

860
297



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"LA AUTONOMIA DE LA ACCION"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A I
ARTURO VALDEZ NOTARIO

SECRETARIA DE EDUCACION PUBLICA
EXAMENES PROFESIONALES



CIUDAD UNIVERSITARIA

1991

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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

INDICE

"LA AUTONOMIA DE LA ACCION"

Introducción

Capítulo I.- Antecedentes históricos

| | |
|--|--|
| 1.1. Justicia privada.....1 | |
| 1.1.1 Prohibición del ejercicio de la defensa privada3 | |
| 1.2. Roma.....7 | |
| 1.2.1 Las acciones de la ley.....9 | |
| 1.2.2 Procedimientos de las acciones de la ley.....11 | |
| 1.2.3 Estudio individual de cada acción.....12 | |
| 1.2.3.1 La acción por sacramento.....12 | |
| 1.2.3.2 La judicis postulatio.....17 | |
| 1.2.3.3 La condictio.....19 | |
| 1.2.3.4 La manus injectio.....20 | |
| 1.2.3.5 La pignoris capio.....23 | |
| 1.2.4 Sentido de la palabra acción en este sistema..25 | |
| 1.2.5 Decadencia de las acciones de la ley.....25 | |
| 1.2.6 El período formulario.....26 | |
| 1.2.7 Origen y evolución del sistema formulario.....27 | |
| 1.2.8 Procedimiento in iure.....29 | |
| 1.2.9 Composición de la fórmula.....33 | |
| 1.2.10 Procedimiento in iudicio.....37 | |
| 1.2.11 Vías de recurso.....40 | |
| 1.2.12 Vías de ejecución.....41 | |
| 1.2.13 Sentido de la palabra acción en este sistema.42 | |
| 1.2.14 El procedimiento extraordinario.....42 | |
| 1.2.15 Desarrollo del procedimiento.....44 | |
| 1.2.16 Recursos y medios de ejecución.....47 | |
| 1.2.17 Sentido de la palabra acción en este sistema.48 | |
| 1.3. La teoría clásica o tradicional.....49 | |
| 1.3.1 Características principales.....49 | |

| | |
|---|----|
| 1.3.2 Tesis de Savigny..... | 51 |
| 1.3.3 Tesis de Garsonnet y Cesar-Bru..... | 52 |
| 1.3.4 Tesis de Nicollas Coviello..... | 54 |
| 1.4. Teoría moderna o de la autonomía de la acción..... | 57 |
| 1.4.1 Características principales..... | 57 |
| 1.4.2 Polémica entre Windscheid y Muther..... | 58 |
| 1.4.3 Tesis de Windscheid..... | 58 |
| 1.4.4 Crítica y tesis de Muther..... | 61 |
| 1.4.5 Replica de Windscheid a Muther..... | 64 |
| 1.4.6 La acción como derecho abstracto..... | 65 |
| 1.4.7 La acción como derecho concreto..... | 71 |
| 1.4.8 La acción como derecho potestativo..... | 74 |

Capítulo II.- La acción

| | |
|--|-----|
| 2.1. Concepto..... | 80 |
| 2.2. Elementos de la acción..... | 81 |
| 2.2.1 Teoría tradicional..... | 82 |
| 2.2.2 Teoría moderna..... | 83 |
| 2.2.2.1 Teoría de Chiovenda..... | 83 |
| 2.2.2.2 Teoría de Hugo Alsina..... | 84 |
| 2.2.2.3 Teoría de Alcalá-Zamora..... | 87 |
| 2.3. Fundamento histórico y legal..... | 88 |
| 2.4. Clasificación de las acciones..... | 95 |
| 2.4.1 Clasificación tradicional..... | 97 |
| 2.4.1.1 Acciones reales..... | 97 |
| 2.4.1.1.1 Acción reivindicatoria..... | 98 |
| 2.4.1.1.2 Acción publiciana..... | 98 |
| 2.4.1.1.3 Acción confesoria..... | 99 |
| 2.4.1.1.4 Acción negatoria..... | 100 |
| 2.4.1.1.5 Acción de petición de heren- cia..... | 100 |
| 2.4.1.1.6 Acción hipotecaria..... | 101 |

| | | |
|----------|---|-----|
| 2.4.1.2 | Acciones personales..... | 101 |
| 2.4.1.3 | Acciones mixtas..... | 102 |
| 2.4.1.4 | Acciones petitorias y posesorias..... | 104 |
| 2.4.2 | Clasificación moderna..... | 104 |
| 2.4.2.1 | Acción de condena..... | 105 |
| 2.4.2.2 | Acción declarativa..... | 106 |
| 2.4.2.3 | Acción constitutiva..... | 107 |
| 2.4.2.4 | Acción ejecutiva..... | 109 |
| 2.4.2.5 | Acción cautelar..... | 110 |
| 2.4.3 | Clasificaciones menores..... | 111 |
| 2.4.3.1 | Usibles e inusibles..... | 111 |
| 2.4.3.2 | Transmisibles e intransmisibles..... | 111 |
| 2.4.3.3 | Públicas y privadas..... | 111 |
| 2.4.3.4 | Nominadas e innominadas..... | 112 |
| 2.4.3.5 | Principales y accesorias..... | 112 |
| 2.4.3.6 | Cíviles, penales y mixtas..... | 112 |
| 2.4.3.7 | Ordinarias y extraordinarias..... | 112 |
| 2.4.3.8 | Reconvencional..... | 113 |
| 2.4.3.9 | Tercería..... | 113 |
| 2.4.3.10 | Tercería coadyuvante..... | 113 |
| 2.4.3.11 | Tercería excluyente..... | 113 |
| 2.4.3.12 | Tercería excluyente de preferencia..... | 113 |
| 2.5. | Extinción de la acción..... | 114 |

Capítulo III.- La autonomía de la acción

| | | |
|-------|--|-----|
| 3.1. | Acción y derecho..... | 119 |
| 3.1.1 | Derecho objetivo y subjetivo..... | 121 |
| 3.1.2 | Diferencias entre acción y derecho..... | 123 |
| 3.2. | Acción y pretensión..... | 131 |
| 3.2.1 | Diferencias entre acción y pretensión..... | 136 |
| 3.3. | Acción y facultad..... | 137 |
| 3.4. | Naturaleza jurídica de la acción..... | 140 |

Conclusiones

Bibliografía general

Códigos y leyes

INTRODUCCION

El tema de la defensa o ejercicio de los derechos es un fenómeno de gran importancia y trascendencia para la sociedad y para el individuo; la forma de resolver los conflictos o controversias surgidos entre los hombres con motivo de la defensa de sus derechos es una figura muy importante e interesante, y dada su importancia decidí que el contenido de este trabajo versaría sobre las formas o medios a través de los cuales los hombres han ejercitado o defendido sus derechos, a lo largo de su evolución histórica, hasta desembocar en lo que hoy conocemos como acción.

Es interesante ver como ha evolucionado la humanidad en el campo del ejercicio o defensa de los derechos, ver como desde los tiempos primitivos en que existía la justicia privada donde se ejercitaban o defendían los derechos mediante la fuerza y la violencia, pasando por medios menos crueles y primitivos como el talión, se desembocó finalmente en la prohibición del ejercicio de la justicia privada y en la acción como único medio lícito para el ejercicio o defensa de los derechos. Para llegar a este resultado histórico, el camino ha sido bien largo.

Por otra parte, observamos que desde la aparición de la acción, ésta ha tenido diversas significaciones e interpretaciones doctrinales; no obstante, nuestros esfuerzos van encaminados en el sentido de sustentar la idea de la autonomía de la acción, respecto del derecho material o de fondo.

Iniciamos el estudio de la acción a partir de la época del derecho romano, en atención a que de manera general se puede decir que es el primer sistema jurídico

en donde tiene aplicación la palabra acción. Realizamos el estudio de la acción en este sistema a través de las tres etapas en que se divide, a saber: las acciones de la ley:-- el período formulario; y el período extraordinario: en cada uno de los cuales, la acción tuvo un significado diferente.

Con posterioridad al sistema del derecho romano, existió la corriente doctrinal denominada como: Teoría Clásica o Tradicional, la cual desde su perspectiva civilista proyectó su concepción respecto de la acción; como principal representante de esta corriente de pensamiento encontramos a Savigny; esta doctrina concibió a la acción como un elemento del derecho, para ella la acción y el derecho son una misma figura. La acción es el derecho elevado a la segunda potencia, o el derecho mismo en movimiento.

La anterior concepción civilista prevaleció durante mucho tiempo; no es sino hasta el año de 1856 en que surgió la famosa polémica entre los juristas Windscheid y Muther, en que se vulneró a la prevaleciente Teoría Clásica. Es a partir de esta discusión en que se inicia el análisis de la acción como una figura autónoma y diferente -- del derecho material o de fondo; a partir de ella, la acción es considerada como un derecho autónomo; la acción -- existe con independencia de la existencia o inexistencia -- del derecho material; también a raíz de esta polémica, surgen una serie de corrientes doctrinales que, desde la perspectiva de la autonomía de la acción, proporcionan su particular punto de vista acerca de la acción.

Así, tenemos en principio a la corriente doctrinal conocida como: Teoría de la Acción como Derecho Abstracto, la cual entre otras, sustenta la idea de la acción

como un derecho abstracto, o sea, que la acción corresponde a todo individuo sin importar si posee o no el derecho material que pretende hacer valer; la acción es un derecho a la jurisdicción correlativo de una obligación a cargo -- del Estado que recibe el nombre de jurisdiccional. La acción corresponde a todo individuo en abstracto.

Por otra parte, estudiamos a la corriente doctrinal conocida como Teoría de la Acción como Derecho --- Concreto, ésta sostiene que la acción es un derecho a sentencia justa por parte de los órganos jurisdiccionales, es decir, que la acción corresponde únicamente a quien se --- considera sinceramente asistido de razón. Sólo aquél individuo que tenga el derecho material está facultado para -- acudir a los órganos jurisdiccionales para solicitarles la tutela de un derecho.

Por último encontramos a la corriente denominada como Teoría de la Acción como derecho Potestativo, la --- cual postula que la acción es un derecho potestativo en -- atención a que frente al titular de un derecho potestativo en este caso, la acción, no encontramos ninguna obligación correlativa.

En el capítulo segundo, realizamos el estudio de la palabra acción desde el punto de vista de la autonomía de la acción; se analizan los elementos que constituyen a -- la acción a la luz de los más destacados procesalistas; -- también exponemos el fundamento histórico y legal de la acción, el fundamento legal lo exponemos limitándonos a considerar nuestro sistema jurídico.

También hacemos la exposición de las clasificaciones de que ha sido objeto la acción; haciendo la aclaración

ción de que nosotros consideramos que la acción como poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales no tiene ni necesita de clasificaciones; que las clasificaciones que se hacen son de carácter meramente didáctico.

Finalizamos este capítulo realizando el estudio de las formas consideradas como medios de extinción de la acción, aclarando que la acción como poder jurídico no se extingue.

En el capítulo subsecuente hago un análisis acerca de las diferencias existentes entre la acción y el derecho subjetivo material; la acción y la pretensión; y el estudio de la acción considerada como una facultad especial, el grado máximo de la facultad, es decir, una facultad especial, un poder.

Por último, exponemos nuestro punto de vista acerca de la naturaleza jurídica de la acción; y en este sentido consideramos a la acción como un poder jurídico que tiene todo individuo en cuanto tal, para acudir a los órganos jurisdiccionales en solicitud de tutela de una pretensión.

Hago la consideración de que a partir del momento en que se prohibió el ejercicio e defensa de los derechos a través de la fuerza y la violencia, de la justicia privada, el ser humano cuenta para la realización de dichos fines con el único medio lícito que constituye la acción, en ese sentido, la acción debe ser considerada como un poder jurídico, en consideración de que es el único medio lícito con que cuenta el ser humano para la defensa o ejercicio de los derechos.

1.1. JUSTICIA PRIVADA.

En el principio, existía el caos, el desorden, - reinaba e imperaba la ley del más fuerte, el débil resultaba presa fácil del fuerte, el físicamente más poderoso imponía mediante la fuerza y la violencia sus condiciones y su voluntad sobre sus congéneres y el territorio en el que prevalecía el imperio de su fuerza. En este orden de cosas, no existía por encima de la fuerza física ningún otro poder que no fuera otra fuerza igualmente física y superior que fuese capaz de dominar y someter a la anterior fuerza imperante, para establecer un nuevo dominio basado en los elementos característicos de esta fase del desarrollo histórico: la fuerza y la violencia. Existió lo que se conoce como justicia privada.

En los principios de la humanidad, es decir en las organizaciones sociales de la época primitiva, la solución a los conflictos generados entre los miembros de esas organizaciones, sólo tenía una posible solución: el uso de la fuerza y la violencia, éstos eran los medios de que disponía el hombre de la época primitiva para dirimir sus controversias, desde luego se imponía la solución (voluntad) del más fuerte en contra del cual no existía entonces ningún tipo de sanción o recurso mas que el de la venganza igualmente privada por parte del ofendido o de sus familiares, esto en el mejor de los casos, pues en otros la misma conducta resultaba impune.

Al respecto, el maestro García Maynez dice: "corresponde al particular la facultad de defender su derecho, repeler los ataques dirigidos contra éste y conseguir por toda suerte de medios, cuando la violación se ha consumado, el restablecimiento de las cosas a su estado anterior. Tratase de la etapa conocida con el nombre de -----

régimen de autodefensa. El poder público no interviene en esta época en la tutela y el restablecimiento del derecho" (1)

Este estado de cosas es propio de la época primitiva en donde el grado de desarrollo cultural y el avance científico son casi nulos; es la etapa en donde lo que prevalece son los instintos, la reacción violenta, inmediata y personal contra la amenaza, ofensa o daños recibidos. -- "La fuerza es el único medio de que cada uno dispone para la salvaguardia de sus intereses. Y la solución de los conflictos se reduce a una cuestión de fuerza..." (2)

El hecho de que la defensa o ejercicio directo de los derechos se realizara de manera directa por los -- ofendidos o los titulares, respectivamente, generaba una -- situación de desconcierto e inseguridad entre los miembros del grupo social, puesto que en caso de controversia, la -- violencia y el uso de la fuerza no se hacían esperar, si-- tuación que hacía sino imposible, si de gran dificultad la convivencia armónica de los individuos.

La evolución de la humanidad, el desarrollo de -- la cultura y de las ciencias, y sobre todo la necesidad de superar situaciones de inseguridad e injusticia como las -- mencionadas con anterioridad, llevaron al ser humano a la -- búsqueda de soluciones pacíficas de las controversias gene-- radas entre ellos, tratando de encontrar equidad (enten-- diendo por ésta a la justicia aplicable al caso concreto) --

(1).- García Maynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 7a. ed., Edit. Porrúa, México 1956. pág. 227.

(2).- idem.

en la solución de las controversias suscitadas, generando así la seguridad y la tranquilidad que proporciona la paz social, es decir que se logran relaciones armónicas entre los miembros de la colectividad y en consecuencia el desarrollo global de la misma.

En un primer intento para la consecución del fin mencionado, encontramos la prohibición del régimen de: la autodefensa, es decir que se prohíbe el ejercicio o defensa directa de los derechos, mediante el uso de la fuerza y la violencia, como a continuación se explica.

1.2.1 PROHIBICION DEL EJERCICIO DE LA DEFENSA PRIVADA

La solución de las controversias, mediante el uso de la fuerza, mostró al hombre de la época primitiva que esa solución no constituía la forma apropiada para la composición de sus diferencias, pues la fuerza y la violencia, lo único que generan es violencia y destrucción.

En consecuencia el hombre inició la búsqueda de soluciones pacíficas, basadas en la razón y la reflexión, la solución de los conflictos suscitados, debería realizarse a través de un acto racional y reflexivo; en este orden de ideas la supresión de la justicia privada era evidente. En este nuevo orden de cosas, la violencia y la fuerza ya no tienen razón de ser, su ejercicio era ya objeto de sanción de los órganos de la colectividad organizada (órganos jurisdiccionales).

La prohibición de la justicia privada, es el resultado histórico de la evolución del ser humano, del desarrollo y avance científico y cultural de los pueblos. Siendo el derecho un producto cultural, es decir, un producto creado por el hombre, ambos, hombre y derecho han evolucionado.

nado en la misma proporción, apartándose en la misma medida de procedimientos primitivos y crueles; sustituyéndose por actos racionales y reflexivos en la solución de las -- controversias planteadas.

En este sentido, el jurista Eduardo J. Couture, -- señala: "históricamente la acción surge como una substitución de la violencia privada, se substituye por la obra de la colectividad organizada. La tendencia del hombre de hacerse justicia por su propia mano, la primitiva represalia, son substituidos de la sociedad, para dar lugar a un -- elemento substitutivo inspirado en el objetivo de obtener -- una justa reacción por medio de un acto racional y reflexivo de los órganos de la colectividad jurídicamente ordenados (órganos jurisdiccionales). La acción en relación con la justicia es de cierta forma, el substitutivo civilizado de la venganza". (3) Es decir que ahora los hombres en lugar de hacerse justicia por su propia mano o recurrir a la venganza, deben acudir a los tribunales a solicitarles la tutela o protección de un derecho, so pena de cometer algún ilícito.

El autor Dos Reis, dice: "en vez de que la fuerza física estuviese al servicio del derecho éste último -- se encontraba a merced de aquélla". (4) En consecuencia, -- el poder público inició su intervención en las contiendas, a efecto de limitar la venganza privada y obtener soluciones objetivas. "introdujo primeramente algunas restricciones al desagravio individual, apareciendo entonces el ----

(3).- Couture, Eduardo J. Fundamentos de Derecho Procesal-Civil, 2a. ed., Edit. Depalma, Buenos Aires 1951. pág. 69.
 (4).- Dos Reis, Alberto. op. cit. por García Maynez, ----
op. cit., pág. 227

talión como forma moderada de la venganza. Procuró después desempeñar el papel de árbitro o conciliador para substituir la lucha privada por una composición amigable, y por último fué reservándose paulatinamente para sí la solución directa del conflicto". (5)

La regla la constituye el no ejercicio de la violencia privada, para la defensa d. el ejercicio de los derechos, la solución directa de los conflictos debe ser dada por el poder público (órganos jurisdiccionales); la excepción a la regla la configura la legítima defensa, es decir que se autoriza la defensa directa de los derechos sólo en caso de agresión violenta, actual y sin derecho. En nuestro sistema jurídico, el artículo 15 del Código Penal establece que: son causas excluyentes de responsabilidad penal fracc. III, "obrar el acusado en defensa de su persona, -- de su honor, o de sus bienes..., repeliendo una agresión actual, violenta y sin derecho y de la cual resulte un peligro inminente,...".

En este orden de ideas, el maestro García Maynez opina: "el pretensor no puede ya, de acuerdo con este orden de ideas, hacerse justicia por propia mano, sino que tiene que acudir a los órganos jurisdiccionales, a fin de que estos determinen si las facultades que el reclamante se atribuye existen realmente y, en caso necesario, ordenar su satisfacción incluso por medios coactivos". (6)

Los maestros Castillo Iarrañaga y Rafael de Pina

(5).- idem. Pág. 228.

(6).- García Maynez, op. cit.,pág. 228.

señalan que: "la prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado moderno, determina la exigencia de dotar a los particulares y al Ministerio Público, en su caso de la facultad (en aquellos) y del poder (en este) que permita provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho; ésta facultad o potestad es la acción o derecho de acción". (7)

Pues bien, ante la prohibición del ejercicio y la defensa directa de los derechos, surge la necesidad de dotar al individuo de un poder, de una facultad, que le sirva de medio o instrumento para acceder al ejercicio o la defensa de los derechos ante los órganos jurisdiccionales, surgiendo de ésta manera lo que de acuerdo con la terminología jurídica se conoce con el nombre de acción.

En este sentido el maestro García Maynez, expresa: "el desempeño de la función de juzgar es para los órganos correspondientes un deber jurídico; pero éste deber -- como todos los que el derecho objetivo establece, es correlativo de una facultad concedida por el mismo derecho a los particulares... Para que la obligación de juzgar se actualice es indispensable, de acuerdo con los principios de la técnica procesal moderna que se demande la observancia de aquella por el ejercicio del correspondiente derecho, al que se da en la terminología jurídica el nombre de acción". (8)

En efecto, es objeto de este humilde trabajo el estudio del concepto de acción, pero antes de dar una de--

(7).- Castillo Larrañaga, Jose. De Pina, Rafael. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 7a. ed., Edit. Porrúa, --- pág. 130.

(8).- García Maynez, op. cit., pág. 229.

definición del concepto, haremos referencia a los aspectos históricos y a las principales teorías que han surgido entorno del concepto objeto de estudio, para de este modo -- estar en aptitud de precisar con la claridad posible la noción del concepto a cuyo estudio se consagra el presente -- trabajo.

1.2. ROMA

Antes de abordar el estudio de la acción en el derecho romano, se hará alusión a una serie de consideraciones vertidas por el maestro Alcalá Zamora y Castillo en su obra denominada: "Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972)", con lo cual se explica la forma en que se realiza el estudio de la acción en esta época.

Dice el maestro Alcalá Zamora (9), que la arraigada costumbre hacia el derecho romano ha retrazado en -- cierta manera la independización del derecho procesal, que la verdadera esencia de la acción tal vez se hubiese desentrafado mucho tiempo atrás, si los procesalistas, se -- hubiesen ocupado menos del derecho romano, a efecto de ocuparse un poco más de la realidad social, en virtud de que la acción no es una figura que pertenezca a la arqueología jurídica que para su estudio o conocimiento no es necesario remontarse a sistemas preteritos, puesto que la acción no es una institución que en la actualidad surja en contadas ocasiones, sino que es un fenómeno que diariamente se utiliza en todos los países que cuentan con un mínimo de --

(9).- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945-1972), t. 1., Edit. -- Universidad Nacional Autónoma de México, México 1974, pág. 153.

organización de justicia. Sigue diciendo el citado autor - (10), que el aspecto del método también se encuentra involucrado en atención a que el estudio histórico de lo que - la acción fué debió dejarse a romantistas e historiadores - del proceso en tanto que el estudio dogmático de lo que la acción es, debió haber sido realizado por los procesalistas.

Por estar de acuerdo con las consideraciones vertidas por el autor de referencia, el estudio de la acción en la época de Roma, se hará de manera sintética, poniendo de relieve los aspectos más importantes y trascendentales de la acción en este período. Una vez apuntado lo anterior se iniciará el estudio de este período en los siguientes términos:

La acción procesal tiene orígenes muy remotos, - existió en Roma desde los tiempos antiguos de la Ley de las Doce Tablas. Los historiadores distinguen en este derecho, tres períodos o sistemas, a saber:

- a).- De las acciones de la ley
- b).- El período formulario
- c).- El período extraordinario

De acuerdo con los historiadores, el orden cronológico de la acción en esta época, es el siguiente:

El período de las acciones de la ley (legis acciones), es el más antiguo, abarca desde los orígenes de - Roma hasta la promulgación de la ley Aebutia, en los años de 577 o 503 A.C.

El período formulario inicia con la ley Aebutia y llega a el año 294 A.C. Este período de la evolución, se caracteriza porque las acciones de la ley han desapare-

(10).- Idem. pág. 325

oído casi en su totalidad y los juicios tenían dos partes: el ius y el iudicium. La primera se realizaba ante el magistrado (in ius) y la segunda tenía lugar ante el juez o el jurado (in iudicium).

El período extraordinario, se inicia con Diocleciano y se prolonga mientras dura el Imperio. En este período por regla general, el juicio inicia y termina ante el magistrado; el procedimiento se desarrolla en una sola parte.

A continuación se hará un estudio sintético de cada uno de los períodos antes referidos, explicando los aspectos más importantes de cada uno de ellos.

1.2.1 LAS ACCIONES DE LA LEY

A decir del historiador Eugène Petit (11), el sistema de las acciones de la ley, se remonta al origen mismo de Roma, y extiende su vigencia durante los seis primeros siglos.

Continua diciendo el mismo autor, que se entienden por acciones de la ley (legis actiones), ciertos procedimientos compuestos de palabras y de hechos rigurosamente determinados que debían ser realizados delante del magistrado, bien sea para llegar a la solución de un proceso, o bien como vía de ejecución. Señala el mismo historiador que estos procedimientos o acciones se reducían a cinco tipos, llamados de la siguiente forma: la acción por sucramento, la iudicis postulatio, la condictio, la manus iniectio

(11).- Petit, Eugène. Tratado Elemental de Derecho Romano, tr. D. José Ferrández González, 9a. ed., Edit. Editora Nacional, s.a., México, 1977. pág. 617.

tio y la pignoris capio. Mediante los tres primeros se obtenía el juicio de un proceso y las dos últimas eran más que nada vías de ejecución. La acción por sacramento y la manus iniectio son las más antiguas y probablemente existieron solas al principio.

Según Gayo (12), las acciones de la ley se llamaban así porque se habían establecido por las leyes, acaso porque las expresiones de que se componían estaban tomadas de las leyes e inmutables como ellas.

Los historiadores, coinciden en señalar que las características más importantes de las acciones de la ley son las siguientes:

a).- Los ritos de cada acción tenían lugar in iure, delante del magistrado. Las partes debían concurrir y procedían a sus riesgos y peligros. De tal forma que las palabras que pronunciaban, debían ser determinadas con gran precisión y según los términos de la ley, pues en caso de no ser así, la pérdida del proceso era inminente.

Estos ritos solemnes, son obra de los pontífices y de los patricios. El desconocimiento de estos ritos o formalidades es una de las grandes causas que mantuvieron a la plebe bajo la dominación de los patricios; aunque con posterioridad fué divulgado el secreto con la publicación de las obras: el ius Flavianum y el ius Aelianum.

b).- Los ritos de las acciones de la ley, sólo -

(12).- Aut. cit. por Petit, Eugéne, op. cit., pág. 617.

eran procedentes durante los días fastos. Por excepción la pignoris capio podía realizarse en un día nefasto, y fuera de la presencia del magistrado.

c).- Estos procedimientos eran exclusivos de -- los procedimientos que tenían lugar entre los ciudadanos - romanos y en su origen no podía ser usado por los peregrinos.

d).- En las acciones de la ley, nadie puede en - asuntos de justicia figurar por otro, no obstante esta regla tiene sus excepciones.

e).- Finalmente, el objeto de la condena es pecu niatio, aun en las acciones reales como la reivindicación, - porque en el caso de que el demandado que perdió el proceso se resiste a devolver la cosa litigiosa, el demandante sólo recibe una indemnización en dinero.

1.2.2 PROCEDIMIENTOS DE LAS ACCIONES DE LA LEY

De acuerdo con el historiador Petit (13), el proceso empieza por el acto mediante el cual se lleva a las - partes ante el magistrado: la in ius vocatio. Es el mismo demandante quien ordena a su adversario seguirle in ius di - ciendo in ius sequere, ante esta situación el demandado po - día obedecer y acudir a la reunión o dar una garantía que - afirme su presencia el día fijado. En caso contrario el -- actor designa testigos, y desde ese momento puede obligarle aún mediante la fuerza y hacerle comparecer a pesar de - su resistencia.

Una vez presentes las partes ante la presencia -

(13).- Eugène, Petit. op. cit., pág. 619.

del magistrado y después de haber expuesto el asunto, tiene que dar cumplimiento al rito de la acción de la ley -- que se aplique al proceso. Acto seguido se procede a la designación de un juez; acto que al principio, se hacía de manera inmediata, sin embargo con posterioridad se fijó un término de treinta días al fin del cual las partes debían volver in ius para recibir un juez. La nueva comparecencia de las partes ante el magistrado se aseguraba mediante el establecimiento de ciertas cauciones, vades, a dicho compromiso se llamaba vadinomium. Ante la designación del juez, las partes se comprometían a comparecer al tercer día delante de él.

Todo el procedimiento realizado ante el magistrado se hacía de manera oral. Antes de salir del auditorio, las partes tomaban como testigos a las personas presentes, para que en caso de ser necesario esas personas suministren delante del juez el testimonio de lo que había sucedido delante del magistrado. A esta elección de testigos se da el nombre de litis contestatio. Y señala el fin de la primera parte de la instancia. El derecho del demandante se extingue ipso iure, a través de la litis contestatio se crea un nuevo derecho en su beneficio.

Ante la presencia del juez, in iudicio, se terminaba el proceso sin que hubiera que señalar nada en particular. Por lo general todo se celebraba hasta la sentencia.

1.2.3 ESTUDIO INDIVIDUAL DE CADA ACCIÓN

1.2.3.1 Acción por sacramento (actio sacramenti).-- el historiador Petit (14), explica el funcionamiento de esta acción de la siguiente manera: las partes hacen una apuesta, la suma apostada recibe el nombre de sacramentum,

(14).- Petit, Eugène, op. cit., Pág. 620.

porque la apuesta de la parte que pierde el proceso se consagra a las necesidades del culto. De donde se toma su nombre.

Delante del magistrado, in iure, las partes debían indicar el objeto del litigio. Suponiendo como he hecho Gayo (15), que se trata de un esclavo; cada una de las partes sostiene una varita (vindica o festuca) que es la imagen de la lanza con la cual los romanos hacían el símbolo de la propiedad, en atención a que la conquista era para ellos el título más legítimo. Acto seguido el actor, tomade una mano al esclavo litigioso diciendo: yo digo que éste hombre esta en mi dominio quirritario con todos sus frutos, como lo digo le pongo esta varita; al tiempo que ponía la varita sobre el esclavo. Esta afirmación de su derecho de propiedad se conoce como vindicatio. El adversario que también pretende ser propietario, hace la misma declaración, tomando la otra mano al esclavo y tocándole con su varita. Los litigantes sostienen de esta manera la cosa resultando para ellos la imagen de una lucha. El magistrado ponía fin diciendo: dejad a ese hombre cada uno de vosotros. En esta forma concluía la primera fase de la acción.

Sigue apuntando el autor mencionado (16), que: - en la segunda fase las partes se provocan para una apuesta. El demandante pronuncia las siguientes palabras: te pregunto ¿porque has vindicado? a lo que el demandado contestaba he ejercitado mi derecho poniendo esta varita. El primer vindicante continuaba: como has vindicado injustamente, --

(15).- Aut. cit. por Petit, Eugène. op. cit., pág. 617.

(16).- Eugène, Petit. op. cit., pág. 621

te provoco con quinientos ases de sacramento. El adversario agregaba: te provoco de igual manera con esa suma. El sacramentum era de quinientos ases en el proceso de un valor igual o superior a mil ases; de cincuenta ases en los asuntos de menor valor y en los procesos relativos a la libertad. La suma apostada era entregada por cada una de las partes en las manos de los pontífices, al menos al principio, más tarde sólo bastaba con comprometerse a pagarlo en caso de perder el proceso, estableciendo las correspondientes garantías: praedes sacramenti.

Una vez realizada la apuesta, el magistrado otorgaba la posesión provisionalmente a una de las partes. Probablemente hacia esa designación a su arbitrio y en favor de la persona que a su criterio debía ganar la causa. El poseedor debía otorgar garantías al adversario, para el caso de pérdida del proceso, obtener la restitución de la cosa en litigio y sus frutos, a esta garantía se le daba el nombre de praedes litis et vindicarum.

Señala el maestro Floris Margadant (17), que el último acto de esta fase del proceso era la litis contestatio. La cual no era la contestación a la demanda, sino el acto por virtud del cual se invitaba a los testigos a que prestaran mucha atención sobre lo que había sucedido in iure. Estos testigos (testes), resultaban indispensables por tratarse de un procedimiento rigurosamente oral.

En la segunda parte del procedimiento, es decir, delante del juez, el profesor Floris Margadant (18), expli

(17).- Floris Margadant, Guillermo. El Derecho Privado Romano. 15a. ed., Edit. Lafinge, México 1988. pág. 143.

(18).- idem. pág. 140.

ca: esta segunda fase se verificaba ante un tribunal de -- ciudadanos seleccionados o ante un juez privado, y recibía el nombre de in iudicio o apud iudicium (delante del juez). En esta segunda fase, se ofrecían, admitían y desahogaban las pruebas, con posterioridad las partes presentaban sus alegatos y el juez dictaba sentencia.

Cabe destacar en esta parte que de acuerdo con el historiador de referencia (19), la fase apud iudicium, tenía lugar ante tribunales permanentes y particulares. De esta manera tenemos el tribunal de los centumbiri (para -- los casos de controversias sobre propiedad o herencias), o de los decembiri (para cuestiones relativas a la libertad o a la ciudadanía).

Para pleitos generados entre peregrinos y romanos, era costumbre nombrar un jurado ad hoc (propio y especial para esas controversias), integrado por romanos y extranjeros; es lo que se conoce como el tribunal de los reuperatores. Para las otras controversias, el magistrado designaba a un solo juez privado, quien podría ser un respetable ciudadano, tal vez con cierta experiencia en la materia del litigio en cuestión.

En cuanto al procedimiento, el autor Petit(20) dice: los adversarios comparecían ante el juez, exponiendo de manera breve el asunto de que se trataba, el juez después de examinar las pretensiones de los adversarios, señala la quien ha ganado la apuesta, diciendo: cual de los dos sacramentos resultaba injusto. En consecuencia el que ha ganado, recoge su apuesta, en caso de que la haya entrega-

(19).- Floris Margadant, op. cit., pág. 144.

(20).- Petit, Eugène, op. cit., pág. 621.

do, y la apuesta del perdedor se destina inicialmente a -- los gastos del culto, con posterioridad una ley papiria de la mitad del siglo V destino la apuesta a los fondos del asararium.

Continúa diciendo el autor en cita (21), que la declaración de que la pretensión fuera justa o injusta, -- era suficiente para cerrar el procedimiento. En el caso de que sea favorable para el demandado, es decir al poseedor-interino, éste se queda con el objeto litigioso y todo está terminado. Sin embargo cuando el ganador es el demandante, necesita otra satisfacción, además de no perder la -- apuesta.

Si el demandado reusaba devolver el objeto litigioso, el demandante se dirigía al magistrado, quien nombraba tres arbitros los cuales tenían por objeto valorar -- el importe del proceso, cosa y frutos, y de condenar al demandado a pagar una suma en dinero igual al valor de la cosa y el doble de los frutos. La condena estaba garantizada por el compromiso de las praedes litis vindicarum (garantía que debía otorgar el poseedor interino del bien litigioso). De esta manera el proceso se terminaba por una pena pecuniaria. En conclusión, el deber del juez consistía en determinar de lado de quien estaba el derecho: indicare y el de los arbitros, evaluar el litigio y condenar.

Si la acción es personal, o el objeto de la demanda es una suma de dinero, el demandante que gana el proceso puede ejercitar la manus iniectio contra el demandado pero si el objeto es una cosa que no es dinero, existe la necesidad de recurrir a la estimación de los arbitros.

(21).- idem. pág. 621-622.

De acuerdo con el historiador Juan Iglesias (22) esta acción toma su nombre de la apuesta --sacramentum-- que celebraban las partes, enseguida de haber realizado -- sus alegaciones in iure (ante el magistrado). La mencionada apuesta se depositaba in sacro, adjudicándose la suya - el litigante vencedor, en tanto que la del vencido pasaba a engrosar los bienes del Estado.

1.2.3.2 JUDICIS POSTULATIO (petición de un juez o árbitro).- De acuerdo con el historiador Ortolan (23), ésta acción, se refiere a la demanda dirigida al magistrado en solicitud de un juez que juzgue el litigio.

En relación a la acción de la ley en estudio, -- los historiadores coinciden en lo siguiente: esta acción - (procedimiento), fué establecida bien en el origen, o bien en una fecha posterior a la ley de las doce tablas, su objeto era remediar en determinados casos los inconvenientes del procedimiento de la acción por sacramento. Esta acción resultaba peligrosa, pues las partes se exponían a perder la cantidad apostada; las facultades del juez eran muy limitadas, sólo podían declarar el sacramento justo o injusto. Cada parte ganaba o perdía todo.

En este mismo sentido, el maestro Floris Margadant(24) dice: la actio sacramentum, traía aparejada la desventaja de que una de las partes no sólo perdía el proceso sino también una apuesta, la cual no favorecía al contrario, sino al templo y después al erario.

(22).- Iglesias, Juan. Derecho Romano. Instituciones de Derecho Privado. 7a. ed., Edit. Ariel, Barcelona, 1984. pág. 204.

(23).- Ortolan, M. Historia de la Legislación Romana. 1a. ed., Edit. Hijos de Leocadio López, tr. de Francisco Pérez de Anaya y Melquiades Pérez. Madrid, 1912. pág. 119.

(24).- Floris Margadant. op. cit., pág. 148.

La aplicación de la judicis postulatio, se extendía a los siguientes casos: a las acciones de partición y fijación de límites, se especula que también se aplicaba a las acciones que tienen obligaciones de dar.

En este sentido, el maestro Floris Margadant --- (25), expresa: en esta acción las partes se limitaban a solicitar del magistrado que les designará un juez, sin que se celebraran apuestas procesales. Estas legis acciones, tienen aplicación en dos casos, a saber:

a).- Cuando no se trata de una declaración afirmativa o negativa, en relación al derecho que el actor pretendía tener, sino cuando se trataba de la división de una copropiedad o herencia, del deslinde de unos terrenos (en estos casos normalmente tres jueces eran designados), o de la fijación de daños y perjuicios.

Este primer caso, es normal, en atención a que no se trataba de determinar si el actor tenía razón, o no, por lo tanto no era justo condenar a una de las partes a perder una apuesta.

b).- En los casos de determinación de derechos y obligaciones nacidas por estipulatio.

Se infiere aquí que la actio sacramentum, subsistía básicamente para acciones reales que no fueran divisorias y para las personales basadas en delitos.

En cuanto al rito del procedimiento, señala el -

(25).- Floris Margadant. op. cit., pág. 149.

historiador Eugène Petit (26), que éste carecía de las formalidades del sacramentum; que el juez designado para el análisis del litigio tenía un margen de apreciación más amplio. El juez debería estimar el proceso y pronunciar una condena pecuniaria.

En otro orden de ideas, los profesores Agustín Bravo y Sara Bialostosky (27), señalan que esta acción se diferencia de la sacramentum, porque sólo resultaba aplicable en casos determinados y prescritos por la ley, a saber cuando se reclama lo debido por un contrato verbal solemne (stipulatio); para la división de una herencia; y para la división de un bien común. A través de esta acción de la ley, se pide tanto la designación de un juez como de un árbitro, la tramitación es sencilla y tiene la ventaja de no arriesgar a las partes a perder la apuesta, y de que se proceda de inmediato a la designación de un juez o de un árbitro.

De acuerdo con el autor Juan Iglesias (28), las características más importantes de este procedimiento son: a)- es necesario indicar la causa por la que se litiga; -- b).- se nombra inmediatamente a un iudex y c).- no se recurre al sacramentum (apuesta).

1.2.3.3 LA CONDUCTIO (el emplazamiento).- En relación con esta actio, el historiador Petit (29), nos ilustra

(26).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 622.

(27).- Bravo Agustín. Bialostosky, Sara, Compendio de Derecho Romano. 4a. ed., Edit. Pax-México. México, 1971. pág.-162.

(28).- Iglesias, Juan. op. cit., pág. 205.

(29).- Petit, Eugène. op. cit., Pág. 622.

tra de la siguiente manera: esta acción fué creada por una ley Milia, para ser aplicada a las obligaciones de sumas determinadas de dinero, y por una ley calpurnia para las obligaciones que tienen por objeto cosas ciertas. La intención de esta acción, fué establecer para esta clase de --- asuntos un procedimiento más sencillo, tanto en las formalidades cumplidas in iure, como una abreviación en los términos. Se desconocen los ritos de la acción; lo único que se sabe es que el demandante requería al adversario ante el magistrado (in iure), para que en un término de treinta días, se presentase con la finalidad de escoger un juez.

El historiador Juan Iglesias (30), nos explica: la demanda no precisaba mención de la causa por la que se reclamaba, es decir tenía carácter abstracto. El nombramiento del iudex, se difería por treinta días y la apuesta no tenía verificativo.

1.2.3.4 **LA MANUS INJECTIO** (aprehensión corporal).-- Señalan los historiadores, que este procedimiento (acción) resultaba aplicable a la parte perdedora y condenada como deudor de una cantidad de dinero. Se trata de un procedimiento de ejecución; según la ley de las XII tablas se -- aplicaba no sólo al demandado iudicatus (condenado), sino también a quien había reconocido su deuda ante el magistrado (confessus in iure). El condenado contaba con un término de treinta días para librarse, si transcurría este plazo sin haber pagado, quedaba expuesto a los riesgos de la manus injectio.

Respecto de esta acción, el maestro Floris Mar-

(30).- Iglesias, Juan. op. cit., pág. 205.

gadant (31), expresa: en caso de que el deudor no pudiera o no quisiera cumplir con una condena judicial o un deber reconocido ante una autoridad, el acreedor estaba facultado para llevar al deudor delante del magistrado y recitar ante él una fórmula determinada, combinandola con gestos igualmente determinados (v.gr. tomando al deudor por el cuello, de donde viene el término de manus injectio). Suponiendo que el actor realizara correctamente las formalidades inherentes a su papel, el pretor pronunciaba la palabra addico (te lo atribuyo), en consecuencia el acreedor estaba facultado para llevar al deudor a su cárcel privada.

De acuerdo con el historiador Eugène Petit (32), esta acción se desarrollaba de la siguiente manera: el acreedor llevaba al deudor in ius (delante del magistrado) de acuerdo con las formalidades establecidas. El acreedor pronunciaba las palabras que indican la causa de la persecución, y el monto de la deuda, al tiempo que ponía la mano sobre el deudor; el cual no podía negar el derecho al derecho del acreedor y resistirse a la captura, sino únicamente mediante el pago del monto de la deuda, o suministrando un vindex. Este sujeto es un tercero que hace suyo el asunto, gracias a su intervención, el deudor queda en libertad y colocado fuera de la causa.

El procedimiento podía terminar de dos maneras, a saber:

a).- Si el deudor no obtenía un vindex, el magistrado le declara addictus. En consecuencia el acreedor puede llevarle a su domicilio, encadenarle, y tratarle co-

(31).- Floris Margadant. op. cit., pág. 149-150.

(32).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 623.

no un esclavo de hecho, pero no de derecho. La ley fijaba el peso de las cadenas y el alimento que debía suministrarle, además de que tenía derecho de alimentarse por su cuenta.

La situación antes descrita, continúa diciendo el historiador de referencia (33), tenía una duración de sesenta días, período durante el cual, el deudor podía transigir u obtener un vindex para recuperar su libertad. Por otra parte el acreedor debía facilitar su libertad, publicando durante tres días de mercado consecutivo, el nombre del deudor y el monto de la deuda. Una vez que ha transcurrido dicho término y nadie hubiese pagado por él, era muerto o vendido más allá del Tiber. En caso de que existieran varios acreedores, podían repartirse su cuerpo. Como se puede apreciar la manus iniectio, atacaba a la persona del deudor, llevaba consigo su muerte o su capitis diminutio maxima; los bienes, el precio que se obtenía de su venta, eran utilizados para pagar a los acreedores.

b).- Si el deudor consigue un vindex, se verifica un nuevo proceso entre el acreedor y el vindex. Si éste resultaba perdedor era condenado al doble, como castigo por obstaculizar el derecho del acreedor.

Al respecto, el autor Juan Iglesias(34) explica de la siguiente manera: En el caso de que el vencido o condenado no acepte libremente el cumplimiento de la sentencia, resulta necesario recurrir a un procedimiento de ejecución: la manus iniectio, entendida como ejecución perso-

{33}:- idem.
{34}:- Iglesias, Juan; pág. 223.

nal. Si el condenado por sentencia a realizar una prestación, no le diese cumplimiento, después de haber transcurrido treinta días desde que aquélla se pronunció, era llevado ante la presencia del magistrado, quien lo entregaba al acreedor, en caso de que no existiera fiador (vincens), en su favor. En caso de que éste último no existiera, permanecía durante un término de sesenta días en prisión del acreedor, acto seguido se exponía al público durante las tres últimas ferias de mercado, a efecto de que alguien ofreciera el rescate. No existiendo éste, el acreedor estaba facultado para dar muerte al deudor, partirlo en pedazos en caso de concurrencia de acreedores, y venderlo más allá del Tiber. Tal régimen de crueldad hubo de ser aminorizado por la ley Poetelia, la cual suprimió la prisión por deudas, así como la venta y muerte del iudicatus (condenado).

1.2.3.5 LA PIGNORIS CAPIO (la toma de prenda).- Señala el historiador Juan Iglesias (35), que esta legis actio resultaba aplicable como medio de ejecución directa sobre los bienes de personas deudoras por tributos, ciertos créditos militares y de tipo religioso.

Dice el historiador Petit (36), que esta actio era un procedimiento utilizado por el acreedor para tomar como garantía ciertos bienes del deudor para obligarle a pagar su deuda. Este procedimiento tenía una característica que lo diferenciaba de los demás, la cual consiste en poder ejercitarse en ausencia del magistrado y por lo general en ausencia del propio adversario, aun cuando se realizara en día nefasto.

(35).- idem. pág. 223-224.

(36).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 624.

Este procedimiento excepcional sólo resultaba -- aplicable en un pequeño y determinado número de casos, establecidos por la ley. Se concedía en favor del soldado -- contra los que debían distribuir el sueldo, o pagar el dinero destinado a la compra de caballos, o de la avena; se daba al vendedor de una víctima contra el comprador que no pagaba su precio; también se otorgaba a los publicanos contra los que no pagaban sus impuestos.

En este sentido el maestro Floris Margadant (37) explica: por determinadas deudas de carácter militar, fiscal o sagrado, el acreedor estaba facultado para introducirse en la casa del deudor, pronunciando determinadas -- fórmulas sacramentales; y sustraer de ella algún bien, es decir la prenda (el pignus). Esta legis actio se asemeja a un embargo hecho por propia mano, sin intervención de -- autoridad alguna, ésta última característica hacía necesario un procedimiento para sancionar el uso justificado o -- injustificado de esta actio.

El historiador Rodolfo Sohm (38), nos ilustra de la siguiente manera: el deudor tenía la posibilidad de recurrir contra el embargo; la pignoris capio concede al embargado la posibilidad de oponerse, en consecuencia surge un litigio procesal entre las partes, que el magistrado no puede decidir por sí, sino que debe instaurar un juicio. -- La pignoris capio genera, si surge controversia, un verdadero proceso.

(37).- Floris Margadant. op. cit., pág. 150.

(38).- Sohm, Rodolfo. Instituciones de Derecho Privado Romano. 2a. ed., Edit. Gráfica Panamericana. tr. de Wenceslao Roces. México, 1951. pág. 369.

1.2.4 SENTIDO DE LA PALABRA ACCIÓN EN ESTE SISTEMA

De acuerdo con el historiador Ortolan (39), el sentido de la palabra acción en el período de las acciones de la ley, es el siguiente: en este sistema, la expresión "acciones de la ley", no designa ni la reclamación especial de cada derecho en particular, ni la facultad de entablar dicha reclamación; á cada derecho distinto no corresponde una acción distinta.

En este sentido la palabra acción, en la expresión acciones de la ley, es una denominación genérica, una forma de proceder, un procedimiento considerado en su totalidad, constituido por la serie de actos y palabras establecidas por la ley.

En este orden de ideas, el jurista Hugo Alsina, expone: "las acciones de la ley eran una denominación genérica, el conjunto de formalidades que las partes debían cumplir ante el magistrado, independientemente del derecho que se reclamaba".(40)

1.2.5 DECADENCIA DE LAS ACCIONES DE LA LEY

Al respecto, el autor Ortolan (41), nos explica: el carácter sacerdotal, patricio, simbólico y sacramentalmente peligroso, de las acciones de la ley, trajo como resultado que estas resultaran odiosas, porque la excesiva sutileza con la que fueron redactadas por los antiguos le-

(39).- Ortolan. op. cit., pág. 120-121.

(40).- Alsina, Hugo. Tratado Teórico Práctico de Derecho - Procesal Civil y Comercial. 1a. ed., Edit. Compañía Argentina de Editores. Buenos Aires 1941. pág. 176.

(41).- Ortolan. op. cit., pág. 122.

gisladores, provocaba que el más mínimo error en la manera de entablar la acción, generara la pérdida del proceso, como el caso que nos relata Gayo (42) en sus institutas: dice que un litigante perdió el litigio porque al reclamar - unas vidas usó esta palabra en lugar de haber utilizado la palabra arboles, como lo establecía la ley de las XII tablas, aunado a la circunstancia de que estaban cada vez -- más en desacuerdo con las costumbres y la formación social

En este sentido, el maestro Floris Margadant --- (43), nos ilustra de la siguiente forma: a partir del momento en que la Lex Aebutia (de 150-130 a de J.C.) concedió a los romanos la oportunidad de elegir entre las legis acciones y el sistema formulario, el cual resultaba más -- elástico y equitativo, las primeras se utilizaron en menor cantidad. No fué sino después de un siglo de coexistencia de ambos sistemas, cuando dos Leges Iuliae, relativas al -- sistema procesal, de 17 a. de J.C., suprimieron el sistema de las legis acciones, con la excepción de los procesos -- tramitados ante los centumviri.

1.2.6 EL PERIODO FORMULARIO

De acuerdo con el historiador Petit (44), las -- acciones de la ley fueron sustituidas por el procedimiento formulario, nombrado así porque el magistrado redacta y entrega a las partes una fórmula, una especie de instrucción escrita que señala al juez la cuestión a resolver, otorgándole el poder de juzgar. Este procedimiento también recibe el nombre de procedimiento ordinario, en atención a que el

(42).- Gayo. Citado por Ortolan. op. cit., pág. 120.

(43).- Floris Margadant. op. cit., pág. 151-152.

(44).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 625.

magistrado no juzga por sí mismo, sino únicamente en casos excepcionales, concretándose a organizar la segunda parte de la instancia que debe tener verificativo delante del juez. De esta manera se entiende que los procesos se juzgan ante el juez, y en el caso excepcional de que el magistrado decida la controversia, estaremos en presencia de un procedimiento extraordinario, el cual será estudiado en páginas ulteriores.

1.2.7 ORIGEN Y EVOLUCION DEL SISTEMA FORMULARIO

Acercos del origen de este procedimiento, los maestros Agustín Bravo y Sara Bialostosky (45), señalan su nacimiento en el año 242 A.C., con la creación del pretor peregrino, el cual conocía en su tribunal de las controversias suscitadas entre peregrinos y entre éstos y romanos, - la simpleza del procedimiento gustó a los romanos y sustituyó al sistema de las acciones de la ley.

Continúan exponiendo los historiadores de referencia (46), que éste es el segundo sistema de procedimiento que forma el Ordo Iudiciorum Privatorum (orden jurídico privado) obra maestra del derecho romano, que se diferenciaba del anterior sistema (acciones de la ley), por la sustitución de las solemnidades orales, por la redacción de una fórmula escrita donde se resumían los términos de la controversia y se designaba al juez, al tiempo que se le daban instrucciones para que emitiese su sentencia después de haber examinado las pruebas y escuchado los alegatos de las partes. Se destaca la impotencia de este sistema por estar despojado de los ritos y solemnidades del anterior;

(45).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. - 164.

(46).- idem.

por ser aplicables tanto a ciudadanos romanos como a peregrinos, y por crear un gran número de acciones, excepcionales y recursos, muchos de los cuales continúan en el derecho procesal moderno.

De acuerdo con el maestro Floris Margadant (46), las características principales de este sistema son cuatro, a saber:

1.- Las partes exponían sus pretensiones per verba concepta, es decir, en sus propias palabras. Ya no resulta necesario recitar las palabras y realizar los actos sacramentales, que eran obligatorios en las acciones de la ley.

2.- El pretor deja de ser un espectador del proceso, ya no se limita a verificar si las partes recitan -- bien sus papeles. Se transforma en un organizador que seña la en forma discrecional cual debe ser el programa individual de cada litigio, señalando a cada parte sus derechos y deberes.

3.- El proceso mantenía su división en dos fases in iure e in iudicium, el enlace entre una y otra se realizaba mediante la fórmula, la cual tiene las siguientes funciones: a).- la fórmula contenía las instrucciones que daba el magistrado al juez; b).- la fórmula constituía una especie de contrato procesal, en atención a que las partes tenían que manifestar que estaban conformes con la fórmula. En caso de que las partes no aceptaran la fórmula por objeciones no razonables, el pretor ejercía presión amenazando las con la no admisión de la acción o de alguna excepción

(46).- Floris Margadant. op. cit., pág. 152-155.

propuestas, o bien ordenando a la parte renuente que conceda la posesión del objeto litigioso a su adversario, lo anterior en virtud del imperio de que estaba investido; -- c).- la fórmula escrita sustituía con grandes ventajas la memoria de los testigos, quienes debían fijar en su mente todos los detalles de aquella primera fase del proceso (litis contestatio), que tenía lugar en las acciones de la ley.

4.- Como principio general y de acuerdo a la estructura de estas fórmulas, cada proceso podía referirse a un sólo punto controvertido.

Explican los maestros Agustín Bravo y Sara Bialostosky (47), que el procedimiento en estudio, por regla general la instancia se dividía en dos grandes fases. No obstante por excepción, existían algunos asuntos sobre los cuales el magistrado fallaba él mismo, sin remitir a las partes ante el juez. Esta excepción constituía el procedimiento extraordinario. Las partes en que se dividía el procedimiento son dos, a saber: in iure, en donde se establecen las cuestiones a resolver, la fórmula quedaba entregada y la primera parte se terminaba por la litis contestatio. In iudicio, en esta parte se suministran las pruebas, se sostiene el asunto y se termina con la sentencia.

1.2.8 PROCEDIMIENTO IN IURE

La notificación (in ius vocatio), se verificaba de acuerdo con el maestro Floris Margadant (48), de la siguiente manera: en este sistema la notificación es un acto

(47).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. -
 (48).- Floris Margadant. op. cit., pág. 162-163.

privado a cargo del actor, el cual debía invitar al demandado a que le siguiera ante la presencia del magistrado.-- Ante esta invitación el demandado podía asumir dos conductas: a).- obedecer inmediatamente; b).- solicitar que la comparecencia se pospusiera algunos días, en tal caso debía otorgar un index a efecto de garantizar su puntual asistencia el día convenido. En la hipótesis de que el demandado se negara a estas dos posibilidades, el actor estaba facultado para llamar a testigos y llevarle mediante el uso de la fuerza ante la presencia del pretor.

Si el demandado se escondía o dejaba Roma, se pedía al pretor la missio in possessionem bonorum (embargo) de los bienes que se encontrasen en Roma, figura que imponía al embargante la obligación de notificar al demandado en cuanto fuese posible. Después de plazos muy largos se podía realizar la venta de los respectivos bienes.

Delante del magistrado, los historiadores Agustín Bravo y Sara Bialostosky (49), señalan el siguiente desarrollo: el procedimiento in iure se desarrolla ante el magistrado, libre de formalismos, teniendo por objeto la organización de la instancia, a cuyo fin el actor exponía sus pretensiones y solicitaba al pretor la redacción de la fórmula favorable a su pretensión a lo que se dio el nombre de actionis editio; a su vez el demandado pedía al magistrado que negará la fórmula o bien que asentará en ella una excepción a su favor.

En este sentido, el maestro Floris Margadant (50), nos ilustra en los siguientes términos: ante el pre-

(49).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. 165.

(50).- Floris Margadant. op. cit., pág. 162.

tor, en presencia del demandado, el actor exponía sus pretensiones en la editio actionis, ante lo cual el demandado podía asumir las siguientes posturas: a).- negando los hechos alegados por el actor; en tal caso, éste se veía en la necesidad de recabar pruebas para comprobar, más adelante, delante del juez, la veracidad de los hechos en que funda su acción b).- alegar otros hechos que destruyan el fundamento de la acción y solicitar su inserción en la fórmula como exceptio, posteriormente el actor podía solicitar la incorporación de una replicatio, etc. Cabe destacar que en este sistema no se admitía la reconvencción, razón por la cual el juez estaba imposibilitado para condenar al actor; c).- cumplir durante la fase in iure, con la obligación reclamada, en tal hipótesis no existía la necesidad de expedir una fórmula; d).- reconocer la existencia del deber reclamado (confessio in iure), en cuyo caso la confesión equivalía a una sentencia condenatoria, teniendo los mismos efectos ejecutivos. De igual manera, el silencio del demandado se consideraba como tácito reconocimiento de las pretensiones del actor, lo que generaba al demandado la pérdida del proceso.

En cuanto a la negativa del pretor de conceder la fórmula, los historiadores Agustín Bravo y Sara Bialostosky (51), nos señalan los casos siguientes: 1.- cuando los hechos que expone el actor no corresponden a ninguna acción, o la hay pero condicionada a cierta circunstancia que en el caso no existe; 2.- cuando la pretensión del actor le parece inadmisibles, según las explicaciones del demandado; 3.- cuando el demandado da satisfacción al actor; 4.- cuando el actor alega un hecho generador de la acción y el demandado opone un medio de defensa sacado del fondo-

(51).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. - 165.

del asunto, o bien una excepción; 5.- cuando el demandado reconoce el derecho del actor (confessio in iure); y 6.- cuando debiendo jurar el demandante se niega a hacerlo. El demandado era indefensus sino comparecía o no aceptaba la fórmula, si escapaba se daba al actor la posesión de los bienes del indefensus.

Con excepción de los casos señalados el magistrado otorgaba la fórmula, la cual no tiene ningún valor mientras no sea aceptada por las partes. Debido a este consentimiento recíproco, la fórmula constituye un verdadero contrato entre las partes. La aceptación de la fórmula concluye el procedimiento in iure, es lo que se conoce como litis contestatio, sólo que ahora las partes no se dirigen a los testigos, sino que aceptan la fórmula dada por el magistrado.

En opinión de los historiadores ex cita (52), -- los efectos más importantes de la litis contestatio son: -- indicar la terminación de la etapa in iure, con la recepción y aceptación de la fórmula por las partes, es decir -- que la litis contestatio no es otra cosa que el contrato -- que se forma en el momento en que la fórmula es aceptada; -- transforma el derecho primitivo del actor extinguiéndolo -- y creando una obligación nueva entre las partes, que concede derecho a una condena pecuniaria, razón por la cual se dice que la litis contestatio produce efectos novatorios. -- Asimismo, ésta figura fija los elementos del proceso: las partes no pueden variar a las personas que deben figurar -- en el iudicium, sea a título de juez o de partes, salvo de terminadas excepciones (muerte o si el derecho litigioso -- cambia de sujetos); la litis contestatio tornaba perpetuas

(52).- idem. pág. 166.

las acciones temporales y las personales las hacía transmissibles a los herederos.

1.2.9 COMPOSICION DE LA FORMULA

El autor Petit (53), coincide en que la fórmula es una instrucción escrita redactada por el magistrado en términos sancionados por la ley y mediante la cual se indica al juez la cuestión a resolver, y se le concede el poder de condenar o absolver al demandado. La función de la fórmula consistía en fijar con la mayor precisión la pretensión del actor y a veces la replica del demandado; el juez debía constatar los hechos en que el actor fundaba su demanda, así como los de la excepción del demandado, a efecto de estar en aptitud de sentenciar.

Los maestros Agustín Bravo y Sara Bialostosky (54), explican que las partes principales de la fórmula son cinco, a saber: a).- la institutio iudicis, b).- la demonstratio, c).- la intentio, d).- la audiudicatio y e).- la condemnatio.

a).- La institutio iudicis.- Designa al juez en términos imperativos (titus iudex esto). Al respecto el maestro Floris Margadant (55), nos ilustra de la siguiente forma: como primer elemento encontramos a la institutio iudicis o nombramiento de un juez, tan obvio y natural que Goyo olvido mencionarlo en sus institutas.

b).- La demonstratio.- Los maestros Agustín Bravo y Sara Bialostosky (56), dicen que se coloca al princi-

(53).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 63).

(54).- Bravo, Agustín, Bialostosky, Sara. op. cit., pág. 166.

(55).- Floris Margadant. op. cit., pág. 155

(56).- Bravo, Agustín, Bialostosky, Sara. op. cit., pág. 166.

pio de la fórmula, después de la denominación del juez. -- Consiste en una breve exposición de hechos e indics el fundamento de derecho; señala cual es la causa del proceso. -- Al respecto el historiador Ortolan (57), nos explica que en esta parte de la fórmula se enuncia en forma de indicación, la cosa que es objeto del litigio y los hechos alegados por el demandante como base de su instancia, que explica en cierto modo el asunto de que se trata. Es un elemento que puede no encontrarse en la fórmula, porque podría ser que no fuera necesaria esta indicación previa, y que estuviese satisfactoriamente impresa en la siguiente parte

c).- La intentio.- En esta parte, de acuerdo con los historiadores citados (58), se indica la pretensión del demandante, la cuestión misma del proceso, que tiene que resolver el juez. Es la parte en la que se plantea la cuestión litigiosa conforme a la pretensión deducida por el actor y de cuya constatación dependera el fallo del juez. Es la parte más importante en virtud de que no hay fórmula sin intentio. En este sentido, el autor Ortolan (59), nos explica: este elemento especifica y resume la pretensión del demandante, que el juez habrá de verificar y que en consecuencia fija el aspecto o cuestión de derecho (juris contentio), del litigio. Este es el elemento total de la fórmula que nunca puede faltar.

d).- La audiudicatio.- De acuerdo con los historiadores Agustín Bravo y Sara Bialostosky (60), es la par-

(57).- Ortolan. op. cit., pág. 125.

(58).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. 167.

(59).- Ortolan. op. cit., pág. 125.

(60).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. 167.

te de la fórmula que confiere al juez el poder de transferir la propiedad a una de las partes, lo que sólo sucede en las acciones divisorias. Esta parte de la fórmula, nos dice el maestro Floris Margadant (61), es la autorización que otorgaba el magistrado al juez a efecto de que atribuyese derechos de propiedad e impusiese obligaciones a las partes. Este elemento sólo tenía lugar en las fórmulas que pertenecían a las tres acciones divisorias: la actio familiae herciscundae (división de herencia), la actio communi dividundo (división de la cosa común) y la actio finium resecundorum (acción de deslinde).

e).- La condemnatio.- Señalan los historiadores Agustín Bravo y Sara Bialostosky (62), que en esta parte de la fórmula se confiere al juez la facultad de condenar o absolver al demandado. El actor nunca podrá ser condenado, en atención a que es una facultad que no le concede la condemnatio al juez. La condena siempre consiste en una suma de dinero, que el juez debe determinar con precisión. En esta parte el historiador Juan Iglesias (63), nos ilustra así; la condemnatio es la parte de la fórmula, que condicionada a la intentio, en términos de que sean ciertos o no los hechos alegados por el demandante, faculta al juez para condenar o absolver, es decir que la condemnatio es la autorización que daba el magistrado al juez para condenar o absolver al demandado, en caso de realizarse la hipótesis establecida en la intentio, sin que se verificase la hipótesis planteada en la exceptio. La condena se concretaba siempre en una estimación o cantidad de dinero (condemnatio pecuniaria).

(61).- Floris Margadant. op. cit., pág. 157.

(62).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. 168

(63).- Iglesias, Juan. op. cit., pág. 208.

Existen dentro de la fórmula otros elementos además de los mencionados con anterioridad, estos elementos reciben el nombre de accesorias; los historiadores Agustín Bravo y Sara Bialostosky (64), señalan como tales a los siguientes: las exceptiones (comprendidas aquí la replica, -duplica, etc.), y las prescriptiones. Si el magistrado inserta alguna de ellas en la fórmula, es con la intención de salvaguardar los derechos de uno de los postulantes, se colocan a solicitud del litigante y para suavizar los efectos del Derecho Civil.

La exceptio.- Es una exclusión que puede oponerse a la acción para desvirtuar lo que se ha plasmado en la intentio ó en la condemnatio. En este sentido el historiador Juan Iglesias (65), explica: la exceptio es una parte de la fórmula que se establece en beneficio del demandado, como defensa contra la actio del actor.

En opinión de los maestros Agustín Bravo y Sara Bialostosky (66), las replicas son excepciones hechas valer por el actor y que resultan necesarias para desvirtuar las exceptiones del demandado, la duplicatio era la respuesta a la replica en interés del demandado, a la cual se oponía la triplicatio y así sucesivamente.

El profesor Floris Margadant (67), apunta que los romanos ya distinguían entre excepciones dilatorias y perentorias, éstas destruyen la eficacia de la acción, aquéllas la posponían o dilataban.

(64).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. - 168.

(65).- Iglesias, Juan. op. cit., pág. 208.

(66).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. -- 168.

(67).- Floris Margadant. op. cit., pág. 160.

Las prescripciones. - Al respecto, los maestros - Agustín Bravo y Sara Bialostosky (66), nos explican que -- ésta es la parte escrita en el encabezado de la fórmula. - Antecedían y reemplazaban algunas veces a la demonstratio, se añadían a la fórmula en interés del actor o del demandado para precisar el debate y especificar el efecto extintivo de la litis contestatio.

1.2.10 PROCEDIMIENTO IN IUDICIO

En relación con esta fase, el maestro Floris Margadant (69), explica: transcurridos tres días después de -- la litis contestatio, las partes se presentaban ante la -- presencia del juez. Aquí ya no existía la necesidad de --- fianzas que asegurasen su presencia, su propio interés los -- construcía a presentarse puntualmente; de lo contrario -- corrían el riesgo de ser considerados en rebeldía. La lucha -- se centraba en la obtención de la sentencia y la intención -- de ambas partes es la de comprobar los hechos en que se -- fundaría su actio, exceptio, replicatio, etc. No obstante, se analizan las cuestiones de derecho, es decir que las -- partes también debían convencer al juez de algunas cuestiones de derecho.

La segunda fase del proceso tiene verificativo, -- de acuerdo con el autor Petit (70), delante del juez. Su -- función consiste en examinar el asunto indicado en la fórmula, en comprobar los hechos que se relacionan y en hacer la aplicación de los principios de derecho puestos en juego. Una vez que esta suficientemente aclarado, concluye el

(66).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. - 169.

(69).- Floris Margadant. op. cit., pág. 167.

(70).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 638.

proceso mediante la sentencia. Para cumplir tal misión el juez estaba investido de un poder llamado officium, cuyas facultades son amplias o restringidas de acuerdo con la naturaleza de la acción. Los poderes del juez se limitaban de la siguiente forma: a).- debe ajustarse a las indicaciones establecidas en la fórmula, pues aunque parecieran contrarias a la equidad, no puede separarse bajo la pena de hacer suyo el proceso; b).- debe aplicar con toda exactitud los principios de derecho, de lo contrario la sentencia sería nula; y c).- debe pronunciar la sentencia en el término fijado.

El profesor Floris Margadant (71), sostiene que normalmente la fase apud iudicium, se componía de las siguientes partes: ofrecimiento, admisión o rechazo, y desahogo de pruebas; alegatos y sentencia.

De acuerdo con el autor de referencia (72), las pruebas admitidas en el derecho romano eran: documentos públicos y privados; testigos; juramento; la declaración de una parte (confessio), considerada como la reina de las pruebas; el peritaje; la fama pública; la inspección judicial y las presunciones legales y humanas.

Después del desahogo de las pruebas, continúa diciendo el historiador de referencia (73), las partes presentaban oralmente sus alegatos, en los cuales plasmaban su opinión sobre el resultado de la fase probatoria, al tiempo que se critican las pruebas ofrecidas por el adversario. En los alegatos se impugnaban las pruebas del adversario, y se resaltaban las propias.

(71).- Floris Margadant. op. cit., pág. 164.

(72).- idem. pág. 169-170.

(73).- idem. pág. 170.

Acto seguido, el juez dictaba de viva voz la sentencia la cual en virtud del principio de congruencia debía asumir una de las tres posturas siguientes: a).- conceder al actor exactamente lo que había pedido; b).- absolver al demandado; y c).- en algunas ocasiones el juez podía declarar que no comprendía el sentido en que debía dictarse.

A mayor abundamiento, el historiador Petit (74), explica: en la sentencia el juez puede asumir las siguientes posturas: a).- si el asunto no le parece muy claro no tiene obligación de pronunciarse; b).- pronunciar sentencia de absolución si el demandante no ha justificado su pretensión, o si el demandado ha probado una excepción que paralice la acción; y c).- pronunciar una sentencia de condena, si la intentio es probada sin haberse opuesto alguna excepción. La condena siempre es a una suma determinada de dinero. La sentencia puede escribirse de antemano, pero el juez debe pronunciarla en voz alta y ante el público.

La sentencia, continúa explicando el mismo historiador. (75), termina el procedimiento in iudicio, como la litis contestatio lo termina in iure. Pone fin a la función del juez; y para la ejecución de la sentencia es necesario dirigirse al magistrado, quien es el único que posee el imperium.

La sentencia produce los siguientes efectos: si el juez absuelve o condena al demandado, extingue de pleno derecho la obligación contraída en la litis contestatio; - en caso de condena, se genera una obligación a cargo del demandado, es decir, que debe realizar lo que ha sido juz-

(74).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 640.

(75).- idem. pág. 644.

gado; y por último, el derecho del actor queda extinguido o paralizado.

Respecto de la sentencia, las partes podían asumir las siguientes actitudes: a).- cumplirla, para lo cual se le concedía normalmente un plazo de treinta días; b).-- exponerse a una ejecución forzosa; y c).- impugnar la sentencia.

1.2.11 VIAS DE RECURSO

Al final de la República, nos dice el historiador Petit (76), que inmediatamente después de haber sido pronunciada la sentencia tenía fuerza de cosa juzgada, razón por la cual las partes no podían atacarla para obtener una nueva decisión de alguna otra jurisdicción. Sólo por excepción se tenía contra la sentencia la revocatio in duplum o la integrum restitutio.

Revocatio in duplum.- La sentencia dictada violando la ley es nula. El demandado así condenado debía esperar la ejecución de la sentencia y en ese momento se hace valer la nulidad o bien podía tomar la iniciativa ejercitando una acción llamada revocatio in duplum. Una reclamación infundada, generaba como consecuencia una condena al doble.

In integrum restitutio.- El actor o demandado -- que se creyesen lesionados por la sentencia, podían interponer este recurso. Se concedía contra las decisiones judiciales, y operaba bajo ciertas circunstancias.

(76).- idem. pág. 645-646.

Bajo el imperio, continúa explicando el citado autor (77), existió una vía de recurso para todos los casos contra las sentencias: se trata de la apelación, a través de la cual se permite modificar la decisión del juez y obtener una nueva decisión; a partir de entonces sólo tiene fuerza de cosa juzgada una sentencia cuando ya no es susceptible de apelación o si la apelación ha sido rechazada.

La appellatio.- La apelación, nos dice el historiador de referencia (78), fué establecida por una ley judicial, teniendo como base el derecho que pertenecía a todo magistrado bajo la República de oponer su veto a las decisiones de un magistrado de igual o inferior jerarquía: es lo que se conoce como intercessio. El magistrado ante quien se tramitaba no sólo vetaba la sentencia sino que la anulaba y la sustituía por otra sentencia. La apelación tiene carácter suspensivo, detiene la ejecución de la sentencia.

1.2.12 VIAS DE EJECUCION

En esta parte, el historiador Petit (79), nos ilustra de la siguiente forma: el condenado (deudor) dispone de un término de sesenta días para cumplir la condena (pago al acreedor). Una vez transcurrido este plazo, y no habiendo cumplido con la condena, se inicia la ejecución a la que se tiene acceso ejercitando delante del magistrado la actio iudicialis. Esta acción realiza las funciones de la manus iniectio y de la ignominia capio que tienen aplicación en las acciones de la ley, y alcanzan no sólo a los --

(77).- idem. pág. 646.

(78).- idem.

(79).- idem. pág. 646-647.

bienes del deudor sino también a su persona.

1.2.13 SENTIDO DE LA PALABRA ACCION EN ESTE SISTEMA

El historiador Ortolan (80), indica el sentido de la palabra acción en este período, en los siguientes términos: acción significa en este sistema el derecho conferido por el magistrado de reclamar ante un juez lo que se nos debe. Así lo explica la definición de Celso (81): acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe. También se le confunde con la fórmula.

En este sentido, el procesalista Hugo Alsina (82), explica: en el sistema formulario la acción era concebida como la fórmula que el magistrado entregaba al demandante, mediante la cual se otorgaba al juez la facultad de condenar o absolver; por esta razón Celso (83), le concedió el derecho de reclamar en justicia (ante el iudex) lo que nos es debido, el derecho acordado por el magistrado de acudir delante del juez, y del cual el actor podía hacer uso, enseñando la fórmula o dejar de hacerlo. En este sistema la acción no estaba vinculada al derecho, sino que por el contrario constituía un derecho autónomo que tiene su origen en la fórmula misma y se regula por los preceptos de ésta.

1.2.14 EL PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO

El anterior sistema (ordinario), no resultaba

(80).- Ortolan. op. cit., pág. 126.

(81).- Citado por Ortolan. op. cit., pág. 127.

(82).- Alsina, Hugo. op. cit., pag. 176.

(83).- Citado por Alsina, Hugo. op. cit., pág. 176.

aplicable a todos los casos. En aquéllos casos en los que no era aplicable el anterior sistema, el magistrado no enviaba a las partes ante un juez; él mismo resolvía la controversia sin organizar el iudicium, en estos casos el proceso recibía el nombre de cognitio extraordinaria (conocimiento extraordinario), y se da el calificativo de iudex - al magistrado que juzga.

Al respecto el maestro Juan Iglesias (84), expone: el procedimiento extraordinario termina con la clásica división del proceso en las fases in iure y apud iudicium. El juez, es ya un funcionario público, órgano de la administración del Estado, y ante su presencia se sustancia el pleito en un solo momento procesal. A mayor abundamiento, - el maestro Floris Margadant (85), señala: en esta fase la división en dos instancias desapareció; la iurisdictio (facultad del magistrado de conceder o denegar una actio), y la iudicatio (facultad del vindex de dictar sentencia), comenzaron a fundirse, anunciándose en consecuencia el sistema procesal moderno.

Las materias sobre las cuales se aplicaba el procedimiento extraordinario, eran numerosas, su designación-provenía de diversas causas entre las cuales y de acuerdo con el historiador Petit (86), las más importantes son las siguientes: a).- conflictos relativos al fideicomiso; b).- las persecuciones contra los publicanos; c).- las disputas entre un jefe de familia y las personas colocadas bajo su potestad, vgr. cuando un esclavo reclama su manumisión o - un hijo su emancipación; y d).- en materia de alimentos.

(84).- Iglesias, Juan. op. cit., pág. 230.

(85).- Floris, Margadant. op. cit., pág. 143.

(86).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 648.

La sentencia de los magistrados recibía el nombre de decretum. La condena no tenía necesariamente carácter pecuniario, se relacionaba con la cosa objeto del litigio. El magistrado aseguraba la ejecución en virtud de su imperio.

De acuerdo con el historiador Petit (87), el desarrollo de la apelación mediante la cual se sometía la --sentencia del juez al examen del magistrado, restó toda --creabilidad a las decisiones de los jueces privados; razón por la cual al final del siglo III de nuestra era, Diocleciano suspendió las aplicaciones del procedimiento formulario, mediante una constitución del año 294, ordenando a los presidentes de las provincias conocer personalmente de todas las causas que anteriormente estaban obligados a enviar ante el iudex.

Señala el maestro Floris Margadant (88), que lo que distinguía al procedimiento extraordinario de los anteriores sistemas, era un giro de lo privado a lo público. - En este sistema, los juicios orales se tornaban en escritos, más lentos y caros; quod non est in actis non est in mundo (lo que no existe en los expedientes, no existe en el mundo).

1.2.15 DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO

Al respecto, el historiador Ortolan (89), nos --ilustra en los siguientes términos: ya no existe distinción entre el ius y el iudicium; ni institución de juez ni-

(87).- Petit, Eugène. op. cit., pág. 648.

(88).- Floris Margadant. op. cit., pág. 175.

(89).- Ortolan. op. cit., pág. 133

redacción de fórmula para cada caso. El actor llamaba directamente a su adversario ante la autoridad competente, - mediante denuncia presentada al escribano, el magistrado - hacia notificar esta denuncia a través de un portero a la parte enjuiciada, y juzgaba la causa; era encargado al mismo tiempo de la jurisdicción y del poder de juzgar.

En este sentido, el historiador Juan Iglesias -- (90), explica el curso del procedimiento de la siguiente forma:

1.- Citación.- En lo que se refiere a este acto, la forma normal de citar es el libelo, un escrito de demanda que el propio demandante presenta al demandado, o bien que hace llegar a sus manos a través del tabularius (un -- funcionario o subalterno), o finalmente le da a conocer -- por edicto fijado en el lugar donde ejerce su función el -- juez.

2.- Comparecencia.- El escrito de demanda presentado por el actor, recibe el nombre de libellus conventio-
nes, al cual contesta el demandado con el libellus contra-
dictiones, debiendo otorgar garantía de comparecer en juicio al término de tres días, al principio, y de veinte -- con posterioridad. La falta de comparecencia del demandado (contumacia), no suspende el curso del juicio; en caso de que el que no comparezca sea el actor, la sentencia puede dictarse en su contra.

3.- Defensa.- En esta parte del procedimiento se verificaban los siguientes actos: que el demandado se allane a la demanda, es decir al fondo jurídico de la misma, --

(90).- Iglesias, Juan. op. cit., pág. 231-233.

y en este caso la confessio in iure produce los efectos de ser equivalente de una sentencia. Sin embargo cuando la -- confesión se limita a ciertas circunstancias o hechos, adquiere de tal fuerza, constituyendo únicamente un medio probatorio.

4.- De la litis contestatio.- En este sistema -- consiste en el momento no bien precisado, en que las partes fijan sus pretensiones; no es ya un acto formal, dotado de solemnidad, ni produce aquel efecto antiguo de la -- consumación procesal de la acción.

5.- La fase probatoria.- Aquí se produce un nuevo sistema regulatorio. En cuanto a la apreciación de la -- prueba, el juez se somete a normas predeterminadas, también se le autoriza para averiguar libremente los hechos, -- con independencia de la petición del actor o del demandado.

6.- La sentencia.- Esta, no necesariamente contiene una condena de carácter pecuniario, dándose satisfacción a las pretensiones del actor. Se admite la apelación ante juez superior, para llegar en última instancia hasta el mismo emperador.

7.- Las costas (gastos procesales).- Inicialmente eran cubiertas por el vencido, tomando en cuenta su temeridad; más adelante se estableció este pago para el litigante que resultara perdedor, con independencia de que --- existiera o no la temeridad.

8.- Procesos especiales.- Ya desde Roma existían algunos procesos que se tramitaban en forma especial, es -- decir de una forma breve, acortando los términos y plazos -- generando una pronta tramitación del juicio. Entre los --- cuales tenemos: al proceso por recripto o recurso de ape-

lación ante el emperador, así como los procesos sumarios - de alimentos, manumisiones testamentarias, posesión de la herencia de un impúbero, interdictos. etc.

1.2.16 RECURSOS Y MEDIOS DE EJECUCION

En este período, dicen los historiadores Agustín Bravo y Sara Bialostosky (91), que la apelación cobró un gran auge; la parte inconforme con la sentencia debe expresarlo inmediatamente y entregar al juez los libelli apelatori en un término de diez días; el juez por su parte, remite los libelli apelatori junto con el expediente y una breve relación. Ante el superior se procede ex-novo, es decir, con la posibilidad de aportar nuevas pruebas, la nueva sentencia puede ser más desfavorable que la anterior, generando una pena pecuniaria para el apelante temerario.

En cuanto a la ejecución de la sentencia, los historiadores de referencia (92), señalan que existían los siguientes medios: a).- la aprehensión de la cosa que reclama el vencedor, en presencia de los aparitores del magistrado y con la ayuda de la fuerza pública; b).- la toma en prenda de bienes del deudor, los cuales son vendidos para pagar al acreedor, si son varios acreedores se les otorga la distractio bonorum o venta en partes de los bienes del deudor.

En este sentido el autor Juan Iglesias (93), explica: en lo que se refiere a la ejecución de sentencia, ésta puede ser de las siguientes formas: a).- ejecución patrimonial particular limitada a los bienes necesarios para

(91).- Bravo, Agustín. Bialostosky, Sara. op. cit., pág. 173.

(92).- idem.

(93).- Iglesias, Juan. op. cit., pág. 222.

satisfacer las pretensiones del actor; b).- ejecución patrimonial particular en régimen de concurso de acreedores- a través de la venta parcial de éstos; y finalmente, c).-- ejecución personal con carácter de accesoria.

1.2.17 SENTIDO DE LA PALABRA ACCION EN ESTE SISTEMA

De acuerdo con el historiador Ortolan (94), el sentido de la palabra acción en este período es el siguiente: la acción es el derecho, que nace directamente de la ley, de reclamar ante la autoridad judicial competente lo que se nos debe o lo que es nuestro; o bien tomando la palabra en su acepción natural y etimológica (de agere, --- obrar), el acto mismo de esta reclamación, o tomándolo bajo el aspecto de forma, el medio de hacer valer la reclamación.

A mayor abundamiento, el jurista Hugo Alsina --- (95), explica: debido a la supresión de la división de la instancia ante el magistrado y el juez, se generó que la acción pasó a ser un elemento del derecho en el sentido de que no existía la necesidad de que el magistrado la concediera, sino que cualquiera que fuese el titular del derecho, bien podía ejercitarlo en justicia sin el requisito de previa autorización. "En este período la acción dejó de ser un concepto autónomo para confundirse con el derecho mismo, aun cuando puede decirse que lo absorbió, porque ya no se preguntaba si una persona tenía derecho a una cosa, sino si tenía acción para reclamarla". (96)

(94).- Ortolan. op. cit., pág. 134-135.

(95).- Alsina, Hugo. op. cit., pág. 176.

(96).- idem.

1.3 TEORIA CLASICA O TRADICIONAL

Antes de abordar el estudio de las teorías que explican a la acción, quisiera plasmar la idea compartida de Calamandrei, en el sentido de que: "la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los Estados civilizados".(97)

Existen dos corrientes que tratan de explicar lo que la acción es. Estas se dividen en dos direcciones, a saber: a).- la que considera a la acción como un elemento del derecho, como el derecho mismo en ejercicio; y b).- la que distingue a la acción del derecho material que se ejercita en juicio.

La primera de las teorías señaladas es conocida como teoría clásica o tradicional, y entre sus mejores exponentes encontramos a Savigny, Garsonnet y César-Bru, y por último a Coviello. La segunda de ellas es conocida con el nombre de teoría moderna o de la autonomía de la acción la cual será objeto de estudio en apartados ulteriores.

A continuación, abordaremos el estudio de la acción a la luz de la teoría clásica o tradicional; enunciando las teorías de los principales autores que la sostienen.

1.3.1 CARACTERISTICAS PRINCIPALES

(97).- Calamandrei, Fiero. Instituciones de Derecho Procesal Civil. Vol. I. 2a. ed. tr. por Santiago Sentís Melendo Edit, Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires --- 1962. págs. 235.

De acuerdo con el maestro Eduardo Pallares (98), las características principales de la acción dentro de esta teoría, son las siguientes:

a).- La acción es un derecho subjetivo civil, -- cuyo ejercicio depende de la voluntad del titular del mismo.

b).- Pertenece al derecho privado, y el sujeto pasivo de ese derecho es el deudor de la obligación, cuyo cumplimiento se exige en juicio, con lo cual se quiere decir que la acción no es un derecho que los particulares -- tengan contra el Estado, ni contra funcionarios del mismo.

c).- El objeto sobre el cual recae la acción, es la prestación que se exige del demandado y no la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado. Es decir, -- que la acción va dirigida al demandado para obtener que -- cumpla las obligaciones que contrajo.

Para esta teoría, de acuerdo con el procesalista Hugo Alsina (99), la acción es un elemento del derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación; -- es el derecho en su ejercicio, el derecho en pie de guerra para remover los obstáculos que se opongan a su eficacia.-- Es decir que la acción supone un derecho y la violación -- del mismo.

Como se mencionó con anterioridad, la teoría en estudio cuenta con el apoyo y defensa de grandes juristas

(98).- Pallares, Eduardo. Derecho Procesal Civil. 13a. ed. Edit. Porrúa. México 1989. pag. 217.

(99).- Alsina, Hugo. op. cit., pag. 177

entre los cuales destacan: Savigny, Garsonnet y César-Eru, y Coviello. A cuya exposición, se dedican las siguientes líneas.

1.3.2 TESIS DE SAVIGNY

Este autor es considerado como fundador de la teoría clásica. De acuerdo con Savigny (100), existen dos acepciones de la palabra acción, a saber: a).- como un derecho que nace con la violación de otro derecho; y b).- como ejercicio del derecho mismo.

En la primera acepción, el derecho de acción es el conferido a la parte lesionada para la reparación de sus derechos. En la segunda, expresa el ejercicio mismo del derecho.

Continúa diciendo el autor de referencia (101), que desde un punto de vista general, se acepta que toda acción implica necesariamente dos presupuestos: un derecho en sí y la violación de este derecho. Si el derecho no existe la violación no se verifica, en consecuencia, si la violación no se realiza, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción; no existe la actio nata, según la expresión muy justa de los autores modernos.

En este sentido, explica Calamandrei (102), que si se entiende a la acción como un derecho de obtener del deudor a través de la sujeción impuesta por el Estado, el

(100).- Citado por Dorantes Tamayo, Luis: Elementos de Regoría General del Proceso. 1a. ed. Edit. Porrúa. México, 1983 pág. 30-31.

(101).- idem.

(102).- Calamandrei, Piero. op. cit., pág. 242.

equivalente de la prestación debida; en consecuencia, no es algo que quede fuera del derecho subjetivo, sino que es sólo un aspecto o manifestación del propio derecho subjetivo, un poder inherente a él, de reacción contra el entuerto, el derecho subjetivo elevado a la segunda potencia, o en pie de guerra. Es decir que desde el punto de vista pasivo de la relación, al derecho subjetivo no solo le corresponde la obligación, sino además la sujeción del deudor, quien aun cuando no quiera cumplir responde con los propios bienes de la obligación contraída, en consecuencia la acción considerada como facultad de provocar la sujeción del deudor, no existe como derecho separado, sino que configura uno de los modos en que se puede ejercitar el derecho subjetivo privado.

1.3.3 TESIS DE GARSONNET Y CÉLAR-BRU

Estos autores (103), indican que 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. La acción está íntimamente ligada al derecho substancial, y sigue la suerte de éste.

Los mismos autores (104), sientan los siguientes principios: a).- no hay acción sin derecho; b).- no hay derecho sin acción; y c).- a cada derecho corresponde una acción.

a).- No hay acción sin derecho. El derecho condi

(103).- Citados por Dorantes Tamayo, Luis. op. cit., pág. 31
 (104).- idem. pág. 32-33.

ciona la naturaleza, la duración, los caracteres, el objeto y la extensión de la acción. De donde se derivan los siguientes subprincipios:

1.- Así como el número de los derechos es ilimitado, también lo es el de las acciones. Existen tantas acciones cuantos derechos se puedan crear por convenciones, o por medio de éstas se pueden crear obligaciones hasta el infinito.

2.- La mayor parte de los derechos no tienen nombre en particular; en consecuencia las acciones no llevan nombres oficiales, sin embargo el uso ha conservado denominaciones tomadas del derecho romano (acciones: reivindicatoria, confesoria, negatoria, de petición de herencia, pauliana, etc.).

3.- La acción y el derecho tienen la misma duración; mientras el acreedor no ha recibido satisfacción, -- existe el derecho y en consecuencia su acción.

4.- La acción tiene la misma naturaleza y el mismo carácter que el derecho; se clasifica según el derecho que protege en real o personal, mobiliaria o inmobiliaria, divisible o indivisible, patrimonial o no patrimonial, cedible o incedible, transmisible o intransmisible a los herederos.

5.- La acción tiene el mismo objeto que el derecho; esta regla no es absoluta, se rompe en el caso de la obligación alternativa. No sucede lo mismo en las obligaciones que pueden ser cumplidas por el deudor mismo u otra persona a expensas de éste.

6.- La acción tiene la misma extensión que el de

recho; por lo tanto, sólo debe ser ejercitada por el monto que constituye el objeto de ésta.

b).- No hay derecho sin acción. Aquí los autores de referencia (105), reconocen que existen excepciones a este principio, como son los derechos correlativos a las obligaciones civiles que ellos llaman degeneradas (deudas-prescritas), a las llamadas obligaciones naturales o morales, y las deudas nacidas de juegos y apuestas: no pueden exigir su cumplimiento judicialmente.

c).- A cada derecho corresponde una acción. Si una persona puede ejercitar más de una acción, es que posee varios derechos, e.g.: el poseedor o propietario expulso violentamente del inmueble que detentaba, puede escoger entre alguna de estas acciones: la posesoria de recuperar la posesión, la reivindicatoria para que se le entregue el bien de que es propietario y la de daños y perjuicios que se hayan causado.

1.3.4 TESIS DE NICOLAS COVIELLO

De acuerdo con Coviello (106), la acción en sentido material puede definirse como: la facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho. --- ~~Es~~ es necesario distinguir a la acción como potencialidad y como actuación. En el primer aspecto se confunde con el derecho subjetivo y casi pasa inadvertido; en el segundo, en cambio, se destaca con tanta claridad que parece -- tener vida propia. Y es que en el segundo estadio la defen

(105).- idem.

(106).- Citado por Herrera Bautista, José. Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil. 3a. ed. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México 1977. pág. 104.

sa del derecho amenazado o violado es necesaria cosa que no sucede al principio. En cualquiera de ellos, dice el citado autor (107), la acción es una función del derecho subjetivo.

La acción no posee existencia independiente, si- gue diciendo Coviello (108), sino que es una simple fun- ción del derecho subjetivo. Tal es a no dudarlo el sentido potencial, en que ninguno podría ver en ella una entidad - distinta del derecho, constituye un elemento del mismo, -- forma parte de su contenido pero nada más. Tan cierto es - esto que algunos han hecho derivar el nacimiento de la ac- ción de la violación del derecho. En el segundo estadio es claro también que la acción es la misma facultad abstracta que se determina y concreta. En consecuencia no puede ver- se en ella un nuevo derecho.

La acción no puede ser considerada como un dere- cho accesorio, porque ello equivaldría a destruir el con- cepto mismo del derecho subjetivo. Es decir que si ----- se considera como un derecho distinto del material, éste - carecería por si mismo de toda garantía. Por otra parte, - continúa diciendo el mismo autor (109), que resulta erró- neo afirmar que se trata de un derecho subjetivo público, - porque no teniendo existencia autónoma, participa de la na- turaleza del derecho a que se halla vinculado, es decir, - al carácter privado de éste último.

De acuerdo con el autor en cita (110), la acción puede también estudiarse en sentido puramente formal, y en

(107).- Cit. pos. Dorantes Tamayo. op. cit., pág. 61.

(108).- Cit. pos. García Maynez. op. cit., pág. 237.

{109}:- idem:

este caso equivale a la invocación efectiva de la autoridad del Estado, para la protección de un determinado derecho. Si se toma la palabra en este sentido, la acción no puede ser vista ni como elemento del derecho ni como derecho autónomo, sino como un mero hecho. Así como el ejercicio del derecho puede de hecho efectuarse por quien no tiene el derecho que ejercita, ya abrigue la creencia de tenerlo, o bien la convicción contraria, en este orden de ideas la acción en sentido procesal puede ejercitarse aun por quien no tiene el derecho que pretende hacer valer, y aun por el que está convencido de no tenerlo. Es decir que puede existir la acción de hecho, sin que exista el derecho de obrar. No obstante esta distinción entre acción en sentido formal y en sentido material, no debe desconocerse el nexo íntimo que existe entre los dos. En atención a que la facultad de obrar, como elemento del derecho subjetivo es lo que constituye el fundamento de la acción en sentido procesal, ésta será admitida si el magistrado descubre la existencia del derecho y rechazada en la hipótesis contraria.

En relación con esta teoría, el procesalista Hugo Alsina (111), explica: esta doctrina resulta insuficiente para explicar circunstancias que son perfectamente normales dentro del proceso. En este orden de ideas, sería difícil encontrar la acción cuando la sentencia rechaza la demanda por falta de mérito. No se puede negar que se ha puesto en actividad a todo el aparato jurisdiccional (jueces, secretarios, etc.), se ha realizado incluso prueba abundante; se han interpuesto recursos que provocaron la intervención de los tribunales de segunda instancia, y finalmente, el juez declara que la pretensión del actor no -

(111).- Alsina, Hugo. op. cit., pág. 177-178.

está amparada por una norma legal. En consecuencia si el - derecho no existe y no puede haber acción sin derecho ---- ¿qué es entonces, lo que ha servido como instrumento para impulsar todo el movimiento del proceso? Todo ello demuestra que la acción procesal es algo independiente del derecho substancial, razón por la cual, la doctrina moderna ha tratado de fijar sus caracteres.

1.4 TEORIA MODERNA O DE LA AUTONOMIA DE LA ACCION

Hemos realizado el estudio de la acción a la luz de la teoría clásica, a través de la cual nos dimos cuenta de que en ella se confunde o equipara a la acción con el - derecho material, atendiendo a su concepción de corte civilista. En el presente apartado, se realizará el estudio de la acción, pero a la luz de la teoría moderna o de la autonomía de la acción; destacándose las doctrinas más importantes que han surgido dentro de esta teoría: la cual se - diferencia de la anterior, por distinguir o diferenciar a la acción del derecho material, como a continuación se explica.

1.4.1 CARACTERISTICAS PRINCIPALES

De acuerdo con el maestro García Máynez (112), - la teoría de la autonomía de la acción, tiene su fundamento en las siguientes características:

a).- Hay casos en que existe la acción y no encontramos un derecho material, y viceversa.

b).- El derecho de acción es correlativo de un deber del Estado al que suele dársele el nombre de deber -

(112).- García Máynez. op. cit., pág. 233.

jurisdiccional.

c).- Como consecuencia de lo que se acaba de mencionar, el de acción es público, en tanto que el otro tiene normalmente carácter privado.

1.4.2 POLEMICA ENTRE WINDSCHEID Y MUTHER

La importancia de esta discusión, radica en que es a partir de ella en que surge la elaboración del nuevo concepto de acción: la acción como derecho autónomo e independiente del derecho material. Y constituye el antecedente de las nuevas escuelas procesales.

Los autores, coinciden en señalar que dicha polémica tuvo lugar a mediados del siglo pasado, específicamente en el año de 1856; con la mencionada discusión, se pone en crisis a la teoría clásica o tradicional, la cual tiene sus orígenes en el derecho romano, en la definición de Celso y atiende a un corte civilista; y se da paso a una concepción de la acción totalmente desvinculada del derecho material, a lo que se conoce como teoría de la autonomía de la acción.

1.4.3 TESIS DE WINDSCHEID

Al respecto, dice el maestro Dorantes Tamayo --- (113), que en 1856, se le publicó a este autor un ensayo intitulado: La actio del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual.

(113).- Dorantes Tamayo, Luis. op. cit., pág. 35.

Sobre el particular, el maestro Manuel Serra --- (114), explica: el propósito de Windscheid, fué tan solo poner de relieve el error de la interpretación de Savigny respecto de la actio romana.

A manera de crítica, escribe Windscheid (115), - que la concepción dominante, de la que Savigny fuera el más asiduo de sus exponentes; entiende por acción el derecho a la tutela judicial nacido de la lesión de un derecho. A la precisión y claridad de este concepto se debe atribuir el hecho de que se esté pronto a encontrarlo en la actio romana.

Sin embargo en el corpus iuris civilis no es necesario voltear muchas páginas para darse cuenta de que -- existen acciones que no presuponen la violación de un derecho. Ciertamente se daba una acción al que había sufrido -- una lesión en su derecho, más no solamente a éste.

En este sentido, el procesalista Hugo Alsina --- (116), explica: en la época en que Windscheid publicó su libro, existía en Alemania una doble terminología: la actio y la klage. La actio era considerada como la potestad-inmanente al derecho de reaccionar contra la violencia o -- como el derecho en su tendencia a la actuación: un derecho que se genera con la violación de otro derecho. La klage - (querrela), era un derecho contra el Estado, que coincidía con la acción en cuanto que ambas se encaminaban a: la persecución en juicio. Sobre esta base, dice Windscheid (117)

(114).- Serra Domínguez, Manuel. Estudios de Derecho Procesal. 1.ª ed. Edit. Ediciones Ariel. Barcelona, 1969. pág. 125.

(115).- Cit. pos. Dorantes Lamayo. op. cit., pág. 35.

(116).- Alsina, Hugo. op. cit., pág. 178-179.

(117).- Cit. pos. Alsina, Hugo. op. cit., pág. 179.

que la acción no es el derecho mismo, ni tampoco la querrela, sino un concepto distinto. Lo que nace de la violación de un derecho es una pretensión contra su autor: v.g. la violación del derecho de propiedad no genera un derecho de obrar, sino un derecho a la restitución de la cosa contra una determinada persona, y para expresar esa dirección personal o tendencia a someter la voluntad de otro, se emplea la palabra anspruch, que quiere decir pretensión jurídica.

Para Windscheid (118), el concepto de acción en el derecho romano, no es ni el derecho ni la facultad de invocar la tutela de otro derecho cuando éste es violado - sino la facultad de imponer la propia voluntad en vía judicial. En la actualidad el ordenamiento jurídico es de los derechos. El derecho es el prius, la acción es el posterius. Esta concepción no era ignorada por los romanos, pero existía otra: el ordenamiento jurídico indica o dice al individuo: tienes ésta y ésta actio; en este punto tu puedes hacer valer judicialmente tu voluntad frente a todos los individuos. El ordenamiento jurídico es el de las pretensiones judicialmente perseguibles. La actio es algo original y autónomo.

Para la actualidad el juez está sometido al derecho. En Roma, el magistrado estaba por encima del derecho. En teoría no estaba ligado a éste, y en la práctica todos saben que negó su apoyo cuando el ius civile reconocía un derecho, y que con mucha frecuencia lo concedió cuando el peticionario estaba realmente desprovisto de él. Para los romanos lo importante es lo que decía el magistrado.

(118).- Cit. pag. Forantes Tamayo, Luis. op. cit., pág. 36

La actio, no es una emanación del derecho. Se -- puede tener una actio, sin tener un derecho, y no tener -- una actio, aun teniendo un derecho. La actio existe a través de la actividad del magistrado, quien habría podido de negarla.

En relación a la actio dentro del lenguaje de -- nuestra concepción jurídica, dice Windscheid (119), que no se debe de perder de vista el aspecto procesal del concepto de la actio. Si bien es cierto que la expresión: al--- quien tiene una actio, significa actualmente que alguien -- tiene una pretensión, no es menos cierto que actio sirve -- principalmente para designar el hecho de hacer valer esa -- pretensión ante los tribunales. Por pretensión se debe entender: la afirmación de que uno es titular de un derecho, o la afirmación de un hecho cualquiera, que sirva para formar la base de un derecho que se pretenderá.

En relación con esta teoría, el procesalista Hugo Alsina (120), explica: que no puede decirse que la teoría de Windscheid haya despejado por completo el problema, pero tiene el mérito de haber destacado la independencia -- de la acción, provocando una polémica famosa con Muther, -- sentando las bases de nuevas investigaciones.

1.4.4 CRITICA Y TESIS DE MUTHER

En 1857, escribe el maestro Dorantes Tamayo --- (121), que se le publicó a este jurista un breve trabajo -- intitulado: sobre la doctrina de la actio romana, del ac--

(119).- Cit. pos. Dorantes Tamayo. op. cit., pág. 38.

(120).- Alsina, Hugo. op. cit., pág. 179.

(121).- Cit. pos. Dorantes Tamayo. pág. 38.

tual derecho de acción, de la litis contestatio y de la sucesión singular en las obligaciones; al que puso como subtítulo: crítica del libro de Windscheid: la actio del derecho civil romano, desde el punto de vista del derecho actual.

Al respecto, el autor Manuel Serra (122), explica: la réplica de Muther se centró básicamente en la interpretación histórica de Windscheid, en forma por demás bastante dura y monótona. Su obra es un examen párrafo por párrafo de la de Windscheid, tendiente a demostrar que incluso en el derecho pretorio, el derecho no existía a través de la actio, sino la actio a través del derecho.

En este sentido, Muther (123), nos ilustra así: debe subsistir una pretensión antes de la actio. El pretor al conceder la actio, no crea pretensiones, sino acciones para proteger las pretensiones de las que ha declarado anticipadamente que reconocería como legítimas. La pretensión es el præiudicium, la actio el posteriorius; la pretensión es lo que produce, la actio lo que es producido. El derecho es el presupuesto de la acción.

Hasta en relación con el derecho pretorial, no tiene ningún fundamento la afirmación de Windscheid en el sentido de que el ordenamiento jurídico romano no es el ordenamiento de los derechos, sino de las pretensiones judicialmente perseguibles. En algunos casos el pretor finge hechos no existentes, pero que si existiesen, harían posible la aplicación directa de la norma de derecho civil, es decir, que se finge que el derecho del cual se trata, se funda en el derecho civil.

(122).- Serra Iomínguez, Manuel. op. cit., pág. 127.

(123).- Cit. pæg. Lorantes Tamayo. op. cit., pág. 38.

Según Muther (124), el verdadero significado de la actio romana, se explica así: proviene de agere que significa originaria y propiamente: proceder, hablar, actuar. Actio era el acto bilateral con el cual el proceso era introducido. Pero pronto la actio vino a indicar no sólo este acto en sí, sino su ritual y específicamente la fórmula del ritual puesta en escrito.

La acción, no es realmente ni un anexum del derecho originario ni un agregado a su contenido, sino un derecho particular condicionado, que existe junto al otro como protección. Con la violación del derecho originario, tenemos dos derechos de naturaleza publicista: a).- el del lesionado hacia el Estado para la concesión de la tutela estatal (la acción), y b).- el derecho del Estado contra el autor de la lesión, a efecto de eliminar la lesión misma.

Al respecto, el jurista Serra Domínguez (125), nos ilustra en los siguientes términos: para Muther (126), derecho y actio, son dos cosas distintas, de las cuales -- una es el presupuesto de la otra, pero que pertenecen a diversas esferas, en virtud de que uno es privado y otro es público. No es un anexo del derecho, ni siquiera un añadido a su contenido, sino un particular derecho condicionado a la violación del que protege.

A decir del autor Serra Domínguez (127), se debe observar que también para Muther la acción tenía como presupuesto un derecho, aun cuando fuera de naturaleza distinta

(124).- Cit. pos. Dorantes Tamayo. op. cit., pág. 39.

(125).- Serra Domínguez. op. cit., pág. 125.

(126).- Cit. pos. Serra Domínguez. op. cit., pág. 125.

(127).- Serra Domínguez. op. cit., pág. 126.

ta. Sólo quien tenía derecho tenía acción. En consecuencia la verdadera innovación de la teoría de Muther, está en la introducción del Estado como sujeto obligado de la acción.

Sobre la base sentada por Muther, Bach (128), -- construyó su doctrina del derecho a la tutela jurídica, ex puesta en su trabajo denominado: la acción declarativa --- (1885), en el que considera a la acción como un derecho autónomo que se dirige contra el Estado y el adversario. De donde toma sus características: es un derecho público - al que corresponde por parte del Estado la obligación de dispensar la tutela del derecho, pero es concreta en cuanto su eficacia afecta solo al adversario. En consecuencia sólo hay acción cuando la demanda es fundada.

1.4.5 REPLICA DE WINDSCHEID A MUTHER

Dice el maestro Dorantes Tamayo (129), que en el año de 1857 se le publicó a Windscheid un breve escrito intitulado: la actio. Réplica al Dr. Th. Muther; en el cual después de contestar las críticas hechas por este último sobre su concepción de la actio, pasa a refutar la tesis del mismo sobre dicho concepto.

Dice Windscheid (130), en su contestación que: - la acción no tiene por presupuesto esencial una violación ni entra en su concepto que con ella se haga valer un derecho. No es algo derivado, sino autónomo, no es emanación del derecho, sino es su expresión.

(128).- Alsina, Hugo. op. cit., pág. 179.

(129).- Dorantes Tamayo, Luis. op. cit., pág. 41.

(130).- Cit. pos. Dorantes Tamayo. op. cit., pág. 41.

El pretor podía reconocer una pretensión no reconocida por el derecho, y no reconocer otra que era asistida por el derecho. Para los romanos el ordenamiento jurídico no es el ordenamiento de los derechos, sino el ordenamiento de las pretensiones judicialmente perseguibles. Sin embargo, con esto no se quiere decir que esta concepción haya sido la única conocida por ellos.

El autor de referencia (131), sigue explicando: - que el concepto de acción entendida como derecho a la tutela del Estado, tiene en la actualidad valor real; pero no pertenece al derecho substancial, sino al procesal. Si para el derecho substancial las pretensiones no se indican con decir que son reconocidas por el magistrado, se debe abandonar el lenguaje romano de las acciones.

La palabra acción, en la actual concepción jurídica, sólo en sentido impropio puede ser usada para designar un derecho, el derecho de obrar; pero en este sentido, tal concepción no considera ese derecho como equivalente a una pretensión jurídica. La acción, para ella, es el acto de actuar en juicio.

1.4.6 LA ACCION COMO DERECHO ABSTRACTO

El maestro García Máynez (132), explica: que entre las doctrinas que defienden la idea de la autonomía de la acción, las más importantes son: la sustentada en Alemania por Degenkolb, en Italia por Alfredo y Hugo Rocco, en Hungría por Ploz, en Portugal por Dos Reis y en México por Vázquez del Mercado. A dicha doctrina, se le conoce con el nombre de: Teoría de la Acción Como Derecho Abstracto.

(131).- idem.

(132).- García Máynez. op. cit., pág. 236.

A raíz de la polémica que tuvo lugar entre Windscheid y Muther (vid. supra 1.3.2), se inician nuevas investigaciones en torno del concepto objeto de estudio, separándolo o diferenciándolo del derecho material: es decir que con ella se inicia la era de la autonomía de la acción la cual es estudiada desde diversos puntos de vista. Entre las diferentes corrientes que estudian a la acción separada del derecho material encontramos a la que la concibe como: un derecho abstracto. A cuyo estudio nos avocaremos en el presente apartado.

En este sentido, el ilustre jurista Eduardo J. Couture (133), nos ilustra así: a través de la historia este derecho ha sido confundido con otros poderes o facultades jurídicas, a los que se les ha dado el mismo nombre. Sin embargo la doctrina mediante una ardua tarea (casi un siglo), ha conseguido aislarlo y especificar su esencia, de tal suerte que ha sido objeto de mención especial en el artículo 10o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por Naciones Unidas en su asamblea del diez de diciembre de 1948.

Para este procesalista (134), la acción como poder jurídico asiste al ser humano como tal, es como un atributo de su personalidad, razón por la cual tiene un carácter rigurosamente privado. Sin embargo, en el cumplimiento de ese poder está interesada la comunidad, circunstancia que le otorga su carácter público. En este orden de ideas, el individuo ve en la acción la tutela de su propia personalidad, y la comunidad ve en ella el cumplimiento de sus más altos fines, como son: la realización efectiva de las garantías de justicia, de paz, de seguridad jurídica, de orden, de libertad, establecidas en la ley suprema.

(133).- Couture, Eduardo J. op. cit., pág. 58.

(134).- idem.

En vista de lo anterior, y en atención a que para este jurista la acción es básicamente un derecho a la jurisdicción, sin importar la existencia del derecho material, es por lo que a nuestro entender consideramos que a este ilustre procesalista se le puede incluir dentro de la teoría de acción como derecho abstracto. Por el momento -- baste lo dicho por el autor de referencia, el cual desarrolla un interesante estudio de la acción, mismo que será expuesto en apartados ulteriores del presente trabajo (vid. infra cap. III).

De acuerdo con el maestro García Máynez (135), dentro de esta teoría la acción tiene las siguientes características:

a).- Es un derecho subjetivo público.- Porque es correlativo de una obligación impuesta a ciertos órganos del Estado. Dichos órganos reciben la denominación de jurisdiccionales, y su actividad consiste en aplicar normas generales a casos concretos, para la satisfacción y tutela de los intereses que éstas protegen.

b).- Es relativo.- Porque corresponde a una obligación especial de una persona individualmente determinada (es decir, el Estado representado por sus órganos).

c).- Es abstracto.- En virtud de que puede ser ejercitado por cualquier persona, con independencia de que no posea el derecho material que intenta hacer valer. No se trata de un derecho frente al adversario, sino de una facultad correlativa de una obligación Estatal.

(135).- García Máynez. op. cit., pág. 237.

En consecuencia, es posible el ejercicio del derecho de acción por quien firme indebidamente, ser titular de un derecho substancial. En atención a que la acción no es un derecho a obtener una sentencia favorable, como afirma Wach (136), sino simplemente derecho a sentencia, o para decirlo con mayor precisión: derecho a solicitar la prestación de la función jurisdiccional. "Esto ocurre cabalmente en el proceso de declaración. Aquí el interés que constituye el contenido del derecho de acción consiste en obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto, y no la declaración del derecho de un modo más bien que de otro. En la cadena de los fines perseguidos por el actor, el de obtener una sentencia favorable es el fin remoto que el derecho toma en consideración en modo alguno; pero el fin próximo, o sea el interés que únicamente el derecho protege, es el de obtener una sentencia, es decir, la declaración de una cosa incierta. Sólo de este modo se explica que el derecho de acción pueda corresponder al que no posee el derecho material, y sólo así puede darse al proceso una base autónoma, independientemente del derecho privado. La íntima razón de esa autonomía reside precisamente en la naturaleza secundaria y abstracta del interés que forma el contenido substancial del derecho de acción".(137)

Sobre el particular el jurista Degenkolb (138), explica: que la acción es un derecho; es un derecho subjetivo público, en atención a que se dirige al juez, al Estado. Es un derecho de las partes hacia éste, a ser oídos en

(136).- Cit. pos. García Máynez. op. cit., pág. 237.

(137).- Rocco, Hugo. cit. pos. García Máynez. op. cit., - pág. 238.

(138).- Cit. pcs. Dorantes Tamayo. op. cit. pág. 52.

vía legal, a la sentencia; es un derecho abstracto puesto que corresponde a todo sujeto de derechos, no solamente al titular o al que se pretenda titular de un derecho material. Basta como el titular del derecho de acción sea de buena fe, es decir, que sinceramente considere tener el de recho material que reclama.

En este sentido el maestro García Máynez (139), explica: que si A presenta una demanda exigiendo de X el pago de una cantidad que éste recibió en préstamo y en su oportunidad devolvió, en este caso, no existe un derecho real de A al pago de una suma ya entregada, sin embargo sí tiene un derecho de acción correlativo del deber que el Estado tiene de resolver si efectivamente debe reconocerse el derecho material que el demandante dice tener. Y la acción existe porque la ley protege en abstracto, al mutuante cualquiera que éste sea, como titular de un derecho de crédito contra el mutuario.

De acuerdo con la explicación del jurista Hugo Rocco (140), tenemos: que el interés del acreedor en obtener del deudor el pago de una determinada cantidad es de primer grado; y el de conseguir la prestación de la función jurisdiccional, a efecto de que se establezca si el otro interés existe o no, es de segundo grado. El interés implícito en el derecho de acción es inmutable y único, -- porque invariablemente se dirige hacia el mismo objeto: la prestación de la función jurisdiccional. Los derechos de primer grado son contrariamente variables y múltiples. La acción es un derecho ideal e inmaterial, en virtud de que no tiene por sí mismo, contenido pecuniario, sino que co-

(139).- García Máynez. op. cit., pág. 238.

(140).- Cit. pos. García Máynez. op. cit., pág. 238.

responde a cada ciudadano, y se encamina a obtener una -- prestación de derecho público, desprovista de carácter económico.

De acuerdo con el maestro Becerra Bautista (141) Hugo Rocco es el mejor exponente de esta teoría. El cual la explica de la siguiente forma: no nos parece que sean iguales cosas el derecho de acción y el derecho material.- Si esto fuera cierto no sería posible explicar la forma en que el titular del derecho puede recurrir a la autoridad judicial, para con posterioridad explicar que estaba en un error, o sea, que no es titular del derecho que había afirmado como causa exclusiva de su acción. Así mismo, tampoco sería posible explicar la figura del demandado, quién a semejanza del actor tiene derecho de pretender la prestación por parte del Estado, de su actividad jurisdiccional, con la única diferencia de perseguir una declaración negativa, es decir, la declaración del juez de un derecho contrario al afirmado por el actor. De donde se desprende que si el derecho de acción y el derecho material fueran la misma cosa, aquella correspondería únicamente al verdadero titular del derecho material.

A mayor abundamiento, el profesor Eduardo Pallares (142), explica otros aspectos de la teoría de Hugo Rocco en los siguientes términos: para este autor (143), el derecho de acción, es un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado y sólo para con el Estado, que tiene como contenido substancial el interés abstracto --- a la intervención del Estado para la eliminación de los --

(141).- Becerra Bautista, José. op. cit., pág. 105.

(142).- Pallares, Eduardo. op. cit., pág. 223.

(143).- Rocco, Hugo. cit. por, Pallares, Eduardo. op. cit., pág. 223.

obstáculos, que la incertidumbre o la inobservancia de la forma aplicable en el caso concreto, pueden oponer a la realización de los intereses protegidos. objeto (proximo) de este derecho es la prestación por parte del Estado, de su actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto, y para la realización forzosa de los intereses de tutela incierta.

Por último, nos explica el sentido de las palabras derecho abstracto, en los siguientes términos: "consiste su característica en ser un derecho abstracto, en el sentido de que prescinde de la existencia efectiva de un derecho material concreto. Lo demuestra el hecho de que cualquiera puede ejercitar el derecho de acción, es decir, puede provocar los órganos jurisdiccionales del Estado aun cuando en realidad no tenga un verdadero derecho material que hacer valer". (144)

1.4.7 LA ACCION COMO DERECHO CONCRETO

Entre los sostenedores más destacados de esta corriente encontramos a: Wach, Stein, Holder, Gierke y Hellwig en Alemania; Fadda, Simoncelli y Menestrina en Italia (145).

Para esta doctrina, la acción sólo puede pertenecer a quien tiene una facultad de índole material, y es siempre un derecho concreto a la tutela jurídica del Estado. Trátase de un derecho subjetivo público, frente al cual se encuentra la obligación de los órganos jurisdiccio-

(144).- Rocco, Hugo. cit. pos. Pallares, Eduardo. op. cit. pág. 223.

(145).- Cit. pos. Dos Reis. cit. pos. García Máynez. op. cit., pág. 241.

nales de prestar esa tutela mediante una sentencia favorable.

Los partidarios de esta doctrina, escribe el --- maestro García Máynez (146), no aceptan que la acción deba ser considerada como un derecho abstracto, que corresponda a cualquier individuo, por el simple hecho de tener personalidad jurídica. Para que se pueda hablar de un derecho de acción, se requiere la concurrencia de una serie de requisitos, tanto de orden procesal como de orden sustancial. Los cuales reciben los nombres de presupuestos procesales y condiciones de la acción respectivamente. "Para -- que pueda constituirse la obligación del juez de proveer -- las demandas, se requieren (además de la existencia de una demanda correcta y regularmente notificada, que es el acto constitutivo) algunas condiciones que se llaman presupuestos procesales. No sólo deben existir los tres sujetos, un órgano investido de jurisdicción ordinaria (según las normas reguladoras de jurisdicción y de la organización judicial), y dos partes reconocidas por el derecho como sujetos de derecho (capacidad para ser parte), sino que deben tener ciertos requisitos de capacidad (competencia de los órganos jurisdiccionales, capacidad procesal de las partes y en algunos casos, el poder de pedir en nombre propio la actuación de una voluntad de la ley que garantice un bien -- a otros, lo que se llama sustitución procesal)". (147)

Respecto de esta teoría, el procesalista Hugo -- Rocco (148), explica: en esta teoría existe acción sólo --

(146).- García Máynez. op. cit., pág. 240-241.

(147).- Chioyenda, J. cit. pos. García Máynez. op. cit., - pág. 241.

(148).- Rocco, Hugo. Teoría General del Proceso Civil. --- 1a. ed. tr. Felipe de J. Tena. Edit. Porrúa. México, 1955. pág. 208.

cuando aquella posibilidad o facultad de obrar va acompañada de algunas condiciones de derecho substancial (condiciones de la acción), y procesales (presupuestos procesales). No existe por lo tanto, un derecho concreto a la tutela jurídica completamente independiente de algunos requisitos y condiciones. El derecho de acción no puede configurarse -- como un derecho a sentencia, que corresponda a cualquier sujeto de derecho, sino que debe concebirse como un derecho a sentencia favorable, que compete únicamente a -- aquélla de las dos partes en un juicio en la que puedan -- existir algunas condiciones de derecho substancial y algunos presupuestos de derecho procesal.

En esta teoría resultan poco determinantes los -- límites entre acción y derecho material. Se evidencia, que un derecho concreto a la tutela jurídica no escapa al dilema de identificar tal derecho con el derecho abstracto de obrar, o confundirlo con el derecho privado material. Un -- derecho a sentencia favorable no puede admitirse, en atención a que el hecho de que la sentencia contenga la afirmación de la existencia del derecho del actor o la inexistencia del mismo derecho, y por lo tanto sea favorable al actor o al demandado, desde el punto de vista jurídico no -- tiene ninguna relevancia en la concepción general y fundamental del derecho de acción.

Esta teoría parte del presupuesto falso de que -- cuando no hay derecho substancial, no hay acción; afirmación que constituye un error fundamental, en atención a -- que con la afirmación o con la negación del derecho substancial, no se afirma o se niega por obra de los órganos -- jurisdiccionales el derecho de obrar o contradecir en juicio, sino que únicamente se declara la existencia o inexistencia del derecho material o substancial.

Explica el maestro García Máynez (149), que la doctrina que se estudia en este apartado ha sido objeto de las críticas siguientes:

a).- La tesis de la acción como derecho concreto a la tutela jurídica, no puede explicar el caso en que la acción carece de fundamento, en atención a que en tal hipótesis, la sentencia debe ser absolutoria.

b).- En forma indebida hace depender el derecho de acción, de la existencia de la facultad jurídica material cuya tutela se solicita. El derecho a una sentencia favorable solo puede llegar a existir al concluir la causa, es decir, cuando se han aportado los elementos que permiten al juez tener un juicio en favor del demandante.

Ante los argumentos plasmados con anterioridad, esta teoría se defiende diciendo: que cuando las pretensiones de los demandantes son infundadas, en realidad no existe derecho de acción, sino simplemente un hecho abusivo -- que el juzgador debe repeler. Sin embargo olvidan que la prestación de la función jurisdiccional es una obligación para los tribunales y jueces, no solo en la hipótesis de que el actor tenga el derecho material, sino también en el caso contrario.

1.4.8 LA ACCIÓN COMO DERECHO POTESTATIVO

Como principales representantes de esta corriente doctrinal encontramos a: Weisman y a Chiovenda(150). --

{149}.- García Máynez. op. cit., pág. 241.

{150}.- Cit. pos. García Máynez. op. cit., pág. 242.

El último de los citados autores realiza su exposición haciendo una comparación de los derechos reales y personales con los derechos potestativos, en los cuales incluye al de recho de acción.

Dice Chioyenda (151), que el derecho subjetivo es la expectativa de un bien de la vida, garantizado por la voluntad del Estado. El bien es el goce de una cosa exterior. La ley puede garantizar el goce absoluto (propiedad), o únicamente el relativo (derivación de la propiedad uso, habitación, usufructo, etc.). En otras ocasiones el bien jurídico radica en la posibilidad de realizar cierta actividad en relación con la actividad de otro en cuanto se encamina a proporcionarnos una utilidad determinada (obligaciones de dar y de hacer), o por último, en una abstención de los demás, si dicha abstención nos proporciona el mejor goce de un bien que nos pertenece.

Continúa exponiendo el autor de referencia (152) que a los derechos absolutos de carácter privado suele dárseles el nombre de derechos reales; a los relativos se les conoce con el nombre de personales. Pero a la par de estos derechos que en todo caso son correlativos de determinados deberes (generales o especiales) de otras personas, existe la categoría de los derechos potestativos, cuya característica principal radica en que frente a estos derechos no encontramos un deber correspondiente de otra persona. Estos derechos conforman un verdadero poder jurídico, es decir que se resuelven en la facultad de producir un efecto de derecho, sin que la persona que resiente este efecto se encuentre obligada para con el titular.

(151).- Cit. pos. García Máynez. op. cit., pág. 242.

(152).- idem.

A manera de ejemplo el autor de referencia (153), cita los siguientes: el derecho de rescindir un contrato por incumplimiento de una de las partes, o el pedir la separación o el divorcio. El ejercicio del derecho potestativo puede generar como consecuencia la extinción de una situación jurídica preexistente o el nacimiento de un nuevo efecto de derecho.

Continúa diciendo Chiovenda (154), que inició a ocuparse de estos problemas cuando la categoría de los derechos potestativos había sido ya desarrollada por la doctrina, aprovechó estos estudios para ubicar por primera vez a la acción en esta categoría; y aceptando el elemento fundamental de Wach, definió a la acción como un derecho potestativo.

Observé (155), que si es verdad que la coacción es inherente, si es verdad que cuando el obligado no satisface con su prestación la voluntad concreta de la ley, ésta tiende a su actuación por otra vía, y que en muchos casos existen voluntades concretas de la ley respecto de las cuales no es concebible la actuación sino por obra de los órganos públicos en el proceso; pero, por lo general estos órganos pueden proveer la actuación de la ley únicamente previa petición de una parte (nemo iudex sine actore), en consecuencia la actuación de la ley depende de una condición, es decir, de la manifestación de voluntad de un particular; por lo que se dice que este particular tiene acción, entendiéndose que él tiene el poder jurídico de provocar con su demanda la actuación de la voluntad de la ley

(153).- idem.

(154).- Chiovenda, Giuseppe. Instituciones de Derecho Procesal Civil. 2a. ed. vol. I. tr. E. Gómez Orbejana. Edit. Revista de derecho privado. Madrid 1948. pág. 23.

(155).- idem.

En consecuencia, la acción es: el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. La acción es un poder que corresponde frente al adversario, respecto del cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la voluntad de la ley. El adversario no está obligado a nada frente a este poder, está simplemente sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada ni para impedir la ni para satisfacerla. Tiene naturaleza privada o pública, en función de la ley cuya actuación se produce.

A mayor abundamiento, el autor en cita (156), explica: que la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley, sin que el ejercicio de ese poder engendre obligación alguna a cargo del demandado. Es decir, que el ejercicio del derecho de acción es, en la mayoría de los casos, una condición indispensable para el cumplimiento de ciertas obligaciones. La función de los órganos jurisdiccionales no siempre es desplegada de oficio, normalmente se requiere que los particulares ejercitando su derecho de acción la provoquen. En este supuesto, ese derecho constituye un poder jurídico condicionante de la función jurisdiccional, y produce una serie de efectos que pesan sobre el demandado, pero sin engendrar a cargo de él ningún deber.

El derecho de acción es autónomo, ya que puede existir con independencia del derecho a la prestación. Con lo anterior, no se quiere decir que no existan relaciones muy estrechas entre las dos facultades mencionadas, "pues ambas se dirigen como hemos dicho, a la misma voluntad con

(156).- Cit. pos. García Máynez. op. cit. pág. 243.

creta de la ley que garantiza un bien determinado, y tienden a la consecución del mismo bien, aunque por caminos y medios diferentes. De aquí, que satisfecha una obligación mediante la prestación del obligado, se extingue la acción y satisfecha la acción en la ejecución forzosa, se extingue la obligación". (157)

Sobre la teoría de Chiovenda, Carnelutti (158), -- dice: existen pocas concepciones más erróneas que ésta. -- Pues tan ilógico es hablar de un derecho sin obligación -- correlativa, como absurdo pensar en una moneda que sólo tu viese una cara.

Después de haber realizado el estudio de las más importantes doctrinas que estudian la acción expondremos las tendencias más recientes surgidas en torno del concepto objeto de estudio. En este sentido, el procesalista Couture (159), explica: que en las épocas recientes ha surgido una orientación doctrinal según la cual el concepto de acción no es absoluto sino relativo. En concordancia con esta corriente el concepto de acción atiende más que a una consideración profunda de este fenómeno, a particulares reacciones sociales, culturales y políticas, de quienes tratan de interpretarlo. La concepción de la acción correspondiente está en función de la particular concepción que tienen sus autores del mundo y de la vida. En tiempos más recientes, se advierte una tendencia a acortar las diferencias doctrinales, a limar asperezas, y restablecer lo que se conoce como unidad de la acción. Es decir que se trata de unificar criterios, acentuar vínculos comunes entre la-

(157).- idem.

(158).- idem.

(159).- Couture, Eduardo J. op. cit., pág. 64-65.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

79

acción penal y la acción civil y entre la acción y el derocho en su generalidad.

Finalmente, el procesalista de referencia (160), apunta: que no es posible válidamente sostener que cada -- una de estas tendencias (todas las doctrinas expuestas con anterioridad) posean toda la razón. De igual manera, tampoco se puede sostener que todas ellas carecen de fundamento. Estas corrientes atienden a particulares modalidades -- del derecho positivo, a sus respectivas tradiciones históricas y a la formación intelectual de cada escuela.

Por último, para concluir con el presente capítulo, quisiera plasmar la idea de Calamandrei (161), en el -- sentido de que: la acción es una realidad que puede llevar consigo las más variadas interpretaciones dogmáticas, pero con la que sin embargo, debe contar todo el que desee comprender como está constituido, en la civilización moderna, el proceso.

(160).- idem.

(161).- Calamandrei, Piero. op. cit., pág. 235.

2.1. CONCEPTO

En el presente apartado abordaré el estudio del concepto objeto del presente trabajo, iniciando por su origen etimológico y continuando por los conceptos vertidos por los procesalistas de mayor trascendencia.

Iniciaré por señalar que la palabra acción proviene del latín: "actio", que significa: movimiento, actividad, acusación. (1)

En el mismo sentido, proviene del verbo "Agere": donde significa: proceder, actuar, hablar. (2)

A continuación, se expondrán las definiciones vertidas en torno del concepto por procesalistas de alto reconocimiento:

Una de las primeras definiciones del concepto y la que ha tenido mayor duración e impacto es la proporcionada por Celso en los siguientes términos: "acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe" (nehil aliud actio, quam ius quod sibi debeat judicio persequendi). (3)

Degenkolb, la define como: "un derecho subjetivo público, correspondiente a todo aquél que de buena fe crea tener razón, para ser oído en juicio y obligar al adversario a apersonarse". (4)

-
- (1).- Diccionario Jurídico Mexicano. 3a. ed. Edit. Porrúa-Unam. Instituto de Investigaciones Jurídicas. tomo A-CH. - México 1989. pág. 31.
 (2).- Dorantes Tamayo, Luis. op. cit. pág. 39.
 (3).- Diccionario Jurídico Mexicano. op. cit. pág. 31.
 (4).- Cit. pos. Chioveada, Giuseppe. op. cit. pág. 23.

Dice Hugo Rocco que: "el derecho de cada ciudadano, como tal, de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el derecho, se llama derecho de acción". (5)

Carnelutti la define como: "un derecho público - subjetivo, que tiene el individuo como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio". (6)

Al respecto, el maestro García Máynez señala que la acción es: "la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales la aplicación de las normas jurídicas a casos concretos, ya sea 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". (7)

Finalmente, el ilustre procesalista Eduardo J. - Couture dice: "la acción es el poder jurídico que posee -- todo sujeto de Derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión". (8)

2.2. ELEMENTOS DE LA ACCION

Los elementos de la acción varían, según se estudien a la luz de la teoría clásica o de la teoría moderna. A continuación realizaremos el estudio de estos elementos desde el punto de vista de cada una de estas teorías.

(5).- Cit. por. García Máynez, Eduardo. op. cit. pág. 237.
 (6).- Pallares, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal - Civil. 1a. ed. Edit. Porrúa. México 1952. pág. 28.

(7).- García Máynez. op. cit. pág. 229.
 (8).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 57.

2.2.1 TEORIA TRADICIONAL

Explica el maestro Dorantes Tanayo (9), que de acuerdo con esta teoría los elementos de la acción son 4, a saber: el derecho material, el interés, la calidad, y la capacidad del actor.

A).- Derecho material. - En relación con este elemento el mismo debe ser exigible, tener una causa lícita y estar vigente.

B).- El interés. - Por lo que se refiere a este elemento, si no existe no puede haber acción. Los franceses han establecido al respecto dos máximas: si no hay interés, no hay acción; el interés es la medida de las acciones. El interés debe cumplir las siguientes condiciones:

a).- Haber nacido y ser actual. - Si el interés no ha nacido, no puede existir la acción, aún cuando nazca en el futuro, es decir que no existe si no se ha causado ningún perjuicio, ni se ha lesionado ningún derecho.

b).- Ser jurídico y legítimo. - Con estos elementos se quiere decir que el interés debe estar protegido por la ley o el derecho en general.

c).- Ser personal y directo. - Consiste en la calidad, conocida también con el nombre de legitimación.

C).- La calidad. - Es una característica peculiar del interés, alude a la titularidad del derecho de --

(9).- Dorantes Tanayo. op. cit. pág. 65.

acción, o sea, quien o quienes pueden en un momento determinado ejercitar una acción judicial. Puede corresponder a un individuo (el que tiene un interés personal, legítimo, y directo), a sus causahabientes, a sus acreedores, etc. - Al respecto, Hugo Alsina (10) sostiene que este elemento es condición para la procedencia de la acción pero no para su existencia.

D).- La capacidad.- En principio toda persona es capaz. La ley señala de manera expresa los casos de incapacidad.

2.2.2 TEORIA MODERNA

Dentro de ésta se expondrán las doctrinas de algunos procesalistas, que defienden la idea de la autonomía de la acción, entre los cuales tenemos a: Chiovenda, Hugo Alsina y a Alcalá Zamora y Castillo. (11)

2.2.2.1 TEORIA DE CHIOVENDA

De acuerdo con Chiovenda (12), toda acción consta de tres elementos, a saber:

1.- Los sujetos.- Los cuales pueden ser sujeto activo (actor), al que corresponde el poder de obrar, y el pasivo (demandado) frente al cual corresponde el poder de obrar.

(10).- Cit. pos. Dorantes Tamayo. op. cit. pág. 66.

(11).- idem.

(12).- Chiovenda, Giuseppe. op. cit. pág. 32-33.

2.- La causa.- Es decir un estado de hecho y de derecho que es la razón por la cual corresponde una acción y que por regla general a su vez se divide en dos elementos: una relación jurídica y un estado de hecho contrario al derecho.

3.- El objeto.- Se trata del efecto al cual tiene el poder de obrar, lo que se pide. Lo que inmediatamente se pide es la actuación de la ley, la cual en las acciones singulares se presenta individualizada en un determinado acto (condena de restitución del fundo, condena a pagar, rescisión de la venta, declaración de la falsedad de documento). El objeto mediato, es aquél a cuya adquisición esta coordinada la actuación de la ley (fundo a restituir, suma a pagar).

2.2.2.2 TEORIA DE HUGO ALSINA

El procesalista Hugo Alsina (13) explica, que -- considerando a la acción como un derecho autónomo, se advierte la presencia en ella de tres elementos: los sujetos, el objeto y la causa.

a).- Los sujetos.- La determinación de éstos está vinculada a la determinación de la naturaleza jurídica de la acción. Si la acción es un elemento del derecho, el sujeto activo es el titular de la relación jurídica y el sujeto pasivo el obligado contra el cual se pide su cumplimiento. En este orden de ideas caemos en el campo del derecho privado y por ende no se puede hablar de un derecho -

(13).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 186-189.

contra el Estado. Si contrariamente se considera a la acción como un derecho autónomo de carácter público, el sujeto activo es quien la ejerce y el sujeto pasivo es el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales. Si se entiende a la acción como un derecho público contra el Estado para proteger una pretensión jurídica material, es fácil advertir que en la acción existen dos aspectos: uno de carácter procesal y otro de carácter substancial. De acuerdo con este último el sujeto activo es el titular de la relación jurídica que se pretende protegida por una norma legal, razón por la cual toma en el proceso el nombre de actor, y el sujeto pasivo es aquél frente al cual se pretende hacer valer esa relación jurídica, en virtud de la cual se llama demandado. Pero actor y demandado son sujetos activos de la acción en su aspecto procesal, en atención a que ambos pretenden que el juez sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica. Habitualmente el concepto de sujeto de la acción se confunde con el de sujeto de la relación jurídica substancial.

b).- El objeto.- De acuerdo con el autor de referencia (14), este elemento consiste en el efecto al cual se tiende con el ejercicio de la acción (petitium). Para la escuela clásica, la acción no podía tener otro objeto que el cumplimiento de una obligación (dar, hacer o no hacer), o sea, la obtención de lo que el demandado debía al actor. En la actualidad, la doctrina moderna sin desconocer que ese es su efecto mediato, trata de demostrar que lo que el actor desea, en realidad, es una sentencia que -

(14).- idem.

declare si su pretensión es o no fundada. En el primer -- supuesto, contará en caso de ser necesario con el auxilio de la fuerza pública para restablecer su patrimonio, en el segundo deberá guardar perpetuo silencio. En los dos casos el Estado, a través de la institución de la cosa juzgada - que nace de la sentencia habrá satisfecho el interés público restableciendo el orden jurídico, asimismo habrá satisfecho el interés privado haciendo actuar la ley en favor - de alguna de las partes, es decir que finalmente la acción habrá desempeñado su función social. El juzgador cuando -- administra justicia en nombre del Estado, tiene en consideración además del interés particular, el interés de la sociedad.

c).- La causa.-- Continúa exponiendo el autor en cita (15), que este elemento es el fundamento del ejercicio de la acción. Normalmente comprende dos elementos: un derecho y un hecho contrario al mismo (la posesión de un inmueble por un tercero genera la negación del derecho del propietario), de cuya existencia nace la pretensión jurídica al reconocimiento del derecho, y ésta es la causa de la acción de condena. En la acción declarativa falta esa relación contraria de hecho, pero supone la existencia de un obstáculo al ejercicio del derecho cuya desaparición pretende quien la ejercita. En la acción constitutiva el fundamento está dado por la pretensión a un nuevo estado jurídico. En síntesis, la pretensión jurídica constituye el -- fundamento único de la acción, pero como ella, a su vez -- tiene como antecedente un hecho constitutivo, es el análisis de éste lo que nos permitirá determinar su esencia.

(15).- idem.

2.2.2.3 TEORÍA DE ALCALÁ-ZAMORA

El procesalista Alcalá-Zamora (16), considera -- como elementos de la acción a los siguientes: calidad, instancia y pretensión, de los cuales el primero es de carácter subjetivo y los otros dos de carácter objetivo. El primero está constituido por la capacidad de accionar. En --- cuanto a los segundos, entre los elementos objetivos encontramos a: la representación de la energía dinámica que posibilita la recavación de los proveimientos considerados - necesarios por las partes para la marcha del proceso, desde providencias de trámite hasta la sentencia final; así - como la carga o peso que el anterior elemento lleva hasta el pronunciamiento de fondo. Dentro de estos dos últimos - elementos el primero es de carácter estrictamente proce--- sal, y como su esencia estriba en instar el curso del procedimiento, en consecuencia debe denominársele instancia; - el segundo es la pretensión, la cual transporta al proceso la visión que del litigio se ha formado el actor.

Pretensión: ésta constituye el cordón umbilical - que une a la acción con el derecho material en litigio; -- existen dos tipos de pretensiones: las llamadas principa- - les o de fondo y las secundarias o de trámite (solicitudes o pedimentos). Una misma acción puede ir acompañada de varias pretensiones de fondo, de igual o de distinta importancia, conexas o independientes, circunstancia que dentro de la terminología Hispano-Americana, fiel a la víncula--- - ción de acción y derecho se da el nombre de acumulación de acciones, cuando lo que realmente sucede es una acumula--- - ción de pretensiones, lo mismo que lo que se llama acumu--

(16).- Alcalá-Zamora y Castillo. op. cit. pág. 353.

lación de autos lo es de procesos o, mejor dicho de acciones. Así como a la acción se contraponen la reacción, ante la pretensión se alza la contraprestación en el sentido de que expresa la actitud del demandado en contra de la pretensión del actor. Por último, para que el juzgador tenga la obligación de juzgar, se requiere que la pretensión sea jurídicamente posible conforme al grado de cultura y adelanto técnico de la época en que se deduzca, además deberá formularse con propósito de seriedad.

La instancia: Al respecto, el autor de referencia (17) dice que con ella se designa el elemento dinámico de la acción. Esta palabra es la que con mayor precisión expresa la función impelente de la acción, de acuerdo con las frases de frecuente empleo procesal, como la de instar el curso de las actuaciones, pleitos o juicios, o bien la de proceder a instancia de parte, que quiere decir que el impulso del proceso es realizado por los contendientes, en contraposición con el impulso que de oficio corresponde al juzgador.

2.3. FUNDAMENTO HISTORICO Y LEGAL

Fundamento histórico.- El presente apartado se encuentra íntimamente relacionado con el apartado 1.1.2 -- del capítulo I (vid. supra), en virtud de que es precisamente a partir de la prohibición de la justicia privada -- que se da paso al nacimiento de la acción. Sin embargo en el presente análisis se estudia a tal prohibición desde un punto de vista diferente; no como etapa histórica sino como base para el fundamento de la acción.

(17).- idem. pág. 355.

El procesalista Calamandrei (18), explica que en la base de los conceptos de jurisdicción y de acción se encuentra, en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa: derecho subjetivo quiere decir interés individual protegido por la fuerza del Estado, más no derecho a usar la fuerza privada en defensa del interés individual. La prohibición de la autodefensa, tal como existe en los ordenamientos jurídicos actuales, es -- resultado de una larga y trabajosa evolución.

Continúa explicando el autor de referencia (19), que en una organización de la época primitiva, en la cual no existía una autoridad superior con capacidad suficiente para decidir e imponer su decisión, la solución de los conflictos suscitados entre sus miembros, sólo tiene dos vías de solución: por una parte el acuerdo voluntario entre los adversarios, dirigido a establecer cual de los dos intereses debe prevalecer; y por la otra, en caso de no llegarse a ningún acuerdo, el choque violento entre los dos contendientes, haciendo uso cada uno de ellos de la fuerza individual para constreñirlo a desistir de toda pretensión sobre el bien objeto de la controversia.

Calamandrei (20), hace una comparación de la justicia privada individual a nivel internacional, es decir -- cuando la controversia generada surge entre Estados, en -- los siguientes términos: en la actualidad por la ausencia de un poder Super-Estatal capaz de imponer mediante la -- fuerza sus decisiones a los Estados, el camino para resolver las controversias generadas entre los Estados es la --

(18).- Calamandrei, Piero. op. cit. pág. 222.

(19).- idem. pág. 223.

(20).- idem.

guerra, es decir, el recurso a la violencia armada, en este orden de ideas, en la comunidad primitiva el único medio de defensa del individuo o del grupo, lo constituye el empleo de la fuerza material contra el adversario, para vencerlo, esto es lo que se conoce como autodefensa o defensa privada, que transforma todo conflicto en una rixa abierta.

Este estado de cosas no podía subsistir, dado -- que cuando la decisión del conflicto se deja a la fuerza -- de los competidores, el más fuerte, siempre tiene razón. -- Se comprende por eso, sigue diciendo el autor en cita (21) que desde los inicios de la civilización, desde que sobre los individuos, se ha venido confirmando un principio de -- autoridad, ésta haya intervenido, primero, para disciplinar o bien para limitar, posteriormente, en absoluto para prohibir de una forma cada vez más intensa y absoluta, el uso de la autodefensa hasta llegar al término máximo de la evolución actual en que el ejercicio de la autodefensa se considera como un delito. Esta regla como ya lo hemos explicado con anterioridad, tiene sus excepciones.

De acuerdo con Calamandrei (22), de manera general se puede decir que la prohibición de la autodefensa se estableció por vez primera en el Derecho Romano de la época Imperial, y se encuentra contemplado específicamente en un célebre decreto de Marco Aurelio llamado: Decretum Divi Mar-ci, el cual considera como delito (vis privata), castigado con la pérdida del derecho, el hecho de que el ----- acreedor sin recurrir al juez, pretenda a través de la violencia, hacerse pagar la deuda (Dig. XLVIII,7,7), con pos-

(21).- idem.

(22).- Idem. pág. 224-225.

terioridad los emperadores Valentiniano, Teodosio y Arcadio, hacen extensivo el citado principio a los derechos -- reales.

Ahora bien, como consecuencia de la prohibición de la autodefensa, la autoridad está obligada a proporcionar a los individuos medios eficaces para el ejercicio o - defensa de sus derechos; y en este sentido, el autor en cita (23), opina: que la prohibición de la autodefensa no -- puede ser prácticamente operativa, si el Estado no ofrece- casí como compensación, medios más fuertes y eficaces que la fuerza privada.

Y como medio más seguro y eficaz que sustituya- a la autodefensa, encontramos a la acción o derecho de acción. De lo expuesto, se infiere que de la prohibición del ejercicio o defensa de los derechos mediante la fuerza privada, surge la acción o derecho de acción.

A mayor abundamiento, el referido autor (24), -- explica: cuando la defensa de los derechos individuales -- es asumida por el Estado a través de la institución de los jueces públicos, la palabra acción, inicialmente usada en el significado propio de ejercicio de la fuerza privada, - pasa a significar, en sentido traslaticio, el recurso con- el que el ciudadano solicita en su beneficio, la fuerza pública del Estado: no se trata de la actividad dirigida a - sujetar directamente al obligado, sino de la actividad que se dirige a poner en movimiento, en defensa del propio derecho, el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado.

(23).- idem.

(24).- idem.pág. 229.

La prohibición de la autodefensa distingue con claridad en dos planos diversos el momento de la obligación de aquel de la sujeción. La observancia del derecho está en principio confiada a la razón y a la libre voluntad de los hombres, a los cuales los preceptos jurídicos se dirigen: la ejecución de la fuerza es una extrema ratio reservada en forma exclusiva al Estado. El derecho es antes que el empleo de la fuerza, reconocimiento de libertad: cuando la ley establece entre dos intereses individuales una relación de predominio de uno de ellos sobre el otro, de tal forma que de una parte surja un derecho subjetivo y de la otra, correlativamente una obligación, se intenta hacerse sentir sobre la voluntad del obligado, en tanto que el titular del derecho no puede hacer uso de la fuerza para constreñirlo directamente a la obligación, sino que debe esperar únicamente el cumplimiento voluntario, que puede también faltar si el obligado se niega a ello, en tanto que el titular no se decida a invocar la coacción del Estado. La relación jurídica entre los particulares no es nunca un poder de sujeción de un hombre sobre otro hombre: es simplemente una expectativa del titular del derecho quien para la satisfacción del propio interés cuenta con la voluntaria colaboración del obligado. Para cambiar del momento de la obligación al de la sujeción, es necesario que el titular del derecho se dirija al Estado, a efecto de que sea puesta en práctica, en relación con el obligado la relación de derecho público, en la cual el Estado es soberano y el ciudadano es un subiectus, generando como resultado que la obligación se convierta en sujeción.

Parece como si, en compensación de la prohibición impuesta al individuo de hacerse justicia por su pro-

pia mano, le sea concedida la facultad de dirigirse al Estado para obtener justicia en contra del obligado: en el supuesto de faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho debe dirigirse al Estado a fin de que como garante de la observancia del derecho, convierta la obligación en sujeción. Finalmente el multireferido autor (25), explica: esta facultad de invocar en beneficio propio frente al Estado la prometida garantía de la observancia del derecho es, en cierto sentido, la acción.

Fundamento legal.— Después de haber realizado -- las consideraciones anteriores en torno al fundamento o el porque de la acción, pasaré a dar el fundamento legal ---- de la misma; es decir expondremos el fundamento de la acción en el derecho objetivo, específicamente en nuestro -- sistema jurídico.

Antes de expresar el fundamento legal de la acción dentro de nuestro sistema, haré mención de la idea -- compartida de Calamandrei, en el sentido de que: "para llegar al Estado constitucional moderno, en el cual la administración de la justicia está considerada como monopolio del Estado y está confiada de una manera exclusiva a sus -- órganos, el camino de la civilización es bien largo".(26)

En nuestro sistema, la acción se consagra en el artículo 17 de nuestra Ley Suprema, que dice: "...Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer -- violencia para reclamar su derecho". Agrega el referido -- precepto: "Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley..."

(25).— idem. pág. 231.

(26).— idem. pág. 226.

Como se puede apreciar, este precepto establece el principio universal de Derecho que dice: "nadie puede hacerse justicia por sí mismo".

Pareciera como si la doctrina expuesta con anterioridad, quedará sintetizada en este precepto, en el sentido de que se prohíbe el ejercicio de la violencia para la defensa de los derechos, y se deja como único camino -- para la mencionada defensa, el acceso a los órganos jurisdiccionales.

Al respecto, el maestro Eduardo Pallares (27), explica: que debe distinguirse lo que pudiera llamarse derecho Constitucional de acción, es decir el derecho que nuestra Constitución otorga en los artículos 8 y 17; de la acción, que se reglamenta en el Código de Procedimientos Civiles o sea la forma de como debe ejercitarse el derecho Constitucional de acción. Este es un derecho general y abstracto, consistente en obtener que el órgano jurisdiccional dé entrada a la demanda, trámite el juicio, pronuncie las resoluciones que correspondan y ejecute sus resoluciones. Es congruente con la potestad jurisdiccional. La acción procesal propiamente dicha, es el conjunto de medios legales, fórmulas y procedimientos a través de los cuales se ejercita el derecho Constitucional de acción. En este sentido se clasifican las acciones en ejecutivas, ordinarias, especiales, preventivas, etc., lo que de ninguna manera puede decirse del derecho Constitucional de acción.

(27).-- Pallares, Eduardo. op. cit. pág. 225.

Sobre el particular, el maestro Ignacio Burgoa - (28) expone: el artículo 17 de nuestra Ley Fundamental con tiene garantías de seguridad jurídica que se traducen, respectivamente, en un derecho público subjetivo individual - propiamente dicho, en un impedimento o prohibición impuestos a los gobernados y en una obligación establecida a cargo de las autoridades judiciales. Una de las garantías de seguridad jurídica que existen en el artículo 17 Constitucional consiste en que: "ninguna persona puede hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho".

2.4. CLASIFICACION DE LAS ACCIONES

Entendemos junto con el procesalista Eduardo J. Couture (29), que la acción entendida como un derecho a la jurisdicción, no tiene ni necesita de clasificaciones. La acción como sinónimo de derecho a la jurisdicción, es una sola, sin importar la pretensión que en ella se haga valer. Es decir, que el derecho que se pretende sea tutelado, podrá ser real o personal, sin que por esta circunstancia varíe en nada la naturaleza de la acción.

En este sentido, el maestro Becerra Bautista --- (30) opina: que ya no existe base para una clasificación de las acciones de acuerdo con el derecho material que se hace valer, en atención a que toda acción es de idéntico contenido y genera el mismo efecto, es decir, la intervención de los órganos jurisdiccionales para resolver con --- fuerza vinculativa una controversia específica.

(28).- Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales. 20a. - ed. Edit. Porrúa. México, 1986. pág. 628-629.

(29).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 87.

(30).- Becerra Bautista, José. op. cit. pág. 108.

No obstante lo anterior, y sin estar en contra de los argumentos arriba vertidos, consideramos junto con el maestro Becerra Bautista (31) que las clasificaciones son válidas únicamente para fines didácticos, para orientar al litigante a plantear el problema, según la naturaleza jurídica del derecho que se somete a discusión.

En el mismo sentido, el procesalista Hugo Alsina (32) explica: la acción es una sola, en tal caso es supérfluo hablar de una clasificación. Efectivamente, el derecho de reclamar la intervención del Estado como consecuencia de una lesión, es siempre de misma naturaleza, sin embargo no en todos los casos su objeto es el mismo, ni el derecho cuya protección se solicita es necesariamente igual, ni la acción se ejercita de una misma manera. El objeto inmediato de la acción es la sentencia, pero esta puede ser de distintas clases, y por consiguiente la acción variará según la sentencia que se pretenda. La estrecha relación que existe entre la acción y el derecho le imprime caracteres que influyen en la determinación de la competencia de los jueces. Finalmente, no todas las acciones pueden ejercitarse del mismo modo, ni al mismo tiempo. Son estas las razones que fundamentan una clasificación, la cual, tiene además el beneficio de facilitar su estudio y aclarar los conceptos.

En consecuencia, a continuación realizaremos la exposición de las diversas clasificaciones que han surgido en torno de la acción:

(31).- idem.

(32).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 195.

De acuerdo con Couture (33), no existe uniformidad en el criterio que orienta las clasificaciones. En atención a que unas aluden al derecho material (acción real), otras a la pretensión (acción reivindicatoria), algunas al proceso (acción ejecutiva), otras a la jurisdicción (acción penal), algunas más a la sentencia (acciones-declarativas, de condena, constitutivas). Si se entiende a la acción como un derecho a la jurisdicción, o mejor dicho a someter el conflicto o controversia a la decisión de los órganos jurisdiccionales, los elementos que la rodean (pretensión, competencia, proceso, etc.) carecen de importancia.

La clasificación de la acción se abordará desde el punto de vista de las teorías clásica o tradicional y de la teoría moderna.

2.4.1 CLASIFICACION TRADICIONAL

De acuerdo con el maestro Dorantes Tamayo (34), dentro de la teoría tradicional la clasificación de las acciones se realiza de la siguiente forma: reales, personales y mixtas.

2.4.1.1 Acciones reales.- Son aquellas que protegen a los derechos reales. Los cuales son considerados como la facultad que una persona tiene de usar, disfrutar y disponer de una cosa propia o ajena. Estas son persecutorias -- de la cosa porque se ejercita contra toda persona que la tenga en su poder. Los elementos de este tipo de derechos-

(33).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 60.

(34).- Dorantes tamayo, Luis. op. cit. pág.75.

son: el sujeto activo (titular del derecho) y el objeto -- (la cosa sobre la cual se ejerce), el sujeto pasivo se con- figura sólo en caso de violación del derecho, desde cuyo - momento queda sometida a la pretensión jurídica del titu- lar. Dice el maestro Eduardo Pallares (35) que en el dere- cho moderno, se define al derecho real como un derecho ab- soluto, que se tiene contra todos.

Explica el maestro Dorantes Tamayo (36) que las- acciones reales son limitadas, en virtud de que los dere- chos reales que tutelan son también limitados y entre ---- ellas tenemos: la acción reivindicatoria, la publiciana, - la confesoria, la negatoria, la de petición de herencia -- y la hipotecaria.

2.4.1.1.1 Acción reivindicatoria.- Es la acción a tra- vés de la cual el propietario de un bien mueble o inmueble reivindicable, que esté fuera de su poder, solicita que el juez declare que el tiene el dominio sobre la cosa y que - en consecuencia, se le debe entregar con sus frutos y acce- siones, o en su caso se le debe pagar su precio.

Sobre el particular, dice el maestro Eduardo Pa- llares (37) que la acción reivindicatoria tiene por objeto recuperar la posesión de la cosa de la que es uno dueño, y en ella se discute a quien pertenece la cosa, si al actor- o al demandado.

2.4.1.1.2 La acción publiciana.- Esta, tiene como fi-

(35).- Pallares, Eduardo. Tratado De Las Acciones Civiles 1a. ed. Edit. Porrúa. México. 1965. pág. 61.

(36).- Dorantes Tamayo, Luis. op. cit. pág. 75.

(37).- Pallares, Derecho Procesal..., pág. 237.

nalidad proteger la posesión del adquirente con justo título y de buena fe que estaba en vías de usucapir y que había adquirido el bien de un no propietario. En el Derecho Romano la acción publiciana constituía una reivindicatoria ficticia en atención a que por una ficción jurídica se entendía que el actor, que estaba en vías de usucapir, ya había usucapido el bien reclamado y por tanto ya tenía la propiedad de éste a través de la prescripción positiva.

Es decir, que la acción publiciana es aquella mediante la cual el poseedor con justo título, de buena fe y esta en vías de usucapir, puede pedir que se le restituya el bien que tenía en su poder junto con los frutos y accesiones del mismo.

Fisfée-Lacroix (38), expresa: la acción publiciana que fue introducida por el pretor Publicius, se concede al poseedor de buena fe, para que le sea devuelta la cosa que posee y de la que ha perdido la posesión por azar, contra cualquiera que sea poseedor, excepción hecha del propietario.

2.4.1.1.3 Acción confesoria.- Es la acción en virtud de la cual el titular de un derecho real inmueble (o en el caso de servidumbre, el poseedor de un predio dominante -- sobre el sirviente), puede pedir que se reconozca a su favor el gravamen que existe sobre éste, y por lo tanto que se determine la violación del mismo, que se le paguen los frutos, daños y perjuicios que se hayan causado y si la sentencia es condenatoria que el demandado afiance el respeto del derecho en el futuro.

(38).- Cit. pos. Pallares, Derecho Procesal..., pág. 251.

Al respecto, el maestro Eduardo Pallares (39) explica: la acción confesoria tiene por objeto que se reconozca y declare la existencia de un derecho real o gravamen sobre un inmueble; que se haga cesar la violación o desconocimiento de ese derecho, imputable al demandado; que se condene a éste al pago de daños y perjuicios ocasionados por la perturbación; y por último que se condene al demandado a afianzar la obligación que se le impone de respetar en lo futuro el derecho real o gravamen.

2.4.1.1.4 Acción negatoria.- Esaquella en virtud de la cual el poseedor a título de dueño o el titular de un derecho real sobre un inmueble, puede solicitar que se declare la libertad o reducción de gravámenes de éste, que se le pague, en su caso, una indemnización por daños y perjuicios, y si la sentencia es condenatoria, que el demandado caucione el respeto de la libertad del inmueble en lo futuro.

En relación con esta acción, el profesor Eduardo Pallares (40) nos ilustra de la forma siguiente: esta acción es la contraria de la confesoria, en virtud de que con ella se solicita la declaración de la inexistencia del derecho real y que se obligue al demandado a no seguir usando de él.

2.4.1.1.5 Acción de petición de herencia.- A través de esta acción el que se pretende heredero o la persona que haga sus veces en la disposición testamentaria, puede solicitar que se le reconozca heredero o bien que, en el

(39).- Pallares, Derecho Procesal..., pág. 253.

(40).- idem. pág. 254.

segundo caso, se le reconozcan sus derechos sobre la herencia; se le entreguen los bienes hereditarios, con sus acciones, se le indemnice por los frutos que dejó de percibir, y se le rindan cuentas del manejo de la sucesión.

A mayor abundamiento, el jurista Eduardo Pallares (41) explica: la acción de petición de herencia es a la herencia lo que la reivindicatoria es a un bien particular. Los presupuestos de esta acción son: que exista una herencia; y que los bienes de la herencia sean poseídos -- sin derecho a ello por el albacea de la sucesión o un heredero aparente.

2.4.1.1.6 Acción hipotecaria. - En relación con esta acción, se dice que tiene como finalidad que se entregue al acreedor hipotecario la cosa hipotecada, cuando no se le ha realizado el pago del adeudo a su vencimiento, o bien que se le haga el pago de este adeudo.

2.4.1.2 ACCIONES PERSONALES .- A decir del maestro Dorantes Tamayo (42), estas acciones tutelan los derechos personales. Los cuales son concebidos como: la facultad que tiene una persona llamada acreedora para exigir de otra denominada deudora, el cumplimiento de una obligación de dar, hacer o no hacer.

Sobre el particular, el procesalista Hugo Alsina (43) expone: contrariamente a los derechos reales, los derechos personales son ilimitados, en atención a que tienen su origen en los contratos, los cuasicontratos, delitos, -

(41).- Pallares, Derecho Procesal..., pág. 256.

(42).- Dorantes Tamayo. op. cit. pág. 78.

(43).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 297.

cualidades y la ley, además de que ésta establece la autonomía de la voluntad de las partes para establecerlas. De tal suerte que resulta imposible enumerarlas. La mayoría de ellas carecen de nombre y se las designa por la naturaleza de la obligación (cobro de pesos, cumplimiento de contrato, indemnización, etc.).

Estas acciones son transmisibles y cesibles. Los sujetos contra los que proceden están previamente determinados, en contra-posición a lo que sucede con las acciones reales en donde sólo se determina cuando los derechos reales que protegen son violados.

En este sentido, el maestro Eduardo Pallares (44) señala: que el derecho personal es relativo, y sólo se tiene contra determinadas personas.

2.4.1.3 ACCIONES MIXTAS.- Los profesores Castillo Larrañaga y Rafael De Pina (45), opinan sobre el particular: que este tipo de acciones participan de la naturaleza de las reales y de las personales.

Pescatore (46), sostiene: que en sentido estricto estas acciones propiamente dichas no existen, considerando que no existen derechos mixtos; solo existen derechos reales o personales, en consecuencia las acciones deben ser también personales o reales, sin embargo en algunas ocasiones concurren en una misma persona derechos reales y derechos personales, teniendo ambas un mismo objeto-

(44).- Pallares, Tratado De Las ..., pág. 61.

(45).- Castillo Larrañaga, De Pina Rafael. op. cit. pág. 141.

(46).- Cit. por. Castillo, De Pina, op. cit. pág. 141.

y de su coexistencia se producen dos acciones: una personal que se origina del derecho personal y otra real que corresponde al derecho de su misma naturaleza, por último, señala que lo que existe en tales casos son acciones dobles.

En relación con este tipo de acciones, el procesalista Hugo Alsina (47) expone: que las acciones de que se trata deben tener las siguientes características: que el actor tenga un derecho real y uno personal que pueda ejercitar en forma simultánea; que exista relación entre ambos derechos. En el Derecho Romano se consideraban mixtas a las acciones de deslinde (finium regundorum), de partición de herencia (familiae erciscundae), y la de división de la cosa común (comuni dividundo).

Sobre la clasificación que se expone, el procesalista Eduardo J. Couture (48) explica: la clasificación de las acciones en reales, personales y mixtas, se refiere al derecho que es objeto de la pretensión procesal. En las acciones reales el actor pretende la tutela de un derecho real; en las personales lo que se pretende es la tutela de un derecho personal; en las mixtas se pretende la tutela de un derecho que incluye los dos criterios anteriores. De donde se deriva que no se está en presencia de una clasificación de acciones, sino más bien ante una clasificación de derechos materiales, cuya protección se solicita.

En esencia esta clasificación no atiende al derecho material, sino más bien a la pretensión. En el ejercicio de una acción real básicamente lo que se pretende es

(47).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 207.

(48).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 84

ser titular de un derecho real, puesto que si la demanda resulta desestimada, se genera que no existía el mencionado derecho, lo que realmente existía era una pretensión in fundada del actor de ser titular de un derecho real.

2.4.1.4 ACCIONES PETITORIAS Y POSESORIAS.- Respecto de las primeras el profesor Eduardo Pallares (49), señala: que son aquellas a través de las cuales se protege el derecho de propiedad, los derechos reales, y de manera general el derecho respecto de las cosas y no únicamente la mera posesión de éstas. En contraposición, las posesorias-tutelan en forma exclusiva la posesión, y en ellas se discute respecto de la posesión, más no el derecho de propiedad.

Al respecto, el autor Eduardo J. Couture (50) -- explica: que la clasificación tradicional de acciones petitorias y posesorias atiende básicamente a los procesos y a las pretensiones, razón por la cual la clasificación es más bien de procesos y pretensiones y no de acciones.

2.4.2 CLASIFICACION MODERNA

Dice el maestro Dorantes Tamayo (51) que de acuerdo con la concepción moderna, las acciones se clasifican de la siguiente manera: de condena; declarativas; constitutivas; ejecutivas; y precautorias. Al respecto el procesalista Hugo Alsina (52) señala: que esta clasificación atiende a la clase de pronunciamiento que mediante la acción se pretende.

(49).- Pallares, Derecho Procesal..., pág. 230.

(50).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 85.

(51).- Dorantes Tamayo, Luis. op. cit. pág. 84.

(52).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 196.

En relación con esta clasificación, el jurista - Becerra Bautista (53) expresa: que desde un punto de vista didáctico las acciones sí deben clasificarse, pero partiendo de una base distinta a la de los romanos, la clasificación debe ser de mayores dimensiones, tomando en cuenta -- los finés que se persiguen.

2.4.2.1 ACCION DE CONDENA.- Goldschmidt (54), la da fine en los siguientes términos: "la acción de condena per sigue la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación en favor del demandante, y en algunos casos ordenar la ejecución forzosa".

En relación con esta acción, el jurista Hugo Alsina (55) expone: que ésta es la más frecuente, y a través de ella el actor pretende una sentencia que condene al demandado a una determinada prestación (dar o hacer), o bien que se deshaga lo hecho si la obligación fuere de no hacer. Son condiciones de esta acción: a).- un hecho que genere -- la violación del derecho, así, en relación con los derechos reales y con las obligaciones de no hacer es indispensable un estado de hecho contrario al derecho; en las obligaciones de dar o de hacer, la violación se constituye por la falta del hecho debido; b).- que sea insusceptible de prestación, en atención a que nadie está obligado al cumplimiento de un hecho imposible; y c).- que exista una necesidad de protección jurídica, es decir que el interés del actor consista en obtener a través del proceso la prestación a que el demandado estaba obligado. En consecuencia, para-

(53).- Becerra Bautista, José. op. cit. pág. 196.

(54).- Cit. pos. Pallares, Derecho Procesal..., pág. 234.

(55).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 196.

la satisfacción de la pretensión jurídica hecha valer en la acción, la sentencia debe contener: la declaración de la legitimidad de esa pretensión y la probabilidad de su ejecución incluso en contra de la voluntad del obligado. En este sentido, los maestros Castillo Larrañaga y Rafael De Pina (56) explican: que el fin de la acción de condena es doble, en virtud de que con ella se pretende no sólo la declaración del derecho, sino también la posibilidad de su ejecución.

2.4.2.2 ACCION DECLARATIVA.- De acuerdo con Goldschmidt (57), ésta se define de la siguiente manera: "la acción declarativa tiene por objeto la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o de la autenticidad o falsedad de un documento.

En opinión del procesalista Hugo Alsina (58), para que esta acción fructifique se requieren las siguientes condiciones: a).- un estado de incertidumbre respecto de la existencia o interpretación de una relación jurídica; b).- que esa incertidumbre pueda ocasionar un perjuicio al actor; y c).- que éste no tenga otro medio legal para terminar con la incertidumbre.

Explican los maestros Castillo Larrañaga y Rafael De Pina (59) : que el fin que se persigue con este tipo de acciones es la de obtener, con la eficacia de la cosa juzgada, la declaración de la existencia de una determinada relación jurídica o de un derecho nacido de un nego--

(56).- Castillo Larrañaga, De Pina Rafael. op. cit. p.143.

(57).- Cit. pos. Pallares, Derecho Procesal..., pág. 232.

(58).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 190.

(59).- Castillo Larrañaga, De Pina Rafael. op. cit. p.143.

cio jurídico, asimismo y por excepción, sobre la existencia de un hecho jurídico relevante, que pueda dar nacimiento a una relación jurídica o a un derecho.

No se pretende con las acciones declarativas una sentencia que sirva de base para una posterior etapa ejecutiva, como sucede en las de condena, sino una declaración sobre la existencia de una relación jurídica, sin formular pretensión de condena a cierta prestación con la amenaza de ejecución judicial; o sea, que la característica de estas acciones, es que supone la solicitud de una declaración judicial por la mera eficacia de la misma, con exclusión de efecto alguno inmediato ejecutivo.

Estas, también reciben el nombre de acciones de mero aseguramiento, puesto que toda acción, es siempre, en principio, declarativa, aunque se tienda a obtener mediante una sentencia o una condena constitutiva, la condena o constitución de nuevos efectos jurídicos. Este tipo de acciones pueden ser positivas o negativas, según se pretenda la declaración de la existencia o inexistencia de un derecho.

A través del ejercicio de la acción declarativa puede obtenerse una decisión judicial sobre la naturaleza de un derecho, sobre la validez de un título, calificación de un hecho determinado, existencia y validez de contratos e interpretación de sus cláusulas, estado civil de las personas, entre otros.

2.4.2.3 ACCION CONSTITUTIVA.- Esta es definida por Goldschmidt (60) de la siguiente forma: "es aquella que --

(60).- Cit. pos. Pallares, Derecho Procesal..., pág. 233.

tiene por objeto obtener la constitución, modificación, o extinción de una relación de derecho*.

En este sentido el procesalista Hugo Alsina (61) explica: que la sentencia constitutiva, produce un nuevo estado jurídico, o sea que sus efectos se extienden hacia el futuro. Estas sentencias pueden ser de dos tipos: a).-- constitutivas de estado: dentro de las cuales se incluyen a las de interdicción, divorcio, nulidad de matrimonio, filiación, etc. Con ellas nace una nueva situación jurídica y genera la aplicación de distintas normas de derecho. --- b).- constitutivas de derechos: entre las cuales figura la que condena a indemnizar el daño causado por un ilícito.

Sobre el particular, los profesores Castillo Larrañaga y Rafael de Pina (62) sostienen: que las acciones constitutivas se encaminan a modificar un estado jurídico-existente. Como característica principal de este tipo de acciones se señala que no condenan a dar, hacer o no hacer y que la declaración que mediante ella se pretende debe -- llevar conexo un cambio jurídico.

En tanto que las acciones declarativas, se dirigen a esclarecer la existencia o inexistencia de una relación jurídica, las constitutivas tienden a modificarlo. A través de la acción constitutiva se logra no sólo la constitución de una relación de derecho, sino también la modificación de una existente o su extinción. Se considera como constitutivas las siguientes acciones: de divorcio, nulidad de matrimonio, servidumbre, rescisión de arrendamiento, disolución de sociedad, deslinde, etc.

(61).- Alsina, Hugo. op. cit. pág. 201.

(62).- Castillo Larrañaga, De Pina Rafael. op. cit. p. 145

Comenta el maestro Dorantes Tamayo (63), que las sentencias que se dictan en estas acciones producen efectos erga omnes, es decir, aun para aquellos que no intervinieron en el juicio, cuando adquieren la calidad de cosa juzgada.

2.4.2.4 ACCION EJECUTIVA.- De acuerdo con el maestro Dorantes Tamayo (64), estas acciones se basan en un título ejecutivo que bien puede ser: una sentencia definitiva con autoridad de cosa juzgada, o bien un documento extrajudicial que trae aparejada ejecución; y tiene como finalidad hacer cumplir de manera coactiva la sentencia que el condenado no quiere cumplir, o conseguir el pago forzoso de un crédito que consta en un título ejecutivo extrajudicial, como lo es todo título de crédito mercantil.

Se critica las acciones que tienen como base una sentencia definitiva, en el sentido de que no se puede en sentido estricto, hablar de una acción nueva que se ejerce para obtener el cumplimiento coactivo de la sentencia, sino más bien de una segunda fase del proceso de condena, puesto que no existe un nuevo litigio o cuestión de fondo que resolver.

En este orden de ideas, sólo constituye acción ejecutiva aquella que tiene como fundamento un título ejecutivo extrajudicial. Este tipo de acciones se caracteriza porque el proceso correspondiente principia con una ejecución, es decir, con un embargo provisional que se realiza en los bienes embargables del demandado, en el momento en-

(63).- Dorantes Tamayo, Luis. op. cit. pág. 89.

(64).- idem. pág. 86.

que se notifica a éste la demanda. Se permite este embargo precautorio tan pronto como se inicia el juicio, en atención a que el título ejecutivo hace suponer la certeza del derecho que consta en el mismo. Por supuesto, que el demandado, tiene el derecho de oponer sus defensas en la contestación a la demanda, a efecto de que en la sentencia definitiva que se dicte, se le absuelva, se levante el embargo y se le devuelvan los bienes. En caso de que la sentencia resulte condenatoria, el embargo que era provisional se -- torna definitivo.

2.4.2.5 ACCION CAUTELAR.- Sobre el particular, el -- profesor Dorantes Tamayo (65) expone: que la finalidad de estas acciones consiste en conservar el estado de hecho y de derecho en que se encuentra el patrimonio del deudor, -- hasta en tanto se declare la certeza del derecho del que -- se pretende acreedor.

En algunas ocasiones, pueden desaparecer o disminuir las garantías concedidas por el deudor, ya sea por negligencia o mala fe de éste, por su culpa o dolo. Las acciones cautelares van encaminadas a evitar este tipo de situaciones, sustrayendo la disponibilidad del obligado en todo o en parte de su patrimonio. Como ejemplo de ellas se cita: el embargo provisional de bienes, y el arraigo de -- personas.

Los autores Castillo Larraga y Rafael De Pina- (66), sostienen: que las acciones cautelares tienen por objeto conseguir una resolución judicial de carácter provisional que garantice la efectividad del derecho substancial.

(65).- idem. pág. 87.

(66).- Castillo Larraga, De Pina Rafael. op. cit. p. 87.

A mayor abundamiento, el procesalista Hugo Alsina (67) nos ilustra de la siguiente forma: entre el momento en que la acción se inicia y aquel en que la sentencia admite, existe un espacio de tiempo durante el cual el demandado puede modificar su situación en relación con la cosa litigiosa (enajenación, constitución de derechos reales, destrucción, etc.), en consecuencia, la garantía jurisdiccional resultaría ilusoria sino se proveyese las medidas necesarias para asegurar la conservación de la situación inicial.

2.4.3 CLASIFICACIONES MENORES

En este rubro, dice el maestro Dorantes Tamayo (68) se agrupan las siguientes acciones:

2.4.3.1 Cesibles e incesibles.- Las primeras son -- las que se pueden ceder inter-vivos. Las segundas no se -- pueden ceder.

2.4.3.2 Transmisibles e intransmisibles.- Las primeras son aquéllas que son susceptibles de ser transmitidas, -- y las segundas, las que no se pueden transmitir por causa -- de muerte.

2.4.3.3 Públicas y privadas.- Las primeras son aquéllas que se ejercitan ante un órgano jurisdiccional del Es -- tado. Las privadas se constituyen si se hacen valer ante -- un juzgador privado, e.g un árbitro.

(68).- Dorantes Tamayo, Luis. op. cit. pág. 89.

2.4.3.4 Nominadas e innominadas.- A las primeras corresponde un nombre específico; a las segundas, contrariamente no les corresponde ningún nombre determinado.

2.4.3.5 Principales y accesorias.- Las principales no requieren el ejercicio de una acción anterior; las accesorias sí lo requieren. La gran mayoría de las acciones corresponden a la categoría de las principales. Dentro de las accesorias, se considera a: la reconvenzional, la incidental y las tercerías.

2.4.3.6 Civiles, penales y mixtas.- Las civiles son aquéllas en que se ventila un conflicto de intereses de carácter civil; en las acciones penales, el conflicto es de índole penal; y las mixtas participan de uno y otro carácter. Este es más bien un problema de carácter jurisdiccional, en el sentido de competencia en razón de la materia.

2.4.3.7 Ordinarias y extraordinarias.- Dice el procesalista Couture (69) : que esta clasificación no se refiere a la acción, sino al proceso en el cual se hace valer. En este sentido acción ordinaria es igual a pretensión que se hace valer en juicio o proceso ordinario, entendiéndose por tal aquél que por su amplitud de trámites y multiplicidad de oportunidades para hacer valer los mecanismos de ataque y defensa contiene las máximas garantías procesales. La acción extraordinaria quiere decir: pretensión que se hace valer en juicio sumario, el cual se caracteriza por la reducción de los términos procesales y las oportunidades para hacer valer los medios de ataque y defensa.

(69).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág.80.

2.4.3.8 Reconvenional.- Esta consiste en una demanda nueva que presenta el demandado en el juicio principal en contra del actor en el mismo juicio. En tal virtud, el demandado en el juicio principal se torna en actor en el juicio reconvenional, y el actor en el juicio principal asume el carácter de demandado en el juicio reconvenional.

2.4.3.9 Tercería.- Son aquellas a través de las cuales un tercero puede comparecer a un proceso, para coadyuvar a alguna de las partes, o para excluir los derechos de ambos o sólo del actor.

2.4.3.10 Tercería coadyuvante.- Su función es coadyuvar con su deudor solidario o con el actor o el demandado, en el caso de que su derecho dependa de alguno de éstos. Si el tercerista coadyuva con el actor, la tercería es activa, si lo hace con el demandado, es pasiva.

2.4.3.11 Tercería excluyente.- Tiene como finalidad excluir con derecho propio, los derechos del actor y del demandado, o los del actor únicamente.

Esta tercería tiene lugar cuando el actor ha realizado el embargo de bienes que no son propiedad del demandado, sino del tercerista, el cual solicita se levante el embargo de dichos bienes y se le devuelvan, por no estar afectados al pago del adeudo.

2.4.3.12 Tercería excluyente de preferencia.- Tiene lugar cuando el tercerista considera tener un mejor derecho que el actor, a que se le pague antes que a éste con el precio de los bienes embargados; se aplica en el caso de que el tercerista sea un acreedor hipotecario, y los bienes embargados sean los hipotecados a su favor.

2.5. EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN

Acerca de este importante tema, el procesalista-Hugo Alsina (70) expone: normalmente la acción se encuentra sometida a un espacio de tiempo dentro del cual debe ser ejercitada, ya que de no ser así, se genera su caducidad, o el demandado obtiene el poder de anularla a través de la excepción de la prescripción. Aun cuando la diferencia entre caducidad y prescripción se encuentra todavía en discusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, se dice que la caducidad se produce por la inacción del titular durante un período de tiempo previamente determinado sin que para ello se requiera la oposición del obligado. En cuanto a la prescripción se dice que: no sólo supone la negligencia del titular, sino que además es necesaria la oposición del obligado a través de la excepción correspondiente; ambas tienen en común que mediante ellas se obtiene como resultado la extinción de la acción.

Sigue diciendo (71), que la extinción del derecho genera la extinción de la acción que lo tutela, y por ende, todos los medios de extinción de las obligaciones -- que los Códigos de derecho material contemplan producen, a su vez, la extinción de la acción. En este sentido aclara (72), que las causas de extinción de la acción derivadas -- del derecho material sólo son tomadas en cuenta en la sentencia definitiva, con excepción de los casos en que se -- autoriza de manera expresa su consideración previa, o sea -- antes de iniciar la discusión del litigio, como son las -- excepciones parentorias de cosa juzgada, transacción y -- prescripción.

(70).- Alsina, Hugo, op. cit. pág. 193.

(71).- idem. pág. 94.

(72).- idem.

Ademas de los anteriores, como medios meramente procesales de extinción de la acción, tenemos a: la sentencia y el desistimiento. Los cuales a su vez son instrumentos de extinción del proceso.

Sobre este trascendental tema de la extinción de la acción el gran procesalista Alcalá-Zamora (73), explica: la doctrina dominante señala como medios de extinción de la acción, dos que de acuerdo a nuestra opinión actual no lo serían, a saber: la prescripción y la cosa juzgada material (equivalente a indiscutibilidad ulterior del pronunciamiento de fondo), los cuales no constituyen medios de extinción de la acción, porque ninguno se dirige al elemento típicamente procesal de la acción, o sea, a la instancia, sino que se encaminan a afectar su contenido material, es decir, a la pretensión. La prueba más clara y contundente para probar que ni prescripción ni cosa juzgada material extinguen la acción, es que las correspondientes excepciones no impiden el ejercicio de una acción con pretensión contraria a ellas. El ordenamiento positivo podrá establecer para tales hipótesis un procedimiento más rápido que el ordinario, con la finalidad de detener lo antes posible el avance de esas insostenibles pretensiones; sin embargo no podrá evitar ni que se hayan ejercitado, ni que el juzgador tenga que proveer sobre ellas para desestimarlas, con lo cual es suficiente para que estemos en presencia de un proceso, cuya existencia no depende de un numero prefijado de actos o de una determinada duración; los juicios sumarios, que en lo militar llegan a sustanciarse en horas, son tan procesos como aquéllos que se prolongan durante decenios y consumen montañas de papel. Diariamente -

(73).- Alcalá-Zamora y Castillo. op. cit. pág. 361.

se presentan ante los tribunales demandas que desconocen la autoridad de la cosa juzgada, o interpuestas después de prescrito el pretendido derecho material, y que sin embargo, más o menos hábilmente disfrazadas para eludir los ataques de excepción correspondiente, generan prolongados procesos e incluso consiguen triunfar en ocasiones. De donde se deriva la perpetuidad de la acción.

El autor en cita (74), sigue desarrollando el tema de la siguiente forma: la acción se extingue de acuerdo con nuestra concepción dinámica de la misma: a través de todos los medios que supongan la consunción de la instancia. Dentro de los cuales tenemos de manera principal a: la cosa juzgada formal (consistente en la fuerza y en la autoridad que tiene una sentencia ejecutoria en el juicio en que se pronunció, pero no en juicio diverso), y equivalente a inimpugnabilidad, por haber alcanzado su meta la energía accionante de las partes y no otorgar ya, el proceso pendiente, posibilidades ulteriores. En segundo lugar, tenemos a la inacción o inercia de las partes, determinante de la caducidad y de la extinción por inactividad. En tercer lugar, la acción se extingue por renuncia de la misma sin renuncia a la pretensión, como en la renuncia a los actos del juicio, o en el apartamiento de la vía procesal para llegar a una solución autocompositiva. Finalmente, la acción se extingue por: incapacitación de su titular para accionar, en atención a que se considera a la capacidad como un elemento de la misma: de donde se desprende que cuando en un proceso se incapacita una de las partes, podrá existir sucesión en la pretensión, pero no en la instancia. A la sucesión en la pretensión corresponde, en consecuencia, la prosecución de la instancia.

(74).- idem. pág. 363.

Por último, nuestro punto de vista es en el sentido de que consideramos junto con el jurista Franco Sodi- (75), que la acción propiamente dicha (como derecho a la - jurisdicción), no se extingue.

La extinción de la acción es un tema complejo, - para su estudio y análisis, es decir, para efectos didácti- cos, la acción debe dividirse de acuerdo a la opinión del- maestro Eduardo Pallares (76) en: Derecho Constitucional - de Acción y Acción Procesal Propiamente dicha. (vid. su- pra fundamento legal).

Derecho Constitucional de acción, - Bajo este ru- bro la acción no se extingue. La acción como derecho a la- jurisdicción es inextinguible. La obligación de los órga- nos jurisdiccionales de resolver la controversia planteada ante ellos, es decir la obligación de dar entrada a la de- manda, tramitar el juicio, pronunciar las resoluciones que correspondan y ejecutar sus resoluciones, es permanente. - El acceso a la jurisdicción es innegable.

Por otra parte, no es válido condicionar la exis- tencia de la acción a la existencia del derecho material, to- da vez que ambos tienen existencia propia, son dos cosas - totalmente diferentes, puede existir el uno sin el otro.

Acción Procesal Propiamente Dicha, - Dentro de es- te renglón, la acción es susceptible de extinción. Este- tipo de acción puede llegar a extinguirse bajo determi- nadas condiciones y requisitos establecidos por la ley --- procesal.

(75).- Cit. pos. Alcalá- Zamora, op. cit. pág. 362.

(76).- Pallares, Derecho Procesal..., pág. 225.

A través del conjunto de medios legales, fórmulas y procedimientos por los que se ejercita el Derecho -- Constitucional de Acción (derecho a la jurisdicción), puede suceder que determinada acción (reivindicatoria, confesoria, etc.), se extinga.

Lo anterior, no impide que aun cuando determinada acción se extinga de acuerdo a las condiciones y requisitos establecidos por la ley adjetiva, se haga valer ante los tribunales no solo la pretensión deducida en un juicio anterior; sino que también se puede plantear el ejercicio de diversas acciones que tengan como contenido diferentes pretensiones. Con lo que se ratifica que: "la acción (como derecho a la jurisdicción) no se extingue". (77)

(77).- Sodi, Franco. cit. pos. Alcalá-Zamora. op. cit. ---
pág. 362.

3.1. ACCIÓN Y DERECHO

En el presente capítulo intentaremos aislar el concepto de acción de los diversos conceptos con los que se le confunde e identifica. Con frecuencia la acción es confundida con los conceptos de: derecho, pretensión y facultad.

En este sentido el procesalista Eduardo J. Couture (1), explica: en el derecho procesal, de acción se puede hablar por lo menos de tres acepciones diferentes, a saber:

a).- Como sinónimo de derecho.- Es el sentido -- que se le dá a la palabra cuando se expresa: "el actor carece de acción" o bien, se opondrá la "Exceptio Sine Actione Agit", de donde se deriva que el actor carece de un derecho efectivo que en juicio se deba tutelar.

b).- Como sinónimo de pretensión.- Es el sentido que se le dá a la palabra cuando se habla de: "acción fundada y de acción infundada", de "acción triunfante y de acción desechada". En estos vocablos la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y con base en el -- cual se promueve la demanda respectiva.

c).- Como sinónimo de facultad.- Facultad de promover la actividad jurisdiccional del Estado, de este modo se habla de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en virtud del cual le es posible acudir ante los

(1).- Couture, Eduardo J. op. cit. págs. 60-61.

jueces en demanda de protección a su pretensión. La circunstancia de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta en nada la naturaleza jurídica de accionar, de esta manera pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que equivocadamente se consideran asistidos de razón.

Continúa explicando (2), que se entiende por acción no ya el derecho material del actor ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino - su poder jurídico de acudir ante los órganos jurisdiccionales.

Nuestros primeros intentos se encaminarán a marcar las diferencias existentes entre los conceptos de acción y derecho.

Siguiendo la senda del derecho romano, la doctrina consideró tradicionalmente que la acción y el derecho eran una misma cosa. Se llegó a considerar que la acción era el derecho en movimiento, el derecho elevado a la segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra. Proposición que de alguna manera era correcta dentro de la primitiva concepción del derecho romano, dejó de serlo en el derecho moderno.

Sobre el particular, el autor de referencia (3) señala: que para la ciencia del proceso la separación de la acción constituyo un fenómeno semejante a lo que representó para la física la división del átomo. Más que -

(2).- idem.

(3).- idem. pág. 63.

un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. A partir de este acontecimiento el derecho processal adquirió personalidad y se separó del viejo tronco del derecho civil.

Antes de iniciar el estudio de las diferencias que existen entre acción y derecho: objetivo y subjetivo, explicaremos lo que se entiende por cada uno de estos conceptos.

3.1.1 DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO

El derecho en su sentido objetivo, señala el maestro García Máynez (4), es un conjunto de normas. Es decir, de preceptos imperativo-atributivos, o sea, de reglas que no sólo imponen deberes, sino que también conceden facultades; frente al obligado por una norma jurídica descubrimos siempre a otra persona facultada para exigir el cumplimiento de su deber. La autorización concedida al pretensor por el precepto es el derecho en sentido subjetivo.

Entre las dos acepciones fundamentales del sustantivo derecho existe una correlación perfecta. El derecho subjetivo es una función del objetivo. El segundo es la norma que permite o prohíbe, el primero el permiso derivado de la norma. El derecho subjetivo no se concibe fuera del objetivo, en atención a que la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, supone lógicamente la existencia de la norma que imprime a la conducta facultada el sello positivo de la licitud.

(4).- García Máynez, Eduardo. op. cit. pág. 36.

Al respecto, los juristas Ignacio de Caso y Romero y Francisco Cervera (5) señalan: que con la expresión "derechos subjetivos privados" se hace alusión a aquellas facultades que por el orden jurídico, son atribuidas al individuo como otras tantas posibilidades de actuación, en reconocimiento de su propia personalidad; de la rama de los derechos correspondientes a cada individuo en particular, es decir, de las facultades que a cada uno de ellos corresponde privativamente ejercitar surgen los derechos-subjetivos. Lo anterior resulta de considerar que el conjunto de normas vigentes en una sociedad constituyen su ordenamiento jurídico, ordenamiento que usualmente recibe el nombre de derecho objetivo, produce en los individuos a el sometidos diversidad de situaciones, todas las cuales son susceptibles de ser clasificadas en dos grupos: el grupo de las situaciones que permiten exigir algo de otros, es decir, el grupo de los comúnmente llamados derechos subjetivos; y el grupo de las situaciones que imponen una conducta determinada en provecho de otros, o sea, es el integrado por las obligaciones jurídicas. Así como el derecho objetivo es el derecho considerado como norma, el derecho subjetivo es considerado como facultad de uno o varios individuos; facultad resultante de la norma, y que implica obligación para los que deben respetar tal facultad, en atención a la misma norma. Todo derecho subjetivo necesita de un sujeto al cual sea atribuido el poder que le confiere el derecho. Tal titularidad no debe ser confundida con el efectivo ejercicio del derecho subjetivo, ya que éste puede estar encomendado a persona distinta de aquella que ostenta el carácter del titular del derecho ejercitado aunque a dicho sujeto titular se centre y concrete la norma jurídica.

(5).- Cit. por. Pallares, Eduardo. Diccionario de... pág. 250-251.

Señala el maestro Eduardo Fallares (6) que de lo expuesto con anterioridad se desprende que para que el derecho subjetivo exista se requiere: a).- una persona jurídica titular del derecho; b).- que la norma jurídica le -- conceda una facultad o poder moral de hacer o de exigir -- que otro u otros hagan algo; una persona o un conjunto de ellas obligadas a respetar el derecho subjetivo, a cumplir las prestaciones que de él dimanar; y d).- la existencia de una sanción jurídica. Es característica importante del derecho subjetivo consistir en un poder moral y no en un poder material, puede suceder que el titular del derecho -- tenga el poder moral sin tener el poder material. Por otra parte, también es importante no confundir el ejercicio del derecho subjetivo con el derecho mismo.

3.1.2 DIFERENCIAS ENTRE ACCIÓN Y DERECHO

Sobre las diferencias entre acción y derecho, el gran procesalista Hugo Alsina (7) expone: que se concibe -- fácilmente a la acción como un derecho autónomo respecto -- del derecho substancial, si se concibe a la acción como la facultad que corresponde a toda persona para solicitar la -- intervención del Estado (organos jurisdiccionales) a efecto de tutelar una pretensión jurídica material. Lo anterior es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por propia mano y de haber asumido el Estado la función -- jurisdiccional. Acción y jurisdicción son, en consecuencia conceptos que se corresponden. La acción podrá o no prosperar según que la pretensión esté o no fundada en una norma substancial, sin embargo en cualquier caso la acción se -- habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá --

(6).- Fallares, Eduardo. Diccionario de... pág. 250.

(7).- Alsina, Hugo. op. cit. págs. 184-186

puesto en movimiento. Así concebida, la acción se distingue del derecho material en diversos aspectos:

a).- Por su origen.- Pues el derecho nace de un contrato, un cuasicontrato, un delito, un cuasidelito, o deriva de las relaciones de familia, y de la ley.

b).- Por sus condiciones de ejercicio.- Estas están sometidas a reglas distintas: una persona puede tener capacidad para adquirir un derecho y ser incapaz para defenderlo en justicia; la acción supone una actividad, y el proceso donde ella se desarrolla está sujeto a normas propias, mientras que el derecho supone una situación jurídica cuya protección se obtiene mediante la acción.

c).- Por su objeto.- En el sentido de que la acción tiende a la obtención de una sentencia, en tanto que el derecho es, precisamente, la regla que la sentencia va a aplicar para la solución de la cuestión litigiosa.

Sin embargo, no obstante ser autónomos, la acción y el derecho están estrechamente vinculadas y puede decirse que se complementan. La acción no tiene una función específica, sino que es instituida en miras a la protección del derecho; puede faltar éste no obstante haberse ejercitado la acción, lo anterior no autoriza para suponer que la acción pueda deducirse sin otro objeto que su propio ejercicio. En reciprocidad, el derecho no siempre requiere la protección de la acción, como sucede en los casos de cumplimiento voluntario, pero resultaría ineficaz si no se contase con ella cuando el obligado pretende evadir el cumplimiento de su obligación.

Continúa explicando el autor de referencia (8),- que lo anterior explica una de las cuestiones más discutidas en doctrina, consistente en saber quien es el destinatario de la acción, si el Estado o el demandado. Porque si la acción es un derecho que se ejerce contra el Estado, resulta evidente que el sujeto pasivo es éste y no el demandado, de manera que las condiciones para la admisibilidad de la acción en la sentencia no deben referirse al demandado sino al Estado. Por el contrario, si el sujeto pasivo es el demandado, resulta también evidente que no puede hablarse de un derecho contra el Estado. Sin embargo, si se concibe a la acción como un derecho público subjetivo contra el Estado para obtener la protección de un derecho privado, la solución parecerá más clara, en virtud de que el Estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal: - la que tienen sus órganos jurisdiccionales de amparar en la sentencia a quien lo merezca; mientras que el demandado será el sujeto pasivo de la relación jurídica substancial- cuyo reconocimiento en la acción se persigue. El Estado, a través del ejercicio de su función jurisdiccional, no sólo crea el derecho, sino que también lo ampara, y la acción - tiende, precisamente a que el Estado le ampare aplicando - el derecho.

A mayor abundamiento, el procesalista de referencia (9), señala otras diferencias entre la acción y el derecho: el ejercicio de la acción influye sobre el derecho- desde diversos puntos de vista; a saber:

(8).- idem.

(9).- idem. págs. 190-192.

a).- Conserva el derecho interrumpiendo el curso de la prescripción, que no renace mientras la instancia se mantenga pendiente. La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor aunque sea interpuesta ante juez incompetente y aunque sea nula por defecto de forma o porque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio.

b).- Modifica el derecho.- Individualizando la cosa debida en las obligaciones alternativas, cuando la elección hubiera sido dejada al acreedor, y éste la formula en la demanda.

c).- Extingue el derecho.- Porque una vez pronunciada la sentencia, si ella es absolutoria, el actor ya no puede invocar el mismo derecho contra el demandado, pues éste estará amparado por la excepción de cosa juzgada, y si es condenatoria, la obligación del demandado depende de los términos de la sentencia y no del primitivo derecho -- del actor.

Acerca de la diferencia que existe entre los conceptos en estudio, el jurista Hugo Rocco (10) sostiene: -- que la afirmación de que la acción es un momento del derecho material, y por lo tanto es un derecho que ----- se dirige contra el adversario y no contra el Estado, es una aseveración para la cual no se necesitarán muchas palabras para refutarla.

Si así fuese, no se podría explicar de que manera el titular del derecho puede recurrir a la autoridad --

(10).- Rocco, Hugo. op. cit. págs. 203-204.

judicial, para posteriormente decir que ha sufrido un engaño, es decir, para sostener que no es el titular del derecho que había alegado, y con base en el cual él había intentado su acción.

Ademas, con tal teoría no se podría explicar la figura del demandado que a semejanza del actor tiene un derecho de pretender la prestación por parte del Estado de su actividad jurisdiccional; que tiene un interés a que se llegue a una declaración negativa, cuando el actor pretende una declaración positiva, y viceversa.

En este orden de ideas, si derecho de acción y derecho substancial fuesen la misma cosa, en rigor lógico la acción debería corresponder únicamente al verdadero titular del derecho material.

El derecho del demandado a pretender la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado, demuestra que el derecho de acción es independiente del derecho material, ya que si así no lo fuese, sólo al verdadero titular del derecho competaría, y no a las dos partes en juicio.

Sobre el particular, Carnelutti (11) opina: quedan lejos esta de confundirse el derecho subjetivo procesal y el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro: yo tengo derecho a obtener del órgano jurisdiccional una sentencia acerca de mi pretensión, aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: el derecho subjetivo material tiene como contenido la prevalencia del interés en litigio, y por sujeto ---

(11).- Carnelutti, Francesco. op. cit. pág. 316.

pasivo a la parte contraria; el derecho subjetivo procesal tiene como contenido la prevalencia del interés del interés en la composición de la litis y como sujeto pasivo al juzgador.

Acerca de la diferencia de que se trata, el jurista Proylán Bañuelos (12) explica: la acción tiene como finalidad activar a los órganos jurisdiccionales del Estado a efecto de que se realice la apreciación de la relación jurídica incierta o dudosa. El primer objetivo de la acción es la declaración del derecho; durante esta fase to da la actividad de los órganos jurisdiccionales está encaminada en la dirección de verificar si existe o no el derecho que el actor se atribuye; en consecuencia, es un con-- trasentido considerar a la acción en esa primera fase como un elemento, un aspecto o una función del derecho substancial. "Si la acción tiende a averiguar si existe o no el derecho, ¿cómo sería posible declarar que es el mismo derecho en movimiento". (13)

En la hipótesis de que el juez hiciera la declaración de que la acción (pretensión) resulta improcedente por considerar que el actor no es titular del derecho que se atribuye; en tal supuesto resulta imposible ver en la acción el derecho en actividad o en movimiento.

En los casos en que la acción (pretensión) se -- juzga improcedente, lo que finalmente resulta no existir, es el derecho substancial que el actor decía poseer contra el demandado, por ende éste es absuelto de la demanda, por

(12).- Bañuelos Sánchez, Proylán. La Teoría De La Acción - 1a. ed. Edit. Cárdenas Editor y Distribuidor. México, 1983 págs. 27-28.

(13).- idem.

la declaración de que no existe sobre él la obligación exigida por el demandante. No obstante, la acción existe, tanto en esta hipótesis como en la de procedencia de la acción (pretensión), en consideración a que en ambos casos - el actor puede realizar los mismos actos y provocar el ejercicio idéntico de la función jurisdiccional.

Al comparar la actividad desplegada por el actor en juicio, cuando la acción (pretensión) resulta procedente, con la actividad realizada por el mismo cuando la acción resulta improcedente, nos damos cuenta de que la situación es la misma en ambos casos; en los dos utiliza los mismos medios, mecanismos, dispone de idénticas facultades y puede exigir de los órganos jurisdiccionales la práctica de los mismos actos.

En este orden de ideas sigue exponiendo el autor de referencia (14), que el derecho de acción existe en las dos hipótesis, en atención a que el actor tiene la facultad de forzar a los órganos jurisdiccionales a desplegar su actividad con vistas a la declaración del derecho incierto o dudoso; es decir, el ejercicio de esa actividad demuestra que en un caso la pretensión substancial del actor era fundada y en el otro carecía de fundamento, o que la demanda (pretensión) del actor contra el demandado tenía en un caso el apoyo del derecho subjetivo material, y en el caso contrario no lo tenía. Así, el derecho de acción existe siempre; lo que no siempre existe es el derecho subjetivo que el actor se atribuye contra el demandado, es decir, que el derecho subjetivo material o substancial no existe en todos los casos.

(14).- idem.

De esta manera se llega a la convicción de que la acción debe ser considerada como un derecho autónomo e independiente del derecho subjetivo material que se pretende hacer valer.

Por último, el autor en cita (15) señala: que no es correcto confundir el derecho de acción con el derecho-subjetivo material que a través de la acción se pretende realizar. Son derechos distintos, tanto en lo que se refiere a los sujetos, como en lo que respecta al objeto y contenido. Y además de distinto del derecho material, el de acción, es autónomo e independiente del mismo, en atención a que puede existir y producir todos sus efectos con independencia de la existencia del primero.

De acuerdo con el procesalista Couture (16), la acción (como poder jurídico de acudir a los órganos de la jurisdicción), existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo posee ese poder jurídico aún antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal, existe aun cuando no se ejerza efectivamente.

Así, la acción funciona desde la demanda hasta la sentencia en la ignorancia de la razón o sin razón del actor. La acción vive y actúa sin la existencia del derecho que el actor quiere ver protegido. No sólo la pretensión infundada, sino también hasta la temeraria merecen la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último momento.

(15).- idem. pág. 30.

(16).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 69.

La acción pertenece al litigante sincero y al in sincero, sólo que este último no utiliza la acción dentro de sus límites legítimos, fuera de ellos, en esfera ilegítima; no usa de su derecho, sino que abusa de él.

3.2. ACCION Y PRETENSION

De acuerdo con el procesalista Eduardo J. Couture (17), la acción suele ser confundida con la pretensión, así se habla de acción fundada y de acción infundada, de acción real y de acción personal, así como de acción civil y de acción penal y de acción triunfante y de acción desechada. En estas palabras, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierta manera esta acepción de la acción, como pretensión, se dirige sobre la demanda en sentido substancial y se podrá utilizar indistintamente diciendo: demanda fundada e infundada, demanda de un derecho real o personal. Es el lenguaje habitual del foro y de la escuela de muchos países.

La pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. Ese poder jurídico existe en el individuo aun cuando la pretensión resulte infundada.

En este orden de ideas el procesalista de referencia (18) sostiene: que la pretensión es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica, y desde luego, la aspiración concreta de que ésta se haga

(17).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 60.

(18).- idem. pág. 72.

efectiva. Es decir, la pretensión consiste en la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que, invocándolo, pide concretamente que se haga efectiva a su respecto - la tutela jurídica.

Por su parte el jurista Windscheid (19), señala que la pretensión es: la afirmación de que uno es titular de un derecho, o la afirmación de un hecho cualquiera apto para formar la base de un derecho que se pretenderá.

En relación con la pretensión el procesalista - Carnelutti (20) enseña: que la pretensión consiste en la exigencia de que el interés ajeno se subordine al propio. Puede estar fundada racionalmente o carecer de bases jurídicas: de cualquier forma es pretensión. La pretensión sin fundamento no deja de ser pretensión; en la práctica de los tribunales se recurre a los mayores sofismas para hacerla parecer racional.

El procesalista en cita (21), continúa explicando: la pretensión es un querer, una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés ajeno al interés propio. Es necesario que se determine la distinción -- que existe entre la pretensión, el derecho subjetivo y la acción, en virtud de que los tres conceptos son diferentes y se encuentran en diversos planos; no obstante lo anterior, existe entre ellos una íntima relación y una estrecha interdependencia. En este sentido, el derecho subjetivo es algo que se tiene o que no se tiene; y contrariamente, la pretensión es algo que se hace o no se hace, o sea,

(19).- Cit. pos. Dorantes Tamayo. op. cit. pág. 38.

(20).- Cit. pos. Pallares, Diccionario de... pág. 625.

(21).- Cit. pos. Gómez Lara, Cipriano. Teoría General Del Proceso. 1a. ed. Edit. Textos Universitarios-Unam. México - 1974. pág. 15.

la pretensión es actividad, es conducta. De lo anterior se desprende: que de la existencia de un derecho subjetivo, - se puede derivar una pretensión, y de la existencia de la pretensión, se puede llegar a la acción, como una de las - formas de hacer valer la pretensión.

La pretensión puede tener diferentes caracteres, pudiendo ser: discutida, fundada, impugnada, infundada, in satisfecha, resistida, o bien sin derecho.

Con base en lo expuesto por Carnelutti el maestro Cipriano Gómez (22) realiza las siguientes consideraciones: la pretensión es un elemento del litigio, pero no siempre genera el nacimiento del mismo en virtud de que - donde hay sometimiento a la pretensión el litigio no nace. La pretensión no siempre supone la existencia de un derecho; puede existir el derecho sin que exista la pretensión así como también puede haber pretensión sin que exista el derecho. Algunas veces se consigue satisfacer pretensiones sin tener derechos, a través de medios extraprocesales --- o inclusive por medios procesales.

La acción es un medio en virtud del cual la pretensión accede hacia el proceso, es decir, es un medio para introducir la pretensión en el campo de lo procesal.

El autor en cita (23), ha elaborado un valioso - cuadro que nos ayuda a diferenciar entre otros fenómenos - los de acción y pretensión, que son los conceptos que nos-

(22).- Gómez Lara, Cipriano. op. cit. pág. 15

(23).- idem. pág. 16.

interesan en forma particular en el presente apartado; y -
dada su relevante importancia nos permitimos transcribirlo
en las siguientes líneas:

El cuadro de la pretensión, contiene cinco momen-
tos, a saber:

- a).- Existencia del Derecho Subjetivo.
- b).- Opinión subjetiva del pretensor sobre -
la existencia del Derecho.
- c).- Pretensión.
- d).- Acción.
- e).- Satisfacción de la pretensión y/o del -
derecho.

| | a) | b) | c) | d) | e) |
|----|----|----|----|----|----|
| 1 | x | x | x | x | x |
| 2 | x | x | x | x | |
| 3 | x | x | x | | |
| 4 | x | x | x | | x |
| 5 | x | x | | | x |
| 6 | | x | | | x |
| 7 | | x | x | x | x |
| 8 | | | x | | x |
| 9 | | | x | x | x |
| 10 | | x | x | x | |

La explicación del cuadro que antecede es de la
siguiente manera:

Primer caso: los cinco momentos se dan --
sin dificultad.

Segundo caso: en este caso sólo se dan --
los cuatro primeros momentos, y no se llega a la satisfac-

ción de la pretensión, porque el deudor es insolvente.

Tercer caso: se dan los tres primeros momentos, - sin que por diversas razones se llegue a ejercitar la acción ni, mucho menos se obtenga la satisfacción del derecho.

Cuarto caso: en esta parte se dan los momentos - del primero al tercero y el quinto, o sea, que no se acciona porque la pretensión ya se ha satisfecho.

Quinto caso: teniéndose el derecho y opinándose que se le tiene, sin embargo ni se pretende, ni se acciona; sin embargo el deudor cumple espontáneamente su obligación satisfaciendo así el derecho, más no la pretensión, puesto que ésta nunca ha existido.

Sexto caso: no existe el derecho, sino que se piensa por el supuesto titular que sí existe, y, sin pretender, obtiene la satisfacción por una actitud espontánea del supuesto deudor. Nótese que en este caso, muy raro y poco probable en la realidad, no hay ni derecho, ni pretensión y sin embargo un equivocado deudor viene a cumplir con una obligación, que en realidad no existe para él.

Septimo caso: sin que exista derecho, y opinando que sí existe, se pretende, se acciona y se satisface la pretensión. Es el típico caso de creación de un derecho a través del proceso, que no existía antes del mismo. Es decir, este caso es el de los derechos que se crean procesalmente, mediante verdades formales, verbigracia: a través de la rebeldía o contumacia de un deudor ignorante y desorientado.

Octavo caso: aquí se pretende siendo sabedor de que no se tiene el derecho pero al pretenderse, se consigue la satisfacción de la pretensión, por intimidación o error del deudor.

Noveno caso: sin existir el derecho y a sabidas de que no existe, se pretende, se acciona, y se obtiene

ne la satisfacción de la pretensión a través del proceso.-

Décimo caso: sin existir el derecho, el pretensor opina que si existe, pretende y acciona, sin embargo no consigue la satisfacción de su pretensión. Este sería el caso de un supuesto deudor que tuviese a la mano los elementos para defenderse de una pretensión infundada por parte del pretensor.

Finalmente, explica el autor en cita (24) que es importante resaltar la circunstancia de que la acción no puede existir sin que la preceda la pretensión, porque --- quien acciona, acciona en función de una pretensión, y por ello se dice que la acción es la llave que abre a la pretensión, el proceso.

3.2.1 DIFERENCIAS ENTRE ACCION Y PRETENSION

Acerca de las diferencias que existen entre los conceptos en estudio, el procesalista Carnelutti (25) nos ilustra de la siguiente manera: para la distinción de la acción y la pretensión debe tomarse en cuenta que mientras la acción es una relación, la pretensión es un hecho y más concretamente un acto jurídico.

En este sentido, el profesor Eduardo Pallares -- (26) señala: que las diferencias entre acción y pretensión de acuerdo con los jurisconsultos modernos son las siguientes:

a).- La pretensión es en muchos casos un derecho privado, en cambio la acción es siempre un derecho pública

(24).- idem. pág. 17.

(25).- Carnelutti, Francesco. op. cit. pág. 317.

(26).- Pallares, Derecho Procesal... pág. 218.

b).- En la pretensión el sujeto pasivo es el deudor de la obligación, en la acción procesal lo es el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales.

c).- En la pretensión el contenido del derecho (acto) consiste en la prestación que ha de realizar el deudor, como pagar una suma de dinero, entregar una cosa, abstenerse de un hecho, etc.; la acción consiste en términos generales en: "administrar justicia", o sea, tramitar el juicio, pronunciar sentencia, realizar un embargo preventivo, ejecutar un fallo, etc.

Por último, el procesalista Alcalá-Zamora (27) explica: que la pretensión es la carga o peso que la instancia lleva hacia el pronunciamiento de fondo. La pretensión transporta al proceso la visión que del litigio se ha formado el actor. Y que la pretensión es el cordón umbilical que une a la acción con el derecho material en litigio.

3.3. ACCION Y FACULTAD

Carnelutti (28) entiende por facultad a: la posibilidad de obrar en el campo de la libertad, y la contrapone a la obligación; así, la facultad es la antítesis manifiesta de la obligación; cuando se habla de facultad, el hombre actúa como quiere; cuando se trata de obligación como debe.

De acuerdo con el procesalista Eduardo J. Couture (29), la acción es considerada como sinónimo de facultad a provocar la actividad de la jurisdicción; en este sentido se habla de un poder jurídico que tiene todo indi-

(27).- Alcalá-Zamora, op. cit. pág. 353.

(28).- Cit. pos. Pallares, Diccionario de... pág. 366.

(29).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 61

viduo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión. La circunstancia de que esta pretensión sea fundada o infundada no afecta en nada a la naturaleza del poder jurídico de accionar; están facultados para promover sus acciones en justicia aún aquellos que erróneamente se consideran asistidos de razón.

En este orden de ideas, el autor de referencia - (30) entiende por acción: no ya el derecho material del actor, ni su pretensión a que ese derecho sea tutelado por la jurisdicción, sino su poder jurídico (facultad) de acudir a los órganos jurisdiccionales.

En este sentido, debe realizarse la distinción de los siguientes momentos:

- a).- El derecho;
- b).- la pretensión de hacerlo efectivo a través de la demanda judicial; la pretensión no es un derecho --- autónomo sino un simple hecho;
- c).- la acción, es decir, el poder jurídico (facultad) que faculta para acudir a los órganos jurisdiccionales.

Estas tres manifestaciones del derecho no van -- siempre juntas:

Suponiendo que el derecho (un crédito) no existe porque el deudor ha hecho el pago a un mandatario del acreedor. Este ignora el pago porque el mandatario lo ha ocultado.

(30).- idem. págs. 61-68.

De lo anterior se genera que aún sin derecho la pretensión existe, puesto que el actor se considera sinceramente asistido de razón. Desde luego se estará ante una pretensión infundada que en su oportunidad rechazará la sentencia. La pretensión es sólo un estado de la voluntad jurídica, más no un poder jurídico.

En consecuencia, la acción como poder jurídico -- (facultad) de acceder a la jurisdicción existe siempre: - con derecho material y sin él; con pretensión y sin ella, - en consideración a que todo individuo tiene ese poder jurídico, aún antes de que nazca la pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo como tal; existe a pesar de que no se ejerza efectivamente.

De la misma manera que todo individuo en cuanto tal, tiene derecho de recibir asistencia del Estado en caso de necesidad, tiene derecho también de acudir a los órganos de la jurisdicción para solicitarles su intervención cuando lo considere necesario. Esta facultad es independiente de su ejercicio; hasta puede ejercerse sin razón como cuando la invoca y pretende ser protegido por el Estado, aquel que no se encuentra efectivamente en estado de necesidad o aquel cuyo crédito ya se ha extinguido porque el pago hecho al mandatario resulta válido.

Es en este apartado de acción y facultad, donde el procesalista de referencia (31) ubica a la acción; al referirse a la acción lo hace como sinónimo de facultad y de poder jurídico, indistintamente. Por nuestra parte consideramos acertada la apreciación del procesalista citado,

(31).- Couture, Eduardo J. op. cit. págs. 61-68.

en el sentido de considerar a la acción como una facultad, y más específicamente como un poder jurídico que asiste a todo individuo en cuanto tal, en base en el cual le es posible acudir ante los tribunales en demanda de protección a su pretensión.

Nosotros consideramos a la acción como un poder-jurídico que posee todo individuo como tal, poder que se genera como consecuencia de la prohibición del ejercicio de la justicia privada para el ejercicio y defensa de los derechos. Consideración que desarrollaremos en el siguiente apartado donde trataremos sobre la naturaleza jurídica de la acción.

3.4. NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION

De manera general nosotros consideramos que la naturaleza jurídica de la acción (el ¿que es la acción jurídicamente?) consiste en ser un poder, sí un poder jurídico que tiene todo individuo como tal y gracias al cual puede acceder a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio o defensa de sus derechos. Asimismo, la acción también puede ser considerada como derecho a la jurisdicción.

Como hemos visto, la acción nace históricamente como una consecuencia de la prohibición de la defensa privada por parte del Estado, quien es el único que tiene la potestad de impartir justicia a través de sus órganos jurisdiccionales; ante esta prohibición de ejercer o defender los derechos de manera directa. surge la necesidad de dotar al individuo de un instrumento, de un poder, en este caso jurídico, que forme parte de su personalidad, es decir, como un atributo de la persona, en virtud del cual pueda ejercer o defender sus derechos dentro de los marcos esta-

blecidos por el sistema jurídico vigente en un tiempo y lugar determinados.

La acción: como poder jurídico de acudir a los órganos jurisdiccionales para la tutela de una pretensión, debe corresponder a todo individuo en cuanto tal, como parte de su personalidad; y correlativamente, es obligación de todo Estado conceder y reconocer ese poder jurídico.

Específicamente, la consideración de que la acción es un poder jurídico, tiene su base en las siguientes consideraciones:

La acción funciona desde la demanda hasta la sentencia en la ignorancia de la razón o sin razón del actor. La acción es un poder que activa, que impulsa el proceso - desde su inicio hasta su final.

Así, la acción es considerada como una instancia proyectiva (32), se entiende por instancia una conducta -- del súbdito o sujeto de derecho, hacia el Estado, frente a los órganos de autoridad, a través de la cual el particular o sujeto de derecho informa, pide, solicita, o en cualquier otra forma excita o activa las funciones de los órganos de autoridad.

La acción, es entre otras, una forma de instar, - sólo que tiene la característica de ser una instancia proyectiva. A diferencia de las otras formas de instar, donde la relación es lineal, la acción es una instancia proyectiva la cual se hace evidente de la siguiente manera: la acción surge de un gobernado, asciende hasta el órgano Estatal (órgano jurisdiccional) y desciende hacia otro tercer-sujeto al que liga y vincula; es decir, que la instancia -

(32).- Briseño Sierra, Humberto. cit. pos. Gómez Lara, Cipriano. op. cit. pág. 125.

proyektiva consiste en que no se detiene en el órgano jurisdiccional, sino que se proyecta hacia otro tercer sujeto vinculándolo y trayéndolo a la relación procesal.

La acción es un poder jurídico que corresponde a todo individuo en cuanto tal; en efecto, la acción corresponde a todo sujeto de acuerdo con lo siguiente: la acción no está sólo al principio, sino durante todo el proceso; acciona el actor cuando demanda, prueba y alega, como acciona el demandado cuando contesta, prueba, recurre, y cuando contrademanda y alega su reconvencción. En este sentido el procesalista Alcalá-Zamora (33) señala: que durante mucho tiempo se había considerado que la acción la ejerce el actor, sin embargo ya se está abriendo paso a la corriente que considera que en realidad la acción tiene dos titulares y que la diferencia que existe es de carácter cronológico, en el sentido de que el actor es quien primero acciona, sin embargo también el demandado a través de la contestación de la demanda es accionante, porque también se dirige al órgano jurisdiccional para obtener de él un pronunciamiento de fondo. Es decir, que la acción es un poder jurídico que pertenece tanto al actor, como al demandado, para el ejercicio y defensa de sus derechos.

La acción es un poder jurídico no solo porque provoca la actividad de los órganos jurisdiccionales, sino que continúa impulsando a lo largo de todo el proceso. En este sentido, el procesalista Alcalá-Zamora (34) sostiene:

(33).- Alcalá-Zamora. op. cit. pág. 356.

(34).- Cit. pos. Calamandrei. op. cit. pág. 156.

que la acción no es un empujón que se le da a la pretensión en litigio para que franquee la puerta jurisdiccional sino una vibración continuada para que llegue a su destino.

El derecho a la jurisdicción(34 bis), o sea, la acción, es una facultad que deriva de nuestra Ley Suprema como compensación de la prohibición del ejercicio y defensa de los derechos a través de la fuerza física. No es un derecho que deba ser conferido por ninguna autoridad, o que se obtenga a través de un contrato o convenio. Es un poder que tenemos todos los individuos en cuanto tales; debiendo ser considerado como un atributo de la personalidad, y por lo tanto corresponde a toda persona sin distinción de raza, sexo, e clase social.

Por último, ante la prohibición de la justicia privada el hombre requiere de otros instrumentos a través de los cuales pueda ejercer o defender sus derechos, ese instrumento es el poder jurídico de dirigirse a los órganos jurisdiccionales en solicitud de protección de una pretensión.

La acción es un poder jurídico, porque sólo a través de ella pueden los justiciables dirigirse hacia el Estado (órganos jurisdiccionales), para el ejercicio o defensa de sus derechos.

La acción es un poder que tiene todo individuo como tal, forma parte de su personalidad en atención a que dicho poder es concedido por la Ley Suprema de nuestro país y en forma especial por el art. 10o. de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

(34 bis).- Couture, Eduardo J. op. cit. pág. 67.

La acción · poder jurídico, salvo determinadas -- excepciones, es el único medio de defensa conque el individuo cuenta para el ejercicio o defensa de sus derechos. Y siendo el único medio lícito para alcanzar dichos fines, -- la acción debe ser considerada como un poder jurídico a -- través del cual todo individuo puede solicitar del Estado -- mediante sus órganos jurisdiccionales, la impartición de -- justicia.

Quisiera despedirme repitiendo las palabras del ilustre procesalista Piero Calamandrei en el sentido de -- que: "la acción antes que una construcción dogmática de -- los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el -- derecho de todos los Estados civilizados".(35)

(35).- Calamandrei, Piero. op. cit. pág. 235.

CONCLUSIONES

Primera.- En los principios de la humanidad, la defensa o ejercicio de los derechos, es decir, la solución de controversias, se realizaba en forma directa por los titulares del derecho controvertido a través de la fuerza y la violencia. Existió la justicia privada.

Segunda.- La situación arriba descrita era difícil de soportar en atención a que no permitía un desarrollo armónico de las relaciones surgidas entre los miembros de las comunidades primitivas.

Tercera.- Este estado de cosas generaba casos de injusticia, ya que normalmente se imponía la voluntad del más fuerte o astuto, quien imponía sus deseos sobre los demás cometiendo una serie de violaciones que quedaban impunes, o en espera de venganza privada por parte de los ofendidos o del grupo al cual pertenecían.

Cuarta.- Lo anterior generaba situaciones de inseguridad e injusticia entre los miembros del primitivo grupo social. Ante esta situación los hombres de esa época se lanzaron en la búsqueda de fórmulas menos violentas y primitivas, basadas en la razón y en la reflexión a través de las cuales se diera solución a las diferencias o controversias entre ellos generadas, alcanzando así la solución pacífica de los conflictos generados.

Quinta.- En este orden de ideas encontramos como primer intento la prohibición del ejercicio o defensa directa de los derechos: prohibición del ejercicio de la justicia privada. Surgiendo así formas menos primitivas y crueles de composición de la controversia suscitada, ---

tales como: la Ley del Tali6n.

Sexta.- Este procedimiento evolutivo culmin6 - con la aparici6n del Estado como ente soberano y supremo frente a los gobernados, en tal virtud, 6ste decret6 la prohibici6n del ejercicio de la justicia privada y otorg6 en cambio la actividad jurisdiccional, es decir, el derecho de acudir a los 6rganos jurisdiccionales. Lo cual es el resultado hist6rico de la evoluci6n del ser humano y - el desarrollo cultural de los pueblos.

S6ptima.- A partir de la prohibici6n de hacerse justicia por propia mano, los individuos tienen como uno de los medios l6citos para el ejercicio o defensa de sus derechos, el acudir a los 6rganos jurisdiccionales para solicitarles su protecci6n o tutela; origin6ndose de esta manera el nacimiento de la acci6n.

Octava.- La acci6n tiene or6genes muy remotos, existió en Roma desde los tiempos antiguos de la Ley de las Doce Tablas. La evoluci6n en el derecho romano se realiz6 en tres etapas o per6odos, a saber: 1.- de las acciones de la ley; 2.- el procedimiento formulario; y 3.- el procedimiento extraordinario. En cada uno de los cuales - la acci6n tuvo una significaci6n distinta.

Novena.- Durante el per6odo de las acciones de la ley la palabra acci6n no designaba ni la reclamaci6n especial de cada derecho en particular, ni la facultad de entablar dicha reclamaci6n. Es una denominaci6n gen6rica, una forma de proceder, un procedimiento considerado en su totalidad, constituido por la serie de actos y palabras establecidas en la ley.

Décima.- En el período formulario la acción es considerada como el derecho conferido por el magistrado - de reclamar ante un juez lo que se nos debe. En este período se ubica la definición del Jurista Celso que dice: "acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe". La acción era la fórmula por la cual se investía al juez de la facultad de condenar o absolver, según la naturaleza del caso planteado.

Décima Primera.- En el último período del derecho romano, en el sistema extraordinario, la acción tuvo la siguiente significación: es un derecho que nace directamente de la ley, de reclamar ante la autoridad judicial competente lo que se nos debe o lo que es nuestro, es decir, constituye el acto mismo de esta reclamación.

Décima Segunda.- Con posterioridad al derecho romano surgieron una serie de corrientes doctrinales que intentaron explicar la figura de la acción. Así encontramos como principales corrientes: a la teoría que considera a la acción como un elemento del derecho, y a la teoría de la autonomía de la acción la cual sostiene que acción y derecho (material), son dos cosas totalmente distintas y autónomas.

Décima Tercera.- La primera de las teorías enunciadas considera que la acción es un elemento del derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación, que el derecho es el estado estático y la acción el estado dinámico de una misma situación. Es decir, que dentro de esta teoría se confunde o equipara a la acción con el derecho material o de fondo.

Décima Cuarta.- Sin embargo, la mencionada teo-

ría no puede explicar los casos en que no, existiendo el derecho material, un individuo erróneamente pueda acudir ante los órganos jurisdiccionales en demanda de protección a su pretensión, desde luego que estamos ante una -- pretensión infundada que el juzgador desechará en su oportunidad; ni la del demandado que a semejanza del actor -- tiene derecho a la prestación de la actividad jurisdiccional.

Décima Quinta.- Como reacción en contra de la teoría anterior, surge la teoría de la autonomía de la acción la cual, contrariamente a la antes citada, considera que la acción es una figura diferente y autónoma del derecho material, en virtud de que existen casos en que hay acción y no existe un derecho material y viceversa; también argumenta que la acción es un derecho correlativo de una facultad del estado que recibe el nombre de -- jurisdiccional; que el derecho de acción es público, en tanto que el derecho material normalmente tiene carácter privado.

Décima Sexta.- Dentro de la teoría de la autonomía de la acción existen diversas corrientes que tratan de explicar a la acción, así, tenemos a la corriente que considera a la acción como un derecho concreto ; a la que la considera como un derecho abstracto; y por último, a la que la concibe como un derecho potestativo.

Décima Séptima.- La corriente que considera a la acción como derecho concreto, sostiene que la acción pertenece únicamente a quien tiene un derecho material o de fondo; considera a la acción como un derecho concreto a la tutela jurisdiccional, mediante sentencia favorable.

Décima Octava.- La corriente que considera a la acción como un derecho abstracto es la más avanzada e importante, y entre otras cosas, sostiene que la acción es - un derecho abstracto en virtud de que puede ser ejercitado por cualquier persona, con independencia de que sea o no titular del derecho material que intenta hacer valer.

Décima Novena.- La doctrina que considera a la acción como un derecho potestativo, tiene sus bases en la existencia de los derechos potestativos, los cuales tienen como característica principal que frente al titular de estos derechos no se encuentra un deber correlativo de otra persona. De esta manera, la acción es un derecho potestativo en virtud de que se resuelve en la facultad de producir un efecto de derecho, sin que la persona que resiente este efecto se encuentre obligada frente al titular.

Vigésima.- Para nosotros, el concepto de acción se define como: un poder jurídico que tiene todo ser humano en cuanto tal, de acudir a los órganos jurisdiccionales para solicitarles la tutela de una pretensión.

Vigésima Primera.- Desde nuestro punto de vista, los elementos de la acción son tres, a saber: los sujetos, el objeto y la causa.

Vigésima Segunda.- La acción es el medio más seguro y eficaz para el ejercicio o defensa de los derechos, que sustituye a la autotutela de los mismos. En nuestro sistema jurídico la acción tiene su fundamento en el artículo 17 de la Ley Suprema, al establecer dicho precepto -- que: ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Y que los -

tribunales estarán expeditos para administrar justicia, a través de la actividad jurisdiccional del estado.

Vigésima Tercera.- La acción como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, no tiene ni necesita de clasificaciones. La clasificación que se hace de las acciones, se realiza con fines exclusivamente didácticos a fin de orientar al estudioso o al litigante a plantear el problema según la naturaleza jurídica del derecho que se somete a discusión.

Vigésima Cuarta.- La acción no se extingue. - Este poder es inextinguible, lo tiene todo individuo en cuanto tal, con pretensión o sin ella. Es un poder que no se extingue por el simple transcurso del tiempo, o la extinción de un derecho material, o por haberse ejercitado en un juicio anterior o paralelo. Es un poder que --- siempre tiene todo individuo como formando parte de su personalidad. Lo anterior no autoriza para suponer el -- ejercicio de la acción por el simple hecho de su propio ejercicio, ya que no estaríamos ante un uso de ese poder sino ante un abuso del mismo.

Vigésima Quinta.- La acción es un derecho autónomo y diferente del derecho material en atención a -- que la acción es el poder jurídico que corresponde a -- toda persona para solicitar la intervención de los órganos jurisdiccionales para la tutela de una pretensión y el derecho material: la facultad que deriva de la norma. Así, puede existir la acción sin que exista el derecho, y existir el derecho sin que exista la acción, generándose en el primer caso una pretensión infundada que el juez desechará en su oportunidad; sin embargo, no ---- cabe duda de que se ha ejercitado la acción, o sea, se ha

accionado, se habrá provocado la actividad jurisdiccional.

Vigésima Sexta.- Hay casos en que existe el derecho material pero no se pretende ni mucho menos se acciona. Es decir, que teniendo el derecho no se acude a los órganos jurisdiccionales para la tutela del mismo. De lo anterior se distingue claramente que acción y derecho material son dos figuras totalmente diferentes y autónomas, pudiendo existir el uno sin el otro.

Vigésima Séptima.- La acción es autónoma del derecho material porque existe siempre, con derecho material o sin él. La extinción del derecho, no genera la extinción de la acción; la acción corresponde a todo ser humano por el simple hecho de serlo, forma parte de la personalidad del individuo; es un poder que siempre le asiste, con derecho material o sin él.

Vigésima Octava.- Acción y pretensión son dos figuras completamente diferentes. Mientras la acción es un poder jurídico, la pretensión es la afirmación de un sujeto de ser titular de un derecho, es una voluntad, una intención exteriorizada para someter un interés ajeno al interés propio. La pretensión es actividad, es conducta.

Vigésima Novena.- La acción entabla una relación jurídica entre el accionante, quien se dirige a los órganos jurisdiccionales y estos a su vez llaman a la relación al demandado, en cambio la pretensión es un acto jurídico.

Trigésima.- La acción es el medio en virtud del cual la pretensión tiene acceso al proceso. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión; este poder existe en el individuo aun cuando la acción resulte infundada.

Trigésima Primera.- Debe distinguirse entre las figuras de derecho, pretensión y acción, los cuales son diferentes y se encuentran en diversos planos. No obstante lo anterior existe entre ellos una íntima relación y una estrecha interdependencia.

Trigésima Segunda.- De acuerdo con la distinción anterior se deriva que de la existencia de un derecho -- subjetivo se puede desprender la existencia de una pretensión y de la existencia de la pretensión se puede llegar a la acción como uno de los medios de hacer valer la pretensión.

Trigésima Tercera.- Acción y facultad son dos -- conceptos que se corresponden; la facultad es el género - donde incluimos a la especie acción, o sea, la acción es - una especie del género facultad, es especial porque es un poder jurídico a través del cual se acude a los órganos jurisdiccionales para hacer valer una pretensión. Es el grado más intenso de la facultad.

Trigésima Cuarta.- La naturaleza jurídica de la acción consiste en ser un poder jurídico que tiene todo individuo en cuanto tal de acudir a los órganos jurisdiccionales para hacer valer una pretensión.

Trigésima Quinta.- La acción es un poder Jurídico porque es el único medio lícito con el que cuentan los individuos de la época moderna para el ejercicio o defensa de sus derechos. Después de haber sido suprimida la -- justicia por propia mano, el hombre tiene como único medio

de defensa o ejercicio de sus derechos a la acción. La acción es una especie de espada con la que cuenta todo individuo para defender o ejercer sus derechos dentro de los marcos establecidos por el sistema jurídico vigente en un tiempo y lugar determinados.

Trigésima Sexta .- La acción corresponde a todo ser humano en cuanto tal, forma parte de su personalidad, es inherente a todo individuo, al grado de ser reconocida por el artículo 10o. de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Trigésima Séptima.- La acción corresponde a todo individuo en cuanto tal, sin distinción de raza, sexo, o clase social.

Trigésima Octava.- La acción es un poder jurídico porque sólo a través de su existencia pueden los justiciables dirigirse hacia el estado (órganos jurisdiccionales), en demanda de protección a su pretensión.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, NICETC

"Estudios de Teoría General e Historia del Proceso (1945--1972)"

México, D.F.

Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1974.

Tomo I

pp. 628.

ALSINA, HUGO

"Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial"

Buenos Aires, Argentina

Editorial Compañía Argentina de Editores S. de R. L., 1941

Tomo I

pp. 779.

BANUELOS SANCHEZ, PROYLAN

"La Teoría de la Acción"

México, D.F.

Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983.

pp. 391.

BECERRA BAUTISTA, JOSE

"Introducción al Estudio del Derecho Procesal Civil"

3a. Edición

México, D.F.

Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1977.

pp. 282.

BOSCH GARCIA, CARLOS

"La Técnica de la Investigación Documental"

México, D.F.

Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1977.

pp. 190.

BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN Y BIALOSTOSKY, SARA

"Compendio de Derecho Romano"

4a. Edición

México, D.F.

Editorial Pax-México, 1971.

pp. 195.

BURGOA, IGNACIO

"Las Garantías Individuales"

20a. Edición

México, D.F.

Editorial Porrúa S.A., 1986.

pp. 768.

CALAMANDREI, PIERO

"Instituciones de Derecho Procesal Civil"

2a. Edición

Buenos Aires, Argentina

Tr. Santiago de Sentís Melendo

Editorial Ediciones Jurídicas Europa-América, 1962.

Volúmen I

pp. 421.

CARNELUTTI, FRANCESCO

"Instituciones del Proceso Civil"

5a. Edición

Buenos Aires, Argentina

Tr. Santiago de Sentís Melendo

Editorial Compañía Argentina de Editores S.de R. L., 1959.

Volúmen I

pp. 557.

GOUTIERRE, EDUARDO J.

"Fundamentos de Derecho Procesal Civil"

2a. Edición

Buenos Aires, Argentina
Editorial De Palma, 1958.
pp. 379.

CHIOVENDA, GIUSEPE
"Instituciones de Derecho Procesal Civil"
2a. Edición
Madrid, España
Tr. E. Gómez Orbaneja
Editorial Revista de Derecho Privado, 1948.
Volumen I
pp. 428.

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO
3a. Edición
México, D.F.
Editorial UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1989
Tomo A-CH
pp. 810.

DORANTES TAMAYO, LUIS
"Elementos de Teoría General del Proceso"
México, D.F.
Editorial Porrúa S.A., 1983.
pp. 261.

FLORIS MARGADANT, GUILLERMO
"El Derecho Privado Romano"
15a. Edición
México, D.F.
Editorial Esfinge S.A. de C.V., 1988.
pp. 530.

GARCIA MAYNEZ, EDUARDO
"Introducción al Estudio del Derecho"
7a. Edición

México, D.F.
Editorial Porrúa S.A., 1956.
pp. 444.

GOMEZ LARA, CIPRIANO
"Teoría General del Proceso"
México, D.F.
Editorial UNAM- Textos Universitarios, 1974.
pp. 320

IGLESIAS, JUAN
"Derecho Romano Instituciones de Derecho Privado"
7a. Edición
Barcelona, España
Editorial Ariel S.A., 1984.
pp. 774.

LARRANAGA CASTILLO, JOSE. DE PINA, RAFAEL.
"Instituciones de Derecho Procesal Civil"
7a. Edición
México, D.F.
Editorial Porrúa S.A., 1966.
pp. 604.

MALDONADO, ADOLFO
"Derecho Procesal Civil"
México, D.F.
Editorial José Porrúa e Hijos, 1947.
pp. 196.

ORTOLAN, M
"Historia de la Legislación Romana"
Madrid, España
Editorial Hijos de Leocadio López, 1912
Tr. Francisco Pérez de Anaya y Melquíades Pérez Rivas
PP. 162.

PALLARES, EDUARDO
"Derecho Procesal Civil"
13a. Edición
México, D.F.
Editorial Porrúa S.A., 1989.
pp. 230.

PALLARES, EDUARDO
"Diccionario de Derecho Procesal Civil"
10a Edición
México, D.F.
Editorial Porrúa S.A., 1988.
pp. 901.

PALLARES, EDUARDO
"Tratado de las Acciones Civiles"
México, D.F.
Editorial Porrúa S.A.
pp. 259.

PETIT, EUGENE
"Tratado Elemental de Derecho Romano"
9a. Edición
México, D.F.
Editorial Editora Nacional S.A., 1953.
pp. 717.

ROCCO, HUGO.
"Teoría General del Proceso Civil"
México, D.F.
Tr. Felipe de J. Tena
Editorial Porrúa S.A., 1959.
pp. 591.

ROJAS SORIANO, PAUL
"Guía Para Realizar Investigaciones Sociales"

8a. Edición

México, D.F.

Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1985.

pp. 280.

SERRA DOMINGUEZ, MANUEL

"Estudios de Derecho Procesal"

Barcelona, España.

Editorial Ediciones Ariel, 1969.

pp. 339.

SOHN, RODOLFO

"Instituciones de Derecho Privado Romano"

2a. Edición

México, D.F.

Editorial Gráfica Panamericana S. de R.L., 1951.

pp. 414.

CODIGOS Y LEYES

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL, 1932

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 1917