fijada así la materia del debate jurídico"⁷² Como puede observarse, la concepción del Código citado, nos remonta a la idea de la litis contestatio romana.

Becerra Bautista⁷³, en cuanto al nombre del Código procesal, señala: sin embargo, llama la atención, que los legisladores mexicanos no hayan reproducido la denominación, Ley de Enjuiciamiento Civil y hayan optado, en cambio, por la del homólogo francés, Código de Procedimientos Civiles; más no deben olvidarse que vivían en el siglo de la codificación y ésta se inició en Francia con la legislación napoleónica cuyo ejemplo fue seguido en diversos países de Europa y de América latina.

⁷² Exposición de Motivos de las Reformas y Aclaraciones hechas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Baja California. En cumplimiento al decreto de 1º. De Junio de 1880. Imprenta de Francisco Ortiz de León. México 1880. P.

⁷³ BECERRA BAUTISTA, José Op. Cit. p. 110.

Era asimismo, la época que Niceto Alcalá Zamora y Castillo, denominó más tarde del procedimentalismo, también originado en Francia y caracterizado por el estudio descriptivo y exegético que antecedió a la sistematización científica de la disciplina procesal y a su ubicación entre las ramas del derecho público.⁷⁴

La literatura y la docencia facultativa se alineaban a esa escuela. Los cursos correspondientes en las escuelas de Derecho se llamaban de procedimientos civiles o penales, según su objeto y se les consideraba complementarias de la docencia de las disciplinas substanciales respectivas.

Se explicaba la naturaleza del proceso civil. Como un cuasicontrato, por tanto, como una relación de Derecho civil o mercantil, según sea el caso, y por lo mismo, el principio dispositivo presidía su desarrollo.

Tanto los libros de consulta para profesionales, como los de texto en las escuelas de Derecho, eran de autores españoles, destacando entre estos la obra de Don José de Vicente y Caravantes, de José María Marresa y Navarro, Gregorio López, Pedro Gómez de la Serna y otros más.

Lo anterior no significa, en modo alguno, que la producción de autores mexicanos haya estado ausente; la hubo y fue bien acogida en los medios facultativos y judiciales; por ejemplo, la obra de Don Manuel de la Peña y Peña, de Don Juan N. Rodríguez de San Miguel; Demetrio Sodi, Castillo Velasco, Silvestre Moreno Cora, Rafael Ortega y otros.⁷⁵

Por otra parte, es un hecho histórico indiscutible que uno de los móviles de la revolución constitucionalista fue la insatisfacción y la desconfianza del pueblo hacia la administración de justicia y su rebeldía contra las iniquidades y los abusos de los funcionarios, principalmente en provincia contra el tratamiento dispar de que

⁷⁴ Cfr. ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa, Editorial UNAM, Textos Universitarios. México, 1970. P. 104 a 108.

⁷⁵ PALLARES, Eduardo, Op. Cit. P. 10.

eran objeto las partes litigantes, la tendencia constante a favorecer a la que fuera económicamente más fuerte frente a la más débil y contra las argucias y artimañas de los postulantes de mala fe, practicadas al amparo de las deficiencias de la ley.

Al mismo tiempo, era ostensible la inconformidad de la sociedad en general y en especial de las clases forenses, con la lentitud y con la onerosidad que implicaba la tramitación de los asuntos judiciales que se hizo sentir, cada vez con mayor acento, a medida que crecía la población de la República y que como consecuencia del aumento de la misma y del desarrollo económico, se multiplicaban y diversificaban los negocios. Era, por tanto, imperiosa la necesidad de emprender la tarea de renovación de las leyes sobre las bases postuladas por la Constitución de 1917.

En efecto, se comenzó, como era razonable, por elaborar el nuevo Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federa, promulgado el 30 de agosto de 1928, que entró en vigor el primero de octubre de 1932. Como factor correlativo, el 29 de agosto de ese mismo año se promulgó el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, que comenzó a regir en igual fecha que el anterior.

Esencialmente, en éste Código de Procedimientos Civiles, la regulación de la acción era muy similar a la que contiene el código de la materia vigente a partir de 1932; el cuál será analizado en el apartado siguiente.

2.4. CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DE 1932

En 1932 se ubica la segunda época de la evolución procesal, desde el punto de vista legislativo en nuestro país en el siglo XX

Los maestros Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, manifiestan que tras la formulación de diversos proyectos, al fin fue aprobado

el que por encargo de la Secretaría de Gobernación, formularon los señores Licenciados Gabriel García Rojas, como Presidente de la Comisión, José Castillo Larrañaga, y Rafael Gual Vidal, como secretarios.

Surgió ese código con una evidente predestinación polémica; la crítica señaló entre otras cosas, que sus autores no se habían apartado radicalmente de los lineamientos del anterior, de 1884; que por lo mismo, era clara su vinculación, como la habían tenido los anteriores de 1872 y 1880, con la legislación procesal española y que sólo algunos aspectos se habían adoptado de la doctrina moderna, como podía apreciarse en el contenido del artículo 1º., pero aún en esto, otras opiniones sostuvieron que ese artículo se había inspirado en el Código del estado de Puebla de 1880, llamado, en referencia a su autor, Código Béistegui.⁷⁶

Por su parte, Niceto Alcalá Zamora y Castillo, afirmó que el principal modelo seguido por los proyectistas mexicanos, había sido la ley de enjuiciamiento civil española de 1881 y que de ese modo se da la paradoja de que, para modernizar en 1932 un texto de 1884, se haya acudido de preferencia a uno de 1881, que deriva a su vez de otro de 1855 inspirado, por su parte, en el proceso medieval.⁷⁷

A su vez, Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga, argumentaron en defensa de la obra que las objeciones al nuevo código surgieron antes de que fuese promulgado, y objeto de esas impugnaciones, fue precisamente lo que el código tiene de más moderno y mejor orientado; no obstante, quienes lo atacaron no pudieron por lo menos dejar de reconocer que representaba un avance muy estimable en la legislación procesal de la nación.

En general, desde el capítulo de acciones, que da una pauta a jueces y litigantes, hasta la justicia de paz, que es esencialmente simple y rápida, nos

⁷⁶ DE PINA, Rafael y otro. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa, México 1981. 14º Edición.. Págs. 1536 y 1538.

⁷⁷ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Síntesis de Derecho Procesal Civil en el Panorama del Derecho Mexicano, Editorial UNAM, México 1966. 15º. Edición. P. 17.

encontramos con que el Derecho procesal queda encuadrado entre las ramas del Derecho público, que al juez le dan amplísimas facultades para investigar la verdad; pero en el juicio se suprimen la oscuridad y la dilación; que se hace un ensayo del juicio oral; que se abrevian trámites, en una palabra, que se trata de conseguir el anhelo de los procesalistas modernos de que la justicia y el interés de las partes, tengan la garantía de justicia, para obtener la paz social.

El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal ha sido objeto de numerosas reformas, entre las cuáles se pueden enumerar las siguientes: En 1954, al igual que en 1974, se reformó el llamado depósito de personas como acto prejudicial, para ajustarlo al principio de la igualdad jurídica del hombre y la mujer; en 1964 se introdujo la caducidad de la instancia; en 1965 se incrementó la competencia por razón de la cuantía de los juzgados mixtos de paz; en 1966 se suprimieron la réplica la duplica y es extracto de la litis, y se previó la negativa ficta para el caso de silencio o rebeldía del demandado, en los asuntos relativos a la familia y el estado civil de las personas; en 1969 se incrementó la competencia de los juzgados pupilares, que precedieron a los de lo familiar, los cuáles fueron establecidos en 1971; en 1973 se pretendió establecer en forma obligatoria la oralidad para la práctica de las pruebas y los alegatos en el juicio ordinario civil, se suprimió el juicio sumario y se introdujo un nuevo procedimiento para las controversias familiares; en 1983 se introdujo el sistema del turno a través de una oficialía de partes común para los asuntos de los juzgados de lo civil y de lo familiar, se incrementó e indexó a salarios mínimos la competencia por razón de la cuantía de los juzgados de paz y se hicieron algunos ajustes en materia familiar; y en 1984 se introdujo un juicio especial para las controversias en materia de arrendamiento de fincas urbanas destinadas a habitación.⁷⁸

⁷⁸ Cfr. GOMEZ LARA. Cipriano. Las Reformas del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Revista Procesal, México. 1986. Págs. 4 a 6.

Por cuanto se refiere a las acciones, el artículo 1º. Del Código Procesal Civil para el Distrito Federal fue reformado para suprimir la mayor parte de los requisitos que exigía para el ejercicio de las acciones civiles.

Los requisitos consistentes en la existencia del derecho y su violación, que llevaban implícita la admisión de la teoría tradicional de la acción como un aspecto dinámico del propio derecho subjetivo, en realidad regulaban lo que se conoce como la causa pretendida que la doctrina considera como un elemento de la pretensión y no de la acción.

El ejercicio de la capacidad para ejercer la acción por sí o por legítimo representante, en rigor no es un requisito de la acción, sino una condición que debe satisfacer la persona que la ejerza.

El nuevo artículo 1º. Sólo dejó el requisito del interés jurídico, el cuál si es una condición indispensable para el ejercicio de la acción procesal.

Así, el nuevo artículo 1º. Recogiendo la fórmula establecida en el Código Federal de Procedimientos Civiles, dispone que sólo puede iniciar un proceso judicial o intervenir en el, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario.

Este requisito del interés jurídico sólo podrá exigirse a quien inicie un proceso asumiendo una posición de parte. Sólo a las partes, como sujetos interesados del proceso, se les puede exigir que acrediten su interés jurídico, pero éste requisito no es exigible a los demás sujetos que puedan llegar a intervenir, por ejemplo, los testigos y los peritos. Por otro lado, el propio artículo 1º. Establece la clasificación moderna de las acciones, en declarativas, constitutivas y de condena.

Por último, en el segundo párrafo del precepto mencionado, se autoriza a las partes y a los interesados para que comparezcan por sí o por sus representantes o apoderados, como ya lo hacía el anterior artículo 46. En el artículo 30 se modifica la expresión "las acciones que se transmiten" por la de "las acciones que pueden ejercitarse contra los herederos".

La fracción I del artículo 32 que preveía la llamada acción de jactancia, fue derogada, empero, dicha derogación no impedirá que quién considere afectado su interés por la jactancia de derechos que haga otra persona, pueda promover, con base en lo dispuesto por el nuevo texto del artículo 1º. Un juicio ordinario para que se condene al jactancioso a ejercer 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

Por último, el artículo 34 fue reformado para tratar de precisar los diversos tipos de desistimiento: el desistimiento de la demanda o de la instancia, que puede realizarse antes o después del emplazamiento, y el desistimiento de la acción. Tema que abundaremos más adelante.

Cabe señalar que las reformas de 1996 al Código Distrital atendieron a la celeridad de los procesos, y se habla que en un sentido predominantemente económico, pues antes de dichas reformas por ejemplo el juicio de arrendamiento era ordinario y se prestaba a argucias para dilatarlos, pero no se atendió a la depuración de los conceptos jurídicos de los términos como el que nos ocupa.

2.5. DOCTRINA EN MEXICO

Briseño Sierra⁷⁹ hace un análisis de las acciones en nuestro derecho positivo, menciona que desde el siglo XIX la doctrina trató los problemas procesales civiles confundiendo con los de la materia penal. Menciona que los prácticos procedimentalistas en la obra Curia Filipa Mexicana, explican el cambio político que introdujo el federalismo mexicano y con él la competencia federal a cargo del gobierno nacional, y el poder judicial se veía marcadamente influenciado por la doctrina italiana, con la jurisdicción entendida como la dirección del proceso. El mismo autor, cita en su obra a diversos teóricos que se ocupan de la acción, motivo por el cual se citan en éste apartado a continuación.

De la Peña,⁸⁰ quien continúa con el criterio de afirmar que las acciones son más bien derechos sustantivos; asimismo, cita a Roa Barcena, quien llama acción al derecho de reclamar alguna cosa y clasifica las acciones en reales, personales y mixtas; reales son las que se dirigen a una cosa sin relación al personal que las posee; personales las que van contra un sujeto, sin relación a la cosa, y mixtas las que pertenecen a unas y otras.

En esta etapa, al decir acción la doctrina y la ley tenía la vista puesta en el derecho unas veces, y en la pretensión sustantiva otra y en muy pocas en la pretensión procesal. Conviene decir que para Roa Barcena, estaba determinado que las acciones reales duraban tanto cuanto el derecho de usucapir la cosa, es decir tres años para los muebles y diez para los inmuebles. Las personales duraban generalmente veinte años.

Para López Portillo⁸¹, la acción era la facultad de perseguir en justicia los derechos, de ahí que se infería la existencia del derecho y la lesión por parte de otro. El que perjudicaba el derecho de otro venía a ser el deudor en la obligación y

⁷⁹ BRISEÑO SIERRA. Op. Cit. P. 210.

⁸⁰ IBIDEM. P. 215

⁸¹ IBIDEM P. 223

el pedía la reparación tomaba el lugar del acreedor. Dividía a las acciones en legales y convencionales y del estado civil; afirmando que para su estudio, Portillo seguía a Ortolán para decir que los derechos eran en sí un regla inerte, para ponerlos en movimiento se necesitaba de una potencia que requería un procedimiento, el cuál era la acción. Y llamar procedimiento a la acción dio lugar a confusión en cuanto a que no se sabía si se refería a la pretensión procesal, a al instancia o ambas.

Aurelio Campillo Camarillo,⁸² en su obra escrita en 1924, empieza por lineamientos del siglo XIX, no solo porque se trataba de apuntes tomados en la categoría de diversos profesores de la Escuela Nacional de Jurisprudencia y Ciencias Sociales de la ciudad de México y su obra esta basada en el Código de 1884, por lo cual explicaba que para reclamar los derechos civiles desconocidos o violados, la ley otorgaba medios jurídicos que se denominaban acciones civiles, cuya elección por el litigante se augura la victoria o derrota, ya que todo derecho engendraba una acción. En esta etapa, señala "muchas disputas y errores judiciales tienen su origen en la vaguedad respecto al significado y valor de la acción.

En sentido amplio la palabra derecho comprende también las acciones porque se entiende por el primero, la facultad de exigir de otro que haga algo en provecho ajeno y las acciones son la facultad judicial para obligarlo a cumplir. Pero el tecnicismo legal acción, se contrapone a derecho de manera que este se le hace figurar como genero y otra como especie. Para fijar la diferencia basta esclarecer lo que se entiende por acción, concepto que en el mas alto de los sentidos y que con mas frecuencia se emplea, es la de reclamar en justicia lo que se debe o pertenece.

⁸² IBIDEM. P. 224.

Demetrio Sodi⁸³, nos dice Briseño, comenzó con la idea tradicional de llamar acción al medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la ley, noción que fue tomada del artículo 1º., del Código de 1884. Advirtió que el derecho tradicional "acción era una palabra con diversas acepciones; como facultad de ocurrir a la autoridad a fin de conseguir el reconocimiento del derecho controvertido por un tercero; el medio práctico; el procedimiento; la protección de un derecho tal y como le han venido alegando las leyes procesales. Así pues puede considerarse el derecho que nace con la obligación y el medio de hacer efectivo el derecho. De ahí que sean dos elementos de la acción, la existencia de un derecho y su violación por el demandado.

Briseño, cita a la ejecutoria emitida el 28 de mayo de 1930, por la Corte, que el resolver en súplica la controversia de Alamilla contra Acreo Gamboa, hizo propias las doctrinas de Rocco, y afirmó que el derecho subjetivo es precisamente el derecho de acción; el cual considerado por el lado sustancial resulta el interés en obtener la intervención del estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma pone a la realización de los intereses tutelados.

Eduardo Pallares, nos dice, el autor que venimos siguiendo, hace enumeración de las acciones que nos consigna el Código, pero dicha enumeración, debió precisar que se trataba de pretensiones sustantivas o procesales, por cierto la clasificación en la actualidad aún se recurre para su estudio.

⁸³ IBIDEM. P. 223.

Castillo Larrañaga⁸⁴, producto de la corriente europea, apunta que la facultad de provocar la actividad de los órganos judiciales era la acción, cuyo estudio era de procesalistas y no de civilistas.

Otro autor que cita Briseño, es Arturo Valenzuela⁸⁵ quién se basó para su estudio de las acciones en las tesis jurisprudenciales intentando aún análisis partiendo de la idea que se trataba de un derecho subjetivo público con doble contenido; es distinto el derecho subjetivo material no satisfecho; y su ejercicio, no es el ejercicio del derecho subjetivo material no satisfecho. Definió la acción Como "derecho subjetivo público autónomo del particular para el Estado, que tiene por objeto la intervención substitutiva del órgano judicial para obtener la realización de un interés jurídico no satisfecho por ser suficiente la voluntad de los particulares interesados directamente en su realización".

Después de los autores citados, Briseño Sierra, nos dice que la doctrina adoptó la posición moderna, es decir que concibe a la acción como derecho autónomo despojado de todo atributo sustantivo, pero la hora de los juicios se volvió concepto material. Aunque no se despejó por completo la tendencia de presentar a las acciones como los derechos o pretensiones sustantivas a la manera clásica, pero en obras que son formularios.

Citando a los seguidores de la corriente modernista, el autor en comento expresa que Becerra Bautista⁸⁶ concibe a la acción como el derecho de que dispone quien pide justicia, quien defiende su derecho para instaurar el proceso cuando su derecho ha sido lesionado o desconocido. Como resultado de su concepto, dice que el mismo tiene una marcada influencia de Chiovenda y Carnelutti, pues si la acción se ejerce con el fin de obtener respecto a la tutela del derecho subjetivo, es para recordar a Chiovenda y en cuanto a la dinamización de la acción que le convierte en el accionar, se remonta al segundo. Criticando su

⁸⁴ IBIDEM. P. 225.

⁸⁵ IBIDEM. P. 226.

⁸⁶ IBIDEM P. 227

concepto, toda vez que su tesis novedosa debió haber servido para ver que no es la acción la que produce la sentencia, sino la pretensión.

Rafael Pérez Palma⁸⁷, ubicado dentro de la corriente modernista, dicen que la acción es el camino para la función de dos derechos; uno de orden civil por el cual el acreedor tienen la facultad de obligar a su deudor al cumplimiento de la obligación, y otro de orden público por el que las partes tienen el derecho de acudir ante el Juez y exigir de este que intervenga para que de acuerdo a la ley imparta justicia haciendo efectivo el o los derechos de orden a la pretensión y la instancia proyectiva. Lo valioso de este autor es que distingue entre la pretensión contra el deudor y la pretensión contra el estado. Aunque posteriormente cae en la vieja concepción de las acciones al clasificarlas en reales y personales.

Como puede verse de los autores referidos, el concepto de acción, ha sido materia de diversas interpretaciones, a través de la doctrina mexicana, confundiendo la acción con el derecho material y la pretensión.

2.6 CRITERIO DEL LEGISLADOR

El creador de nuestras leyes es el Poder Legislativo, y su criterio y sentido se ven reflejado en la norma jurídica, dentro del ámbito de nuestra Legislación, Como se ha dicho, el Código Procesal vigente es el de 1932, ahora bien, la reforma última en cuanto a la "acción" es la publicada el 10 de enero de 1986, citando la exposición⁸⁸ de Motivos, Ignacio Medina Lima señala: "El título Primero, relativo a las acciones y a las excepciones ha sido objeto de una cuidadosa revisión con el propósito de lograr su actualización. Se propone únicamente la supresión de preceptos que se estimaron superados o inoperantes".

⁸⁷ IBIDEM. P. 228.

⁸⁸ MEDINA LIMA, Ignacio Obra Jurídica Mexicana. Pasado y Presente del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. México, 1987. Página 520.

El autor referido explica que de acuerdo con los avances de la doctrina procesal contemporánea, se distingue con claridad entre el derecho de acción, que es de carácter genérico y que en nuestro ordenamiento esta fundado en el artículo 17 de la Constitución Federal, y que las pretensiones que constituyen su contenido, las que tienen un carácter concreto de acuerdo con el ejercicio de la propia acción en los distintos procesos específicos.

El argumento que se vierte en la exposición de motivos respecto de la acción, se cita de la siguiente manera: "En el ordenamiento procesal del Distrito Federal se confunden ambas instituciones. En la mayoría, las disposiciones situadas en primer capítulo de ese Título Primero se utiliza el vocablo acción de manera general, pues en realidad de referencia a la pretensión en sentido estricto. Efectuar la substitución de ambas palabras en todos los preceptos hubiese requerido una modificación prácticamente total del capítulo, por lo que se dejó para una segunda etapa la depuración terminológica que no tiene un carácter exclusivamente semántico, en cuanto afectar la práctica judicial por la incertidumbre que produce la conclusión de ambos conceptos.

En segundo termino, se modifican sustancialmente los elementos que el artículo primero del Código exige para el ejercicio de lo que califica como acciones civiles, que dicho ordenamiento regula según el concepto tradicional superado en la doctrina científica del Derecho Procesal, y que confundía el derecho sustantivo con el de acción. Pues se estimaba que el último debía considerarse la actualización del primero dentro del proceso".⁸⁹

El precepto vigente en 1986 requería para el ejercicio de la acción la existencia de un derecho y la violación del mismo, que son aspectos que se examinan en el fondo de la controversia, por lo que dicha disposición debe estimarse anacrónica de acuerdo al principio reconocido universalmente, de la autonomía de la acción.

⁸⁹ IBIDEM. P. 530.

De lo expuesto con anterioridad se llega a la conclusión de que el concepto de acción tanto en la teoría, en el foro como en la función legislativa, ha sido tema controvertido y por consecuencia en la práctica nos lleva a enfrentar diversos problemas.

CAPITULO TERCERO

EFFECTOS JURIDICOS DE LA ACCION Y LA PRETENSION.

3.1. EFFECTOS JURIDICOS DE LA ACCION.

Cuando se ejercita la acción provoca la intervención del órgano jurisdiccional, lo cual puede llevar diversas finalidades: obtener una condena contra el adversario, constituir un derecho, obtener una declaración para obtener certeza jurídica o, asegurar temporalmente determinadas cosas, o la permanencia de determinadas personas, por vía de precaución y conservación.

Hay quienes sostienen que la acción existe por sí sola, o sea, con prescindencia de toda pretensión jurídica; según esta postura, la acción vendría a ser un fin en sí misma, a lo menos en algunos casos.

Para demostrar ésta aseveración, se menciona las llamadas acciones de naturaleza cautelar, y se confunde en ello el concepto de pretensión, con el derecho que al pretender, se invoca como fundamento de ella, y al mismo tiempo, queda también confundida la acción procesal con la pretensión hecha valer al ejercitarse aquella.

Conforme a la fórmula romana originada en la concepción de Celso, con el ejercicio de la acción, se persigue la satisfacción del derecho que se tiene, y no una decisión con abstracción de que se tenga o no ese derecho. El derecho a perseguir se funda sólo en el derecho a cobrar lo que se nos debe, es decir, a exigir la prestación.⁹⁰

⁹⁰ Cfr. CLARIA OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal, Editorial De Palma. Buenos Aires Argentina 1989, 1ª. Reimpresión. P. 283 a 286.

La acción frente al derecho y no dentro de él, conduce a distinguirla en su sentido material y en su sentido formal, junto a la acción como derecho (sentido material) se admite la existencia de la acción como actividad instrumental (aspecto formal).

La acción se sitúa en las normas de realización del orden jurídico, tanto en las sustanciales con proyección al proceso, como en las procesales, aunque su destino sea la vigencia material de todas las normas sustantivas.

El destino de la acción procesal, es la sentencia, sin tener en cuenta que se vincule o no con un derecho, como sería por ejemplo, el derecho reivindicatorio, un derecho crediticio y otro similar.

En cuanto a la dirección de la acción, ésta se concibe como un derecho hacia el Estado para que éste preste la tutela jurídica; es decir, que consiste en un derecho a que el Estado tutele el derecho que se tiene, en esencia, la acción tiene un presupuesto de Derecho privado y su consiguiente violación; si el primero no existe o la segunda no se da en la realidad, faltará la acción.

En base a lo anterior, en relación al derecho de acción, corresponde al Estado impartir la tutela que el particular le reclama, teniendo a su vez el Estado el derecho a desplegar la coacción necesaria contra el obligado para que cumpla con su prestación.

El poder de la acción se concibe también como un derecho a la tutela por parte del Estado, a fin de que éste otorgue auxilio al titular del derecho sustantivo, impartiendo la referida tutela, y al mismo tiempo, se proyecta contra el adversario al sufrir la tutela jurídica, en cuanto ha de forzársele a cumplir con la prestación debida.

La concepción de la acción como derecho potestativo, se basa en que la acción corresponde solamente a quien tenga la razón. La acción produce una relación entre ciudadano y ciudadano por medio del Estado.

Es común que el Derecho alcance su finalidad de actuación del Derecho objetivo en el caso concreto, negándole al actor el Derecho subjetivo cuya tutela exigió o cuya necesidad de tutela reclamó, declarando su violación.

Además, se considera a la acción procesal como un derecho a la jurisdicción, mostrándola como una manifestación del derecho cívico de petición constitucionalmente asegurada. Existe un derecho para actuar en un juicio correspondiente aún cuando se carezca de un derecho subjetivo válido. Es un derecho frente al Estado que no hace necesario ningún estado de ánimo en su titular, es decir, no exige el concurso de ninguna condición subjetiva; todo ello se explica, si se considera que la acción es un derecho a exponer nuestras razones, persiguiendo que ellas sean escuchadas y eventualmente acogidas, por lo que la acción vive con prescindencia del derecho que pueda tenerse.

El poder de la acción, procesalmente considerado, es de carácter autónomo en cuanto a su referencia al Derecho, potestad o interés jurídicamente fundado, que con el ejercicio de aquella se pretende hacer prevalecer; y aún cuando se carezca de ese derecho, potestad o interés jurídico, la acción existirá igualmente por cuanto ha de obtenerse el resultado previsto para ella con solo el pronunciamiento sobre el fondo que acepte o que niegue el fundamento expuesto al formularse la pretensión.

Para que la acción procesal esté realmente vigente en cuanto expresión del orden jurídico en el cual se haya inserta, debe estar presente la posibilidad de ese derecho, potestad o protección jurídica del interés exhibido (necesidad de tutela), en cuanto a las normas jurídicas (derecho objetivo) resultan aptas para captar o

configurar los hechos o conductas que el pretensor tan sólo afirma como existentes.

Es frente a esa posibilidad, que la sentencia sobre el fondo debe ser pronunciada; pero ese pronunciamiento ha de ser a favor o en contra del fundamento afirmado al formular la pretensión sin que el juzgador le quede otra alternativa.

Con el ejercicio de la acción sólo se persigue la obtención de una sentencia, con independencia de que se tenga o no razón, es decir, sin tener en cuenta que se tenga o no el derecho invocado.

Sin embargo, es requisito sine qua non, la posibilidad de que exista razón para solicitar la tutela jurídica por parte del Estado; de tener el derecho que se afirma como existente.

De lo contrario, la acción sería el derecho de quienes no tienen razón, motivo por el cual quien con su demanda ejercita determinada acción procesal, debe tener cierta posibilidad de contar con dicho Derecho cuya tutela pretende del Estado.

De todo lo expuesto, resulta trascendente establecer que la acción procesal es el poder de presentar y mantener ante el órgano jurisdiccional una pretensión jurídica, postulando una decisión sobre su fundamento, y en su caso, la ejecución de lo resuelto.

Ese fundamento consiste en afirmaciones de hechos jurídicamente relevantes, lo que le da el carácter de jurídica a la pretensión.

La acción se promueve y se ejercita con la presentación y mantenimiento de la pretensión, y se agota con la decisión sobre el fondo, es decir, con la sentencia y consiguiente ejecución de la misma en el caso procedente.

3.2. EFECTOS JURIDICOS DE LA PRETENSION

Por lo que respecta a los efectos jurídicos de la pretensión procesal, muy breves líneas podrían servir para describirlos; puesto que la idea esencial que ha de presidir en este punto viene dada por el concepto mismo de la pretensión, ya que ésta, como objeto del proceso, es realmente aquella actividad que la origina, mantiene y concluye con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión.

Primero se ha de observar, pues, que la pretensión engendra un proceso. Pero al decir que la pretensión engendra un proceso, no quiere defenderse con ello que la pretensión sea un precedente cronológico de todo proceso; en otras palabras, que haya de constituir forzosamente su acto primero e inicial.

Cortez Figueroa⁹¹ señala que constituye la médula del proceso, donde el sujeto pasivo de la relación procesal y debe tomar una postura ante la pretensión sostenida. De ahí en adelante se desarrolla el proceso en todas sus fases.

Nada se opone a que un proceso comience sin la pretensión procesal, si lo hace siempre con vistas a una pretensión futura.

Lo único que exige la función de la pretensión, en este sentido, es que tan pronto como definitivamente no aparezca o desaparezca la pretensión procesal, el proceso mismo, por quedar sin razón, sea eliminado.

⁹¹ CORTEZ FIGUEROA, Carlos Op. Cit. p. 39.

Una vez que ha engendrado un proceso, en el sentido que acaba de apuntarse, la pretensión procesal determina su mantenimiento, esto es, su subsistencia, hasta que el tratamiento que a la pretensión procesal deba darse haya alcanzado su finalidad.

La pretensión procesal mantiene funcionalmente en vida al proceso; tampoco quiere con esto decirse que el proceso haya de conservar una armadura rígida durante todo su desarrollo, guardando siempre dentro de sí un núcleo inmovible que no pueda sufrir la variante más ligera.

El cambio de los sujetos de la pretensión mediante la transmisión de la titularidad de la misma de una a otra persona, fenómeno que permite hablar de la transmisibilidad de la pretensión; el cambio en el bien de la vida a que la pretensión se refiere, el cambio en la petición o en los acontecimientos de hecho que le sirven de título, son vicisitudes que pueden, evidentemente, producirse en el proceso y que no afectan a su existencia, en tanto perdure el núcleo esencial de la pretensión a que debe la vida.

La pretensión determina la conclusión de un proceso allí donde está reclamación de parte deja de existir por algún suceso que jurídicamente tenga asignada tal eficacia.

Cuando la pretensión desaparece, el proceso ha llegado a su fin normal, y concluye mediante la decisión judicial, ya que la decisión judicial no quiere decir otra cosa que satisfacción de una pretensión o, en palabras más amplias, expresión de una voluntad que examina y actúa o deniega la actuación de una pretensión procesal.

Si la pretensión procesal, sin llegar a quedar satisfecha, desaparece del mundo del derecho, por ejemplo, porque considerada como objeto de un acto de disposición, se admite la posibilidad de revocarla íntegramente, entonces el

proceso se extingue, igualmente, sin que resulte justificada su anterior continuación, lo que explica que los actos de disposición de la pretensión característicamente el desistimiento, lleguen consigo una verdadera terminación anormal o prematura del proceso, esto es, una extinción en sentido técnico del mismo.

3.3. CONFUSION ENTRE LA ACCION Y LA PRETENSION

Fairen Guillén, citado por Briseño Sierra⁹², nos dice al respecto, de la acción no hay que desglosar la pretensión. En tanto que la acción es un derecho, la pretensión procesal es un acto, una declaración de voluntad; es el acto de exigencia de subordinación de un interés ajeno al propio,- El interés propio se pone de manifiesto por medio de la alegación de un supuesto derecho subjetivo, al cual se dice vulnerado. Para que la pretensión sea eficaz habrá de ser fundada: Diferencia esencial entre la acción y la pretensión resulta de la eficacia de la primera, en todo caso y de cómo dicha eficacia está condicionada a la segunda, entre otras cosas por la legitimación.

Acción y pretensión tienen pues, como una de sus pautas claras de diferenciación su relación con aquella, la legitimación es independiente de la acción. Esta corresponde a todos los ciudadanos, y se da ante el estado, quien tiene la obligación de resolver para decidir si para definir si lo que se promovió es fundado.

No es posible anotar diferencia alguna entre el derecho y la acción como concepto legal, por ello se puede sostener que la pretensión no es nada más que un aspecto del Derecho visto en la práctica.

⁹² BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. Cit.. Pág. 1028.

Conforme a lo explicado, se podría afirmar que Derecho, pretensión o acción parecen lo mismo, porque con frecuencia se afirma que suele darse el caso en que el derecho invocado como resultante de la eficacia jurídica de los hechos, cuya existencia se afirma para fundamentar la pretensión, esté manifestando en normas de naturaleza procesal.

Puede darse pretensiones procesales desde el punto de vista de su fundamento, ya que los hechos afirmados tienen relevancia jurídico-procesal

La pretensión debe estar fundada en afirmaciones de hecho consideradas jurídicamente relevantes, desde el punto de vista del derecho sustantivo, empero, se trata de un concepto distinto al del Derecho subjetivo o del poder jurídico, posibilidad o situación concedidos u obtenidos conforme a las normas constitutivas del orden jurídico.

La pretensión es una posición actuante que un sujeto jurídico asume y exhibe, respecto a ese derecho subjetivo, poder jurídico, posibilidad o situación, en el sentido de sostener por anticipado, que corresponde le sea satisfecho su interés por ser digno de la tutela jurídica cuyo reconocimiento postula con razón o sin ella; se pretende la obtención de algo frente a alguien y por la actividad del juez cuando esto ocurre en el proceso judicial.

En lo que respecta a la acción, estas conclusiones nos permiten advertir que es posible pretender ante el órgano jurisdiccional aún sin tener razón y si se quiere también temerariamente lo mismo que puede ocurrir con la excepción; y a pesar de que así sea la acción se habrá ejercitado y aún habrá llegado a su destino con la sentencia que rechaza la demanda por ser desestimado o rechazado el fundamento de la pretensión.

La acción procesal es el poder jurídico de presentar y mantener una pretensión ante el órgano jurisdiccional. De ahí que la pretensión, como ya se ha expresado, sea el contenido de la acción.

Cuando ésta se ejercita se hace valer una pretensión que se tiene, primero presentándola (promoción) y después manteniéndola (posterior ejercicio) ante el órgano del Estado encargado de desempeñar la función jurisdiccional.

De esta manera, es como se postula un escrito con un contenido concreto, fundándose en una afirmación, para exhibir el hipotético hecho jurídicamente relevante.

La pretensión se integra por el objeto cuya consecución se aspira, por la alegación, consistente en las afirmaciones para fundamentar lo que se aspira obtener y por una petición para que sea satisfecho el interés jurídico.

La pretensión debidamente concretada se hace valer ante el órgano jurisdiccional y con ella queda indicada la dirección de la acción considerada en su ejercicio.

En realidad, la pretensión no se dirige contra nadie, por cuanto se resuelve en una postulación ante quien se presenta el postulante, se dirige hacia quien habrá de proveer a la petición, sin interesar que provea favorable o desfavorablemente.

Lo cierto es que el ejercicio de la acción procesal se dirige hacia el Juez que ejerce la función jurisdiccional del Estado.

La acción no tiene al demandado o imputado como destinatario, por cuanto alcanza también su finalidad con la absolución de estos, es decir, con el rechazo del fundamento de la pretensión.

La pretensión es para nosotros, el contenido de la acción procesal, es un contenido in omitible e irremplazable, sin el cuál la acción sería vacua, y por ello totalmente ineficaz. Concretamente, no puede haber acción válidamente concertada y ejercitada, si con ese ejercicio no se hace valer una pretensión jurídica, pero debe tratarse de una pretensión que muestre en su fundamentación la posibilidad de ser efectivamente fundada en derecho, es decir, que el derecho objetivo pueda tutelar el interés que la alimenta.

Si no se hiciera valer una pretensión, el interés del accionante se proyectaría en el vacío y esa situación no permitiría llegar a una sentencia, ya que no habría nada sobre lo cual decidir en cuanto al fondo del asunto.

Respecto, a la confusión de los términos aquí precisados, Nestor de Buen⁹³, afirma " La doctrina sigue el criterio, casi general de clasificar las acciones en función del derecho sustantivo que se pide. Para no caer en el error de otros teóricos, propone su calificación de la siguiente manera:

- a) Pretensiones Contenciosas: Son aquellas que tienen por objeto resolver una controversia en la que los intereses de las partes son discrepantes.
- b) Pretensiones voluntarias. En rigor todas las pretensiones son voluntarias.
- c) Pretensiones de Cognición. Son aquellas en que se pide el órgano jurisdiccional una declaración de voluntad; que pueden ser: de Condena, Declarativa, Constitutiva, Modificativa, Suspendida, De Terminación, De Ejecución, De Conciliación, de Arbitraje.

La pretensión en nuestro concepto, es algo que se muestra, tendiente a que se nos satisfaga el interés que afirmamos como jurídicamente fundado; el acto es

⁹³ NESTOR DE BUEN, L. Derecho del Trabajo, Editorial Porrúa, México 1996. P. 250.

el de demanda o de acusación, en el cual la pretensión se desarrolla como contenido de la acción procesal propuesta.

3.4. LA ACCION Y LA PRETENSION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL DISTRITO FEDERAL.

A manera de introducción, cabe explicar que conforme a lo postulado por el Maestro Ignacio Medina Lima, una consideración superficial podría identificar a la pretensión procesal, con la demanda por cuanto a ésta se dirige por el actor el tribunal en solicitud del ejercicio de la jurisdicción en el caso que se le somete; pero tal aparente equivalencia entraña el error de confundir el contenido con el continente, puesto que la demanda conlleva la pretensión, más no se identifica con ella.

La demanda es el acto jurídico en virtud del cual se provoca la actividad jurisdiccional para la composición de un litigio. En ella debe expresarse la pretensión del actor, más no es éste el único elemento que la integra. La demanda se dirige al juzgador en tanto que la pretensión se hace valer, ya sea contra o frente al demandado.

Desde otro punto de vista, se habla más comprensiblemente de pretensión a la administración de justicia, es decir, a que se lleve a cabo la función tutelar del derecho por medio de los tribunales que deben realizarla frente a las partes.

Así entendida, la pretensión reviste el carácter de un derecho subjetivo público del particular contra el Estado que le asegura la obtención de un fallo, que podrá o no resultarle favorable al mismo.⁹⁴

No se debe confundir la acción y pretensión, toda vez que es fácil utilizar el vocablo acción en forma inapropiada en nuestros dispositivos legales; la palabra

⁹⁴ Cfr. MEDINA LIMA, Ignacio. Op. Cit. P. 26 27.

acción se utiliza para indicar el procedimiento que se fija, para ciertas hipótesis de realización procesal, es decir lo que algunos textos o leyes llaman vía; en otras ocasiones se la confunde con la pretensión planteada. Por ejemplo en el artículo 3 del Código procesal se habla de acciones reales, en realidad se está hablando de las pretensiones derivadas de los derechos reales, cuando el artículo 11 del mismo código citado se habla de acción confesoria, en parte se refiere a pretensiones y en parte a derecho de fondo o sustantivo, que no le corresponde regular al código procesal. O sea que se está pensado en la vía procedimental no en la acción misma. También tenemos por ejemplo cuando la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito nos habla de la acción cambiaria en el artículo 150 y 151 se esta refiriendo a la titularidad de derechos documentados en títulos valores, mas no a la acción según los artículos 163, 164 y 165 de la citada ley. Cosa diferente a lo señalado en el artículo 167, el cual señala el procedimiento que se asigna a esas pretensiones derivadas de negocios mercantiles.

También debe decirse, en la legislación procesal los conceptos de acción y pretensión se ven como sinónimos; en el artículo 31 del Código Distrital nos habla de la "acumulación de acciones" y en la práctica se habla de "acumulación de procesos o de juicios, pero para decidir tal acumulación se toma en consideración las pretensiones deducidas al igual que la identidad de las personas, ello no autoriza hablar de acumulación de acciones.

El citado Maestro Ignacio Medina Lima⁹⁵, nos explica que la distinción entre los conceptos antes mencionados aparece ostensible con sólo recordar que la acción es un derecho subjetivo público del individuo contra el Estado, derecho correlativo de la obligación de aquél de resolver con fuerza obligatoria los conflictos de orden jurídico en los casos concretos que se le propongan, y por tanto, no susceptible de ejercitarse extrajudicialmente, ni menos de satisfacerse por alguien que no sea precisamente el órgano de la jurisdicción.

⁹⁵ IBIDEM P. 2628.

Además, con toda razón, se ha dicho reiteradamente que la pretensión no es un derecho, sino un acto, una manifestación de voluntad mediante la cual el pretensor afirma ser titular de un derecho y reclama su realización.

De esa suerte, se trata de afectar el interés jurídico de otro sujeto de Derecho, o como lo postuló Carnelutti, la pretensión es la exigencia de subordinación de un interés ajeno a un interés propio.

La existencia o no existencia del derecho afirma de igual modo, las pretensiones relativas al estado y a la capacidad de las personas en los casos litigiosos, requieren imprescindiblemente ser sometidos al proceso, tanto porque afectan al orden público, como porque en el caso de ser estimadas favorablemente en la sentencia, sus efectos podrán extenderse a terceros que no hayan sido parte en el juicio y cuyo interés jurídico podrá resultar afectado por ella.⁹⁶

3.5. LA ACCION EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 1º., del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dispone lo siguiente:

Solo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario.

Podrán promover los interesados, por si o por sus representantes o apoderados, el Ministerio Público y aquellos cuya intervención esté autorizada por la ley en casos especiales.

⁹⁶ IBIDEM. Págs. 2526 y 2527.

El mencionado Maestro Jorge Obregón Heredia, nos da su punto de vista en relación con el artículo transcrito de la siguiente manera:

La reforma a éste artículo, abandona el avance procesal logrado en el año de 1931, consistente éste, en haber superado la definición abstracta de la acción, expresada en el código procesal de 1880, heredada del código Béistegui, del estado de Puebla, cuyo texto decía:

"Se llama acción al medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos en la ley."

De la lectura del artículo derogado, nos dice, podemos percatarnos que éste era más afortunado que el actual; ya que, tenía la ventaja de indicar los elementos o requisitos esenciales que debieran satisfacerse para ser válido el ejercicio de la acción y, evitar discrecionalidades en lo referente a su existencia y aplicación.

La precisión de la norma a efecto de alcanzar su perfección, siempre ha sido motivo de preocupación del legislador, cuyo propósito ha sido sujetar la actividad de litigantes y funcionarios judiciales a fin de evitar la eventualidad, mediante la estabilidad y avances procesales.

Advierte, el citado autor, en la redacción del precepto vigente, el legislador debió imponer al juzgador la obligación oficiosa de vigilar el debido cumplimiento de los elementos esenciales de la acción, por ser de orden público el satisfacer las condiciones requeridas para la procedencia de la acción, como está previsto en el artículo 47 vigente, aún cuando sólo se hace referencia en éste precepto a la legitimación de las partes".⁹⁷

⁹⁷ Cfr. OBREGÓN HEREDIA, Jorge. Op. Cit. Pág. 14.

Por nuestra parte, podemos afirmar que efectivamente el artículo 1º., del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, peca de lacónico porque no tiene una breve definición de la acción, ni una mención de los elementos que debe contener la acción.

3.6. LA PRETENSION EN EL ARTICULO SEGUNDO DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES EN EL DISTRITO FEDERAL.

El artículo 2º., del ordenamiento jurídico en estudio prevé:

"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".

El Maestro Braulio Ramírez Reynoso, nos explica que un alcance de la palabra prestación se fue consolidando, precisamente como el objeto de la obligación consistente en dar una cosa, es decir, como el objeto o contenido de un deber jurídico.

De todo esto, se deriva un abanico de posibilidades, puesto que se le considera también como la acción o efecto de indemnizar en dinero de resarcir en especie o de llevar a cabo un servicio.⁹⁸

Brevemente, podemos afirmar que el artículo en estudio, igualmente peca de ser muy conciso, porque se presta a asimilar el concepto de pretensión con el de la prestación que se exija del demandado, y aunque fonéticamente parezcan lo mismo pretensión y prestación, consideramos que no son vocablos sinónimos, razón por la cual tendremos que coincidir con lo que afirma el Maestro Ignacio

⁹⁸ Cfr. RAMÍREZ REYNOSO, Braulio. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. México 1996. 8ª. Edición. Tomo P-Z. P. 2516.

Medina Lima, cuando en una manifestación por demás clara, nos explica lo siguiente:

Por cuanto a nuestro derecho procesal positivo, cabe citar como único precepto que hace referencia a las pretensiones, el artículo 81 del CPC, que al imponer el principio de congruencia dice:

"Las sentencias deben ser claras, precisa y congruentes con las demandas y las contestaciones y con las demás pretensiones deducidas oportunamente en el pleito, condenando o absolviendo al demandado, y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate. Cuando estos hubieren sido varios, y hará el pronunciamiento correspondiente a cada uno de ellos".⁹⁹

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

⁹⁹ Cfr. MEDINA LIMA, Ignacio. Op. Cit. P. 2528.

CAPITULO CUARTO

EL DESISTIMIENTO DE LA ACCION

En nuestras facultades de Derecho, al hacer el estudio de cualquier tema, el estudiante, en primer término recurre a los textos tradicionales, motivo por el cuál la información contenida en los mismos, es base de sus conocimientos jurídicos. Al abordar nuestro tema, cabe decir que la idea generalizada en la praxis, es que, al desistirse de la acción, ya no se puede volver a demandar por haberse agotado el derecho sustantivo con éste acto procesal, por tanto, para ver porqué se tiene este criterio, es preciso ver los antecedentes históricos, así como la naturaleza jurídica, y consecuencias jurídicas; también las opiniones de nuestros teóricos, así como de los sustentados por nuestro más alto tribunal en la interpretación de nuestro derecho positivo, es el tema a desarrollar.

4.1. CONCEPTO

La palabra desistimiento proviene del latín desistere, que en términos genéricos se contrae al acto abdicatorio que lleva a cabo el actor en un juicio, el acto procesal mediante el cual se manifiesta el propósito de abandonar una instancia o de no continuar el ejercicio de una acción, la reclamación de un derecho o la realización de cualquier otro trámite en un procedimiento iniciado.

El tratadista Eduardo Pallares en su diccionario de Derecho Procesal Civil, expone que el desistimiento "consiste en apartarse del ejercicio de un derecho o facultad procesales, ya iniciadas. Por tanto, el desistimiento puede referirse a la acción, a la instancia, a un recurso, a una prueba, a un incidente y así sucesivamente".¹⁰⁰

¹⁰⁰ PALLARES Eduardo .Diccionario. p. 252.

El desistimiento está regulado en nuestro Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal en el artículo 34: "Admitida la demanda, así como formulada la contestación, no podrán modificarse ni alterarse, salvo en los casos en que la ley lo permita".

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

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

Para el maestro José Becerra Bautista, el desistimiento de la acción es "un acto jurídico unilateral que implica la pérdida de la acción e impide el curso del juicio, de tal manera que éste se extingue"¹⁰¹

El maestro Ovalle Favela,¹⁰² define el desistimiento como "La renuncia de la parte actora a los actos del proceso o a su pretensión litigiosa."

Alsina¹⁰³ expone que el desistimiento es "El acto por el cual el actor manifiesta su propósito de no continuar el proceso".

Prieto Castro¹⁰⁴ define el desistimiento como "La declaración voluntaria del demandante de no continuar el ejercicio de la acción en el proceso pendiente iniciado por él".

¹⁰¹ BECERRA BAUTISTA, José Op. Cit. P. 413

¹⁰² OVALLE FAVELA, Teoría General del Proceso. Editorial Harla, México, 1998. Pág. 15.

¹⁰³ ALSINA HUGO. Op. Cit. P. 483

¹⁰⁴ PALLARES, Eduardo, Op. Cit p. 253.

4.2.- ANTECEDENTES.

Los antecedentes del desistimiento, así como otras figuras jurídica, se remontan al proceso romano, y de manera específica la relación procesal que surge entre las partes, y su vinculación entre estas en el proceso, para que se den los efectos procesales, y su influencia aún actual, pues es común observar que las decisiones judiciales se emplea el término litis al determinar la vinculación de las partes en el proceso, y por ende en el resultado de la decisión final lleva implícito el término de litis, motivo por el cuál se hace un breve análisis de la litis contestatio, desde el punto de vista de Fairen Guillen Víctor.¹⁰⁵

4.2.1. LA LITIS CONTESTATIO EN EL PERIODO CLASICO

En el periodo clásico romano, no existía el efecto consensual en el juicio y estos no se extinguían *piso jure*, la pretensión del actor y obligación del demandado, pues se traducían en derecho de ambos a obtener una sentencia y con la obligación de aceptar la misma, el magistrado podía autorizar el retiro de la demanda, pero si era procedente alguna excepción el proceso no podía retirarse.¹⁰⁶

En Roma, la base de la aparición de un contrato procesal lo fue la litis contestatio, concertada por las partes ante el magistrado, las partes no solo llegaban así a un acuerdo para obtener una sentencia de tipo arbitral, sino también pasaban a tener una garantía de la jurisdicción, con tal contrato el juez pasaba a tener carácter público, con la obligación de instruir y juzgar teniendo su resolución carácter de sentencia. Se entregaba por el pretor al demandado la formula y este la recibía. Así era la litis constestatio en el proceso formulario, un contrato formal entre las partes, lo que provoco el efecto consensual de la litis contestatio, este efecto consumía la acción al novar el derecho alegado por el actor en otro que se

¹⁰⁵ FAIREN GUILLEN, Víctor. El Desistimiento y su Bilateralidad en Primera Instancia. Editorial Bosch Barcelona España. 1944. p. 20.

¹⁰⁶ IBIDEM. P. 30.

extinguía con el proceso, una vez concedida la litis contestatio se extinguía, no podía ser reiterada en nuevo proceso.

La reiteración de la actio así consumida se repelía con la denegatio.

Este efecto se producía no solo cuando el proceso se decidía por sentencia, sino también en aquellos casos en que no se resolvía y se producía la prescripción o mejor, la caducidad de la causa.¹⁰⁷

4.2.2. LA LITIS CONTESTATIO EN EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

Todo proceso tenía lugar ante el magistrado, por lo cuál no era necesario el contrato de litis contestatio, la cuál pasaba a ser eventual.

Con la transformación de Roma se transformó el sistema procesal, que atendía más sus caracteres formales, el significado era el de concebir y tratar las relaciones del estado con los ciudadanos. Así que, primeramente se comenzó por imponer la autoridad para evitar la violación de los derechos de los particulares, que tenían el carácter de compromiso entre la soberanía popular y el imperium, así nace el procedimiento clásico, ésta idea la conservó el procedimiento formulario.¹⁰⁸

4.2.3. LA LITIS CONTESTATIO EN EL PROCESO FORMULARIO

En ésta época, el contrato procesal fue de suma importancia, por la necesidad de sujetar a los litigantes a la decisión de los jueces privados.

Ante el magistrado, las partes no solo llegaban a un acuerdo para llegar a obtener una sentencia arbitral, también pasaban a obtener la garantía de

¹⁰⁷ IBIDEM.. P. 40.

¹⁰⁸ IBIDEM P. 45.

jurisdicción, a través de dar acción al magistrado con tal contrato, el arbitro (juez) pasaba a tener el carácter público con la obligación de instruir y juzgar, teniendo su resolución el carácter de sentencia. Se entregaba por el actor al demandado la fórmula.¹⁰⁹

4.2.4 LA LITIS CONTESTATIO DURANTE LA EDAD MEDIA

Durante la edad media, señala que la litis contestatio cayó en desuso, apareciendo los juicios sumarios, motivados por las necesidades económicas, facilitando los procesos, como consecuencia del tráfico económico y jurídico. En la ley de los reyes católicos, se daba a los cónsules jurisdicción para conocer de los debates entre mercaderes; asimismo el procedimiento plenario surge, en 1534, para cuestiones civiles, en la ley dada por Doña Juana y Don Juan Carlos en Madrid. La doctrina ya consideraba en ésta época superflua la litis contestatio. Así las cosas en la ley civil de 1534, la litis contestatio ya no era fundamento del proceso y en ésta época se unió el proceso civil y mercantil.

La idea de la litis contestatio, concertada por demanda y contestación, perdura en la doctrina y en la legislación hasta la ley de enjuiciamiento de 1855, siendo considerada por aquella predominante como cuasicontrato¹¹⁰.

4.2.5. LA LITIS CONTESTATIO EN EL DERECHO ESPAÑOL

En el derecho de partidas, de tradición Romano Canónica, subsiste la necesidad de buscar para la bilateralidad del desistimiento un fundamento que no sea el efecto vinculatorio.

En las partidas desde la baja edad media y principio de la moderna, existe la idea de varios autores de volver a pensar en la existencia de la vinculación contenida en la litis contestatio. Por ejemplo, la ley II, título X, y partida III; a la ley

¹⁰⁹ IBIDEM. P. 60

¹¹⁰ IBIDEM. P. 84.

XXIV de las nuevas de Alfonso el sabio, que establece que una vez interpuesta la demanda no cabría el desistimiento¹¹¹ aunque antes de la litis contestatio si es posible el desistimiento según la doctrina de la época.

Después en la ley IX, del título XXII y partida III, es posible el desistimiento sin que se distinga si se produce antes o después de la litis contestatio.¹¹²

Concluye, en éste periodo el efecto vinculatorio de la litis contestatio, desaparece en la ley XIX título V, y partida III, aparece la: "quita de la demanda", expresión confusa, pero de contexto de la misma aparece inducirse la admisión del desistimiento, pero lo importante es que ya no se basa en el efecto vinculatorio de la litis contestatio, aunque señala que nada dice la ley de partidas si es bilateral o unilateral.

4.2.6. LITIS CONTESTATIO EN EL DERECHO ARAGONES

Expresa el autor citado, que en la resolución de la audiencia de Aragón, en la que se acepta claramente el desistimiento de la demanda, no impide la reiteración de la acción.

De acuerdo con la doctrina del desistimiento, en la edad moderna, se diferenciaba en Aragón del cambio de demanda.

Antes de la litis contestatio el actor podía desistirse sin ser condenado en costas, pero después de la litis contestatio, el actor que quería desistir debía impetrar licencia para hacerlo al señor de la Villa.

El desistimiento del actor se castigaba con el pago de una sanción pecuniaria; para garantizar el pago, se podía acudir incluso al arresto personal del

¹¹¹ IBIDEM. . p. 90.

¹¹² IDEM. p. 91.

desistido. Además de ser un presupuesto previo a la incoación del segundo proceso el pago de las costas del anterior.

Actualmente, refiere que la doctrina aragonés y de partidas sobre pago de costas, por el desistido como presupuesto del segundo proceso, ha sido aceptado modernamente por legislaciones tan progresistas como lo es la alemana.

Concluyendo que, se elimina la idea del efecto vinculatorio, con la doctrina procesal del proceso, al precisar que éste no es un contrato ni cuasicontrato.

En la ley enjuiciamiento civil vigente, apunta Guillen, los vestigios de la litis contestatio están presentes, pues los conceptos que aún se manejan existen términos como "se formaliza la litis mediante los escritos de demanda y contestación" referencias directas al término citado, también el término "el cuasicontrato de la litis contestatio no se produce hasta que se formalice la contestación."¹¹³

En ésta época, cita el autor, el desistimiento de la instancia o de la demanda da lugar a la simple extinción del proceso incoada y al restablecimiento de la situación anterior al mismo y la renuncia a la acción (pretensión) produce la imposibilidad de acudir a los tribunales y ponerlos en actividad en defensa del derecho material que se evidencie violado.

La doctrina española tiene la idea de que el desistimiento ha de ser aceptado por el demandado, esta idea de la bilateralidad del desistimiento, que por parte del actor significa la renuncia a obtener sentencia de fondo, de igual manera produce en el demandado estas expectativas; por ello es lógico que se le dé la oportunidad procesal de oponerse si desea oponerse, para que la sentencia quede firme, si así lo desea.

¹¹³ IBIDEM. p 68.

Así pues, se habla del expreso consentimiento de las partes, puesto que trabada la relación jurídica derivada de la litis contestatio, no es posible que uno de los sujetos tenga poder suficiente para desvirtuar los efectos naturales del proceso, el desistimiento en suma era contrato, para ellos, ahora cuestión ampliamente superada.

Al no depender de la litis contestatio, la bilateralidad del desistimiento provino de la ley.

4.3. NATURALEZA JURIDICA DEL DESISTIMIENTO.

Al plantear el problema de la naturaleza jurídica del desistimiento de la acción, nos refiere Briseño Sierra,¹¹⁴ en cuanto a la visión de Couture, se pregunta si es un acto unilateral o bilateral, únicamente se da en el desistimiento abdicativo, por lo que hace al derecho que éste dispone. El desistimiento del derecho es simplemente una renuncia que pone fin al juicio y a toda reclamación futura, aún sin conformidad del demandado

Fairen Guillen¹¹⁵, citado, por Briseño Sierra, refiere que el desistimiento de la acción es una declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar el ejercicio de la pretensión en el proceso que ya esta incoado; abandona la posición procesal creada por la presentación de la demanda, a sí como el derecho al exámen judicial de la misma en aquel proceso y a la sentencia en concreto. También menciona el desistimiento del juicio, que es el desistimiento de la acción

Senties Melendo¹¹⁶, citado por Briseño Sierra, dice, El desistimiento de la acción es un acto unilateral, que no requiere la adqueiencia del demandado, pero éste tiene derecho a impugnar sus vicios.

¹¹⁴ BRISEÑO SIERRA. Humberto Op. Cit. P. 1000.

¹¹⁵ IBIDEM. P. 1001.

¹¹⁶ IBIDEM. Pág. 1005.

También se refiere a la tesis de Alcalá Zamora,¹¹⁷ que éste se empeña en decir que el desistimiento de la acción es una especie de autocomposición, quien esta idea nos da como resultado la solución del conflicto, siendo que es el resultado de dos partes, no dándose tal composición o autocomposición, porque son resultados del juicio, no procedimientos.

En consecuencia, el desistimiento de la acción, en una declaración de voluntad unilateral; dentro del proceso, que se distingue de la renuncia del derecho, que puede efectuarse antes y fuera del proceso.

4.4. FUNCION DEL DESISTIMIENTO

La función del desistimiento, es dar por concluido el proceso.

Couture¹¹⁸ distingue cuatro aspectos diferentes de desistimiento desde un punto de vista procesal:

- a) Renuncia del Derecho. Se abdicen todas las posibilidades de volver a iniciar otro juicio.
- b) Renuncia de la Acción. Es lo mismo que la renuncia del Derecho, porque al renunciar a la acción, se renuncia a volver a iniciar otra acción igual; las cosas quedan en el estado en que se encontraban antes de la demanda, sin la posibilidad de volver a iniciar un juicio a través de la misma acción.
- c) Renuncia del Juicio. Se renuncia al juicio actual, pero con la posibilidad de volver a iniciar otro juicio.
- d) Renuncia a un Derecho Procesal Concreto. En realidad no es un desistimiento, sino una pérdida de oportunidad para poder ganar o demostrar el juicio.

¹¹⁷ IBIDEM Pág. 1007.

También Ovalle Favela¹¹⁹ clasifica las formas de poner fin a un procedimiento de la siguiente manera, normales y anormales:

1) Forma Normal:

a) Sentencia.

Es la culminación de un procedimiento judicial, mediante la resolución que pronuncia el órgano jurisdiccional sobre la controversia que se le plantea.

Las sentencias se clasifican en:

Interlocutorias. Son decisiones que resuelven un incidente promovido antes o después de dictada la sentencia.

Definitivas. Son aquellas que resuelven las controversias de fondo.

2) Formas Anormales.

Transacción. Es el acuerdo de las partes que haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente.

Para José Becerra Bautista¹²⁰ tres son los requisitos esenciales de la Transacción:

Primera.- Una relación incierta, bien sea porque exista un litigio pendiente o porque haya temor de una condena adversa,

Segunda.- Intención de las partes de sustituir esa situación dudosa por cierta,

Tercera.- Recíprocas concesiones de las partes."

Sin embargo, considero que en muchas ocasiones la prestación que debe realizar el demandado a favor del acreedor (actor) es cierta y determinada, pero por razones de economía procesal, tiempo y deseo de disponer de parte de los

¹¹⁸ COUTURE Op. Cit. Página 150.

¹¹⁹ OVALLE FAVELA, *Teoría General del Proceso*, Editorial Harla, 1997. Pág. 20.

¹²⁰ BECERRA BAUTISTA José Op. Cit. P. 150.

bienes que se pretenden obtener, culmina con la celebración de una transacción en el procedimiento judicial.

Hay varios casos sobre los cuales no se pueden realizar transacciones, tales como el derecho de los menores a recibir alimentos, la validez del matrimonio, el estado civil de las personas, entre otras figuras jurídica.

Entre las formas para dar por terminados los juicios, conforme a nuestra legislación vigente, se encuentran:

- a) **Conciliación.** Es un acto en virtud del cual las partes, a propuesta del juez, ponen fin a la controversia, por mutuo consentimiento. Se contempla en el artículo 272-A del CPC.
- b) **Caducidad de la instancia.** Consiste en la extinción del procedimiento a causa de la inactividad procesal de las partes, durante un periodo de tiempo determinado por la ley.

En el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el artículo 137 bis determina que el plazo es de ciento veinte días hábiles, contados a partir de la notificación de la última determinación judicial," y en el Código Federal de Procedimientos Civiles es de un año para que opere la caducidad, en los términos del artículo 373, IV. Su finalidad es la de evitar que los procedimientos se abandonen por mucho tiempo. Es importante señalar que en nuestro derecho la caducidad extingue el procedimiento, no la acción, y en esta virtud, el actor puede volver a ejercitar la acción, salvo que se haya extinguido por otra causa.

- c) **Desistimiento.** Es una forma anormal de poner fin a la relación procesal, y dependiendo del tipo de desistimiento, ya de la instancia, ya de la acción, la terminación del procedimiento será definitiva o temporal.

José Becerra Bautista ¹²¹ enseña que el desistimiento consiste en pedir al juez que se dé por concluido el proceso en el acto mismo, en que se hace la petición. Y añade en relación con el desistimiento de la instancia que "la parte actora deja intacto su Derecho Sustantivo para ejercitarlo después. Cuando el desistimiento es de la acción "trae como consecuencia la pérdida del Derecho Sustantivo que se hace valer a través de la demanda".

Me permito comentar, que en todo caso en el desistimiento de la acción se pierde el derecho para reclamar judicialmente la pretensión y no el derecho sustantivo, toda vez que al ejercitar una acción, ésta conlleva una pretensión y no necesariamente un derecho sustantivo, como lo hemos dejado asentado en el tema acción y pretensión, en el capítulo anterior.

4.5. CONSECUENCIAS JURIDICAS DEL DESISTIMIENTO

Los efectos en el desistimiento de la acción son:

- 1.- Poner fin al procedimiento.
- 2.- Deja intocado el problema sustancial o de fondo, materia de la contienda.
- 3.- El Juez decreta la extinción del proceso, aún sin consentimiento del demandado y el archivo del expediente.
- 4.- La obligación de pagar costas a la contraparte emplazada, salvo convenio en contrario.
- 5.- El pago de daños y perjuicios al demandado.
- 6.- La interrupción de la prescripción, desaparece con efectos retroactivos.

El desistimiento del derecho sustancial, que no lo contempla el Código Procesal, es el abandono de la pretensión jurídica e implica la renuncia de la

¹²¹ IBIDEM. p. 151.

acción y la continuación de los trámites del procedimiento, ya que las actuaciones correspondientes no podrían llevarse adelante si se carece de sustentación legal.

Pensamos que la exigencia de pagar daños y perjuicios a la contraparte, derivada, se puede decir que es un resabio de épocas ya superada, cuando el proceso se concebía como un cuasicontrato de la litis contestatio, o porque pues el termino de pagar daños y perjuicios, se deriva estrictamente de un concepto puramente civil.

4.5.1. CLASES DE DESISTIMIENTO.

Nuestra legislación distingue varias clases de desistimiento; el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, regula el desistimiento. Gómez Lara¹²² nos señala las clases de desistimiento de demanda, instancia y acción respectivamente de la siguiente manera:

El desistimiento de la demanda es en realidad una actitud del actor por la que se retira el escrito de demanda antes de que haya sido notificada al demandado, pues en este caso la relación procesal aún no se ha dado.

El desistimiento de la instancia nos dice que implicaría que ya el demandado hubiere sido llamado a juicio y entonces, se requerirá su consentimiento expreso para que surta efectos el desistimiento del actor.

El desistimiento de la acción nos refiere que en realidad lo que se tiene es una renuncia al derecho o a la pretensión, caso en el cuál este desistimiento prospera aún sin el consentimiento del demandado.

Concluye el referido autor, que de las tres figuras del desistimiento, resulta que la única que puede considerarse en rigor auto compositiva, es decir, que

¹²² GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría. Op. Cit. Pág. 36 y 37.

resuelve el juicio de fondo, es el desistimiento de la acción, porque en su concepto significa una renuncia a la pretensión o del derecho, por lo que se está solucionando el litigio al no haber ya pretensión, solo aclara que en el desistimiento de la acción no puede tener efectos jurídicos vinculatorios en caso de los llamados derechos irrenunciables.

4.5.2. REQUISITOS PARA QUE EL DESISTIMIENTO SEA VALIDO

Como cualquier acto jurídico, para que tenga consecuencias legales este debe tener los elementos necesarios, por tanto, el desistimiento que se haga deberá contar con consentimiento, tiempo y capacidad.

4.5.2.1. CONSENTIMIENTO

Para que sea eficaz el desistimiento de la demanda, se requiere el consentimiento del demandado, si ya fue emplazado a juicio. No así, si el demandado no ha sido emplazado. El consentimiento es el acto jurídico, cuya manifestación exterior de la voluntad tiende a la producción de efectos de derecho sancionados por la ley.¹²³ La Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre este tema ha expresado:

“DESISTIMIENTO DE LA DEMANDA SIN CONSENTIMIENTO DEL DEMANDADO, ES INCONSTITUCIONAL EL ARTICULO 26 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL ESTADO DE MICHOACAN QUE PERMITE EL. Cuando una persona solicita ante el órgano jurisdiccional la tutela jurídica de sus pretensiones y se llama a la contraparte que opone las excepciones que estima pertinentes, surge una relación jurídica autónoma, compleja y de derecho público entre las partes y el órgano estatal, dentro de la cual los contendientes tienen derecho y obligaciones. En este caso, deberá hacerse por escrito ante el órgano

¹²³ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel. Op. Cit. Pág. 50.

jurisdiccional competente. El demandado tiene una facultad de obrar, en forma contradictoria al actor, y el derecho a que se dicte una sentencia que resuelva el fondo de la cuestión planteada por el actor. Dentro del proceso, actor y demandado se encuentra colocados en un plano de igualdad; ambos deben ser titulares de derechos recíprocos. El desistimiento es la declaración de voluntad del demandante, que unida a la conformidad del demandado, tiene por objeto dar por terminada la relación procesal, sin sentencia, como no significa la absolución de la acción, el demandado queda expuesto al inicio de un nuevo proceso, con base en la misma pretensión. Si el demandado tiene o puede tener interés en que la cuestión se resuelva dentro del proceso mediante una sentencia en la que se examinen sus defensas y que dicha cuestión no se suscite nuevamente, ello basta para estimar que la cesación de la relación procesal no debe depender de la voluntad unilateral del actor, sino que, para que surta efectos el desistimiento de la demanda, debe someterse a la consideración de la parte demandada a fin de que exponga sus puntos de vista y consienta o se oponga a él. Al no darse esa oportunidad el demandado, ello acarrea la privación de los derechos que adquirió en el proceso, quedando colocado en una situación desventajosa respecto del actor. Lo expresado conduce a decidir que tratándose del desistimiento de la demanda, deberá oírse al demandado y en esa forma respetar una de las garantías que consagra el artículo 14. En tales circunstancias, si a virtud de la integración de la relación jurídica procesal ambas partes adquieren derecho al pronunciamiento de una sentencia, el artículo 26 del Código Procesal Civil del Estado de Michoacán viola el artículo 14 Constitucional al facultar a la autoridad judicial para tener por desistido de la instancia al actor, afectando al demandado en sus derechos al no requerirse su consentimiento para ello. En esa forma, la referida ley desconoce una formalidad esencial del procedimiento, similar a las

señaladas en las fracciones III, VI, VII y VIII del artículo 159 del la Ley de Amparo."

En cambio, para que sea eficaz el desistimiento de la acción, no se requiere del consentimiento de la contraparte. No es válida la aceptación de un desistimiento, si contiene reservas o condiciones, ya que es ilógico supeditar la firmeza de las resoluciones, al hecho de que se ajusten o no a las condiciones fijadas por el que desiste.

4.5.2.2. TIEMPO

El desistimiento puede hacerse en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de la citación para sentencia, que pone fin a la intervención de las partes en el procedimiento, toda vez que dictar la sentencia corresponde exclusivamente al órgano jurisdiccional, sin intervención de las partes.

4.5.2.3. CAPACIDAD

Los sujetos de derecho, pueden hacer valer ejercitar sus derechos y cumplir con sus obligaciones de manera personal o por conducto de sus representantes legales, por lo que la capacidad es la actitud jurídica para ser sujeto de derecho, deberes y obligaciones y de ejercitarlos.¹²⁴

Cualquier persona que goza de capacidad general, puede desistir, siempre y cuando el negocio sea propio; pero, tratándose de negocios ajenos, La doctrina es unánime en cuanto a su decisión, tanto el procurador como el mandatario requieren de cláusulas especiales para realizar este tipo de actos, toda vez que el daño que puede causar a sus mandantes podría llegar a ser irreparable y además

¹²⁴ GUTIERREZ Y GONZALEZ. Ernesto Op. Cit.. Pág. 33.

este acto es personalísimo, pero no es necesario tener una cláusula especial para este tipo de actos cuando el desistimiento puede verse sobre la instancia.¹²⁵

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal en su artículo 2587 establece que "el procurador no necesita poder o cláusula especial, sino en los casos siguientes: I.- Para desistirse;..."

4.6. DOCTRINA EN MÉXICO

Eduardo Pallares, autor de varios textos en materia del derecho procesal civil, es uno de los autores más leídos por estudiantes y profesores, y sus conceptos se reflejan en nuestras aulas.

Es él, quien al respecto del desistimiento manifiesta que consiste en el acto de desistirse, a su vez este verbo significa, según el diccionario de la academia, apartarse de una empresa, abdicarlo o abandonarlo, con mas propiedad puede decirse que el desistimiento consiste en apartarse del ejercicio de un derecho o facultad procesal ya iniciados, por tanto, el desistimiento puede referirse a la acción a la instancia, a un recurso, a una prueba o a un incidente.

Si se trata del desistimiento de la acción, se produce la pérdida del derecho que el actor hizo valer en el juicio, porque al renunciar a la acción se renuncia al derecho que mediante ella se hizo valer.

Apunta, el desistimiento de la acción es un acto procesal por medio del cual el actor renuncia a la acción que ha ejercitado en juicio; como la palabra acción en este caso esta tomada en el sentido del derecho subjetivo que el actor pretende

¹²⁵ ROJINA VILLEGAS Rafael. Derecho Civil Mexicano. Editorial Porrúa, 1995. Pág. 427.

tener en contra del demandado, es evidente que el desistimiento de la acción equivale a la renuncia de este derecho.¹²⁶

Cipriano Gómez Lara, es otro autor contemporáneo consultado por estudiantes, el cuál respecto de nuestro tema refiere; "el desistimiento puede ser definido como una renuncia procesal de derecho o prestaciones".¹²⁷

Explica que el mal llamado desistimiento de la acción lo que en realidad se tiene es una renuncia del derecho o la pretensión caso en el cual este desistimiento prospera aún sin consentimiento del demandado.

Señala que el desistimiento de la acción es la única figura autocompasiva, de los tres tipos de desistimiento, demanda, instancia y acción ya que ésta última significa renuncia de la pretensión o del derecho, se está solucionando el litigio al no haber ya pretensión ya que sin la existencia de la pretensión, no puede subsistir el proceso.

Haciendo notar que en forma similar a como sucede con el desistimiento de la demanda. También en este caso el desistimiento de la instancia no llega a resolverse ni a solucionar el litigio, ya que lo único que sucede es que las partes, de común acuerdo admiten que el proceso se termine sin que esa terminación del proceso pueda afectar sus derechos, los cuales quedan un columen, intocados, es decir, sin haberse perjudicado y listos para plantearse en ulterior proceso.

En cuanto al desistimiento de la acción, refiere que es propiamente un desistimiento de la pretensión o del derecho, no tiene efectos jurídicos vincula

¹²⁶ Cfr. PALLARES, Eduardo; Diccionario. p. 184.

¹²⁷ GOMEZ LARA, Cipriano, Teoría p. 27.

torios, es el caso de los llamados derechos irrenunciables los que merecen una tutela especial y que afectan el orden o el interés público, ejemplo: derechos de familia, alimentos o bien derechos sociales, como los regulados por el derecho del trabajo.

Concibe al desistimiento de la acción o pretensión como la renuncia al derecho material ya que menciona que con este tipo de desistimiento se llega a solucionar el litigio, lo cuál pensamos es porque sigue la doctrina clásica de considerar al desistimiento de la acción como renuncia al derecho sustantivo y concibe la pretensión sustantiva no procesal.

El Maestro José Ovalle Fabela, respecto al tema que nos ocupa, apunta que el desistimiento de la acción "es la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante, y en caso de haber promovido ya el proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvencción".¹²⁸

Señala que el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles, para el Distrito Federal, distingue con algunas confusiones el desistimiento de la acción (o más específicamente de la pretensión) pues extingue (la acción) aún sin consentirlo el demandado; por ello este tipo de desistimiento proporciona una solución definitiva al litigio, ya que la parte actora no podrá formular de nuevo la acción desistida, y el desistimiento de la demanda o de la instancia que solo es una renuncia a los actos del proceso, por lo que deja a salvo la acción intentada, la cuál podrá ser de nueva cuenta ejercida, en un proceso posterior.

El desistimiento de la acción tiene como presupuesto indispensable, el carácter renunciante o disponible de los derechos substanciales o materiales en lo que intenta fundarse, por ésta razón, este medio auto compositivo opera

¹²⁸ OVALLE FAVELA, Op. Cit. P. 16.

válidamente en los litigios civiles, mercantiles y en general en todos aquellos en los que las partes tienen poder o facultad de disponer sus derechos materiales controvertidos.

Advirtiéndose de esta conclusión, que refiere a la renuncia de los derechos materiales, por tanto, consideramos que concibe a la acción como el derecho hecho valer en juicio siguiendo la escuela clásica.

Otro distinguido procesalista que es consultado en nuestras aulas, es Niceto Alcalá Zamora y Castillo, quien hace un análisis de nuestro tema en los siguientes términos:

a).- Mientras el desistimiento de la pretensión tiene carácter definitivo, el de la instancia tan solo indefinido, ya que puede emprenderse el nuevo proceso, antes de que opere la prescripción extinta.

b).- El desistimiento de la pretensión no es el gemelo de la instancia, sino del allanamiento, como expresiones ambas de autocompasión unilateral, junto a la bilateralidad, o sea la transacción, las tres ponen término al proceso mediante extinción del litigio, a diferencia de la instancia, que deja a este en pie, de manera latente.

c). Como cualquier otra forma autocompositiva, el desistimiento de la pretensión supone el remplazo del pronunciamiento imparcial del juzgado sobre el fondo del litigio, por el pronunciamiento parcial e ínter partes uno (en el allanamiento) o de ambos litigantes (en la transacción) mientras que en el de la instancia deja sin decidir el pleito.

d) La instancia pertenece a los dos litigantes, y de ahí que para la validez del desistimiento acerca de ella se exija el consentimiento del demandado, merced a la cual reviste la forma de una transacción procesal, en la que la pretensión sustantiva o de fondo, objeto del otro desistimiento, se ve sustituida por una procesal referente abandono del procedimiento seguido; en cambio la pretensión incumbe exclusivamente al actor, sea el inicial o reconveniente, y el desistimiento

de la misma no requiere, por tanto aquiescencia del demandado, salvo denunciar los vicios que la invaliden.

f) El desistimiento de la instancia, hay que alinearlos junto con la caducidad, mientras que el desistimiento de la pretensión ha de colocarse al lado de las otras dos formas autocompositivas (allanamiento y transacción) y de cosa juzgada.

g) El desistimiento de la instancia supone paralización de la actividad procesal, con "deis a quo cierto" (el momento en que se extienda la constancia judicial de haber recaído conformidad del demandado) el "deis a que incierto" (caso en que se promueve demanda dentro de los límites de la prescripción extintiva); el desistimiento de la pretensión implica, por el contrario, conclusión del proceso, con decisión sobre el litigio, y una vez producido, elimina en absoluto la incertidumbre que el otro abre desde el instante mismo de producirse: esta incertidumbre es la que explica que el de la pretensión es unilateral y que el de la instancia tenga que ser bilateral.¹²⁹

Destaca que el desistimiento químicamente puro, es el de la pretensión que es unilateral. En cambio el abandono de la instancia tiene que ser bilateral; la razón fundamental para él es que, en tanto si el actor se desiste de la pretensión "el demandado queda protegido frente a la contingencia de una nueva demanda por la excepción del desistimiento, equivalente en sus efectos a la cosa juzgada material, en caso de simple abandono de la instancia, corre el riesgo, mientras la pretensión no perciba, de que se la vuelva a esgrimir en un nuevo juicio.¹³⁰

De las ideas expuestas por este autor, podemos concluir que desde luego hace una clara distinción entre el desistimiento de la instancia y de la pretensión. Esta última vemos que la concibe como el derecho material alegado en juicio, por tanto de la abundante exposición no queda duda que confunde a la acción procesal con el derecho material, y sigue a la escuela clásica.

¹²⁹ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Derecho Procesal Mexicano, México, Editorial Porrúa. Págs. 270 a 273.

¹³⁰ IBIDEM. P. 279.

Humberto Briseño Sierra¹³¹, es otro procesalista contemporáneo que analiza el tema a estudio, y al respecto expresa que el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles es más amplio que sus antecesores, este último artículo destinado a las acciones, resulta desafortunadamente modificado frente a sus correspondientes de las leyes del siglo pasado, en efecto, si se toma como oportuno de contraste el artículo 21 de 1884, es menos confuso que el actual, ya que se limitaba a decir que intentada la "acción" y contestada la demanda, no podía abandonarse para intentar otra en el mismo juicio. Con ello se podría suponer que apenas se regulaba la prohibición de transformación de la demanda y cuando mucho el apartamiento de un proceso para intentar otro; pero se silenciaba por obvia, la facultad de renunciar al derecho sin autorización de nadie. El precepto vigente hace más difícil su comprensión con las palabras "en todos casos", con lo que se duda si necesariamente hay una verdadera diferencia entre desistir de la instancia o de la acción.

Hace mención de que los códigos que inspiraron al legislador de 1932, más que hablar del desistimiento de la instancia o de la acción, se referían al problema distinto de la transformación de la demanda, si el hacerlo es consecuencia del desistimiento o no, es algo realmente previsible "a priori", por ende, cuando se da una supuesta normativa al problema doble del desistimiento lo que hay que precisar es: primero si se trata de un verdadero y propio desistimiento o por el contrario hay una renuncia a la pretensión sustantiva, segundo, si cabe autorizar el desistimiento únicamente significado en ciertas condiciones: antes de contestar la demanda, con el consentimiento de la contraria después de contestada.

Concluye este autor, que no se ha dado importancia al problema, pero que en la práctica se presentan a diario dificultades en los tribunales o no se resuelven dejando que las partes debatan y el asunto se vaya a la superioridad, o cometen errores increíbles por manifiesta ignorancia, y la solución que debe sostenerse es que intentada la acción y admitida la demanda, ya no cabe el desistimiento lo que

¹³¹ BRISEÑO SIERRA. El Juicio Ordinario Civil. Pág. 285.

la renuncia al derecho o la pretensión sustantiva en cualquier tiempo, aún después de sentencia inimpugnable.

No estamos de acuerdo con la solución propuesta al problema. Si bien, hace referencia únicamente al desistimiento del derecho o pretensión sustantiva, y no a los demás actos procesales, ya que ello implica romper con el principio dispositivo del derecho procesal civil, lo que hay que precisar son las consecuencias para el actor que se desiste.

Además, se debe de hacer notar que este autor también hace referencia que el desistimiento ha de ser sobre el derecho sustantivo o material, más no a la pretensión procesal, por lo que considera que se hace valer el derecho material en la acción.

4.7.- CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

CONCEPTO DE JURISPRUDENCIA:- Son las interpretaciones y consideraciones jurídicas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derecho especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley¹³²

El artículo 192 de la Ley de Amparo, establece la jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los tribunales Unitarios y colegiados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los Tribunales Militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales”

" Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por catorce ministros, si se trata de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros en los casos de jurisprudencia por salas"

" También constituyen jurisprudencia las resoluciones que dilucidadas las contradicciones de tesis de Salas y de Tribunales Colegiados."

El artículo 193 de la misma Ley de Amparo señala: La jurisprudencia que establezca cada uno de los tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los tribunales unitarios, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del fuero común de los estados y del Distrito federal, y los tribunales administrativos y del trabajo locales y federales. Las resoluciones de los tribunales Colegiados de Circuito constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por unanimidad de votos de los magistrados que integran cada tribunal colegiado"

Como se advierte de lo aquí señalado la función jurisdiccional es resolver las cuestiones planteadas en el juicio, por tanto a la autoridad judicial le corresponde interpretar y aplicar la norma jurídica y su decisión será la verdad legal, en consecuencia, es pertinente ver cual es el criterio que se adopta para resolver un litigio en el cual se plantea el desistimiento de la acción, para lo cual transcribimos algunos criterios sustentados por nuestro más Alto Tribunal.

"ACCION, DESISTIMIENTO DE LA IMPLICA SU EXTINCION Y NO SOLO DE LAS PRETENSIONES DEDUCIDAS EN EL JUICIO DE TERMINACION DE ARRENDAMIENTO.- De conformidad con el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, el desistimiento de la acción equivalente a la extinción de los derechos sustantivos base de la

¹³² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa México, 2001. P. 821.

acción que tienen no por razón del juicio, sino con motivo del título o causa generadora de los mismos: de donde se sigue que no es procedente intentar la misma acción de terminación del contrato de arrendamiento con base en las pretensiones reclamadas con anterioridad, más aún, si el derecho positivo mexicano existen otros medios legales para obtener la entrega del bien arrendado".

Noveno tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 179/93, Carlos Velázquez Martínez, 18 de febrero de 1993. Unanimidad de votos, Ponente Jorge Trujillo Muñoz, Secretario Luis Gordillo Gómez.

"DESISTIMIENTO DE LA ACCION, LA PERDIDA DEL DERECHO QUE SE HIZO VALER EN EL JUICIO, SOLO SE DA EN RELACION DE LOS HECHOS QUE DIERON MOTIVO AL EJERCICIO DE LA ACCION.- El desistimiento de la acción produce la pérdida del derecho que se hizo valer en el juicio, pero esa pérdida se da en relación con los hechos que se dieron con motivo al ejercicio de dicha acción, por lo que no puede implicar la pérdida del derecho de ejercer la acción con fundamento en otros hechos y por causas que pudieran servir de base para volver a intentarla".

Octavo tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Amparo Directo 52/95. María Antonieta López de las Torres, 9 de febrero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente María del Carmen Sánchez Hidalgo. Secretario Francisco Javier Rebolludo Peña.

"DESISTIMIENTO DE LA ACCION Y DE LA DEMANDA.- No es lo mismo desistir de la acción que de la demanda, ya que en el desistimiento de la demanda, se pierden todos los derechos y situaciones procesales; y si no ha prescrito la acción puede volverse a presentar nueva demanda, pero cuando hay desistimiento de la acción,

se produce la pérdida del derecho que el actor hizo valer en el juicio, porque al renunciar a la acción se renuncia al derecho".

Amparo Directo 5755/76, Paula Hernández Franco. 10 de octubre de 1997, 5 votos, Ponente María Cristina Salmoran de Tamayo. Séptima Epoca Vols. 103-108 Quinta parte, Pág. 15. Precedentes que no han sentado jurisprudencia 1969-1986. Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca 1987, Cuarta Sala.

Como se observa, en las interpretaciones jurisprudenciales, existe discrepancia, pero se concibe a la acción como pretensión en algunos casos y el derecho material hecho valer en juicio en otros tantos.

Consideramos que lo analizado en este capítulo, es consecuencia, de la formación que tiene en la vida académica y la práctica profesional, donde convergen tanto las interpretaciones doctrinarias, como las interpretaciones que hace cada litigante y juzgador respectivamente apoyadas de un precepto que el legislador trato de corregir sin clarificar su contenido, derivado de influencias doctrinarias de diversas época , que a su vez provenían de códigos y autores extranjeros que han sido insignes en la ciencia procesal , y los teóricos nacionales que desarrollaron su doctrinas también basados desde la concepción de la acción contenida en el Código de Procedimientos Civiles, de 1884, hasta el Código de 1932, vigente,

Por lo anterior, podemos decir que se debe precisar en la legislación procesal, el termino de acción y pretensión, para distinguirlas del derecho sustantivo o material y si bien la ciencia procesal es autónoma de cualquier cuestión sustantiva, cuando acudimos al tribunal se suele confundir; por ello también es pertinente determinar en el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles, que el desistimiento de la acción, no implica la renuncia al derecho sustantivo.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La acción jurídica es uno de los conceptos mas discutidos en la doctrina. Se conoció tradicionalmente como el derecho mismo que se hace valer en juicio; las corrientes doctrinarias en diversas épocas han sido origen y sustento del cuerpo de leyes que son derecho positivo en determinado Estado. El derecho positivo mexicano, ha seguido la suerte de influencias doctrinarias diversas, como debe ser, resultado de ello han sido los cuerpos de leyes que han formado parte de nuestra vida jurídica.

SEGUNDA.-El concepto de acción desde los inicios dentro de nuestra legislación ha sido tomado desde el punto de vista del derecho material o sustantivo, ya que la doctrina así lo ha entendido, y se ve reflejado en nuestra actual legislación procesal ya que en varios dispositivos se toma a la acción como derecho sustantivo.

TERCERA.- El concepto de acción en la teoría se establece que es un derecho subjetivo público. En la práctica al ejercitar y aplicar por los postulantes y juzgadores dicho concepto, se torna confuso,

CUARTA.-La pretensión procesal, es una figura que se confunde con la acción, por no estar debidamente precisado su concepto en la ley adjetiva. En la teoría tal concepto se ha desligado desde hace tiempo de la acción procesal, se ha determinado que no es un derecho, sino una manifestación de la voluntad, que al ejercer el derecho de acción se manifiesta aquella ante el tribunal por medio de la demanda.

QUINTA.-La confusión de conceptos de acción y pretensión se ha dado con motivo de la aplicación del derecho positivo, esto derivado de los conceptos que se han adquirido en la formación jurídica que se asimila a través de los textos que

nos han legado diversos estudiosos del derecho, que como se ha visto, existen diversidad de opiniones al respecto, tanto como de teorías tradicionalistas como de las mas evolucionadas.

SEXTA.- La confusión de conceptos de acción y pretensión, la vemos reflejado en las clasificaciones de los juicios que aun se observa en los textos vigentes que se consultan en las escuelas de derecho. Asimismo en la exposición que hace el legislador respecto de las reformas del Código adjetivo que se hicieron en el año de 1986, respecto a la acción.

SÉPTIMA.-El desistimiento de la acción, es un tema no nuevo, pero si de escaso debate. Tradicionalmente se ha entendido como un acto que pone fin al proceso, desde sus antecedentes hasta la fecha. La naturaleza jurídica nos dice que es una manifestación unilateral de voluntad

OCTAVA.- El problema del desistimiento de la acción estriba en que la teoría, en no pocas ocasiones y derivado de la confusión de los términos de acción y pretensión, ha considerado que al desistirse de la acción se desiste del derecho sustantivo hecho valer en el juicio. Tal confusión la vemos tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, y aún en la praxis, ya que existen diversos criterios originados desde luego de la formación que se adquiere en las aulas y la práctica cotidiana

NOVENA.-La función del desistimiento de la acción es poner fin al juicio, pero únicamente se desiste del derecho a acudir en ejercicio del derecho subjetivo de pedir al tribunal resuelva una controversia.

DECIMA.-Las consecuencias jurídicas del desistimiento, es que las cosas vuelven al estado en que originalmente se encontraban antes de la presentación de la demanda, es decir que el derecho invocado queda subsistente, y se puede

hacer valer en cualquier momento que se desee, al no ser que haya prescrito, pero ésta última situación, en su oportunidad lo declarara el juzgador.

DECIMO PRIMERA.- Es claro que nuestra postura respecto al desistimiento de la acción, consiste en señalar que dicho desistimiento no significa renuncia al derecho subjetivo público, en virtud de que el citado abandono se realiza para llevarlo a efecto en mejor momento, por ello nuestra acción como una facultad poner en movimiento a las autoridades judiciales, no debe ser tomada como una renuncia expresa y no tiene por que afectar nuestro derecho substancial, para poderlo ejercer en cuanto lo consideramos oportuno.

DECIMA SEGUNDA.- Se propone que en la legislación procesal se deben de precisar los conceptos de acción y pretensión. La primera para determinar que es el derecho publico que tiene los sujetos de derecho para acudir a juicio, y que el mismo es independiente del derecho sustantivo o material que se haga valer. La pretensión se debe establecer que es la manifestación de lo que se pide en juicio ante el tribunal y que es independiente de la pretensión sustantiva.

DECIMA TERCERA.-En cuanto al artículo 34 del Código procesal, se debe precisar que en cuanto al desistimiento de la acción, éste acto procesal pone fin al juicio, y dejan a salvo los derechos de las partes.

BIBLIOGRAFIA

- ADAME GODDARD, Jorge. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. México 1995. 8ª. Edición. Tomo d-h.
- ALCALA-ZAMORA y CASTILLO-NICETO. Cuestiones de Terminología Procesal. Editorial UNAM. México 1972.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa. Editorial UNAM. Textos universitarios. México 1970.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Síntesis de Derecho Procesal en Panorama del Derecho Mexicano. Editorial UNAM. México 1966. 15ª. Edición.
- ALSINA, Hugo. Derecho Procesal Civil. Tomo I. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1970
- BECERRA BAUTISTA, José. El proceso civil en México. Editorial Porrúa. México 1995. 16ª. Edición.
- BEJARANO SANCHEZ, Manuel. Obligaciones Civiles. Editorial Oxford University Press, 4ª. Edición. 1998.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Juicio Ordinario Civil. Editorial Trillas. México 1975
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho Procesal. Editorial Harla. Colección Juristas Latinoamericanos, segunda edición México 1995.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, El Juicio de Amparo. Editorial Porrúa, 38ª. edición, 2001.
- CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Traducción de Santiago Senties Melendo. Editorial De palma. Buenos Aires, Argentina 1971.
- CARNELUTTI, Francesco. Instituciones Del Proceso Civil. Editorial Astrea. Buenos Aires Argentina. 1976.
- CLARIA OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal. Editorial De palma. Buenos Aires, Argentina 1989. 1ª. Reimpresión.
- CORTES FIGUEROA Carlos. Entorno a la Teoría General del Proceso. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1994
- COUTURE, Eduardo J. Las Garantías Constitucionales del Proceso Civil. Editorial Ediar. Buenos Aires, Argentina. 1980.

- DE PINA, Rafael y otro. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 1981. 14ª. Edición.
- DEVIS ECHANDIA Hernando. Teoría General del Proceso. Tomo I Editorial Universidad S.R.L. Buenos Aires Argentina 1984.
- DORANTES TAMAYO, Luis. Elementos de Teoría General del Proceso. Editorial Porrúa. México 1997. 5ª. Edición.
- DOS REIS, José Alberto. Teoría de la Acción. Traducido por Guillermo García Maynez. Compañía General Editora. México 1944. Porrúa. México.
- EUGINE Petit, Tratado Elemental de Derecho Romano. Editorial Epoca, México, 1980. Porrúa, México 1974.
- FAIREN GUILLÉN Victor, El Desistimiento y su Bilateralidad en Primera Instancia. Editorial Bosch. Barcelona, España, 1944.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. El Juicio de Amparo. Porrúa México, 1974.
- _____ La función Constitucional del Ministerio Público. Editorial UNAM. México, 1982.
- FLORES GARCIA, Fernando. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. México 1995. 8ª. Edición. Tomo a-ch.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 1974.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Editorial Porrúa, México 1996.
- GOMEZ LARA, Cipriano. Las Reformas al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Revista Procesal. México 1986.
- GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Textos Universitarios, México 2001.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ Ernesto, E l Patrimonio. Editorial Cajica, 3ª. Edición, México, 1990.
- GUASP, Jaime. Derecho Procesal Civil. Instituto de Estudios Políticos. Tomo I. Madrid, España 1956.
- MEDINA LIMA, Ignacio. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. México 1995. 8ª. Edición. Tomo p-z.

MEDINA LIMA Ignacio. Obra Jurídica Mexicana. Procuraduría General de la República. México 1987.

NESTOR DE BUEN, L. Derecho Procesal del Trabajo. Editorial Porrúa, México, 1996.

OBREGON HEREDIA, Jorge. Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal Comentado y Concordado. Editorial Porrúa. México 1992. 9ª. Edición.

OVALLE FAVELA, José. Derecho Procesal Civil. Editorial Harla. México, 1995. 7ª. Edición.

OVALLE FAVELA, José. Teoría General del Proceso. Editorial Harla, México, 1998.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Editorial Porrúa. México 1970. 6ª. Edición.

PALLARES, Eduardo. Tratado de las Acciones Civiles. Editorial Porrúa. México 2000. 9ª. Edición.

RADBRUCH, Gustavo. Introducción a la filosofía del derecho. Traducción de Wenceslao Roces. Fondo de Cultura económica. 1956.

RAMIREZ REYNOSO, Braulio. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa-UNAM. México 1995. 8ª. Edición. Tomo p-z.

REMUNDIN, Ricardo, Los Conceptos de Pretensión y Acción en la Doctrina Actual. Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1966.

VELASCO SANTELISES, Rodrigo, La Pretensión en el Proceso Civil Chileno. Editorial Ediar, Chile, 1988.

LEGISLACION

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Porrúa. México. 1995.

Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, Editorial Sista, S.A. de C.V., 2001.

Ley de Amparo, Editorial Sista, S.A. de C.V., 2000.

Exposición de Motivos de las Reformas y Actualización hechas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y Territorio de Baja California en cumplimiento al Decreto de 1º. De Junio de 1880, Imprenta Francisco Ortiz de León. 1880.

TESIS Y JURISPRUDENCIA

UIS 2000 Jurisprudencia y Tesis Aisladas, 1917-200, Poder Judicial de la Federación Suprema Corte de Justicia de la Nación