

Unidad 6

- La acción

LA ACCIÓN

1. SIGNIFICACIÓN GRAMATICAL

La expresión acción es un sustantivo femenino que alude al ejercicio de una posibilidad dinámica de una cosa o de una persona. De esta manera, una sustancia química puede actuar sobre otra y producir una reacción que se traduce en transformación. El fuego es susceptible de actuar sobre una sustancia u objeto inflamable, lo que da lugar a su destrucción. Cuando la acción se atribuye a la conducta humana, se hace alusión a una actitud dinámica en la que el sujeto realiza un hecho o un acto, es decir, provoca un acontecimiento en el mundo de la realidad que le rodea, lo que puede dar lugar a una actitud en los demás, ya sea de pasividad, de tolerancia, de respuesta, de indiferencia, de obligación, de secundamiento, de auxilio, de oposición o de crítica.

En la acción procesal interesa la conducta dinámica de una persona, física o moral, que originará la actuación del órgano con potestad para el desempeño de la función jurisdiccional respecto de otro sujeto que habrá de adoptar, a su vez, una conducta de aceptación total o parcial, o bien, de rechazo también total o parcial, y también de pasividad.

La conducta humana que es un comportamiento, un proceder, una actitud, una postura, implica dos grandes posiciones: la acción y la omisión. En la acción, el sujeto realiza una conducta dinámica en la que se pone en movimiento para impactar el mundo que le rodea. En la omisión hay una inactividad, una abstención de conducta, una paralización de su hacer, es un no hacer, un no actuar.

Al hecho de acudir ante el órgano capacitado para atender, como intermediario, las reclamaciones contra otras personas físicas o morales se le ha denominado la acción procesal, de la que nos ocuparemos en este capítulo.

2. CONCEPTOS DOCTRINALES DE LA ACCIÓN PROCESAL

Los conceptos aportados por la doctrina respecto a la acción procesal son múltiples y nunca pretenderíamos la exhaustividad, por lo que no deja de haber cierto subjetivismo en la selección de algunas de las nociones a examinar. Normalmente, los autores toman aquellos conceptos que tienen a la mano y nosotros, liaremos otro tanto.

Por su sabor arcaico, que nos muestra lo remoto que es el intento de definir la acción, reproducimos en su idioma original, el latín, el concepto de acción que proporcionaban los romanos: `actio nihil aliud est nisi jus persequendi iudicio quod sibi debetur" que significa: La acción es el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe.' Este antiguo concepto tiene el acierto de enfocar el actuar de un sujeto hacia el juicio para dirigirlo hacia otro sujeto que presuntamente debe algo, o sea que, tiene una obligación jurídica de la que es pretensor el primero. Lo inexacto del concepto está en que, puede acontecer que el primer sujeto carezca de ese derecho que pretende y que el sujeto mencionado en segundo término no tenga a su cargo el deber que pretende hacerse afectivo. Igualmente, es posible que, el derecho exista pero que se ejercite equivocadamente, que no se demuestre, que sea neutralizado por el sujeto obligado, que se haya extinguido por alguna causa normativa.

Por tanto, el actor persigue en juicio no lo que se le debe, sino lo que él estima que se le debe. Con esta aclaración observamos que ya el concepto resulta mucho más preciso pero, todavía no está completo pues, no hace mención expresa del sujeto intermediario, ni tampoco menciona expresamente al sujeto que resulta el destinatario último de la acción. El remoto concepto romano, tiene la virtud de considerar a la acción como un derecho.

El concepto romano que hemos transcrito corresponde a Celso quien, definió la acción como "el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido" 12 ("Jus persequendi in iudicio, quod, sibi debeatur").

Un concepto que se ha tornado tradicional sobre la acción es el del ilustre jurista italiano Giuseppe Chiovenda: ". . . el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley".

No aceptamos el concepto propuesto por Chiovenda por varias razones, entre ellas:

a) Las expresiones "poder jurídico" son equivalentes a derecho subjetivo. Por tanto, nosotros preferimos utilizar los vocablos usuales para eliminar motivos de confusión. Por supuesto que, estamos conscientes de que el derecho subjetivo puede o no ser ejercitado por su titular, a quien le corresponde decidir si utiliza o no el derecho subjetivo consagrado a su favor. En la acción se tiene el derecho subjetivo de acudir ante el órgano jurisdiccional para plantear una reclamación contra otro sujeto y le corresponde al sujeto la prerrogativa de decidir si lo ejercita o se abstiene de ejercitarlo.

b) Las expresiones "dar vida a la condición" se equiparan a la prerrogativa que

corresponde al actor de acudir ante los tribunales y cuando lo hace se inicia, a virtud de su instancia todo el proceso. Estimamos que, es menester utilizar un lenguaje totalmente explícito para no dejar dudas sobre el significado del concepto de acción. Es verdad que es un acontecimiento incierto para los demás el que se ejercite o no la acción. En este aspecto, el ejercicio de la acción es la condición a la que se le da vida cuando se ejercita la acción. No obstante, preferimos usar expresiones que tengan la mayor claridad.

c) La ley carece de voluntad. El legislador fue quien expresó una voluntad. En sentido figurado puede hablarse de la voluntad de la ley, al indicarse en la misma una decisión en cuanto a la conducta que haya de seguirse. Si hay varias opciones en cuanto a la conducta a seguir y la ley establece alguna, a ello puede llamarse la voluntad de la ley pero, volvemos a insistir en la conveniencia de que en el concepto de acción es pertinente emplear los términos más accesibles y claros.

d) Al ejercitarse el derecho de acción, quien debe actuar es el órgano jurisdiccional y no la voluntad de la ley, la que no actúa por carecer de representación y de voluntad psicofísica.

e) Se alude a la ley como si fuera la única fuente de derecho. Puede suceder que la procedencia de una acción, en ciertas circunstancias, se desprenda de la jurisprudencia y no de la ley. Ahora, si al hacerse referencia a la ley se alude al fundamento de la acción, es erróneo limitar ese fundamento a la ley, pues el derecho que se reclama puede estar fundado en una ley o en otra fuente (le derecho y hasta en una norma individualizada contenida en un contrato, un convenio, una declaración unilateral de voluntad, o en una sentencia.

El procesalista italiano Ugo Rocco' define la acción como: "el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para la declaración o realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) protegidos en abstracto por las normas de derecho objetivo". Emitimos los siguientes puntos de discrepancia frente al concepto transcrito:

a) En el derecho de acción, no siempre se pretende la intervención del estado.

Si las partes pactaron someter cualquier controversia que se suscitara al arbitraje, no se acude al estado cuando se ejercita la acción, se acude al árbitro o árbitros.

b) En la acción no sólo se pretende, sino que también se obtiene la intervención del órgano jurisdiccional o la del órgano arbitral.

c) Se omite hacer referencia al otro sujeto hacia quien va dirigida la reclamación que se plantea ante el órgano jurisdiccional o arbitral.

d) Si hablamos de declaración -y de realización coactiva, hacemos referencia a acciones declarativas y acciones de condena pero, falta hacer alusión a otras acciones, por ejemplo, como las declarativas.

Por su parte, el jurista argentino Ramiro Podetti nos indica: "la acción es el elemento activo del derecho material y en consecuencia corresponde al titular del derecho para defenderlo o esclarecerlo. Sus efectos de derecho para su ejercicio correspondiente al Estado. El titular del derecho sólo tiene la facultad de poner en movimiento al poder judicial, que implica un deber de someterse a él como sujeto del proceso. La acción en su génesis y en su desarrollo, va dirigida contra los individuos, pero la facultad de ponerla en movimiento se dirige contra el Estado".

Respecto a los puntos de vista antes transcritos, es pertinente anotar algunos aspectos de disidencia que pueden ser de interés en la búsqueda de un buen concepto del derecho de acción:

a) El derecho de acción no es un elemento del derecho material. Se trata de dos derechos distintos y, en todo caso, el presunto derecho material podría constituir un presupuesto para el ejercicio del derecho de acción.

b) Los objetivos del derecho de acción no se agotan en la defensa del derecho material ni en su esclarecimiento pues, hay otras finalidades como se desprenderá del estudio que hagamos de las múltiples acciones que pueden llegar a ejercitarse.

c) Consideramos que si bien es cierto que la acción obliga al movimiento, en ocasiones, del Poder Judicial, es necesario que precisemos que, el desempeño de la función jurisdiccional puede estar en manos del Poder Ejecutivo como cuando se trata de los asuntos administrativos que se plantean ante un Tribunal de lo Contencioso Administrativo, o cuando se plantea una controversia sobre impuestos ante un Tribunal Fiscal de la Federación, o un problema obrero-patronal se plantea ante una Junta de Conciliación y Arbitraje, o un problema de derechos burocráticos ante un Tribunal de Arbitraje. Además, también la acción puede intentarse ante un cuerpo de árbitros, si así está convenido por los interesados.

El gran procesalista uruguayo Eduardo J. Couture G considera que desarrollar un concepto de acción requiere previamente determinar las varias acepciones

que tiene el vocablo acción y, así, expresa:

"Puede comprobarse, por ejemplo, que el valor del vocablo ha evolucionado en el tiempo; no es el mismo el significado actual de la acción civil que el de la 'actio' romana. Tampoco es el mismo, en igual momento histórico, entre un derecho y otro, tal como ocurre entre los países de cultura latina y los países de raíz anglosajona. En un sistema jurídico positivo determinado, como el italiano, ha sido fijado en quince significados diferentes. Y aun en el campo más restringido del derecho procesal, es usado habitualmente con alcance variable.

"Limitando la observación a esta última zona del derecho, y reduciendo el problema de léxico a sus términos más simples, podemos recordar que de acción se habla en tres sentidos principales:

"Primero, como sinónimo de derecho. Es el alcance que tiene en el lenguaje forense la excepción de 'falta de acción', que no significa otra cosa que la ausencia de un derecho legítimo que justifique una sentencia favorable al actor.

"Segundo, como sinónimo de demanda en sentido formal. Se habla entonces de admitir y de rechazar la acción, de interponer o postergar la acción, etc.

"Tercero, como sinónimo de facultad de provocar la actividad del poder judicial. Se trata, en ese caso, de un poder jurídico, distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus órganos competentes, para la declaración coactiva de un derecho.

"Es este tercer sentido que aquí se estudia, ya que él es el que corresponde al concepto de acción en su alcance estrictamente procesal."

Somos de la opinión de que la acción es un concepto jurídico fundamental, cuya estructura lógica debe ser inmutable en el tiempo y en el espacio, aunque convenimos en que, sus peculiaridades de detalle están sujetas a la voluntad de la legislación y la jurisprudencia de los diferentes países en las diversas épocas pero, la esencia de la acción, conforme a la lógica, se produjo igual en la etapa del Derecho Romano que en el mundo actual y se da igual en cualquier país del mundo.

Tiene razón el ilustre procesalista uruguayo en el sentido de que se habla de la excepción de "falta de acción" y que, en tales casos se argumenta en contra del presunto derecho que sirve de apoyo al derecho de acción.

También es verdad que se ha llegado a confundir la demanda con la acción, por ejemplo, cuando no se distingue con precisión entre el desistimiento de la acción, del desistimiento de la demanda.

Prácticamente, Eduardo J. Couture, contiene su concepto propio, al explicar la tercera acepción de la acción. Tal concepto, origina en nosotros, algunos puntos de divergencia que, a continuación exteriorizamos:

a) Se utilizan los vocablos "poder jurídico". No somos partidarios del empleo de expresiones a las que se les otorgue un significado convencional. Todo derecho subjetivo engendra un poder jurídico por dar una potestad a su titular. Es preferible darle el carácter de derecho subjetivo. La acción es un derecho subjetivo.

b) Estamos de acuerdo en que la acción es distinta al derecho en que se apoya, que le sirve de referencia y de respaldo. Igualmente estamos de acuerdo en que es diversa de la demanda en sentido formal. Solamente tendríamos que aclarar que, lo diferente a la demanda y al derecho presunto en que se apoya la acción, no es el poder jurídico, sino el derecho subjetivo de acción.

c) No debemos mencionar que el derecho de acción está dirigido a lograr la actividad estatal pues, hemos afirmado que la acción puede intentarse ante árbitros privados. Tal indicación de que la acción está dirigida a lograr la actividad estatal, es correcta para la acción que se ejerce ante el Estado pero, omite la alusión a la acción que se ejercita ante árbitros.

d) Se señala como finalidad última de la acción, la de "para la declaración coactiva de un derecho". Sabemos que las acciones que pretenden la declaración sólo constituyen una especie de las acciones, pues, hay también acciones constitutivas y de condena. Si señalamos el objetivo de la declaración en el derecho de acción, limitarnos sus objetivos que pueden ser múltiples como lo determinaremos al señalar las diversas clases de acción.

e) En cuanto a lo coactivo, sí es verdad que, en ocasiones, cuando se intenta una acción que tiene por objeto la condena, el actor pretende, en su caso, la ejecución forzada para hacer efectivos sus derechos pero, no se llega a lo coactivo en acciones que no son de condena y tampoco se llega a lo coactivo cuando, dictada la sentencia de condena, el demandado procede a dar cumplimiento a las obligaciones reafirmadas o establecidas en la sentencia.

Examinaremos ahora, algunos conceptos de acción proporcionados por destacados procesalistas mexicanos:

Determinan los enjundiosos procesalistas José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina' 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 éste) que permita provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho; esta facultad o potestad es la acción o derecho de acción."

Nuestro juicio crítico lo contenemos en los siguientes puntos:

a) Estamos de acuerdo en que la eliminación de la vindicta privada, da lugar a que el particular afectado por la presunta violación de un presunto derecho, no reclama directamente al presunto obligado por la presunta conculcación, sino que acuda a un órgano intermedio que puede ser el órgano estatal dotado de facultad jurisdiccional o puede ser el órgano arbitral aceptado por la contraparte, de antemano. No debe haber justicia por mano propia.

b) No suscribimos el criterio de establecer alcance diferente para la acción que ejercita el particular y la que ejercita el Ministerio Público como representante de la sociedad. Ambos ejercitan el derecho de acción y, en ambos se trata de un derecho y no en uno un derecho y en el otro una potestad.

c) Al puntualizar a los titulares del derecho de acción se piensa únicamente en los particulares y en el Ministerio Público como titulares del derecho de acción. No es así, el estado también puede tener el carácter de actor, es decir, de titular del derecho de acción, por ejemplo, una decisión favorable a un causante no puede ser revocado mutuo propio por el fisco, sino que requiere demandar su nulidad ante el Tribunal Fiscal de la Federación.

d) Juzgamos que es omiso el concepto de acción proporcionado por los maestros De Pina y Larrañaga dado que no aluden al otro sujeto que es destinatario último del derecho de acción y que es el que resultara demandado.

e) En la jurisdicción voluntaria no se ejercita el derecho de acción, sin embargo, se provoca la actividad del órgano estatal para proteger un determinado derecho; por ello, estimamos de importancia precisar la existencia del sujeto a quien se dirige la acción como destinatario, ya que el órgano con facultades jurisdiccionales sólo es un intermediario en el objetivo de la acción que se encauza a los sujetos que tienen el carácter de demandados.

Por su parte, el maestro José Becerra Bautistas distinguido procesalista mexicano, manifiesta que "la acción es un derecho subjetivo procesal, distinto del derecho sustancial hecho valer, consistente en la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales su intervención para la aplicación vinculativa de una norma abstracta a un caso concreto".

En nuestra modesta opinión, estamos de acuerdo en que la acción es un derecho subjetivo procesal puesto que, con su ejercicio se inicia el proceso o bien porque se tiene el derecho a ejercitar la acción e iniciar el proceso. También convenimos en que se trata de un derecho diferente al sustancial hecho valer. Es preciso asentar que, puede suceder que el derecho sustancial que se hace valer, es presunto pues, la acción reposa en su existencia presunta, no en su existencia real.

Al lado de la admisión de los puntos antes expresados del concepto transcrito del maestro Becerra Bautista tenemos ciertos elementos de divergencia, a saber:

a) Se omite hacer relación del otro sujeto que interviene respecto al derecho de acción como destinatario último de la misma, ya que a él se dirigen los efectos últimos del ejercicio del derecho de acción y el órgano con facultades jurisdiccionales sólo es un intermediario respecto de esos efectos finales.

b) Se menciona que se pide a los órganos jurisdiccionales su intervención. Estimamos que es más apropiado utilizar el infinitivo "exigir" pues, una petición puede o no ser atendida, en cambio una exigencia, debe ser atendida.

c) Se omite la posibilidad de que la acción se ejercite ante uno o varios árbitros, en caso de que así se haya convenido previamente en forma general o en forma específica para la controversia planteada.

d) No se menciona que se solicita el desempeño de la función jurisdiccional y ello es esencial en el derecho de acción pues, si no fuera así, una solicitud de jurisdicción voluntaria ante un órgano jurisdiccional cabría dentro del concepto que se examina de acción. Cuando se pide a un órgano jurisdiccional su intervención para una cuestión de jurisdicción voluntaria, no se ejercita el derecho de acción.

En forma sucinta, el maestro Cipriano Gómez Lara también distinguido procesalista mexicano, señala que "Entendemos por acción el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional."

En la primera parte del concepto se mencionan varios sustantivos para

determinar el género próximo. Nosotros elegimos el sustantivo "derecho". La acción es un derecho. La expresión facultad es más amplia y puede abarcar una posibilidad metajurídica. Pasa lo mismo con . el vocablo "potestad" puede resultar de mayor amplitud porque puede abarcar potestad no jurídica o puede resultar de menor amplitud el derecho pues, la potestad implica un poder, un imperio, de que carece el simple gobernado. La expresión "actividad" alude al ejercicio del derecho de acción, más que al derecho en sí mismo.

Aceptamos que, mediante el derecho de acción se puede provocar la función jurisdiccional pero, consideramos que el hecho de ejercitar la acción es lo que provoca la función jurisdiccional. Por tanto, hemos de distinguir entre la acción que es el derecho a provocar la función jurisdiccional del hecho que consiste en ejercitar la acción que ya provoca la función jurisdiccional. En otros términos, una cosa es la acción y otra diferente es el ejercicio de la acción. Lo que provoca la actividad del órgano con función jurisdiccional no es la tenencia del derecho de acción sino el ejercicio de la acción.

Convenimos en que es un sujeto de derecho el que provoca, al ejercitar la acción, la función jurisdiccional pero, es pertinente que, se deje establecido que la función jurisdiccional puede desempeñarla un órgano del estado o un arbitro (unitario ó colegiado). De la misma manera, somos de la opinión de que no debe omitirse la mención del otro sujeto de la relación jurídica en el derecho de acción y que es el destinatario del derecho de acción.

Sabedores de que es valedero el principio de que es más fácil criticar que construir y conscientes de la responsabilidad de emitir un concepto en materia tan opinable, tomamos el atrevimiento de proponer nuestro concepto de la acción:

La acción es el derecho subjetivo de que goza una persona física o moral para acudir ante un órgano del estado o ante un órgano arbitral a exigir el desempeño de la función jurisdiccional para obtener la tutela de un presunto derecho material, presuntamente violado por la persona física o moral presuntamente obligada a respetar ese derecho material.

Procederemos a explicar los elementos que hemos aglutinado en el concepto que proponemos:

a) La acción es un derecho subjetivo porque el actor tiene la prerrogativa de exigir de un sujeto obligado la realización de una conducta de hacer. En la relación jurídica existen dos sujetos: uno obligado y otro pretensor. El titular del derecho de acción es el sujeto pretensor, a quien denominamos actor. El sujeto obligado es el órgano estatal o arbitral que tiene la obligación de hacer,

consistente en el desempeño de la función jurisdiccional. Como la relación jurídica que deriva del derecho de acción es compleja, existe otro sujeto obligado, como destinatario del derecho de acción, a contestar sobre la acción hecha valer y a soportar las consecuencias de una situación de rebeldía o de resolución contraria.

b) Sólo la persona jurídica es la susceptible de tener derechos y obligaciones, por tanto, el titular del derecho de acción, ha de ser forzosamente una persona física o una persona moral.

c) La persona física o moral goza del derecho de acción. Esto significa que, tiene el derecho de acción, aunque no lo llegue a ejercitar. De esta manera, se distingue el derecho de acción del ejercicio del mismo.

d) El derecho de acción permite a su titular; acudir ante quien va a desempeñar la función jurisdiccional. Pueden ejercer la función jurisdiccional para resolver una controversia planteada un órgano del estado o un órgano arbitral. El órgano del Estado será un juez desde el punto material pues procederá a decir el derecho ante una situación controvertida. Desde el punto de vista formal podrá pertenecer al Poder Ejecutivo, Legislativo o Judicial. Cuando se ha pactado someter la controversia al arbitraje, el derecho de acción se ha de ejercitar ante el órgano arbitral. Por ello, establecimos como sujeto obligado a ejercer la función jurisdiccional al órgano del Estado o al órgano arbitral.

e) Hemos utilizado el vocablo "exigir" en atención a que el titular del derecho de acción tiene la prerrogativa de reclamar la intervención del órgano estatal o del órgano arbitral y tal órgano la obligación de realizar su actividad intermediadora.

f) La exigencia se dirige a obtener una actuación del órgano estatal o del órgano arbitral para que desempeñen la función jurisdiccional. La función jurisdiccional es la aplicación de derecho a dos situaciones en antagonismo para llegar a una solución. Se distingue de la función administrativa en que en ésta no hay antagonismo.

g) El objetivo del derecho de acción es obtener la tutela o protección de un presunto derecho material. Esto significa que, el derecho de acción está apoyado en la presunta existencia de un derecho subjetivo material. El actor se considera a él mismo como titular de un derecho subjetivo material que pretende tener, aunque de hecho no lo tenga. El derecho de acción no es independiente o autónomo de un derecho material. Por el contrario, está condicionado a la existencia de un derecho que dice tener el actor. Le llamamos en el concepto "presunto" derecho porque el actor afirma tenerlo y da algunos elementos acreditativos para demostrar que lo tiene, aunque, en

definitiva, puede resultar que no tuvo ese derecho. Por otra parte, le denominamos derecho material para distinguirlo del derecho de acción que es un derecho procesal.

h) Como antecedente inmediato del derecho de acción es indispensable que haya una presunta conducta contraria al derecho material que se reclama ante órgano estatal o arbitral. Esa presunta conducta se imputa al sujeto destinatario último del derecho de acción. Por tanto, en el concepto incluimos al tercer sujeto de la relación jurídica que entraña el derecho de acción y mencionamos a la persona física o moral, presuntamente obligada a respetar ese derecho material.

i) De esa manera, consideramos que un concepto del derecho de acción ha de mencionar todos los elementos que concurren en el mismo. No concebimos el derecho de acción sin que haya un sujeto que figure como último destinatario del derecho de acción y que tendrá la obligación de intervenir. Si no interviene se hará acreedor a las consecuencias que engendre su actitud de rebeldía. Si interviene y el fallo le es desfavorable, la acción le producirá consecuencias jurídicas que modificarán su esfera jurídica. Si el fallo le es favorable, la acción intentada en su contra no habrá prosperado pero, mientras duró el proceso permaneció involucrado en virtud de haberse ejercido el derecho de acción en contra de él.

Consideramos que un concepto de acción que no mencione al destinatario último del derecho de acción, ha de ser un concepto incompleto pues, si ese sujeto no existiera no habría derecho de acción, sólo se habría ejercido un derecho de petición.

3. TEORÍAS SOBRE EL DERECHO DE ACCIÓN

Sin pretensión de llegar a la exhaustividad, examinaremos las doctrinas que consideramos de mayor relevancia. Preferimos la identificación de las diversas teorías a través de su autor, por las peculiaridades subjetivas que cada uno de ellos le asignan a su respectivo criterio.

A) Federico Carlos de Savigny.- En concepto de este autor alemán toda acción ha de reunir dos condiciones: un derecho y la violación de ese derecho. Tales condiciones son elementos imprescindibles para que se produzca la acción, de tal manera que, si el derecho no existe, la violación del mismo no es posible. A su vez, si hay derecho pero no se produce su violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción. El objetivo de la acción es la reparación de la violación cometida respecto del derecho.

Estimamos un acierto en Savigny marcar como elementos necesarios para la existencia del derecho de acción que se consideren como presupuesto: el derecho material o sustantivo, así como la conculcación de ese derecho. Sólo hubiera hecho falta la enfatización de que, tal derecho y tal violación del derecho tienen el carácter de presuntos pues, la parte actora los menciona pero, pueden no existir, o pueden existir y no ser acreditados, o pueden existir y ser acreditados pero, se les puede neutralizar por la operancia de una excepción o por un motivo de extinción o transformación.

Por otra parte, en nuestra opinión, al ejercerse el derecho de acción, es verdad que también se ejerce el derecho que es encubierto por la acción.

B) Windscheid

El jurista alemán Windscheid, en su obra denominada "La Acción en el Derecho Civil Romano desde el punto de vista moderno", asevera que "lo que nace de la violación de un derecho no es un derecho de accionar como afirma Savigny, sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se le hace valer en juicio". Opina que existe la pretensión de someter la voluntad de otro y cuando se hace valer en juicio se transforma en acción. Por tanto, para él la acción es la pretensión deducida en juicio en contra del demandado.

En nuestro modesto modo de estimar la acción, ésta surge cuando el sujeto tiene la posibilidad de acudir ante el órgano jurisdiccional o ante el órgano arbitral para exigir la prestación de la función jurisdiccional para obtener de un tercero ciertas prestaciones que se le reclaman. La acción ha nacido y puede ser ejercitada o no ejercitada. Si la acción no se ejercita, puede prescribir. Cuando la acción se ejercita se produce el hecho que la actualiza en toda su plenitud pero, ello no quiere decir que antes no hubiera existido el derecho de acción. Un ejemplo aclarará mejor las ideas: Se nos expide un cheque sin fondos, se presenta a la institución bancaria a cuyo cargo se libró.

El banco no lo paga y razona que el cheque no fue pagado por falta de fondos en la cuenta de cheques del librador. Surge la acción ejecutiva mercantil a favor del beneficiario del cheque, con facultades para exigir la indemnización del veinte por ciento del importe del cheque. No obstante, el beneficiario del cheque, quien ya tiene la acción a su favor, puede ejercitarla o no. Depende de su voluntad decidir si ejercita o no la acción. La acción ya existe y su ejercicio puede presentarse o no. La falta de ejercicio de esa acción ejecutiva mercantil puede producir la prescripción de la acción. Si no hubiera acción no pudiera haber prescripción de la misma.

No somos partidarios de que la acción ya nacida y aún no ejercitada, reciba otra denominación, como es la de "pretensión" o cualquiera otra. Equivaldría a

que al derecho sustantivo sin ejercitarlo le diéramos una denominación determinada y al derecho ya ejercitado le proporcionáramos alguna otra denominación.

C) Muther En la segunda mitad del siglo pasado, Muther contradijo algunos aspectos del pensamiento de Windscheid y sostuvo que la acción es un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha.

Agregó que la acción tiene por presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionado por el derecho subjetivo, es independiente de éste y su regulación corresponde al Derecho público.

Precisó que el derecho de obrar es diferente del derecho privado lesionado, y que la acción es un derecho hacia el estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales. Al estado le corresponde no sólo el deber hacia el titular del derecho de impartir la tutela, sino aún un derecho subjetivo, también público, de desplegar contra el particular obligado una coacción necesaria para obtener el cumplimiento de sus prestaciones.

Es muy difícil que se produzca un rechazo total del pensamiento de un autor, por ello, en Muther localizamos elementos aceptables y otros que consideramos repudiables, a saber:

a) Es del todo aceptable que se mencionen los dos sujetos a los que se dirige la acción: el estado el demandado;

b) Es verdad que, de ambos se pretenden prestaciones diferentes. Así del estado, a través del órgano con facultades jurisdiccionales, prestará la función consistente en decir el derecho frente a las situaciones controvertidas y el demandado tendrá el deber de someterse a juicio hasta su terminación. En caso de resultado desfavorable al demandado deberá acatar la sentencia, voluntariamente mediante el cumplimiento, forzosamente mediante la vía de apremio.

c) Es un acierto considerar a la acción como un derecho independiente del derecho conculcado.

d) No compartimos la idea de que la acción culmine con la obtención de una

sentencia favorable pues, el resultado de tener el derecho de acción y ejercerlo puede obtener como saldo una sentencia adversa a las pretensiones del actor. Sería erróneo considerar que no hubo acción en el actor cuando la sentencia le fue desfavorable. Tuvo acción, la ejerció y mediante ella obligó al órgano jurisdiccional o al órgano arbitral a decir el derecho y a someter a juicio al demandado. De antemano sabía el actor que el derecho de acción no es el derecho a sentencia favorable.

e) No convenimos en que el derecho de acción siempre se dirija ante el Estado pues, habrá ocasiones en que la acción se ejercite ante una entidad arbitral unilateral o colectiva.

f) Si bien estamos de acuerdo en que el derecho de acción está condicionado por la existencia de un derecho y por la trasgresión de éste, es menester que aclaremos que la existencia del derecho y su conculcación son presuntas, es decir, se invocan pero, pueden no existir, pueden dejar de ser probadas y puede suceder que sean desestimadas por deficiencias de planteamiento, por falta de oportunidad o por su neutralización mediante alguna excepción.

g) El derecho sustantivo o material que tiene el carácter de presunto y que le sirve de fundamento o presupuesto necesario a la acción, no necesariamente se le puede catalogar como un derecho privado, puede ser un derecho público como sucede en nuestro medio mexicano cuando se tiene una garantía individual que es un derecho subjetivo público y que se hace efectivo ante la autoridad judicial mediante el juicio de amparo.

h) El derecho de acción puede llegar, frente al demandado, a sus últimas consecuencias consistentes en la ejecución de una sentencia favorable pero, el derecho de acción puede concluir antes con cualquiera de las vicisitudes que hemos estudiado y que ponen fin al juicio.

d) Wach es un jurista alemán, parcialmente seguidor de Muther. Apunta que la acción es un derecho público al que corresponde otorgar la "tutela del derecho", pero es un derecho concreto en cuanto su eficacia afecta sólo al adversario. La acción corresponde "a quien tiene derecho" a una sentencia favorable. Coincide con Muther en que la acción es un derecho que se dirige, al mismo tiempo, contra el estado y contra el adversario, como un derecho público al juicio y a la sentencia.

En opinión del jurista uruguayo Eduardo J. Couture, Wach sentó la doctrina del derecho a la tutela jurídica. Sobre el particular expresa el procesalista sudamericano: "Dos directivas fundamentales aparecen en el pensamiento de ch. La primera es el carácter público de la acción. La segunda su carácter

concreto. Ambas tienden a destacar la efectiva tutela o protección jurídica del derecho subjetivo lesionado. Se habla de la acción en su sentido público partiendo de la idea de que la acción es un derecho en el cual incumbe una parte fundamental al estado, que es quien dispensa la tutela jurídica, no sólo en forma de decisión, sino también en las vías de hecho, de coerción, que pudieran ser requeridas para la eficacia de la sentencia.

"El carácter concreto deriva de la eficacia que tiene la acción contra el adversario, para que éste sufra el acto de protección estatal en el caso de que la sentencia acoja la acción por considerarla fundada. Sólo hay acción cuando la demanda es fundada.

"Dentro de esta idea, el proceso vendría a ser en definitiva un medio adecuado para lograr la protección jurídica de los derechos lesionados, por obra del estado, y contra el adversario . . .

"La pretensión a la tutela jurídica es, según su definición primitiva, la protección dirigida a obtener del Estado la satisfacción del interés a la tutela jurídica en las formas previstas en el derecho procesal, además de la pretensión dirigida al adversario de tolerar la concesión de la tutela jurídica."

Estamos de acuerdo en que la acción es un derecho público habida cuenta de que la relación jurídica correspondiente al derecho de acción se plantea ante quien se halla en una situación de supraordenación respecto de los sujetos que habrán de recibir del órgano con facultades jurisdiccionales la solución al problema controvertido planteado.

Mediante la acción se propende a tutelar un derecho aunque sabemos de antemano que, la acción no es derecho a sentencia favorable y puede suceder que tal tutela no se obtenga en definitiva, por diversas causas, entre ellas, porque no se tenga el derecho que se pretende tutelar aunque el actor se lo atribuya a sí mismo; porque el derecho se tenga pero no se demuestre que se tiene; porque el derecho se ha extinguido o ha quedado neutralizado conforme a las defensas y excepciones hechas valer por la parte demandada; porque la acción se ha extinguido o ha quedado neutralizada en los mismos términos porque la acción ha sido mal planteada, etcétera.

La eficacia de la acción se dirige al órgano jurisdiccional estatal o arbitral que, tendrá deberes a su cargo, principalmente orientados a la sujeción del demandado y a la dicción del derecho, y, en su caso, a la efectividad de la sentencia dictada pero, el órgano jurisdiccional estatal o arbitral no derivará obligaciones del derecho sustantivo o material que sirve de apoyo a la acción. En este aspecto, la conducta última se pretende de la parte demandada y no

del órgano jurisdiccional que no es adversario del actor sino que se halla en una situación de imparcialidad frente a la controversia planteada.

Por supuesto que la acción no puede considerarse un derecho a sentencia favorable dado que, habiendo habido acción los resultados del juicio pueden ser adversos al actor que ha ejercitado el derecho de acción por los múltiples requisitos y vicisitudes a que está sujeto el derecho de acción y, además porque son tan atendibles las razones y derechos del actor como lo serán los del demandado.

Convenimos en que el derecho de acción entraña prerrogativas contra el órgano jurisdiccional que puede ser un órgano estatal o un órgano arbitral. Al órgano arbitral lo podemos llamar órgano jurisdiccional únicamente en cuanto a que va a ejercer una facultad jurisdiccional pero, no por ser órgano del Estado pues, puede ser un particular o grupo de particulares, a quienes se le encomiende o encomienden la dicción del derecho. Igualmente, aceptamos íntegramente la indicación de que también el derecho de acción tiene como sujeto pasivo de las prerrogativas que entraña a la persona del demandado.

Por lo demás, debemos volver a enfatizar que la tutela jurídica pretendida es un objetivo contingente en cuanto que puede producirse o dejar de producirse. Respecto al derecho subjetivo lesionado, ya hemos anticipado en otras observaciones a puntos de vista anteriores que es presunto el derecho y también es presunta la lesión a ese derecho subjetivo material o sustantivo. Ello será materia del debate central dentro del juicio que se iniciará con el ejercicio del derecho de acción.

En la fenomenología del derecho de acción se puede producir o no la coerción a ejercerse contra el demandado en caso de incumplimiento de la sentencia pero, es conveniente asentar que, también la ejecución forzada puede ejercerse contra el actor para obligarlo a pagar los gastos y costas en caso de procedencia de condena a ese pago en contra del actor.

E) Chiovenda

Recordemos que Giuseppe Chiovenda define la acción como el "poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional".

En tal noción de acción, sobreentendemos que la decisión del actor en el sentido de ejercitar el derecho de acción y el hecho de su ejercicio mueven al órgano con facultades jurisdiccionales para realizar la aplicación normativa a la

controversia a él sometida. El principio dispositivo requiere la instancia de parte para que el proceso se inicie y el acto iniciador del proceso es la acción.

Dentro del modo de concebir la acción por Chiovenda, la acción pertenece al género de los derechos potestativos. Ello significa que el actor no está obligado a interponer la acción aunque tenga ese derecho. Existen multitud de derechos que su respectivo titular posee y que no desea ejercitar, sin verse obligado a realizar su ejercicio. Frente a éstos, aparecen ciertos derechos del obligado como el derecho de voto en que el ciudadano está obligado a votar aunque es libre de votar por quien le parezca.

No lo manifiesta- expresamente Chiovenda pero, la actuación de la ley se enderezará contra el órgano jurisdiccional que deberá ejercer la función jurisdiccional y contra el demandado sobre quien pesará el aspecto final de la actuación de la ley.

Conforme al pensamiento de Chiovenda, el órgano jurisdiccional se sustituye a la actividad directa del actor para la protección de su derecho y a la del demandado para el cumplimiento de su obligación. A este respecto, aceptamos que, desaparece la posibilidad de que el actor se haga justicia por mano propia y que el órgano con facultades jurisdiccionales eliminará la controversia mediante la dicción del derecho pero, no estamos de acuerdo en que siempre habrá protección del derecho del actor y no forzamiento de la voluntad del demandado para el cumplimiento de la obligación pues, la razón puede tenerla el demandado.

En cuanto a la crítica recogida por Hugo Alsina en contra de Chiovenda en el sentido de que la sujeción del demandado no depende de la acción sino del acto o providencia del juez, emitimos criterio de que el ejercicio de la acción si produce como efecto la futura sujeción del demandado, aunque reconocemos que será necesaria la intermediación del juez. Toda consecuencia jurídica de la actuación del actor respecto del demandado está sujeta a la tarea de intermediación del órgano jurisdiccional estatal o arbitral pues, de esa manera se elimina la vindicta privada.

Es pertinente asentar que Chiovenda considera que la acción es un derecho autónomo, que nace, generalmente, del hecho de que quien debía conformarse con una norma ha transgredido la norma y por eso se busca su acción independiente de su voluntad. A este respecto, es necesario aclarar que, admitimos cien por ciento la autonomía del derecho de acción, al igual que convenimos en que puede forzarse la voluntad del demandado. Sólo estamos en desacuerdo en que, debe haber una transgresión del derecho pues, ya hemos reiterado que, el derecho y su transgresión son presuntos. Y son

presuntos porque el actor afirma la existencia del derecho y su transgresión pero, será a su cargo demostrar en el juicio la existencia real de ese derecho y de esa su conculcación.

El no reconocimiento por Chiovenda del carácter de público del derecho de acción, deriva del hecho de que el fin último de la acción no se dirige frente al órgano estatal sino al demandado que es un particular. En este aspecto, el derecho de acción lo consideramos público pues, se dirige de un sujeto actor, subordinado a un sujeto juzgador supraordenado, que desempeñará la función jurisdiccional.

F) Alsina

El jurista argentino Hugo Alsina estima que la acción es el "derecho contra el estado para la protección de una pretensión jurídica fundada en el derecho privado, la solución aparecerá más clara, porque el estado será el sujeto pasivo de una obligación procesal, laque tienen sus órganos jurisdiccionales de amparar en la sentencia a quien lo merezca (actor o demandado); en tanto que el demandado será el sujeto pasivo de la pretensión fundada en la relación substancial. . . la acción tiene como fundamento una doble protección: por una parte una pretensión procesal, en la que el actor y el demandado son los sujetos activos, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la protección jurídica mediante la sentencia; por la otra; esa pretensión dirigida contra el demandado, a fin de que éste cumpla la prestación a que se obligó o para que declare la inexistencia de una obligación y para que en su caso actúe coactivamente para la satisfacción del derecho".

Nos sumamos al criterio de que el derecho de acción es una facultad que el actor ejerce contra el órgano estatal que desempeñará la función jurisdiccional para obligarlo al desempeño de ésta, pero, hemos de esclarecer que, puede suceder que el desempeño de la función jurisdiccional no esté a cargo del estado sino que resulte a cargo de uno o varios árbitros. Por tal razón, hemos considerado que el desempeño de la función jurisdiccional, como consecuencia del ejercicio del derecho de acción puede estar en manos de un órgano jurisdiccional estatal o arbitral.

El fundamento de la acción no necesariamente está en un derecho pri vado. Ya hemos sostenido que también existen acciones que tutelan derechos subjetivos públicos. Así tenemos como ejemplo en derecho mexicano, la acción de amparo que se otorga al gobernado para intentar la tutela de sus derechos subjetivos públicos denominados garantías individuales. Juzgamos un acierto determinar que el resultado del ejercicio de la función jurisdiccional terminará con una sentencia a favor de quien lo merezca, actor o demandado. De esta

manera, se excluyen las tendencias a considerar a la acción como un derecho a la sentencia favorable. Si la sentencia es adversa existió acción pero, la razón la tuvo el demandado.

g) Couture El gran procesalista uruguayo Eduardo J. Couture se adhiere a la corriente que juzga a la acción como un derecho abstracto de obrar, ya que esta tendencia explica el fenómeno de la acción infundada, es decir, se despliega una actividad con motivo del derecho de acción hasta obtener sentencia que debe ser desestimatoria, por no haber un derecho válido que proteger.

Considera que la acción nace como una supresión de la violencia privada, sustituida por la injerencia del acto racional y reflexivo del órgano de la colectividad a quien corresponde decir el derecho. Por tanto, en su concepto, la acción funciona en el orden actual de cosas merced a la presencia del estado, a su injerencia directa y a su propósito de asegurar la paz y la tranquilidad social mediante el imperio del derecho.

Suscribimos el punto de vista de Couture en cuanto a que se ha eliminado la justicia por propia mano, en lo que él llama la violencia privada y estamos de acuerdo en que el estado es el llamado a tener injerencia intermediadora en las controversias entre los particulares. No obstante, hemos de aclarar que Couture no tuvo in mente la intervención intermediadora de los árbitros. La institución arbitral es permitida por el estado e incluso es regulada en forma genérica por él pero, no es necesariamente institución estatal. En consecuencia, nosotros hemos venido sosteniendo la posibilidad del ejercicio de la acción ante los árbitros.

Advierte Couture que la acción tiene el carácter de pública que hace consistir no sólo en el hecho de la injerencia del estado sino también en que la acción procura no solamente la satisfacción de un interés particular, sino también la satisfacción de un interés de carácter público. Nos sumamos a este punto de vista, y sólo podríamos abundar en el sentido de que el derecho de acción también es público porque pertenece al Derecho Procesal que es una rama del Derecho Público. Para evitar dogmatismos diremos que entendemos por Derecho Público el conjunto de normas jurídicas que rigen relaciones supraordenadas de coordinación entre entidades soberanas, relaciones de supra a subordinación entre entidades soberanas y no soberanas y relaciones de sub a supraordenación entre entidades no soberanas y entidades soberanas. En el derecho de acción, una entidad no soberana se dirige a una entidad soberana para que desempeñe la función jurisdiccional. Por tanto, se trata de una facultad de derecho público.

Couture se pronuncia porque el derecho de acción es diferente al derecho sustantivo o material que le sirve de presupuesto y manifiesta que "este punto puede darse por definitivamente admitido en el derecho procesal moderno". No hay el más mínimo motivo de discrepancia en este aspecto.

Pero, Eduardo J. Couture agrega un problema adicional: "...cuando se trata de discernir el carácter de abstracto o de concreto de este derecho, dentro de los términos de las doctrinas esquemáticamente expuestas, la decisión debe inclinarse hacia la concepción abstracta del derecho de obrar.

"Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere sus reclamaciones expuestas de acuerdo con las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.

"El contenido de esa prestación, acogiendo o rechazando la demanda, declarando fundada o infundada la pretensión, no es tema del derecho procesal, sino del derecho material que se hace valer en el proceso. Quien quiera saber qué es la acción, no podrá desentenderse del fenómeno que sería sorprendente de no sernos tan familiar, de que la acción funciona desde la demanda hasta la sentencia en la ignorancia de la razón o sinrazón del actor. Este resultado es connatural con el proceso mismo. La acción, pues, vive y actúa con prescindencia del derecho sustancial que el actor quiere ver protegido. No ya la acción infundada, sino también hasta la acción temeraria, la del 'improbis litigator' merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante.

"Configuró una desviación de la esfera propia de esta doctrina, la exigencia de reclamar en el demandante 'un convencimiento sincero' de su derecho. La acción pertenece al litigante sincero y al insincero; sólo que éste último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos, en esfera ilegítima; no usa de su derecho, sino que abusa de él, como lo ha tenido que reconocer ampliamente la doctrina. Pero el uso impropio de la acción no debe desorientar a quien desee conocer su naturaleza. Cuando más, debe obligarle a distinguir entre el derecho y sus consecuencias injustas o perjudiciales."

Coincidimos plenamente con los puntos de vista exteriorizados por Eduardo J. Couture en cuanto a que la acción es un derecho a la jurisdicción y que puede ejercerlo aún quien carece del derecho sustantivo o material pero, debemos enfatizar que, aún quien carece de ese derecho, sí debe invocar el presunto fundamento en ese presunto derecho, así como la presunta violación de ese presunto derecho. En la caracterización del derecho de acción Eduardo J.

Couture le atribuye la cualidad de ser un derecho cívico vinculado al derecho de petición.

Este vínculo deriva del hecho de que cualquier ciudadano puede dirigirse a los órganos del poder público expresando sus reclamaciones. Aquí haríamos la observación de que el derecho subjetivo a la jurisdicción puede ejercerse por el ciudadano y por el no ciudadano, por el nacional y por el extranjero. Quizá el jurista Eduardo J. Couture utilizó la expresión ciudadano para indicar el gobernado. Hace hincapié en que la acción ha de ejercerse ante órgano específico, la jurisdicción, constituido en forma apta para recibir esta clase de requerimientos; todo el sistema del poder judicial está dirigido a revestir de especial idoneidad a los órganos destinados a recibir las acciones civiles. Agrega que "se caracteriza por la exigencia de ciertos requisitos previos, sin los cuales la acción no puede llegar idóneamente a su destino: los presupuestos procesales. Mediante ellos se procura en todos los derechos positivos conocidos, un contralor "in limine" de la admisibilidad de la acción, con el objeto de no llegar hasta la sentencia, provocando un inútil despliegue de energías, cuando se halla carente de tales presupuestos.

Las excepciones dilatorias, las mixtas, las de inadmisibilidad, los "fins de non recevoir", no son sino otros tantos modos particulares consagrados en los diversos derechos positivos, de detener desde su comienzo la acción que, aun cuando fuera eventualmente fundada, carece de los requisitos necesarios para su apropiada decisión. Se distingue, asimismo, la acción por su método particular de ejercicio: el contradictorio. Mientras que la petición general hecha a la autoridad se desenvuelve entre el súbdito y el órgano, la acción tiene otro participante: el demandado; sin él no es posible que la acción llegue a buen fin. El contradictorio procura poner frente a frente los intereses opuestos, a fin de que los órganos de la jurisdicción decidan con el mayor conocimiento posible del conflicto. Este método es a tal punto fundamental en el proceso que conduce hasta la sentencia, que hasta es motivo de una garantía constitucional particular para el caso de condena: el "due process of law".

"Estas diferencias, que no son las únicas, permiten afirmar que la acción, poder jurídico dirigido a obtener la actividad de la jurisdicción, tiene un conjunto de características particulares que la hacen diferir claramente de la simple petición a la autoridad."

Son razonables por entero los puntos de vista que hemos transcrito textualmente por su magistral exposición. El derecho de acción es una especie del derecho de petición y sus diferencias de especie implican la petición del desempeño de una función jurisdiccional que involucra la presencia de un sujeto demandado. De igual manera, estimamos un acierto señalar que la acción está sujeta a reglas de procedencia que requerirán un conocimiento detallado dentro del

derecho procesal.

j) Opinión personal

Al examinar las ilustres opiniones que anteceden de juristas de relevancia universal ya hemos anticipado nuestros modestos puntos de vista que sugiere determinar la naturaleza del derecho de acción. No obstante, ahora es procedente que puntualicemos los datos que juzgamos de mayor relevancia, a saber:

a) El derecho de acción no es el mismo derecho sustantivo o material en movimiento. Se trata de dos derechos diferentes. La mejor prueba de que se trata de derechos diferentes la podemos derivar de que hay acción sin que se tenga realmente el derecho sustantivo o material y hay, en ocasiones, derecho material o sustantivo aunque no se tenga derecho de acción, o se haya perdido el derecho de acción.

b) El derecho de acción no puede prescindir del derecho material o sustantivo pues, es objetivo de la acción pretender, mediante el desempeño de la función jurisdiccional, la obtención de la tutela de ese derecho sustantivo o material. Por supuesto que, para ello el derecho de acción se funda en un presunto derecho y en una presunta violación a ese derecho. Decimos presunto derecho porque puede no existir, puede no comprobarse, puede ser neutralizado, puede que no se deba proteger por haber sido extinguido, etcétera. Decimos presunta conculcación porque es base del derecho de acción que se pida la intervención del órgano jurisdiccional para resolver la controversia existente que deriva de la presunta actitud del demandado de desconocimiento de los deberes a su cargo.

c) En el derecho de acción encontramos una relación jurídica compleja en la que el órgano jurisdiccional, estatal o arbitral, es un intermediario con ciertos deberes pero, los fines últimos del derecho de acción están encauzados contra el sujeto pasivo destinatario de los efectos trascendentes de la acción, este sujeto pasivo, en forma genérica se denomina el demandado.

d) El derecho de acción lleva la intención del actor a la resolución favorable pero, el actor es sabedor de que toda acción lleva el riesgo de que no obtenga el fallo conforme a sus pretensiones y que la decisión le sea adversa total o parcialmente. Por tanto, el derecho de acción no es la prerrogativa a la sentencia favorable pero, sí es la facultad que conduce a todo el procedimiento jurisdiccional hasta la sentencia y aún, en su caso, hasta la ejecución forzada de lo fallado.

e) Si no existiera la institución arbitral diríamos que el derecho de acción es un derecho que se ejerce ante el órgano jurisdiccional estatal pero, como se admite la existencia del arbitraje privado, hemos de admitir que la acción se puede ejercer ante el órgano jurisdiccional estatal o ante el órgano jurisdiccional arbitral.

f) El derecho material o sustantivo presunto que sirve de fundamento a la acción puede ser un derecho de carácter privado como cuando un arrendador reclama de su inquilino el pago de rentas pendientes pero, puede ser un derecho de carácter público como cuando el actor reclama de la autoridad responsable un impuesto ante un Tribunal Fiscal de la Federación.

g) Hemos distinguido entre el derecho de acción que tiene un titular del mismo, aunque no lo ejercite, del ejercicio de ese derecho de acción. Todo derecho existe aunque no llegue a ejercitarse. El derecho de acción existe y tiene un titular que no lo ejercita. Tiene la facultad de ejercitarlo o no ejercitarlo pero, si no lo ejercita puede prescribir o puede caducar. Si no existiera antes de su ejercicio no se concebiría que se extinguiera por prescripción.

h) Sin duda que el derecho de acción elimina la violencia entre particulares. Nadie puede hacer violencia para reclamar un derecho y el poder público está disponible para administrar justicia como un derecho subjetivo público para los gobernados.

i) El derecho de acción se hace valer ante un órgano con facultades jurisdiccionales que no pertenece única y exclusivamente al poder judicial puesto que, se ha extendido la tendencia a dotar a órganos del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo de facultades para resolver cuestiones controvertidas.

j) El derecho de acción tiende a la tutela del derecho sustantivo o material. Un derecho sin sanción es como una campana sin badajo, decía el maestro Eduardo García Maynez. El derecho es por naturaleza propia coercible, o sea, que, en caso de incumplimiento, se puede obligar directa o indirectamente al cumplimiento forzado de la conducta debida. Si el sujeto pasivo de la relación jurídica no cumple con su deber, el pretensor tiene la prerrogativa de solicitar al órgano jurisdiccional que diga el derecho para forzar al cumplimiento de la conducta debida. Por tanto, es una forma de proteger o de tutelar un derecho. Estas aseveraciones no significan que rechazemos la posibilidad de que tal derecho no exista y se intente la acción pues ya hemos hablado del presunto derecho y de la presunta violación del mismo.

4. LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN

En la acepción que nos interesa, bajo el ángulo procesal desde el punto de vista gramatical el vocablo pretensión alude a lo que el sujeto quiere o solicita

en relación con un derecho o con una acción.

En la pretensión, existen dos sujetos: uno, activo, que se empeña en obtener algo; y otro, pasivo, que debe realizar la prestación que intenta el activo, a cargo del pasivo.

En el moderno derecho procesal se insiste sobremanera y con frecuencia en la referencia a la pretensión, lo que nos obliga a examinar su alcance y significado para qué no haya confusión con la acción, ni con el derecho subjetivo que la acción tiende a tutelar.

El maestro Rafael de Pina, en su Diccionario de Derecho," menciona la pretensión genérica y la identifica con el contenido de una solicitud. Es lo que se puede lo que se procede lo que se solicita A continuación alude en particular a la pretensión procesal para distinguirla de la acción. Al efecto asevera: "Acción y pretensión son entidades jurídicas diferentes, pero no opuestas. La acción, como poder o facultad de provocar e impulsar la actividad jurisdiccional, al ser ejercitada, abre la posibilidad legal de que el juez resuelva sobre una pretensión que, integrando el contenido de una demanda, constituye el objeto del proceso." Según este criterio, que nos parece razonable por entero, en la acción se ejercita la facultad de poner en movimiento al órgano jurisdiccional. En la pretensión se precisa qué es lo que pide, solicita o pretende quien ha ejercitado la acción.

A su vez, Ennecerus' determina que la pretensión "es el derecho a un acto o a una omisión dirigido contra persona determinada" y después agrega: "la acción no es sino otra palabra para expresar la pretensión accionable". Consideramos que, se suscita una confusión entre tres nociones que tienen significados diversos. En efecto, el derecho subjetivo es la facultad de exigir, que tiene un sujeto activo de la relación jurídica, frente al sujeto pasivo que debe otorgar una prestación de dar, hacer, no hacer o tolerar. La pretensión es lo que concretamente solicita el sujeto activo del sujeto pasivo, independientemente de que tenga derecho o no a ello.

Esta pretensión puede exteriorizarse judicial o extrajudicialmente. La acción ya es el ejercicio de un derecho procesal a solicitar la intervención de un órgano jurisdiccional, estatal o arbitral, para obligar al demandado a cumplir con la prestación a su cargo.

Al ejercerse la acción deberá puntualizarse la prestación.

El jurista español Leonardo Prieto Castro se refiere al concepto que tenía Windscheid de la pretensión: "La moderna técnica civilista ha adoptado la explicación del derecho subjetivo dada por los alemanes, a partir de

Windscheid, que llamó pretensión (Anspruch) al poder que el derecho subjetivo concede a su titular para exigir del sujeto pasivo el acto o la omisión que forma su cometido; es decir, constituye la manifestación externa y tangible del derecho subjetivo, pero reducida al ámbito de la relación privada de los sujetos, a diferencia de la exigencia por medios externos que en el Estado de Derecho se reduce al proceso incoado por la acción del titular (la acción procesal)." Conforme a este criterio pudiera pensarse que se da lugar a una confusión entre el derecho subjetivo, la pretensión y la acción, por tanto, es preciso señalar que el derecho subjetivo da la facultad de exigir al sujeto obligado; la pretensión es la individualización de lo exigido dentro o fuera de juicio en relación con ese derecho subjetivo; y la acción es la facultad de acudir al órgano jurisdiccional para plantear formalmente la reclamación al demandado con base en el presunto derecho ,subjetivo y con la determinación de la pretensión.

El jurista italiano Carnelutti manifiesta que "la pretensión consiste en la exigencia de que un interés ajeno se subordine al propio". Según este concepto de pretensión, el sujeto activo de la pretensión pretende o exige que el sujeto pasivo de la pretensión se subordine a su reclamación. Nosotros preferimos eliminar el vocablo "interés" para no aumentar la posibilidad de confusión con una nueva expresión. Somos del criterio de que el concepto de Carnelutti no es lo suficientemente idóneo para distinguir la pretensión de la acción y del derecho subjetivo pues, en el derecho subjetivo está inmersa una posible exigencia del sujeto activo en el sentido de que el pasivo realice la conducta a que está obligado. En el derecho de acción también aparece la exigencia de que el demandado se subordine a la autoridad jurisdiccional y al final a la reclamación del actor. En la pretensión también hay una exigencia del pretensor o sujeto activo de la pretensión quien, reclama, con derecho o sin él de un sujeto pasivo, determinada prestación de dar, hacer o no hacer, o tolerar. La reclamación puede estar contenida en la demanda mediante la cual se ejercita el derecho de acción o puede hacerse extrajudicialmente.

El destacado procesalista mexicano Cipriano Gómez Lara con atinencia, se pronuncia por la necesidad de distinguir entre la pretensión, el derecho subjetivo y la acción. Sobre el particular establece: "Así, el derecho subjetivo es algo que se tiene o que no se tiene y, por el contrario, la pretensión es algo que se hace o no se hace, es decir, la pretensión es actividad, es conducta. Es claro que 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."

En concepto nuestro, la pretensión es la determinación de la reclamación o exigencia de un sujeto frente a otro que hipotéticamente deberá desplegar una conducta para satisfacer tal reclamación o exigencia.

La pretensión no debe confundirse con el derecho subjetivo pues, ya hemos indicado que éste entraña la facultad derivada de una norma jurídica para exigir del sujeto obligado en la relación jurídica una conducta de dar, hacer, no hacer o tolerar. Se asemeja el derecho subjetivo con la pretensión en que hay dos sujetos: uno activo y otro pasivo. También son similares en que puede hablarse de una conducta del sujeto pasivo de dar, hacer, abstenerse o tolerar. No obstante, hay importantes diferencias:

a) en la pretensión ya hay una conducta del sujeto activo en la que delimita su exigencia;

b) la pretensión es un hecho, mientras que el derecho subjetivo es un fenómeno jurídico y no fáctico;

c) la pretensión puede ser la consecuencia del derecho pero, puede producirse sin tener como fundamento derecho alguno.

La pretensión no debe confundirse con la acción. En ésta se tiene el derecho de acudir al órgano jurisdiccional a solicitar su intervención para someter al demandado al cumplimiento de cierta conducta de dar, hacer, no hacer o tolerar. En la pretensión sólo se delimita lo que abarca la reclamación del sujeto que exige a otro una determinada prestación.

Estimamos que un ejemplo puede dar mayor claridad a la diferencia estructural entre las tres figuras: derecho subjetivo, pretensión y acción. Un inquilino adeuda un año de rentas de un inmueble. El arrendador tiene el derecho subjetivo a que se le paguen las rentas por el inmueble de su propiedad. Este es el derecho subjetivo que deriva de una norma y en virtud del cual puede llegar a reclamar el pago de esas rentas pero, aún no hay reclamación alguna. El arrendador puntualiza su reclamación ante el inquilino le manifiesta que exige el pago de las rentas de enero a diciembre de mil novecientos setenta y ocho.

Esta ya es una pretensión, hay una conducta real, exteriorizada en el arrendador. Existe ya su pretensión manifestada y contiene una exigencia de pago o de cumplimiento de obligaciones perfectamente delimitadas. Mediante la pretensión ya se sabe qué es lo que el arrendador pretende, ya hay precisión concreta de exigencias, que pueden o no ser procedentes jurídicamente, que pueden o no estar fundadas en una disposición jurídica. Si el arrendador acude ante el juez para exigirle su intervención para obligar al sujeto obligado a cumplir con la conducta que se le exige en la pretensión, se produce el derecho de acción.

Por tanto, la mejor demostración de que derecho subjetivo, acción y pretensión son diferentes está en que puede haber derecho subjetivo sin pretensión y sin acción. Un ejemplo: El inquilino está obligado jurídicamente a pagar y el arrendador tiene el derecho subjetivo de cobrar las rentas pero, el arrendador está en el extranjero y no tiene la pretensión de cobrar, ni tampoco ejerce acción alguna para el cobro.

Asimismo, puede haber pretensión sin derecho. El arrendador pretende cobrar rentas pero, es el caso que el presunto inquilino no tiene tal carácter sino que se trata de un sujeto poseedor que detenta el inmueble a título de dueño. Quien ejerce la pretensión pretende fundarse en un contrato de arrendamiento celebrado con otra persona.

Igualmente, puede haber acción sin derecho pues, reclama ante juez quien no tiene derecho a hacerlo. En esta hipótesis la solución no es tan terminante pues, la acción sí requiere la alusión a un presunto derecho pero, en todo caso la acción tiene como elemento al presunto derecho y no es lo mismo el todo que la parte.

La acción requerirá que se precise por el actor la pretensión pues, va dirigida contra el juez para que desempeñe la función jurisdiccional pero, en última finalidad va dirigida contra un demandado para obligarlo a desplegar una conducta.

No obstante, la pretensión y la acción son diferentes en , atención a que, la pretensión se puede hacer valer extrajudicialmente, sin ejercitar la acción. Cuando la acción se ejercita, es preciso que se exprese la pretensión por quien tiene el carácter de actor.

5. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN

Para la mejor comprensión de la acción, conviene e Laminar la integración de la misma, a base del conocimiento de sus componentes.

El autor de Derecho Procesal del Trabajo, Armando Porrás López 2' cita como elementos de la acción:

- a) el actor;
- b) el demandado;

- c) el interés de la acción; y

d) la causa de acción.

Estima que se entiende por interés de la acción "el elemento de naturaleza económica, patrimonial de la acción, aunque dicho interés puede ser también de naturaleza moral. Juzga que es causa de la acción el hecho o el acto jurídico que origina la acción.

Sobre los elementos de la acción expresa textualmente Giuseppe Chiovenda "De estos varios ejemplos se deduce que las acciones constan de los tres siguientes elementos, la especificación de los cuales es la parte más importante de la demanda judicial:

1) Los sujetos, es decir, el sujeto activo (actor), al cual corresponde el poder de obrar y el pasivo (demandado frente al cual corresponde el poder de obrar personal). (Para nosotros, el sujeto pasivo es el segundo elemento de la acción.)

2) La causa de la acción, es decir, un estado de hecho y de derecho que es la razón por la cual corresponde una acción, y que por regla general se divide a su vez en dos elementos: una relación jurídica (causa remota, decimos nosotros) y un estado de hecho contrario a derecho (causa próxima, según nosotros) causa petendi.

3) El objeto, es decir, el efecto al cual tiende el poder de obrar lo que se pide (petitum). Aquello 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 100; rescisión de la venta; declaración de la falsedad de un documento). El objeto, pues, a cuya adquisición está coordinada la actuación de la ley (fundo a restituir, suma a pagar) se llama objeto mediato de la acción."

En síntesis, del pensamiento de Chiovenda derivamos tres clases de elementos de la acción: sujetos, objeto y causa de la acción.

Nos ocuparemos, en primer término de los sujetos de la acción. A tal efecto, somos de la opinión de que en el derecho de acción que es una relación jurídica compleja no se presentan sólo dos sujetos: actor y demandado pues, se omite la figura trascendental del órgano jurisdiccional, estatal o arbitral.

En la acción los sujetos son:

a) El titular de la acción, denominado actor o demandante que, es quien acude o, por lo menos tiene el derecho de acudir ante el órgano jurisdiccional, estatal o arbitral, a reclamar la prestación de la función jurisdiccional, con la pretensión de obtener una conducta forzada determinada en el demandado.

b) El órgano jurisdiccional, arbitral o estatal, dotado de facultades para decir el derecho, que será el intermediario imparcial que habrá de resolver la situación controvertida que a él le ha sido sometida.

c) El sujeto pasivo último del derecho de acción que como destinatario va a soportar los efectos del derecho de acción, primero para quedar sometido a un juzgador, después para soportar las cargas y las obligaciones procesales y quedar sometido a una serie de riesgos que pudieran culminar o no con una sentencia desfavorable, que le engendraría nuevos deberes a su cargo, independientemente de que reafirmaría algunas obligaciones preexistentes.

En segundo término aludiremos al objeto de la acción: Está constituido por la prestación o prestaciones que se reclaman por el acto del demandado. Es la conducta que se exige. En este sentido, estimamos que, si hemos agregado a los sujetos que señala Chiovenda, actor y demandado, al órgano jurisdiccional, en el objeto de la acción también hemos de señalar dos objetos de la acción. Por una parte, la acción tiene por objeto que el órgano jurisdiccional despliegue todos los actos tendientes a decir el derecho, con inclusión del acto culminante que es el dictado de la sentencia definitiva y, por la otra, la acción tiene por objeto que se ejerza la función jurisdiccional para ajustar al demandado a una conducta pretendida por el actor. Por supuesto que, el resultado final puede ser adverso al actor total o parcialmente pero, tal es el objeto de la acción que puede o no alcanzarse.

Respecto a la causa de la acción, Chiovenda menciona dos elementos: un derecho y una situación contraria a ese derecho. En busca de una mayor precisión diremos que, en efecto, el actor alude a la tenencia de un derecho pero, ese es su personal punto de vista que puede no llegar a prosperar. Por tanto, debemos hablar que es elemento de la acción la invocación de un presunto derecho.

Por lo mismo, si el derecho es presunto, también la violación del derecho es presunta. La argumenta el actor pero, puede suceder que no haya tal violación del derecho. Puede producirse la hipótesis de que el derecho haya existido pero, no se produjo la violación del derecho, por ello mencionamos la presunta violación del derecho. Si no hay derecho tampoco puede haber violación del mismo, también así se justifica que hablemos de presunta violación del derecho. Es factible que haya derecho y que haya violación del derecho pero que ésta no se acredite en juicio, será presunta la violación.

En suma, estamos de acuerdo que en el derecho de acción existen dos causas: un presunto derecho sustantivo o material y una presunta conculcación a ese presunto derecho.

Hemos sostenido que el objeto de la acción está constituido por la prestación o prestaciones que se le reclaman al demandado. En consecuencia, faltaría el interés si en el supuesto de condena al demandado no pudiera alcanzarse el objeto de la acción. Podríamos pensar en un ejemplo:

El actor, conforme a un contrato celebrado con una institución de crédito, tiene derecho a que se le otorgue un préstamo para realizar construcciones en un sector de la ciudad donde es propietario de terrenos. La institución de crédito opone excepción consistente en falta de interés a virtud de que, no puede alcanzarse el objeto de la acción que es otorgamiento de préstamo para construcciones dado que, se trata de una zona de la ciudad en la que no se otorgan permisos de construcción dado que, por decreto, tal zona está destinada a reforestación y no a construcciones habitacionales. Además el préstamo se otorgará conforme se avance en la construcción y allí no puede haber construcción.

Otro ejemplo: El actor reclama del demandado la reivindicación de un inmueble que dice estar en posesión del demandado. El demandado reconoce que tiene la posesión pero, manifiesta que, en virtud de otra sentencia deberá entregar el inmueble a otra persona que con título diverso le ha demandado también la reivindicación y opone la excepción de falta de interés.

Un ejemplo más: El actor reclama del demandado la entrega de una antigüedad. El demandado se excepciona argumentando falta de interés en atención a que la cosa fue materia de un robo y exhibe copia certificada de todo lo actuado hasta sentencia en un proceso penal.

Opina el maestro Eduardo Pallares acerca del interés como lo concibe el precepto aludido: "La principal objeción que puede hacerse contra el concepto de interés tal como lo define el artículo 1°, consiste en que con funde la imposibilidad de ejecutar la sentencia con la noción de interés. Este no sólo tiene relación con dicha imposibilidad, sino que concierne a un principio más amplio, el de la economía del procedimiento."

Más adelante agrega el destacado jurista: "No sólo sale sobrando, sino que da lugar a problemas que no tienen razón de ser: en primer término se le confunde con mucha frecuencia con la legitimación en la causa, y a veces con

la falta del derecho que pretende tener el actor contra el demandado. En segundo lugar, no se le puede considerar como presupuesto procesal ni como condición de la acción. Si fuese presupuesto procesal, el actor debería demostrar desde que inicia el juicio, que tiene interés en promoverlo, lo que nunca se hace en los tribunales."

En concepto nuestro, es suficiente que marquemos como elementos de la acción los que hemos establecido, en el entendido de que, el resultado final de una acción, en el terreno de la realidad, es extrínseco a la acción misma. De esta manera, no vamos a incluir como elemento de la acción que ésta no haya prescrito o que no haya caducado, o que no haya concurrido novación o cualquier otro factor que impedirá que la acción prospere.

6. CLASIFICACIÓN DE LAS ACCIONES

Proceder al establecimiento de divisiones o subdivisiones de las acciones desde diferentes perspectivas o puntos de vista es una costumbre que data desde la época del Derecho Romano.

Así, la división más general de las acciones, presentada en las Instituciones de Gayo y las de Justiniano 21, es la de acciones "in rem" y acciones "in personam". La primera especie se refería a derecho real, de sucesión o de familia y la segunda aludía a toda clase de obligación que no fuera alguna de las anteriores. La acción "in personam" se daba contra un adversario jurídicamente determinado, el deudor, que es el único que podía violar el derecho del acreedor. A su vez, la acción "in rem" se ejercitaba, contra toda persona que pone obstáculos al ejercicio del derecho del demandante. Además de estas diferencias, habla discrepancias de procedimiento según se ejercitase una u otra clase de acción. En las Instituciones de Justiniano se consideraron algunas acciones como mixtas con la estimación de que eran tanto reales como personales pero, en concepto de Eugene Petit se trataba de acciones personales.

Existieron otros criterios de distinción que dieron lugar a la existencia de acciones civiles frente a acciones honorarias o pretorianas; las acciones civiles se subdividieron, a su vez, en acciones reivindicatorias, negatorias, confesorias, de petición de herencia y las acciones pretorianas se subdividieron en publicianas, hipotecarias, prejudiciales, paulianas, de dolo, restitutorias. También se distinguió entre acciones de buena fe y de derecho estricto.

En la actualidad, puede tener interés pragmático clasificar las acciones cuando haya condiciones o procedimientos diferentes si la acción tiene caracteres propios tomados en cuenta por el legislador. Desde el punto de vista doctrinal pudiera interesar una clasificación que permitiera conocer los rasgos comunes de acciones pertenecientes a grupo determinado.

Nos ocuparemos únicamente de los criterios clasificativos de mayor trascendencia doctrinal y legislativa:

A) Acciones reales y personales.-

La clasificación romana a que nos hemos referido, ha subsistido hasta nuestros días, aunque con caracteres y procedimientos que, naturalmente, han evolucionado pero, que todavía se contienen en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal que hace referencia a las acciones reales y personales.

El criterio clasificativo de acciones reales y personales atiende al tipo de derechos que sirven de fundamento a la acción respectiva, si la acción se funda en un derecho real se tratará de una acción real. Si se apoya en un derecho personal se tratará de una acción personal.

Los maestros Rafael de Pina y José Castillo Larrañaga sostienen que "las acciones reales tienen por objeto garantizar el ejercicio de algún derecho real, o sea aquellas que ejercita el demandante para reclamar o hacer valer un derecho sobre alguna cosa, con entera independencia de toda obligación personal por parte del demandado".

En el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal se da relevancia a las acciones reales pues, hay disposición que determina cuáles son las acciones reales:

"ARTÍCULO 16 .- Por las acciones reales se reclamarán la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales. Se dan y se ejercitan contra el que tiene en mi poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria."

Los mismos destacados procesalistas aseveran que: "Acciones personales son las que tienen por objeto garantizar un derecho personal."

El concepto legal de acciones personales se puede localizar en el artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

"Las acciones personales se deducirán para exigir el cumplimiento de una

obligación personal, ya sea de dar, de hacer o de no hacer determinado acto." No hay base legal alguna para considerar la existencia de acciones mixtas.

B) Acciones de condena declarativas, constitutivas, cautelares y ejecutivas

El criterio clasificativo de las acciones que toma en cuenta las diferentes especies de prestaciones que suelen reclamarse ha dado lugar a que las acciones se consideren en acciones de condena, declarativas, constitutivas, cautelares o preservativas y ejecutivas.

1. Son acciones de condena aquellas que pretenden del demandado una prestación de dar, hacer o no hacer, se manifiestan en relación con las acciones de condena que: "son aquellas en las que por el actor se pide que se imponga al demandado el cumplimiento de una determinada prestación. Con ellas se pretende la ejecución inmediata del derecho declarado por la sentencia judicial; su fin esencial es la ejecución del fallo."

Hipotéticamente las acciones de condena deben terminar con un fallo del juzgador por el que se condene al demandado a la realización de una conducta de dar, hacer o no hacer. La sentencia correspondiente ha de ser cumplida por el demandado pero, en caso de incumplimiento procederá la ejecución forzada que lo obligará a la conducta debida mediante la respectiva vía de apremio.

Goldschmidt conceptúa la acción de condena como aquella que "persigue la obtención de una sentencia que condene al demandado a realizar determinada prestación en favor del demandante, y, en algunos casos de ordenar la ejecución forzosa".

El objeto de la acción es lo que caracteriza a la acción de condena.

II. En la acción declarativa, el actor pretende terminar con una situación de incertidumbre que gira alrededor del derecho que le sirve de fundamento a la acción. El órgano jurisdiccional se limitará al reconocimiento oficial del derecho en la forma reclamada por el demandante. En concepto de Goldschmidt 32 es objeto de la acción declarativa: "la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica o de la autenticidad de un documento". Para Chiovenda 33 la acción declarativa consiste en "hacer cierto el derecho y no en exigir del demandado una prestación determinada".

En cuanto al criterio de Chiovenda, externamos opinión en el sentido de que se le puede reclamar como prestación al demandado reconocimiento de la

existencia de un determinado derecho cuya declaración de existencia se solicita al juez.

Apuntan los procesalistas José Castillo Larrañaga y Rafael de Pina que la finalidad en las acciones declarativas 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 negocio jurídico, y también, excepcionalmente, sobre la existencia o inexistencia de un hecho jurídico relevante, que puede dar origen a una relación jurídica o a un derecho".

Tal vez un ejemplo puede ser ilustrativo para determinar la importancia que podría tener una sentencia declarativa: Una empresa inmobiliaria ha pactado con un banco la obtención de un préstamo en dólares que se transformará en la obligación de pagar en moneda nacional reunidas ciertas condiciones. Conforme al criterio de la empresa inmobiliaria, habiéndose devaluado el valor de la moneda nacional frente al dólar, su obligación de pago es en moneda nacional, o razón del tipo de cambio anterior a la devaluación, y al punto de vista del banco es que se debe pagar en dólares y, en su caso, en moneda nacional pero, a razón del nuevo tipo de cambio.

La sentencia simplemente declarará la forma de pago del préstamo, si es en dólares o en pesos y, en su caso, conforme a qué tipo de cambio.

Por tanto, tienen relevancia las acciones declarativas pues, a través de ellas se elucidarán situaciones dudosas que pueden dar lugar a conflictos y responsabilidades futuros, con afectación de la seguridad jurídica pues, mientras no hay un pronunciamiento oficial de jueces o árbitros, no se sabe a ciencia cierta a qué atenerse.

En ocasiones, la acción declaratoria perseguirá como objetivo, no la declaración de la existencia de un derecho, sino por el contrario, la declaración de que un derecho se ha extinguido. En confirmación de esta reflexión acudimos al texto del artículo 10 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que determina:

"Procederá la acción negatoria para obtener la declaración de libertad o la de reducción de gravámenes de bien inmueble. .."

Sobre el reconocimiento de un derecho podríamos citar el artículo 11, en la parte relativa, que establece:

"Compete la acción confesoria al titular del derecho real inmueble y al poseedor del predio dominante que esté interesado en la existencia de la servidumbre. Se da esta acción contra el tenedor o poseedor jurídico que contraría el gravamen para que se obtenga el reconocimiento, la declaración de los derechos y obligaciones del gravamen..."

Es pertinente que, señalemos que, en ocasiones, la acción de condena requiere previamente la declaración de existencia del derecho y, que, a veces la acción declarativa puede combinarse con la acción de condena para que en el futuro no vaya a desconocerse el derecho preexistente.

III.- Son acciones constitutivas aquellas que se dirigen a obtener la creación, la modificación o la extinción de un derecho o una obligación, o una situación jurídica.

Típico ejemplo. de acción constitutiva es la acción que reclama el divorcio necesario, dado que tiende a extinguir el vínculo matrimonial, lo mismo puede decirse de la acción de nulidad de matrimonio. Frecuente es en nuestros tribunales la demanda de terminación de un contrato de arrendamiento, por la que se tiende a la extinción de un contrato.

Una acción que tendiera a la creación de derechos podría ser aquella que tuviera como objetivo la constitución de una servidumbre legal en los términos del artículo 1068 del Código Civil para el Distrito Federal, o una hipoteca necesaria, según lo dispuesto por los artículos 2931 y 2932 del mismo ordenamiento sustantivo.

La modificación de la situación jurídica correspondiente podría reclamarse invocando que ha operado novación en un contrato.

IV. Son acciones cautelares, preservativas o preventivas aquellas que tienen como objeto conservar la futura efectividad de una acción definitiva en la persona o en los bienes del demandado. Por tanto, en el arraigo y en el embargo precautorio se toman providencias de protección anticipada a favor de los derechos del actor que se harán valer en la acción definitiva.

Hay una dependencia de la acción cautelar pues requerirá de una acción definitiva que será necesario intentar si se desea conservar la situación que provisionalmente se ha obtenido a través de la medida cautelar, objeto de la

acción preservativa. Si no se intenta o si no prospera la acción definitiva, desaparecerá lo conseguido a través de la acción cautelar.

V. Son acciones ejecutivas aquellas que derivan de un documento con cualidades específicas que permiten, desde que se ejercitan, antes de la sentencia definitiva, afectar provisionalmente el patrimonio del deudor.

Como ejemplo de estas acciones podríamos indicar la acción ejecutiva civil, la acción hipotecaria, la acción de desahucio cuando se pide embargo de bienes, etcétera.

C) Acciones nominadas e innominadas.-

Este criterio clasificativo que divide las acciones en nominadas e innominadas atiende al hecho de que el legislador haya previsto expresamente en la legislación un determinado tipo de acción e incluso le haya atribuido una determinada denominación. Esto significará que el actor podrá mencionarla con la denominación legal y le serán aplicables todas las disposiciones que rijan a ese tipo de acción pues, la denominación es útil para identificarla con todas sus consecuencias legales procedentes.

Habrán ocasiones en que, el legislador no haya previsto una acción determinada pero, que intentada no habrá razón para no considerarla y se procederá al desempeño de la función jurisdiccional aunque sólo se aplicarán las reglas legales aplicables a las acciones en general, pues, no habrá reglas específicas que deriven de una categoría especial de acción.

7. LAS ACCIONES EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES DEL DISTRITO FEDERAL.-

El tema de las acciones tiene relevante importancia en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal habida cuenta de que todo el capítulo primero de ese ordenamiento, en treinta y cuatro artículos, regula ese tópico de acciones.

A) Requisitos de las acciones.-

El artículo 1 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal establecía:

"El ejercicio de las acciones requiere:

"1. La existencia de un derecho;

"11. La violación de un derecho o el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho;

"111. La capacidad para ejercitar la acción por sí o por legítimo representante;

"1V. El interés en el actor para deducirla.

"Falta el requisito del interés siempre que no pueda alcanzarse el objeto de una acción, aun suponiendo favorable la sentencia."

Acerca del requisito de las acciones consistente en la existencia de un derecho, hemos indicado que, si bien la acción es autónoma respecto del derecho que se hace valer ante el órgano al que se solicita el desempeño de la función jurisdiccional, también hemos dejado expresado que no puede prescindirse del presunto derecho subjetivo que le sirve de apoyo al derecho de acción. El código no menciona que el derecho tenga el carácter de presunto pero, aunque no lo señale, así es pues, si el derecho siempre existiera, la acción sería el derecho a la sentencia favorable. El actor sí ha de invocar el derecho que le sirve de apoyo a la acción que ejercita pero, será materia del juicio demostrar la existencia y procedencia de ese derecho sustantivo o material a su favor. Tal vez, la razón por la que, en el momento de sentenciar, el juzgador indica: "el actor no probó su acción" es porque ya se sabe en ese momento, a ciencia cierta, si el derecho existió o no. Sin embargo, la acción se ejercitó y provocó el juicio con todas sus consecuencias para el juzgador, para la contraparte, para los terceros y para el mismo actor.

La existencia de un derecho presunto, es la causa remota de la acción ejercida para provocar el desempeño de la función jurisdiccional.

En segundo término, la fracción II transcrita, señala como requisito de las acciones: "la violación de un derecho". Esta es una causa próxima que entraña una hipótesis normativa de incumplimiento que producirá como consecuencia la actualización de una norma secundaria o sancionadora que tiene como consecuencia obligar al cumplimiento forzado de la conducta debida. Por supuesto que, al igual que la existencia del derecho, también la violación de ese derecho tendrá el carácter de presunta habida cuenta de que, esa es la versión del actor pero, falta conocer los puntos de vista de la parte demandada, así como los elementos acreditativos presentados en juicio por ambas partes del proceso.

Es muy significativo, todavía dentro de la fracción II que, en los requisitos de la acción, no se establezca como causa próxima sólo la violación de un derecho y que se establezcan otras hipótesis en que es necesaria la intervención

jurisdiccional, a saber:

". . . el desconocimiento de una obligación, o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho;"

La fijación de otras causas próximas que pueden originar la necesidad de ejercitar una acción, destaca que, la clasificación de las acciones desde el punto de vista de las prestaciones que se reclaman tiene un fundamento totalmente real. En efecto, cuando el demandado desconoce una obligación, antes de que se produzca el incumplimiento en el propio actor o en el demandado es necesario terminar con esa incertidumbre a través de una sentencia que recupere la satisfacción de la seguridad jurídica en las partes de una relación jurídica sustantiva. Si es el actor quien desconoce la obligación jurídica el juzgador le podrá conceder la razón en un proceso, a través de una acción negatoria.

La acción puede estar motivada por la necesidad de que se declare la existencia de un derecho y de su correspondiente obligación. En este caso la acción no será de condena sino que será declaratoria. Esto es de trascendencia pues, en virtud de esta situación, hemos de convenir en que, tratándose de las acciones, no siempre tienen como causa próxima la violación de un derecho, sino que la causa eficiente, inmediatamente anterior es la necesidad de que se declare un derecho.

La necesidad de que se preserve un derecho, justifica la procedencia de las acciones que hemos llamado cautelares en el apartado correspondiente a las diferentes clases de acciones. En este supuesto, tampoco se produce la presunta violación de un derecho como motivo determinante directo de la procedencia de la acción preventiva o cautelar.

En la necesidad de constituir un derecho, prevista expresamente por la fracción II del artículo 1° en estudio, se establece la disposición respectiva que le dará vida a las acciones constitutivas. Estimamos que falta la alusión a las acciones que tengan por objeto extinguir derechos y obligaciones y ya hemos mencionado que las acciones constitutivas también tienen por objeto modificar o extinguir derechos y obligaciones.

Cuando en la fracción 111 del artículo 1° del Código en análisis se menciona "la capacidad para ejercitar la acción por sí o por legítimo representante se alude tanto a la legitimidad de la parte que como titular ejerce la acción, como a la personalidad representativa de quien no puede actuar por sí solo. Nos remitimos a la parte de este trabajo en el que se estudia la legitimidad y la representación en juicio.

Ya hemos explicado el interés de la acción, tal y como lo concibe el artículo 1° del Código, en el apartado de este trabajo que corresponde a los elementos de la acción.

El Presidente de la República, en su iniciativa dirigida al Congreso de la Unión para la realización de reformas al Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, de 13 de noviembre de 1985, mismas que fueron aprobadas y que se publicaron en Diario Oficial de 10 de enero de 1986, sobre la acción procesal sostuvo lo siguiente:

"De acuerdo con los avances cae la doctrina procesal contemporánea, se distingue con claridad entre el derecho de acción, que es de carácter genérico y las pretensiones que constituyen su contenido, las que tienen carácter concreto de acuerdo con el ejercicio de la propia acción en los distintos procesos específicos.

"En el ordenamiento procesal del Distrito Federal se confunden arribas instituciones. En la mayoría de las disposiciones situadas en el primer capítulo de ese título primero se utiliza el vocablo acción de manera general, cuando en realidad se hace referencia a la pretensión en sentido estricto. Efectuar la sustitución de algunas palabras en todos estos preceptos hubiese requerido de una modificación prácticamente total de ese capítulo, por lo que se dejó para una segunda etapa la depuración terminológica, que no tiene un carácter exclusivamente semántico en cuanto afecta la práctica judicial por la incertidumbre que produce la confusión de ambos conceptos.

En segundo término se modifican sustancialmente los elementos que el artículo primero del Código exige para el ejercicio de lo que califica como 'acciones civiles', que dicho ordenamiento regula según el concepto tradicional superado en la doctrina científica del Derecho Procesal, y que con el derecho sustantivo con el de acción, pues estima que el último debía considerarse la actuación del primero dentro del proceso.

"El precepto vigente exige para el ejercicio de la acción, la existencia de un derecho y la violación del mismo que son aspectos que se examinan en el fondo de la controversia, por lo que dicha disposición debe estimarse anacrónica de acuerdo con el principio reconocido universalmente, de la autonomía de la acción. Por tal motivo, la iniciativa pretende la sustitución de dicha disposición por otra, más moderna que se inspira, con ligeras modificaciones en el artículo primero del Código Federal de Procedimientos Civiles.

En este título se introducen algunos cambios indispensables, entre los cuales

merece destacarse la supresión de la arcaica 'acción de jactancia' regulada por la fracción 1 del artículo 32 vigente, y que ha caído en desuso en la vida moderna pero que subsiste en nuestro Código También se sugieren las modificaciones necesarias para precisar los efectos del desistimiento de la demanda y de la instancia, que están reguladas de manera confusa en el artículo 34 actualmente en vigor."

Por las razones expuestas, se modificó el texto del artículo 1° del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal y actualmente dispone literalmente "Sólo puede iniciar un procedimiento judicial o intervenir en él, quien tenga interés en que la autoridad judicial declare o constituya un derecho o imponga una condena y quien tenga el interés contrario.

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

B) Denominación de las acciones.-

Desde el Derecho Romano data la costumbre de los litigantes y de las normas jurídicas de intitular a algunas de las acciones y decimos "a algunas" porque no todas las acciones tienen una denominación totalmente propia que permite distinguirlas de otras, independientemente de que la denominación es útil para enfocarles todas las normas que le son aplicables a ese tipo de acción. Por ejemplo, cuando se menciona la acción ejecutiva civil, ya se sabe que, habrá una serie de normas del proceso que le regirán en aquello que está especialmente referido a ese tipo de acción.

Naturalmente que el buen abogado deberá ser cauto en utilizar la denominación de una acción con la mayor de las precisiones posibles y también, al elegir la acción que aconsejará ejercitar al actor, se apegará a la verdadera denominación que corresponde a la acción de que se trate. Sería un craso error denominar acción hipotecaria a lo que es una acción prendaria.

Si no se tiene la entera certeza de que se empleará el nombre correcto de la acción, es preferible no enunciar nombre alguno a la acción, pues, la acción

procederá en juicio aunque no se exprese el nombre de la acción. Así lo determina el artículo 2° del Código:

"La acción procede en juicio, aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija al demandado y el título o causa de la acción."

El dispositivo autoriza a no expresar el nombre de la acción, no autoriza a expresarlo equivocadamente. Tampoco autoriza a no expresar la clase de acción que se promueve pues, en este sentido es conveniente que, desde ahora, apuntemos que en la demanda será indispensable determinar la clase de acción que se ejercita. Sobre el particular, determina el artículo 255 del Código, en la fracción VI, dentro del contenido que se exige a toda demanda, que debe expresarse "la clase de acción".

En algunos casos, abogados postulantes con formación muy romanística suelen mencionar la denominación latina de las acciones que se instauran en la demanda. En nuestra opinión, ese gesto de erudición no es procedente si nos basamos en el artículo 56 del código adjetivo civil que exige que los ocursos deberán escribirse en castellano.

C) Las acciones reales.-

En forma extensa, dado que se dedican varios artículos a ellas, el código regula las acciones reales.

En materia de acciones reales, el código señala cuáles son las acciones que pertenecen a la clase de "reales" y posteriormente se refiere a ellas en particular, en uno o en varios dispositivos.

Es el artículo 3° del código el que señala a qué acciones se les ha de comprender dentro de la clase de acciones reales. Determina este dispositivo

"Por las acciones reales se reclamarán la herencia, los derechos reales o la declaración de libertad de gravámenes reales. Se dan y se ejercitan contra el que tiene en su poder la cosa y tiene obligación real, con excepción de la petición de herencia y la negatoria."

El denominador común en estas acciones es la persecución, a través de la acción real, de algún bien sobre el que el demandado está ejerciendo un control.

1. Acción reivindicatoria.-

La acción reivindicatoria tiene caracteres combinados de acción de condena y de acción declarativa, según se desprende del artículo 4° del código:

"La reivindicación compete a quien no está en posesión de la cosa, de la cual tiene la propiedad, y su efecto será declarar que el actor tiene dominio sobre ella y se la entregue al demandado con sus frutos y acciones en los términos prescritos por el Código Civil."

Se trata de una acción cuyo titular ha de ser el propietario de la cosa. Por tanto, sería totalmente erróneo que un poseedor de la cosa que ha sido desposeído pretenda ejercer una acción reivindicatoria, si intentara tal acción no sería sólo un error de nombre de la acción.

Debemos apuntar que, en ocasiones, la acción reivindicatoria será también una acción constitutiva, cuando se reclame la nulidad del título que, con menores merecimientos, tenga el demandado. También se reclamará la cancelación en el Registro Público de la Propiedad de la inscripción del título que tenga la parte demandada.

En la acción reivindicatoria se previene la posibilidad de que el demandado le asigne a un tercero la responsabilidad del juicio. Sobre el particular, establece el artículo 5o:

"El tenedor de la cosa puede declinar la responsabilidad del juicio designando al poseedor que lo sea a título de dueño."

En relación con este precepto, podríamos pensar en que el actor ha demandado al inquilino del que posee a título de dueño. En este caso, estimamos que sería conveniente que el legislador precisara las consecuencias de esta declinación desde el punto de vista de la continuación del proceso o su terminación respecto de quien hace la referida declinación de responsabilidad, o bien, si se le debe dar un término al actor para que proceda a demandar al poseedor. Es omisa la legislación sobre las consecuencias precisas que origina la declinación de responsabilidad.

Dentro de los preceptos que se refieren a la reivindicación, el artículo 6° del código en estudio indica:

"El poseedor que niegue la posesión la perderá en beneficio del demandante."
La disposición también resulta incompleta pues, no se señala qué efectos se

producen con relación al proceso que se ha instaurado a virtud del ejercicio de la acción reivindicatoria.

Supongamos que el demandado manifiesta que la acción reivindicatoria no es procedente por tener mejor título de propiedad que el actor pero, menciona adicionalmente que, la posesión material no la tiene por haber sido despojado por un tercero. En este caso, juzgamos que el precepto resultaría injusto pues, niega la posesión y presuntamente la perdería en beneficio del demandante pero, no tiene por qué perder esa posesión pues, también tiene la facultad de hacer una reclamación de reivindicación.

Conforme a la situación normal que impera en la acción reivindicatoria, ésta se da a favor del propietario y en contra del poseedor de la misma para que pueda entregarla con sus frutos y acciones, en los términos del artículo 4° del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal. No obstante tal dispositivo, el artículo 7° amplía a otros posibles demandados los efectos de la acción reivindicatoria:

"Pueden ser demandados en reivindicación, aunque no posean la cosa, el poseedor que para evitar los efectos de la acción reivindicatoria dejó de poseer y el que está obligado a restituir la cosa o su estimación si la sentencia fuere condenatoria. El demandado que paga la estimación de la cosa puede ejercitar a su vez la reivindicación."

Respecto al que poseía y dejó de poseer, no habrá problema de recuperación de la cosa si es que ésta no pasa a poder de algún tercero, mismo que también tendría que ser demandado en reivindicación para que no se arguyera posteriormente violación a la garantía de audiencia.

El pago de la estimación de la cosa es para el caso de que la cosa que haya de reivindicarse. haya desaparecido o se haya destruido.

En la parte del artículo 7° en que se da la facultad de reivindicar al demandado que ha pagado la estimación de la cosa, no se produce una reivindicación a alguien que no sea propietario pues, debe considerarse que implícitamente, al pagar la estimación de la cosa se ha convertido en adquirente de la misma. De cualquier manera, hubiera sido deseable que, el legislador hubiese establecido que, en virtud del pago de estimación de la cosa, el pagador adquiere los derechos de propiedad sobre la cosa pudiendo reivindicarla de manos de quien la tenga. Igualmente, tendría derecho a pago de estimación en caso de que volviera a desaparecer u ocultarse.

Conviene prevenir a todo actor que pretenda ejercer la acción reivindicatoria que, debe tomar la precaución de demandar la nulidad de título de propiedad del demandado y la cancelación de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad si es que el demandado tiene título de propiedad inscrito.

También es recomendable que el actor que ejerza la acción reivindicatoria esmere su mayores precauciones en que durante el proceso se acredite la identidad de la cosa, lo que significa que deberá probar que el bien amparado por su título de propiedad es el mismo que tiene en su poder el demandado pues, si no hay demostración de identidad, la sentencia será desestimatoria de las pretensiones de la parte actora.

Por otra parte, se sugiere al actor, examinar con todo cuidado las disposiciones aplicables de la legislación sustantiva para que no vaya a incurrir en algún descuido en el planteamiento de su acción. Nosotros no tocamos puntos que pudieran derivarse del derecho sustantivo civil para no extendernos demasiado y rebasar los límites planeados para este estudio.

El artículo 89 del código adjetivo civil determina las cosas que no son susceptibles de reivindicarse:

"No pueden reivindicarse las cosas que están fuera del comercio; los géneros no determinados al entablarse la demanda; las cosas unidas a otras por vía de accesión, según lo dispuesto por el Código Civil, ni las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fe en almoneda o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó. Se presume que no hay buena fe si de la pérdida o robo se dio aviso público y oportunamente."

Para la mejor comprensión del alcance y significado del reproducido artículo 89 es menester el estudio de las disposiciones del Código Civil que permitirán esclarecer la interpretación de tal dispositivo. Así por ejemplo, al determinarse que no pueden reivindicarse las cosas que están fuera del comercio la exclusión se explica con el texto del artículo 749 del Código Civil para el Distrito Federal que señala que están fuera del comercio por su naturaleza las que no pueden ser poseídas por algún individuo exclusivamente, y están fuera del comercio por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular. Adicionalmente, el artículo 794 del Código Civil determina que sólo pueden ser objeto de posesión las cosas o derechos que sean susceptibles de apropiación.

II. Acción posesoria.-

En el Derecho Romano, el Derecho Civil sólo otorgaba la acción reivindicatoria al propietario. Sin embargo, hemos dejado establecido que, en virtud del derecho originado en los pretores, se crearon acciones pretorianas que vinieron a hacer más flexible el derecho quirritario. Por tanto, un pretor llamado Publio, creó una acción que lleva su nombre: "publiciana", otorgada a la persona que estaba en vías de adquirir una cosa en virtud de prescripción adquisitiva (usucapión) y que no podía reivindicarla como propietario pleno.⁸⁵ Tal acción publiciana, también llamada plenaria de posesión, ha sido conservada por el derecho mexicano en el artículo 99 del Código de Procedimientos Civiles:

"Al adquirente con justo título y de buena fe le compete la acción para que, aun cuando no haya prescrito, le restituya la cosa con sus frutos y acciones en los términos del artículo 49, el poseedor de mala fe, o el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No procede esta acción en los casos en que ambas posesiones fuesen dudosas o el demandado tuviere su título registrado y el actor no, así como contra el legítimo dueño."

Se pueden formular las siguientes observaciones, en cuanto a la disposición transcrita:

a) Hay una equiparación a la acción reivindicatoria en lo que se refiere a los efectos de la acción, ya que se indica que se obtendrá la restitución de la cosa con sus frutos y acciones en los términos del artículo 4º, precepto éste que se refiere a la acción reivindicatoria.

b) El beneficiario de la acción no es cualquier clase de poseedor puesto que debe tener justo título y de buena fe, y además, en situación de prescribir la cosa. Si el demandado tiene su título registrado, el actor no podrá intentar esta acción si a su vez, el actor no tiene su título registrado.

c) Tendrá el carácter de demandado en esta acción el poseedor de mala fe, o el que teniendo título de igual calidad ha poseído por menos tiempo que el actor. No podrá tener ese carácter el legítimo dueño.

d) El objeto de la acción es la recuperación o restitución de la posesión del bien mueble o inmueble pero, para el logro de los objetivos correspondientes, es preciso establecer una comparación de posesiones. La posesión del actor deberá ser mejor que la posesión del demandado, por alguna de las siguientes circunstancias:

1. El actor tiene justo título y el demandado carece de él;
2. El actor es poseedor de buena fe y el demandado es de mala fe;
3. El actor y el demandado poseen justo título pero el título del actor es mejor.

4. Actor y demandado tienen título de igual calidad pero, el actor ha poseído más tiempo que el demandado;

5. El actor tiene su título inscrito en el Registro Público de la Propiedad y el demandado no.

6. Ambos, actor y demandado tienen inscritos sus títulos en el Registro Público de la Propiedad pero, la inscripción del actor es más antigua que la del demandado.

III. Acción negatoria.-

En este tipo de acción también es de invocarse la antigua tradición que data del Derecho Romano. Se daba la titularidad de esta acción al propietario de una cosa contra toda persona que atenta a su propiedad, ejercitando una servidumbre sobre esta cosa, con el fin de hacer constar que no tiene derecho. La acción negatoria la recoge el código en el artículo 10:

"Procederá la acción negatoria para obtener la declaración de libertad o la reducción de gravámenes de bien inmueble y la demolición de obras o señales que importen gravámenes, la tildación o anotación en el Registro de la Propiedad, y conjuntamente, en su caso, la indemnización de daños y perjuicios. Cuando la sentencia sea condenatoria, el actor puede exigir del reo que caucione el respeto de la libertad del inmueble. Sólo se dará esta acción al poseedor a título de dueño o que tenga derecho real sobre la heredad."

De una ordenación lógica del anterior dispositivo, obtenemos los siguientes elementos:

a) El titular de la acción no es necesariamente el propietario pues, puede intentar la acción el poseedor a título de dueño o que tenga derecho real sobre el bien inmueble.

b) Si bien otras acciones reales pueden otorgarse respecto de bienes muebles, esta acción sólo es procedente en relación con bienes inmuebles;

c) Es amplio el objeto que justifica la existencia de esta acción:

1. Obtener la declaración de libertad o la de reducción de gravámenes de bien inmueble;

2. La demolición de obras o señales que importen gravámenes;

3. La tildación o anotación en el Registro Público de la Propiedad;

4. Conjuntamente con cualquiera de los objetivos antes asignados, la acción

confesoria puede permitir que se reclame el pago de daños y perjuicios;

5. En forma contingente se puede reclamar que el demandado caucione el respeto de la libertad del inmueble.

IV. Acción confesoria.-

Esta acción confesoria también es un producto actual que tiene su origen en el Derecho Romano. El demandante sostiene que posee el derecho de servidumbre personal sobre una cosa que pertenece al demandado, o que en su calidad de propietario de un fundo, tiene el derecho de ejercer una servidumbre predial sobre el fundo vecino.^{3'} Con inclusión de su denominación tradicional la conserva el Código de Procedimientos Civiles en el artículo 11 y cuyo texto expresa:

"Compete la acción confesoria al titular del derecho real inmueble y al poseedor del predio dominante que esté interesado en la existencia de la servidumbre. Se da esta acción contra el tenedor o poseedor jurídico que contraría el gravamen para que se obtenga el reconocimiento, la declaración de los derechos y obligaciones del gravamen y el pago de frutos, daños y perjuicios en su caso, y se haga cesar la violación. Si fuere la sentencia condenatoria, el actor puede exigir del reo que afiance el respeto del derecho."

En la exégesis de este dispositivo es pertinente puntualizar:

a) Es titular de esta acción confesoria el tenedor del derecho real inmueble y el poseedor del predio dominante que esté interesado en la existencia de la servidumbre. Por tanto, al igual que en el Derecho Romano protege tanto la servidumbre personal como la servidumbre predial.

b) Tendrá el carácter de sujeto reo, el tenedor o poseedor jurídico que contraría el gravamen. Por tanto, al ejercitarse esta acción habrá que imputar al demandado los actos que haya realizado para contrariar el gravamen.

c) Constituyen el objeto de esta acción:

1. Obtener el reconocimiento de la existencia del gravamen;
2. Declarar los derechos y obligaciones que giran alrededor del gravamen;
3. Obtener el pago de frutos, daños y perjuicios;
4. Hacer cesar la violación del gravamen;
5. En caso de sentencia condenatoria, el actor puede exigir del reo que afiance el respeto del derecho. Esto último puede solicitarse desde la demanda en que

se ejercita la acción confesoria aunque condicionadamente a que la sentencia tenga el carácter de condenatoria.

V. Acción hipotecaria.-

La acción hipotecaria tutela el derecho real de hipoteca y su origen también se remonta al Derecho Romano. En el código se plasma en el artículo 12:

"Se intentará la acción hipotecaria para constituir, ampliar y registrar una hipoteca, o bien para obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantice. Procederá contra el poseedor a título de dueño ,del fundo hipotecado y, en su caso, contra los otros acreedores. Cuando después de fijada y registrada la cédula hipotecaria y contestada la demanda cambiare el dueño y poseedor jurídico del predio, con éste continuará el juicio."

Respecto al precepto reproducido, caben las siguientes observaciones:

a) Tendrá el carácter de demandante el acreedor hipotecario si la acción se endereza al pago o a la prelación del crédito que la hipoteca garantice. No obstante, debemos estimar que también tendrán el carácter de actor, cualquiera de los sujetos que tienen derecho a que se constituya una hipoteca necesaria, en los términos del artículo 2935 del Código Civil para el Distrito Federal, dado que el artículo 12 permite que la acción hipotecaria se intente para constituir una hipoteca:

b) Con el carácter de demandados pueden fungir:

1. El deudor que tenga el carácter de poseedor a título de dueño del fundo hipotecado;

2. Los otros acreedores si la acción hipotecaria se ejercita para constituir, ampliar, o registrar una hipoteca o si se trata de prelación de créditos;

3. El tercero, nuevo dueño o poseedor jurídico que adquiera el inmueble después de fijada y registrada la cédula hipotecaria.

c) Constituyen objeto de la acción hipotecaria:

1. Constituir, ampliar y registrar una hipoteca;

2. Obtener el pago o prelación del crédito que la hipoteca garantiza.

Es pertinente señalar que el ejercicio de la acción hipotecaria da origen a un juicio especial, denominado juicio hipotecario y que está sujeto a sus propias reglas precisadas en mismo ordenamiento adjetivo, de los artículos 468 a 488.

El juicio hipotecario continuará con la persona del nuevo adquirente, quien tendrá el carácter de parte substituta.

VI. Acción de petición de herencia.-

En la acción de petición de herencia, también de origen romano, se tutela el derecho del heredero a que se le reconozca en justicia su derecho a los bienes del de cujus.

Los artículos 13 y 14 del Código de Procedimientos Civiles se refieren a tal acción en los siguientes términos:

"ARTÍCULO 13.-La petición de herencia se deducirá por el heredero testamentario o ab intestato, o por el que haga sus veces en la disposición testamentaria; y se da contra el albacea o contra el poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero o cesionario de éste y contra el que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario o dolosamente dejó de poseerlo."

"ARTÍCULO 14.-La petición de herencia se ejercitará para que sea declarado heredero el demandante, se le haga entrega de los bienes hereditarios con sus accesiones, sea indemnizado y le rindan cuentas."

De los dos preceptos reproducidos entresacamos los datos que nos caracterizan detalladamente la acción de petición de herencia:

a) Se confirma su carácter de acción real puesto que está encauzada a la obtención de bienes, que deberá entregar la parte demandada con sus accesiones;

b) Tiene el carácter de titular de la acción el heredero testamentario o intestamentario. La acción podrá deducirla directamente o, por conducto de la persona que haga sus veces en la disposición testamentaria. Cuando la deduzca la persona autorizada en la disposición testamentaria, tal sujeto no tendrá el carácter de actor, sino de representante del actor;

c) El carácter de demandado le corresponde a cualquiera de los siguientes sujetos:

1. El albacea;

2. El poseedor de las cosas hereditarias con el carácter de heredero o cesionario de éste;

3. El sujeto que no alega título ninguno de posesión del bien hereditario o dolosamente dejó de poseerlo.

d) Es objeto de la acción de petición de herencia:

- 1'. Obtener la declaración de heredero (el actor);
- 2, Obtener la entrega de los bienes hereditarios
3. Obtener la entrega de las accesiones a los bienes hereditarios;
4. Obtener indemnización;
5. Obtener la rendición de cuentas.

La acción de petición de herencia es declarativa en cuanto a que puede ejercitarla quien todavía no tiene reconocido su derecho como heredero y se encamina en primer término a obtener la declaración de heredero conforme al artículo 14 transcrito. A continuación es una acción de condena que pretende la entrega de los bienes hereditarios con sus accesiones, la indemnización y la rendición de cuentas.

Por supuesto que, es aconsejable la revisión minuciosa de las disposiciones que rigen la transmisión de bienes mortis causa en el Código Civil, así como las que rigen la tramitación de los juicios sucesorios.

VII. Acciones del copropietario.-

Determina el artículo 938 del Código Civil que hay copropiedad cuando una cosa o un derecho pertenecen proindiviso a varias personas. Por tanto, las personas titulares de los derechos o de las cosas en copropiedad se denominan copropietarios o comuneros.

El maestro Rafael de Pina" dice que comunero es el sujeto titular de un derecho que se posee en común.

Puede suceder que, la propiedad común se afecte en alguna forma y que el copropietario o comunero quiera ejercitar alguna acción tendiente a la tutela adecuada de su derecho de copropiedad. En tal supuesto, aunque no es propietario total del bien afectado, se le da acción real para proteger su derecho, en la forma establecida por el artículo 15 del Código de

Procedimientos Civiles:

"El comunero puede deducir las acciones relativas a la cosa común, en calidad de dueño, salvo pacto en contrario, o ley especial. No puede, sin embargo, transigir ni comprometer en árbitros el negocio, sin consentimiento unánime de los demás condueños."

Al encontrarse proindiviso su porción, no pueden limitarse los efectos de las acciones deducidas sólo a la entrega de la parte alícuota que le corresponde de su parte común, por tanto, las acciones que deduzca beneficiarán también a los demás condueños cuando el resultado de la acción sea favorable. Si el resultado del juicio es adverso al comunero, no indica el precepto si los demás copropietarios deberán estar al resultado del juicio pero, debe estimarse que, no puede haber trato diferente según el saldo del proceso. No obstante, los demás copropietarios no han sido oídos ni vencidos en juicio y no puede traerles perjuicios un proceso seguido por persona diferente a ellos. Diferente sería nuestro criterio si el precepto transcrito previese que se les notificara la iniciación del juicio y se les diese oportunidad de intervenir.

Lo aconsejable para la contraparte de un comunero que demanda aisladamente, en la forma permitida por el artículo 15, es que solicite se llame a juicio a los demás copropietarios para que la sentencia que se dicte también pueda pararles perjuicio.

Como se trata de acciones relativas a la cosa común estamos dentro del género de las acciones reales.

VIII. Acción interdictal de retener la posesión.-

Los interdictos constituyen una reminiscencia histórica que reconoce su origen en el Derecho Romano. Eran unas decisiones dadas por el pretor o por el presidente de una provincia para cortar ciertas disputas, y por las cuales ordenaba o defendía alguna cosa. A la orden se le llamaba decreto.

Las partes comparecían delante del magistrado, en la época de mayor desarrollo de los interdictos, y después de expuesto el objeto del litigio, podían ser posibles dos resultados:

- a) Si era inadmisibile la pretensión del demandante rehúsa el interdicto;
- b) Si cree que están reunidas las condiciones requeridas, pronuncia el interdicto, con el cual debe conformarse el demandado. En caso de que el demandado se conforme ya ha terminado la situación controvertida. Si el

demandado no está de acuerdo por considerar que el interdicto no es procedente o si tiene razones de impugnación en cuanto al fondo, el magistrado envía a las partes ante juez para que se desarrolle la controversia ante él."

En su origen tienen algunas características de trascendencia:

- a) Permiten una actuación inmediata, con la celeridad necesaria para que no se agudicen los problemas o no se produzcan efectos irreversibles;
- b) Los efectos interdictales son transitorios y se pueden eliminar como resultado de un juicio posterior;
- c) En caso de conformidad del demandado, los efectos del interdicto podían quedar como definitivos;
- d) El antecedente de un interdicto favorable, colocaba al demandado en una situación más gravosa si iba a juicio y posteriormente perdía ese juicio.

Los interdictos subsisten en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal como varias especies de acciones posesorias y están previstos en los artículos del 16 al 20 de ese ordenamiento. Somos del criterio' de que, actualmente han quedado un tanto trancos los interdictos desde la derogación del artículo 430 del Código de Procedimientos Civiles que les daba una tramitación sumaria complementada por el artículo 441 del mismo ordenamiento que también se derogó. Consideramos que, sería oportuno meditar si debiera volverse al sistema del Código de 1884 que, en los artículo del 1131 al 1224 mantenía un procedimiento especial de interdictos, no tanto para reproducir su articulado sino para establecer un procedimiento más sencillo y más expedito para la tramitación de las acciones posesorias previstas como interdictos en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal.

Es el artículo 16 del Código de Procedimientos Civiles la disposición que previene la acción interdictal y posesoria de retener la posesión. Su texto expresa:

"Al perturbado en la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble compete el interdicto de retener la posesión contra el perturbador, el que mandó tal perturbación o contra el que a sabiendas y directamente se aproveche de ella, y contra el sucesor del despojante. El objeto de esta acción es poner término a la perturbación, indemnizar al poseedor y que el demandado afiance no volver a perturbar y sea conminado con multa o arresto para el caso de reincidencia.

"La procedencia de esta acción requiere: que la perturbación consiste en actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta o a impedir el

ejercicio del derecho; que se reclame dentro de un año y el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por la fuerza, clandestinamente o a ruegos."

A esta acción posesoria se le conoce con la denominación de interdicto de retener la posesión. La caracterización prevista en el artículo 16 permite precisar los siguientes datos:

a) Se previene una defensa del poseedor contra actos de perturbación procedente de terceras personas. Literalmente la expresión "perturbar" significa trastornar el orden de las cosas pero, en el caso del artículo 16 se da una interpretación legislativa de la perturbación al indicarse en el propio precepto que la perturbación consiste en "actos preparatorios tendientes directamente a la usurpación violenta o a impedir el ejercicio del derecho". Por tanto, el punto de partida para un interdicto de retener la posesión es que se produzcan tales actos preparatorios que describe con tanta nitidez el segundo párrafo del artículo 16 del código en estudio.

b) Es titular de la acción interdictal de retener la posesión el poseedor jurídico o derivado de un bien inmueble. Esto significa que, se protege al hecho jurídico de la posesión y no al derecho de propiedad. Se trata de una acción real, por su estrecha vinculación con la posesión originaria o derivada de un bien inmueble. No se concede al poseedor de bienes muebles.

c) Tendrá el carácter de reo del interdicto respectivo alguno de los siguientes sujetos:

1. El perturbador, o sea, el individuo que realice los actos tendientes directamente a la usurpación violenta o el que trate de impedir el ejercicio del derecho de posesión;

2. El que mandó la perturbación, es decir, el autor intelectual de la perturbación y que ha coadyuvado con su intervención a producir la afectación motivo del interdicto;

3. El que se aprovecha de la perturbación a sabiendas y directamente;

4. El sucesor del perturbador. En el artículo 16 se menciona el sucesor del despojante pero, hemos de rectificar en el sentido de que es el sucesor del perturbador. y no del despojante porque si éste fuera, habría necesidad de un interdicto de recuperar y no de retener la posesión.

d) Quien reclama una acción interdictal de retener la posesión pretenderá las siguientes prestaciones, que constituyen el objeto del interdicto:

1. Poner término a la perturbación;

2. Indemnizar al poseedor;

3. Afianzamiento por el demandado de que no volverá a perturbar;

4. Conminar con multa al demandado o arresto para el caso de reincidencia.

e) La procedencia del interdicto, conforme a la tradición romana está supeditada a la reunión de requisitos que constituyen auténticas presupuestas

1. Que haya perturbación conforme al concepto legal de perturbación;

2. Que se reclame dentro de un año;

3. Que el poseedor no haya obtenido la posesión de su contrario por fuerza, clandestinamente o a ruegos.

Acerca del procedimiento y habiendo desaparecido los juicios sumarios, sin haberse sustituido, en cuanto a interdictos, por otro procedimiento con la expedición y sencillez necesaria, debemos estimar que debe seguirse el trámite que corresponde al juicio ordinario civil. Por tanto, en la actualidad, los interdictos son acciones posesorias y no juicios específicos.

g) A pesar de lo establecido en el párrafo que antecede, lo usual es denominar interdicto a la acción interdictal y en el proceso, la parte actora manifiesta: "Vengo a intentar interdicto de retener la posesión", en lugar de manifestar: "Vengo a intentar acción interdictal de retener la posesión."

IX. Acción interdictal de recuperar la posesión.-

Los artículos 17 y 18 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal regulan la acción interdictal de recuperar la posesión. Su texto es el siguiente:

"ARTÍCULO 17.-El que es despojado de la posesión jurídica o derivada de un bien inmueble, debe ser ante todo restituido y le compete la acción de recobrar contra el despojador, contra el que ha mandado el despojo, contra el que a sabiendas y directamente se aprovecha del despojo y contra el sucesor del despojante. Tiene por objeto reponer al despojado en la posesión, indemnizando de los daños y perjuicios, obtener del demandado que afiance su abstención y a la vez conminarlo con multa y arresto para el caso de reincidencia."

"ARTÍCULO 18.-La acción de recuperar la posesión se deducirá dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo. No procede en favor de aquél que, con relación al demandado, posea clandestinamente, por la fuerza o a ruego, pero sí contra el propietario

despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato."

Con base en las dos disposiciones transcritas, conviene que caractericemos los aspectos fundamentales de esta acción interdictal de recuperar la posesión:

a) Es titular de la acción a estudio el tenedor de la posesión jurídica originaria o derivada de un bien inmueble. Si una persona tiene la posesión originaria y otro la derivada, el despojo ha afectado a ambos, por lo que, conjuntamente, en una litisconsorcio activa, reclamarían la recuperación de la posesión. El propietario tiene la posesión originaria y quien posee sólo la posesión útil pero, con admisión de que la posesión originaria pertenece al propietario, es un poseedor derivado. Tienen el carácter de poseedores derivados el arrendatario, el usufructuario, el comodatario y el poseedor en virtud de un derecho de habitación.

b) En esta acción, tendrán el carácter de sujetos pasivos de la misma:

1. El despojador, que es el sujeto que ha realizado los actos que han culminado con la privación de la posesión al demandante;

2. El que ha mandado el despojo. Este es el autor intelectual de los actos por los que se ha quitado la posesión a la persona o personas que fungen como actores.

3. El que se aprovecha del despojo a sabiendas y directamente. En este caso, este sujeto pasivo no realiza los actos de privación pero, ya realizados éstos obtienen beneficio de esa situación de afectación a la posesión jurídica o derivada. Ha de demostrarse que tenía conocimiento del despojo por así requerirlo el dispositivo transcrito. Somos de la opinión de que no existe razón de este requisito pues, aún en el supuesto de que ocupe el inmueble de buena fe, deberá protegerse a quien tenía la posesión antes del despojo, sin someterlo a la necesidad de probar un hecho subjetivo que no siempre habrá dejado secuela capaz de ser probada.

4. El sucesor del despojante. Por este sujeto debemos entender el que ha adquirido derechos de la persona que realizó los actos que culminaron con la privación de la posesión jurídica al actor.

c) El objeto de esta acción interdictal de recuperar la posesión es que el actor recobre la posesión y, complementariamente:

1. Se le indemnice de los daños y perjuicios. Por supuesto que, para ello habrá que probar la existencia de éstos así como su cuantía.

2. Obtener que el demandado afiance su abstención. El precepto es omiso al

no establecer lineamiento alguno para determinar la cuantía de ese afianzamiento. Estimamos que, el juez ha de señalar esa cuantía con base en los elementos que le proporcione la parte actora durante la tramitación del juicio en que se haya hecho valer la acción interdictal que se estudia.

3. Conminar al demandado con multa y arresto para el caso de reincidencia. No se precisa la cuantía de la multa ni tampoco la duración del arresto. Como se trata de una multa y de un arresto decretados por la autoridad civil, debemos considerar que la cuantía de la multa no podrá exceder las previsiones contenidas en el artículo 61 y el arresto no podrá exceder de quince días conforme al artículo 72 del mismo ordenamiento procesal civil. En lo que hace a la reincidencia, no sería ocioso que se determinase la existencia de reincidencia con cualquier participación que tuviera el sujeto en posteriores actos de despojo.

d) Son presupuestos para la procedencia de esta acción interdictal:

1. Que la acción se deduzca dentro del año siguiente a los actos violentos o vías de hecho causantes del despojo. Debe recalcarse que no es a partir de que tenga conocimiento el actor. Esto significa que, si el actor no ha mantenido vigilancia en su predio y el despojo data de época anterior, cabrá la interposición de la acción plenaria de posesión pero, no deberá promover el interdicto de recuperación respectivo.

2. No procede en favor de aquél que, con relación al demandado, posea clandestinamente, por la fuerza o a ruego.

3. Procede contra el propietario despojante que transfirió el uso y aprovechamiento de la cosa por medio de contrato. A este particular, obsérvese que el interdicto de recuperar procede por el poseedor en contra del propietario.

e) En cuanto al procedimiento, al haber desaparecido el juicio sumario, conforme al cual procedía la tramitación de este interdicto, ahora ha de promoverse en juicio ordinario civil, dada la regla de que, si no hay una tramitación especial, ha de realizarse el proceso dentro de lo establecido para el juicio ordinario civil.

X. Acción interdictal de obra nueva.-

Resulta amplio el texto del artículo 19 del Código de procedimientos Civiles, en el que se contienen las características de esta acción:

Al poseedor de predio o derecho real sobre él compete la acción para suspender la conclusión de una obra perjudicial a sus posesiones, su demolición o modificación, en su caso, y la restitución de las cosas al estado anterior a la obra nueva. Compete también al vecino del lugar cuando la obra

nueva se construye en bienes de uso común.

"Se da contra quien la mandó construir, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye.

"Para los efectos de esta acción por obra nueva, se entiende por tal no sólo la construcción de nueva planta, sino también la que se realiza sobre edificio antiguo, añadiéndole, quitándole o dándole una forma distinta.

"El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva. La suspensión quedará sin efecto si el propietario de la obra nueva da, a su vez, contrafianza bastante para restituir las cosas al estado que guardaban antes y pagar los daños y perjuicios que sobrevengan al actor, en caso de que se declare procedente su acción, salvo que la restitución se haga físicamente imposible con la conclusión de la obra o, con ésta, se siga perjuicio al interés social o se contravengan disposiciones de orden público."

Los elementos claves de la acción interdictal de obra nueva, con facilidad se obtienen de la sola lectura del dispositivo que antecede por lo que, sólo nos limitaremos a puntualizar algunos comentarios sobre el precepto:

a) Constituyen el objeto de esta acción interdictal:

1. La suspensión de la conclusión de la obra nueva perjudicial al poseedor de predio o derecho real sobre el mismo;
2. La demolición de la obra nueva;
3. La modificación de la obra nueva;
4. Restitución de las cosas al estado anterior de la obra nueva.

b) Pueden ser sujetos actores en esta acción:

1. El poseedor del predio afectado por la obra nueva;
2. El poseedor de derecho real sobre el predio afectado por la obra nueva;
3. El vecino del lugar si la obra nueva se construye en bienes de uso común.

c) Es sujeto pasivo de la acción, quien mandó construir la obra nueva, sea poseedor o detentador de la heredad donde se construye. Consideramos que, sería pertinente establecer presuncionalmente que el interdicto procede contra

quien tiene el carácter de propietario o poseedor del inmueble en el que se construye la obra nueva, salvo que él demuestre que la obra nueva es imputable a otra persona que construye.

d) A diferencia de las dos acciones interdictales antes examinadas, en esta interdicto se produce una medida inmediata por parte del juzgador quien puede decretar la suspensión de la construcción hasta que el juicio se resuelva. Este es un auténtico interdicto a la manera, romana pues, se establece una resolución de inmediato, sujeta al resultado del juicio correspondiente. La única salvedad es la existencia de la fianza que se establece para garantizar los daños y perjuicios. No se dan más elementos para cuantificar la fianza y la contrafianza que, los daños y perjuicios que pueden causarse. Si se trata de fianza, los daños y perjuicios que pueden originar la suspensión de la obra. Si se trata de contrafianza, los daños y perjuicios que sobrevengan al actor por la conclusión o avance de la obra nueva.

XI. Acción interdictal de obra peligrosa.-

La acción interdictal de obra peligrosa está prevista y regulada por el artículo 20 del Código de Procedimientos Civiles que dispone:

"La acción de obra peligrosa se da al poseedor jurídico o derivado de una propiedad contigua o cercana que pueda resentirse o padecer por la ruina o derrumbe de la otra, caída de un árbol u otro objeto análogo; y su finalidad es la de adoptar medidas urgentes para evitar los riesgos que ofrece el mal estado de los objetos referidos; obtener la demolición total o parcial de la obra o la destrucción del objeto peligroso. Compete la misma acción a quienes tengan derecho privado o público de paso por las inmediaciones de la obra, árbol u otro objeto peligroso.

"El juez que conozca del negocio podrá, mediante fianza que otorgue el actor para responder de los daños y perjuicios que se causen al demandado, ordenar desde luego y sin esperar la sentencia, que el demandado suspenda la obra o realice las obras indispensables para evitar daños al actor."

Tanto en esta acción interdictal como en la anterior, se tornan providencias suspensivas antes de la sentencia. Somos de la opinión que, tales providencias suspensivas deberán tramitarse en forma incidental, al igual que todo lo relativo al afianzamiento.

En cuanto al procedimiento de fondo, la tramitación deberá estar sujeta a la regulación que corresponde al juicio ordinario civil.

XII. Acciones de terceros

La intervención de terceros, con derecho propio, en un juicio seguido por personas diferentes, está prevista en los artículos 21, 22 y 23 del Código de Procedimientos Civiles en estudio:

"ARTÍCULO 21.-Compete acción a un tercero para coadyuvar en el juicio seguido contra su codeudor solidario. Igual facultad corresponde al tercero cuyo derecho dependa de la subsistencia del derecho del demandado o del actor. El deudor de obligación indivisible que sea demandado por la totalidad de la prestación, puede hacer concurrir a juicio a sus codeudores, siempre y cuando su cumplimiento no sea de tal naturaleza que sólo pueda satisfacerse por el demandado."

"ARTÍCULO 22.- El tercero obligado a la evicción deberá ser citado a juicio oportunamente para que le pare perjuicio la sentencia.

"El demandado que pida sea llamado el tercero, deberá proporcionar el domicilio de éste, y si no lo hace no se dará curso a la petición respectiva; si afirmare que lo desconoce, deberá exhibir el importe de la publicación de los edictos para notificar al tercero en esta forma.

ARTICULO 23.-El tercenista que intente excluir los derechos del actor y del demandado o los del primero solamente, tiene la facultad de concurrir al proceso o de iniciar uno nuevo, en el caso de que ya se haya dictado sentencia firme en aquél."

Obviamente, en los preceptos que anteceden no sólo se incluye la intervención de terceros para que ejerciten las acciones que tengan respecto al problema debatido en un juicio determinado, sino que también se les llama para que les traiga perjuicio la sentencia que se dicte en un juicio en que se elucidan cuestiones vinculadas con sus derechos y sus obligaciones.

Examinaremos separadamente las diversas hipótesis en que podría un tercero ejercer derechos de acción en juicio a los que sea llamado o en los que, él ha acudido para deducir derechos propios:

a) Un tercero interpone tercería coadyuvante en la que ejerce acción para coadyuvar en el juicio seguido contra su codeudor solidario. Supongamos que el tercero tiene el carácter de fiador de un contrato de arrendamiento y debe pagar las rentas solidariamente con el inquilino. El artículo 21 del Código de Procedimientos Civiles no indica con cuál de las dos partes se coadyuva por el tercero.

Somos del criterio de que el tercero puede coadyuvar con alguna de las dos partes, no con las dos. Unos ejemplos nos permitirán justificar la anterior información:

1) En la hipótesis de que el inquilino deudor tenga bienes con qué responder del adeudo a su cargo, el tercero fiador podría coadyuvar para determinar esos bienes y que el adeudo se hiciera efectivo totalmente en el patrimonio del deudor. En este caso, la coadyuvancia del tercero se orientaría a favor de la parte actora;

2) En el supuesto de que el arrendador hubiera demandado al arrendatario y éste estuviera deficientemente defendido y corriese el peligro de no demostrar que ha hecho pagos de rentas, el tercero coadyuvaría con él en el juicio correspondiente, en la forma que autoriza el artículo 21 citado.

b) Un tercero interpone tercería coadyuvante con el actor o con el demandado cuando su derecho depende de la subsistencia del derecho de la parte actora o demandada con la que coadyuva. Supongamos que se trata de un subarrendatario y el propietario del inmueble sigue un juicio en contra del arrendatario. En esta situación, el subarrendatario puede acudir al juicio y hacer valer acción propia en contra del propietario.

En el caso señalado, el tercero coadyuvará con el demandado. También puede colaborar con la parte actora. Supongamos que un comerciante reclama el pago de una suma de cien mil pesos que se le adeuda, de la que deberá entregar a su comisionista la cantidad del veinte por ciento, el comisionista es un tercero cuyo derecho depende de la subsistencia del derecho de la parte actora.

c) Un tercero es codeudor, no solidario, sino mancomunado del demandado y se le reclama el total del adeudo al demandado quien también es deudor mancomunado. El tercero es traído a juicio obligatoriamente en los términos del artículo 21 del Código de Procedimientos Civiles pero, ello no excluye la posibilidad de que, haya valer acciones que pudiera tener. Así podría darse el caso de que, reclamara la nulidad del acto jurídico del que deriva su carácter de deudor mancomunado.

d) También el tercero vendedor, obligado a la evicción, puede ser llevado obligadamente al juicio en el que se pretende afectar a su comprador pero, ya en juicio, puede ejercer las acciones que tenga en contra del actor. Por ejemplo, si el actor en ese juicio se hubiese reclamado la reivindicación a su comprador, puede el tercero, en su carácter de vendedor y antiguo propietario intentar la acción de nulidad del título exhibido por el actor. Si la sentencia le habrá de parar efectos al tercero, lógico es que, tiene facultades para intentar las acciones, excepciones y defensas que tenga en contra del derecho de

acción ejercitado por el actor en contra de su comprador.

e) El tercero puede intentar acción para excluir los derechos de propiedad que tenga sobre bienes afectados en un juicio entre sujetos diferentes a él. Esta intervención se denomina tercería excluyente de dominio y se puede intentar aún ya dictada la sentencia ejecutoria.

De la misma manera, puede intentar acción para que se reconozca sus derechos de preferencia sobre el patrimonio del demandado. A esta intervención del tercero se le denomina tercería excluyente de preferencia

Hemos incluido las acciones de tercero, dentro del estudio de las acciones habida cuenta de que, el Código de Procedimientos Civiles las comprende dentro del capítulo de acciones, aunque el trámite estará sujeto a las reglas que se comprenden en un título y capítulo especialmente destinado a regular el proceso de tercerías.

Para concluir este apartado referente a las acciones de terceros, queremos establecer un comentario con respecto al segundo párrafo del artículo 22 del código en estudio:

Ha de proporcionarse por quien desea que el tercero sea llamado a juicio el domicilio de ese tercero. Si no lo hace, no se dará curso a su petición. Si desconoce el domicilio del tercero, deberá exhibir el importe de la publicación de los edictos para notificar al tercero en esta forma. Desde el punto de vista práctico, no es posible conocer el importe de esas publicaciones pues dependerá del número de palabras que lleve el edicto correspondiente y que se redactará en el juzgado. Por tanto, se puede exhibir una cantidad prudente y hacerse el ofrecimiento de completarla en caso de faltante o bien, determinar que se recogerá el sobrante.

D) Acciones del estado civil.

Las acciones del estado civil no se pueden considerar acciones reales. El Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal tampoco las cataloga como acciones personales. Como no es de trascendencia atribuirles el carácter de reales o de personales, nos limitaremos a su conocimiento.

En forma genérica las previene el artículo 24 del Código de Procedimientos Civiles, cuyo texto determina:

"Las acciones de estado civil tienen por objeto las cuestiones relativas al

nacimiento, defunción, matrimonio o nulidad de éste, filiación, reconomiento, emancipación, tutela, adopción, divorcio y ausencia, o atacar el contenido de las constancias del Registro Civil para que se anulen o rectifiquen. Las decisiones judiciales recaídas en el ejercicio de acciones de estado civil perjudican aún a los que no litigaron.

"Las acciones de estado civil fundadas en la posesión de estado producirán el efecto de que se ampare o restituya a quien la disfrute contra cualquier perturbador."

Es indispensable precisar que, en las acciones del estado civil, ha de partirse del supuesto de que, se trata de un procedimiento contencioso dirigido contra quien vaya a tener el carácter de demandado que, normalmente será la persona que está vinculada con el actor en el estado civil de que se trate. En tal situación, tendrá el carácter de actor en una nulidad de matrimonio uno de los cónyuges y el carácter de demandado el otro cónyuge. Habrá casos en que tendrá el carácter de demandado el Director del Registro Civil como cuando se trata de una rectificación contenciosa de una acta del estado civil.

Por supuesto que, si se trata de un procedimiento no contencioso referente al estado civil de las personas, no debe pensarse en el ejercicio del derecho de acción, sino únicamente en el ejercicio del derecho de petición.

Es recomendable, por todos conceptos, que antes de iniciarse una acción del estado civil, se haga una revisión minuciosa de los dispositivos sustantivos contenidos en el Código Civil para determinar todas las características de la acción. Un ejemplo podrá ilustrar la fundamentación de este aserto: En el caso de nulidad de matrimonio, en virtud de lo estatuido por varios artículos, se da la titularidad de la acción de nulidad de matrimonio a personas diferentes:

El artículo 236 del Código Civil para el Distrito Federal da acción de nulidad de matrimonio por error, sólo al cónyuge engañado.

Cuando ha faltado el consentimiento de los ascendientes en matrimonios en que era necesario tal consentimiento, la nulidad sólo podrá reclamarse por aquel o aquellos a quienes tocaba prestar dicho consentimiento (artículo 238).

En el caso de que el consentimiento faltante sea el del tutor o del juez, la reclamación de nulidad la podrá hacer valer el tutor o cualquiera de los cónyuges (artículo 240).

La nulidad por parentesco de consaguinidad puede ser exigida en acción que puede intentar cualquiera de los cónyuges, los ascendientes y el Ministerio

Público (artículo 242).

La acción de nulidad proveniente del atentado contra la vida de alguno de los cónyuges para casarse con el que quede libre, puede ser deducida por los hijos del cónyuge víctima del atentado, o por el Ministerio Público, dentro del término de seis meses, contados desde que se celebró el nuevo matrimonio (artículo 244).

Cuando la causa de nulidad es el miedo o la violencia, la reclamación se puede deducir por acción concedida sólo al cónyuge agraviado (artículo 245) .

La falta de formalidades esenciales para la validez del matrimonio, es motivo de nulidad, mediante acción que puede deducirse por cualquiera de los cónyuges, por el Ministerio Público y por cualquiera que tenga interés en probar que no hay matrimonio (artículo 249).

Cuando la nulidad deriva del hecho de la subsistencia de un matrimonio anterior, la titularidad de la acción se concede al cónyuge del primer matrimonio, a sus hijos o herederos y a los cónyuges que contrajeron el segundo matrimonio. Si estas personas no deducen la acción de nulidad, la deducirá el Ministerio Público (artículo 248) .

E) Acciones personales.-

En las acciones personales no responde un bien determinado, sino que de sus consecuencias y resultados responde el sujeto pasivo con todo su patrimonio.

El concepto legal de las acciones personales deriva del texto del artículo 25 del Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal:

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

De ninguna manera ha de considerarse que todas las acciones personales se habrán de localizar en el Código de Procedimientos Civiles pues, como ya constatamos con las acciones del estado civil, el ordenamiento sustantivo, con suma frecuencia, determina acciones a ejercitarse. Por tanto, siempre que se pretenda el ejercicio de acciones, ha de realizarse una búsqueda minuciosa en ambos códigos, en el Código Civil y en el de Procedimientos Civiles.

Procederemos al estudio sucinto de las acciones personales que contiene el

capítulo de acciones en el citado Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal:

I. Acción por enriquecimiento sin causa.-

Las características de la acción por enriquecimiento sin causa están previstas en el artículo 26 del código:

- a) Tiene el carácter de actor el perjudicado por un enriquecimiento sin causa;
- b) Será demandado quien se enriqueció con detrimento de otro;
- c) El objeto de la acción será exigir una indemnización que se cuantificará con la medida en la que la parte demandada se enriqueció.

II. Acción de otorgamiento de título.-

La falta de título legal en el actor, da pábulo al ejercicio de la acción respectiva para otorgamiento de título conforme al artículo 27 del Código de Procedimientos Civiles.

Son elementos que concurren en esta acción:

- a) Será actor el sujeto que carece de título legal y que, por ese hecho es perjudicado. Estimamos que, el vocablo "perjudicado" que utiliza el dispositivo legal, no debe interpretarse en el sentido de que necesariamente haya resentido perjuicios conforme al concepto que de éstos da el Código Civil. Debemos considerar como perjudicado a todo sujeto que teniendo derecho a que se le otorgue el título legal correspondiente, no se le extienda el documento adecuado;
- b) Será demandado la persona que está obligado a extender el título que ha omitido;
- c) Es objeto de la acción que el obligado extienda el documento correspondiente.

Es oportuno que señalemos que, también será fundamento de esta acción el artículo 1833 del Código Civil, dado su texto:

"Cuando la ley exija determinada forma para un contrato, mientras que éste no revista esa forma no será válido, salvo disposición en contrario; pero si la voluntad de las partes para celebrarlo consta de manera fehaciente, cualquiera de ellas puede exigir que se dé al contrario la forma legal."

También es conveniente señalar que, ya en ejecución de sentencia, en caso de

que se haya ejercido esta acción, el juzgador podrá otorgar el documento en rebeldía.

Sobre el particular, determina el artículo 517 del Código de Procedimientos Civiles:

I.- "Si la sentencia condena a hacer alguna cosa, el juez señalará al que fue condenado un plazo prudente para el cumplimiento, atendidas las circunstancias del hecho y de las personas.

II.-"Si pasado el plazo el obligado no cumpliera, se observarán las reglas siguientes.

"III. Si el hecho consiste en el otorgamiento de algún instrumento o la celebración de un acto jurídico, el juez lo ejecutara por el obligado, expresándose en el documento que se otorgó en rebeldía."

III. Acción de jactancia.-

Con características muy peculiares, distintivas de los caracteres clásicos en las acciones, se consagraba en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal la acción de jactancia.

Establecía esta acción la fracción I del artículo 32 del citado ordenamiento, cuyo texto expresaba:

'A nadie puede obligarse a intentar o proseguir una acción contra su voluntad, excepto en los casos siguientes:

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

Este juicio se substanciará sumariamente. No se reputará jactancioso al que en algún acto judicial o administrativo se reserva los derechos que pueda tener contra alguna persona o sobre alguna cosa. La acción de jactancia prescribe a los tres meses desde la fecha en que tuvieron lugar los dichos y hechos que la originan;"

Lo más peculiar de la acción de jactancia es que se ejercitaba la acción para obligar al sujeto reo a ejercitar una acción.

En el significado literal de la palabra jactancia hallamos una actitud de una persona que formula una alabanza propia de carácter presuntuosa. El jactancioso se coloca en una situación de superioridad en relación con el perjudicado por su postura.

La jactancia es perjudicial para el afectado en virtud de que, ante los demás, que han tomado conocimiento de la actitud jactanciosa, ha desmerecido el crédito de ese sujeto pasivo de la jactancia, dado que, aparece como una persona que no ha cumplido con sus obligaciones, puesto que la acción la posee el sujeto pretensor en la obligación principal. Igualmente, le daña la jactancia al sujeto paciente de ella pues, lo coloca en una situación de incertidumbre que es lesionadora del valor jurídico "seguridad".

a) Es sujeto demandado en la acción de jactancia la persona que públicamente se jacte de que otro es su deudor, o de que tiene que deducir derechos sobre alguna cosa que otro posee. Somos del criterio de que, si debe subsistir la acción de jactancia, con lo que estamos de acuerdo, dada la afectación que provoca, es conveniente que se suprima el requisito enmarcado, en el adverbio "públicamente" pues ello da lugar a dificultades de prueba y de determinación judicial de lo que puede interpretarse como "públicamente". Públicamente es lo que se hace de un modo público y, a su vez, por público hemos de entender aquello que es notorio, que es manifiesto, que se hace del conocimiento de la comunidad, sin reserva, sin recato, sin discreción, sin confidencia, sin secreto.

Procedía la acción de jactancia en contra del presunto tenedor de una acción real o personal. Ambas están comprendidas en la fraseología: "se jacte de que otro es su deudor, o de que tiene que deducir derechos sobre alguna cosa que otro posee". Hubiera sido suficiente con que se hubiera dicho: "Procede la acción de jactancia en contra del presunto tenedor de una acción que ejercitar", sin condicionar su ejercicio al requisito de "públicamente" y sin determinar limitación a la acción que pudiera tenerse.

b) Es sujeto actor o demandante en la acción de jactancia el poseedor de la cosa respecto de la cual se ha indicado por el jactancioso que se deducirán derechos o la persona a la que se ha imputado ser deudor del jactancioso.

Debemos considerar que podía tener el carácter de jactancioso, no sólo una persona física, sino también una persona moral cuando la jactancia ha procedido de un representante legal de ese ente jurídico. En el mismo orden de ideas, podía tener el carácter de jactancioso un sujeto incapacitado, si su representante legal o su tutor, se jactan de un derecho de acción del que sea

titular el incapacitado.

c) Es objeto de la acción de jactancia obligar al jactancioso a deducir la acción que afirme tener dentro del plazo que le señale el juzgador, apercibido de que, si no lo hace, se le tendrá por desistido de la acción que haya sido materia de la jactancia.

El sujeto al que se le imputa la jactancia puede excepcionarse con la manifestación de que no se ha jactado públicamente de que posee alguna acción en contra de quien funge como actor en el juicio de jactancia. En este aspecto, será a cargo del actor en la jactancia probar que ha habido el elemento consistente en el adverbio "públicamente" que es una expresión que requerirá aún involuntariamente cierta calificación subjetiva del juzgador.

Debemos dar relevancia al hecho de que, el juez no debe fijar el plazo para deducir la acción, sino hasta que dicte sentencia en el juicio que se instaure a través del ejercicio de la acción de jactancia. Por tanto, el actor tiene tiempo sobrado para preparar su demanda si es que tiene alguna acción que ejercitar.

El legislador sintió la necesidad de que fuera expedita la resolución relativa a la acción de jactancia intentada y, por ello, en el artículo 32 del Código de Procedimientos Civiles se establecía que el juicio se tramitará sumariamente pero, con la derogación del juicio sumario, la acción de jactancia había de promoverse en juicio ordinario civil.

Por considerar el legislador arcaica la acción de jactancia y por haber caído en desuso derogó la fracción I del artículo 32 del citado Código, en Diario Oficial del 10 de enero de 1986.

IV. Acción forzada

Además de la acción de jactancia en la que el actor es obligado a ejercer su derecho procesal de acción, nos encontramos con otros dos casos, previstos por el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en los que el actor no ejerce voluntariamente el derecho de acción, sino que se ve compelido a ello.

Sobre el particular, determina el artículo 32 del citado ordenamiento adjetivo:

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

"II. Cuando por haberse interpuesto tercería ante un juez menor por cuantía mayor de la que fija la ley para los negocios de su competencia, se hayan remitido los autos a otro juzgado y el tercer opositor no concurra a continuar la tercería;

"III. Cuando alguno tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otro, a quien pueda exigir que la deduzca, oponga o continúe desde luego; y si excitado para ello se rehusare, lo podrá hacer aquél."

En el supuesto de la fracción II transcrita, podrá tener el carácter de actor, en la acción para forzar el ejercicio de la acción, el que sea demandante o demandado en el juicio en que se haya interpuesto la tercería. El demandado en el caso de la fracción II será el tercerista que no concurra a continuar la tercería ante un juzgado con competencia distinta desde el punto de vista de la cuantía. El objeto de esta acción es el de que se continúe la actuación del tercero en la tercería y no se detenga el juicio que espera la devolución de los autos.

Emitimos criterio en el sentido de que, el medio adecuado de excitar la actuación del tercerista establecido por la mencionada fracción 11, no es lo apropiado que fuera de desearse pues, se requiere todo un juicio nuevo para forzar al tercerista.

Lo ideal sería que se sustituyera la fórmula por un sobreseimiento por inactividad del tercerista y volvieran los autos al juzgado de su origen para que pudiera concluir el primer juicio.

Dentro de la situación prevista por la fracción III transcrita, nos encontramos con una acción para llegar a la sustitución procesal. En efecto, el actor será quien tenga acción o excepción que dependa del ejercicio de la acción de otro. Tendrá el carácter de demandado el titular de la acción o excepción que no la ha deducido, que no la ha opuesto o que no la ha continuado. El objeto de la acción es excitarlo para que la deduzca, la oponga o la continúe. Si esta acción que fuerza a la acción y a la excepción también concluye con una sentencia favorable, se obligará al tenedor de la acción o de la excepción a que la deduzca, la oponga o la continúe.

Primero, se le excitará para ello, si excitado se rehusare, lo podrá hacer el actor en el juicio tendiente a obligarlo a la acción o a la excepción.

El problema es que, mientras dura el juicio en que se trata de obligar a la

acción o a la excepción, puede perderse la oportunidad procesal para oponer la excepción o para hacer valer la acción. Por supuesto que, el precepto indica la necesidad de la celeridad con la frase "desde luego" pero, la intención del legislador queda trunca pues, ya desapareció el juicio sumario y no fue sustituido por procedimiento expedito que pudiera dar cabal cumplimiento a la intención de expedición.

Por lo menos el legislador debió haber remitido al incidente tratándose de la interposición de excepciones.

F) Acciones previstas en la Legislación Civil

Tomaremos del Código Civil para el Distrito Federal algunas acciones previstas en él y que pueden ser de utilidad con mayor frecuencia:

I. Acción para la división de cosa común

Quienes se hallan bajo un régimen de copropiedad no están obligados a permanecer indefinidamente pro-indiviso. En esa virtud, el artículo 939 del Código Civil les concede la acción de división de cosa común:

"Los que por cualquier título tienen el dominio legal de una cosa, no pueden ser obligados a conservarlo indiviso, sino en los casos en que, por determinación de la ley, el dominio es indivisible."

Complementa ese dispositivo lo preceptuado en el artículo 940 del mismo ordenamiento:

"Si el dominio no es divisible, o la cosa no admite cómoda división y los partícipes no se convienen en que sea adjudicada a alguno de ellos, se procederá a su venta y a la repartición de su precio entre los interesados."

La facultad de división de cosa común ha de ser planeada ante el juez por uno o varios de los copropietarios como actores y uno o varios de los copropietarios como demandados y el objeto de la acción será establecer una división equitativa de la cosa común y, en el caso de que el dominio no sea divisible, o la cosa no admita cómoda división, o los partícipes no convengan a quién de ellos se adjudica la cosa, el juez tomará la resolución necesaria--- para que se proceda a la venta de la cosa y a la repartición de su precio entre los interesados.

Según lo dispone el artículo 979 del mismo cuerpo de leyes sustantivas, son

aplicables a la división entre partícipes las reglas concernientes a la división de herencias.

La existencia de la acción que se menciona data del Derecho Romano. Al respecto, nos ilustra Eugene Petit' al exponer: "Si las personas que están en la indivisión no han podido entenderse para dividir amistosamente cada una de ellas tiene derecho a provocar una partición judicial, ejercitando la acción `communi dividundo', cuando se trata de objetos particulares indivisos entre copropietarios, o la acción `familiae erciscundae', en caso de sucesión indivisa entre coherederos."

II. Acción de nulidad

La acción de nulidad no tiene una consagración especial en el Código de Procedimientos Civiles pero, podemos derivarla de algunas disposiciones del Código Civil, en forma genérica, ya que específicamente está plasmada en gran número de disposiciones como lo constatamos cuando hicimos referencia a la nulidad de matrimonio.

La disposición más general en materia de nulidad la tenemos en el artículo 89 del Código Civil para el Distrito Federal que señala:

"Los actos ejecutados contra el tenor de las leyes prohibitivas o de interés público serán nulos, excepto en los casos en que la ley ordene lo contrario."

Respecto de los contratos en general, dispone el artículo 1795 del Código Civil: "El contrato puede ser invalidado:

"I. Por incapacidad legal de las partes o de una de ellas;

"II. Por vicios del consentimiento;

"III. Porque su objeto, o su motivo o fin, sea ilícito;

"IV. Porque el consentimiento no se haya manifestado en la forma que la ley establece."

La acción de nulidad la ejercerá la parte del acto jurídico que resulte afectada por la irregularidad del mismo y la parte demandada será la parte que derive prerrogativas del acto nulo. El objeto de la acción será que se declare la nulidad del acto y se le prive judicialmente de sus efectos y, en su caso, que se vuelvan las cosas al estado que tenían antes del acto nulo y, de no ser posible,

se condene al pago de daños y perjuicios.

En materia de -la acción de nulidad, es recomendable consultar los artículos 2226, 2229, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241 v 2272 del Código Civil del DF

III. Acción de simulación

Suele acontecer que a un acto jurídico aparentemente válido pero, afectado de nulidad por simulación, se le pretenden dar efectos como si fuera real por lo que, se ha establecido la acción de simulación para precaverse de él.

Establece el artículo 2180 del Código Civil:

"Es simulado el acto en que las partes declaran o confiesan falsamente lo que en realidad no ha pasado o no se ha convenido entre ellas."

La simulación da lugar a la nulidad que está regulada por los artículos 2181 y 2182 del mismo cuerpo legal:

"ARTÍCULO 2181.-La simulación es absoluta cuando el acto simulado nada tiene de real; es relativa cuando a un acto jurídico se le da una falsa apariencia que oculta su verdadero carácter."

"ARTICULO 2182.-La simulación absoluta no produce efectos jurídicos. Descubierta el acto real que oculta la simulación relativa, ese acto no será nulo si no hay ley que así lo declare."

La nulidad de los actos simulados puede ser solicitada por los terceros perjudicados con la simulación, o el Ministerio Público cuando ésta se cometió en transgresión de la ley o en perjuicio de la hacienda pública (artículo 2183).

Es objeto de la acción, además de la declaración de nulidad, la restitución de la cosa o el derecho a quien pertenezca, con sus frutos e intereses, si los hubiere; pero si la cosa o el derecho ha pasado a título oneroso a un tercero de buena fe, no habrá lugar a la restitución. Igualmente subsistirán los gravámenes impuestos a favor de tercero de buena fe (artículo 2184).

IV. Acción de nulidad por actos en fraude de acreedores

El interés de los acreedores está protegido por la acción de nulidad en contra de los actos que su deudor realiza para defraudarlos. A esta acción que data del Derecho Romano aún se le conoce con su nombre tradicional de acción "pauliana". Sobre la acción pauliana nos dice Eugéne Petit: "La acción pauliana se da a los acreedores para hacer rescindir los actos que hubiese realizado fraudulentamente el deudor en su perjuicio. Encuentra su aplicación cuando los bienes del deudor han sido vendidos, sin haber sido pagados íntegramente los acreedores. En una época incierta, pero anterior a Cicerón, el pretor Paulo le permitía ejercitar en el término de un año, desde la `bonorum venditio', una acción destinada a revocar los actos realizados por el deudor en fraude a sus derechos."

La regulación de la acción pauliana es muy amplia en el Código Civil, dado que los artículos del 2163 al 2179 establecen diversas normas alrededor de los problemas que suscita la nulidad de los actos celebrados en fraude de acreedores.

En obvio de extensión a este trabajo pero, no sin antes recomendar la lectura minuciosa de los dispositivos citados, nos permitimos reproducir el artículo más general que es el 2163:

V. Acción de rescisión

Ante una situación de incumplimiento del sujeto pasivo de la relación jurídica, optativamente, tiene derecho el sujeto pretensor o sujeto activo, a escoger entre la acción de rescisión o la acción de cumplimiento.

Esta posibilidad de opción entre ambas acciones se previene en el artículo 1949 del Código Civil:

"La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

"El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible."

Ya en particular, respecto a la rescisión el Código Civil, fija las siguientes reglas que complementan la anterior:

"ARTÍCULO 1950.-La resolución del contrato fundado en falta de pago por parte del adquirente de la propiedad de bienes inmuebles u otro derecho real sobre los mismos no surtirá efecto contra terceros de buena fe, si no se ha estipulado expresamente y ha sido inscrito en el Registro Público en la forma

prevenida por la ley."

A contrario sensu, si se ha estipulado expresamente que el contrato producirá efectos contra tercero y ha sido inscrito expresamente el contrato en el Registro Público, se dará al lado de la acción rescisoria la acción persecutoria frente a tercero que permitirá que el actor obtenga la restitución de la cosa, aún encontrándose en manos de tercero.

Indica el artículo 1951 del Código Civil que, respecto de bienes muebles, no tendrá lugar la rescisión, salvo lo previsto para la venta en la que se faculte al comprador a pagar el precio en abonos.

Esta disposición que se encuentra tan oculta en el Código Civil, es de gran aplicación en el terreno práctico pues, todas las empresas que se dedican a la venta de bienes muebles en abonos, previenen la rescisión del contrato ante el incumplimiento del comprador, en el entendido de que, la persecución contra terceros para la obtención de restitución del bien depende de la inscripción en el Registro Público, y son inscribibles en el Registro Público los bienes identificables de naturaleza mueble. Consúltense los artículos 2310, 2311, 2312, 2313, 2314 y 2315 del Código Civil.

VI. Acción de cumplimiento forzado

En la situación de incumplimiento de una obligación por uno de los sujetos de la relación jurídica sustantiva, ya hemos establecido al estudiar la acción anterior que, el sujeto pretensor puede elegir entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos (artículo 1949 del Código Civil).

Por supuesto que no podrá intentar ambas acciones por ser contradictorias pero, sí podrá pedir la rescisión del contrato después de haber optado por el cumplimiento forzado, si éste resultare imposible (artículo 1949 del Código Civil).

El actor fundará su derecho en un acto o un hecho jurídico del que derive una prerrogativa a su favor y un deber a cargo de la parte demandada. La parte demandada será el sujeto obligado que ha incurrido en un presunto incumplimiento de uno o de varios deberes a su cargo.

El objeto de la acción será obtener el cumplimiento forzado de la conducta debida más el resarcimiento de daños y perjuicios.

La obligación de pago adicional de daños y perjuicios en caso de incumplimiento está reiterada por lo dispuesto en el artículo 2104 del Código Civil que dispone:

"El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios en los términos siguientes:

"I. Si la obligación fuere a plazo, comenzará la responsabilidad desde el vencimiento de éste;

"11. Si la obligación no dependiere de plazo cierto, se observará lo dispuesto en la parte final del artículo 2080.

"El que contraviene una obligación de no hacer pagará daños y perjuicios por el solo hecho de la contravención."

VII. Acción rehibitoria

Desde el Derecho Romano el vendedor tenía la obligación, entre otras, de otorgar garantía al comprador, en razón de los vicios ocultos, que afectaban a la cosa vendida y que disminuían su valor. En virtud de la intervención de los ediles curules se tomó la medida de otorgar al comprador la acción redhibitoria que tiende a la resolución de la venta y a la restitución íntegra del precio con sus intereses. También se le otorgaba la acción estimatoria o *quantis minoris* que llevaba a una disminución en el precio.

En el subtítulo de esta acción hemos utilizado la denominación de origen romano en atención a su arraigo y con el objeto de que se sepa a qué se hace referencia cuando se utiliza ese nombre. Si quisiéramos señalar la denominación moderna 'acorde con los objetivos de tutela jurídica, la llamaríamos "acción de rescisión por vicios ocultos" y además mencionaríamos que los vicios ocultos también dan lugar a la acción estimatoria de reducción del precio. Todavía el adquirente de una cosa con vicios ocultos tiene la opción de elegir entre una u otra acción, según lo constataremos con la referencia a nuestro derecho vigente.

Señala el artículo 2142 del Código Civil:

"En los contratos conmutativos, el enajenante está obligado al saneamiento por los defectos ocultos de la cosa enajenada que la haga impropia para los usos a que se la destina, o que disminuyan de tal modo este uso, que de haberlo

conocido el adquirente no hubiere hecho la adquisición o habría dado menos precio por la cosa."

Esta disposición es más amplia que la simple compraventa de cosas con vicios ocultos pues abarca otros actos jurídicos en los que se transmite el dominio de una cosa que posteriormente la transmisión del patrimonio.

La obligación de responder de los vicios ocultos tiene una excepción que marca el artículo 2143 del Código Civil:

"El enajenante no es responsable de los defectos manifiestos o que estén a la vista, ni tampoco de los que no lo están, si el adquirente es un perito que por razón de su oficio o profesión debe fácilmente conocerlos."

La consagración de las dos acciones derivadas de la existencia de vicios ocultos cuando no se produce la excepción asentada, se halla en el artículo 2144 del ordenamiento civil:

"En los casos del artículo 2142, puede el adquirente exigir la rescisión del contrato y el pago de los gastos que por él hubiere hecho, o que se le rebaje una cantidad proporcionada del precio, a juicio de peritos."

Adicionalmente, para el caso de mala fe en el enajenante se determina adicionalmente el pago de daños y perjuicios, si se prefiere la rescisión:

ARTICULO 2145.- Si se probare que el enajenante conocía los defectos de la cosa y no los manifiesto al adquirente, tendrá a este la misma facultad que le concede el artículo anterior, debiendo, además, ser indemnizado de los daños y perjuicios si prefiere la rescisión."

En relación a las acciones que nacen de los vicios ocultos en la cosa enajenada, varios dispositivos fijan reglas complementarias que a continuación se transcriben:

"ARTÍCULO 2146.-En los casos en que el adquirente pueda elegir la indemnización o la rescisión del contrato, una vez hecha por él la elección del derecho que va a ejercitar, no puede usar del otro sin el consentimiento del enajenante."

"ARTÍCULO 2147.-Si la cosa enajenada pereciere o mudare de naturaleza a

consecuencia de los vicios que tenía y eran conocidos del enajenante, éste sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios."

"ARTÍCULO 2148.-Si el enajenante no conocía los vicios, solamente deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, en el caso de que el adquirente los haya pagado."

"ARTÍCULO 2149.-Las acciones que nacen de lo dispuesto en los artículos del 2142 al 2148 se extinguen a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa enajenada, sin perjuicio de lo dispuesto en el caso especial a que se refieren los artículos 2138 y 2139."

En las acciones de rescisión y de reducción de precio, el actor lo es quien tiene el carácter de adquirente en contrato conmutativo y el demandado es la persona que tiene la calidad de enajenante. El objeto de las acciones, será la rescisión del contrato con las prestaciones adicionales anotadas o la disminución del precio.

La obligación del vendedor de garantizar las calidades de la cosa está establecida en el artículo 2283 del Código Civil:

"ARTÍCULO 2283.-El vendedor está obligado:

II. A garantizar las calidades de las cosas;"

Reglas generales sobre las acciones establecidas en el código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal

I. La acción debe ser ejercitada por- su titular o por su representante

Determina el artículo 29 del citado código que ninguna acción puede ejercitarse sino por aquel a quien compete o por su representante legítimo.

La regla anterior tiene las excepciones que textualmente expresa el precepto aludido: "No obstante eso; el acreedor puede ejercitar las acciones que competen a su deudor cuando conste el crédito de aquél en título ejecutivo y, excitado éste para deducirlas, descuide o rehúse hacerlo. El tercero demandado puede paralizar la acción pagando al demandante el monto de su crédito.

"Las acciones derivadas de derechos inherentes a la persona del deudor nunca se ejercitarán por el acreedor.

"Los acreedores que acepten la herencia que corresponda a su deudor ejercerán las acciones pertenecientes a éste, en los términos en que el Código Civil lo permita.

Por su claridad, el dispositivo parcialmente transcrito no requiere exégesis especial.

II. Acciones contra los herederos del deudor

En la herencia se transmite a herederos o legatarios el patrimonio no personalísimo del de cujus, por lo que se incluyen los derechos y las obligaciones (artículo 1281 del Código Civil para el Distrito Federal).

El heredero es adquirente a título universal y responde de las cargas de la herencia hasta donde alcance la cuantía de los bienes que hereda (artículo 1284 del Código Civil).

Por su parte, el legatario adquiere a título particular y no tiene más cargas que las que expresamente le imponga el testador, sin perjuicio de su responsabilidad subsidiaria con los herederos (artículo 1285 del Código Civil).

En congruencia con esas disposiciones sustantivas, en el artículo 30 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, se reitera la operancia de las acciones que se tengan contra los herederos, derivadas de la transmisión hereditaria. Reza el citado precepto:

"Las acciones que se transmiten contra los herederos no obligan a éstos sino en proporción a sus cuotas, salvo en todo caso la responsabilidad que les resulte cuando sea solidaria su obligación con el autor de la herencia, por ocultación de bienes o por dolo o fraude en la administración de bienes indivisos."

III. Ejercicio simultáneo de acciones

En la materia procesal, es de trascendencia inusitada tener presente que, al instaurarse una demanda, han de ejercitarse todas las acciones que tenga el

demandante en contra del reo, si provienen de una misma causa y operan respecto de una misma cosa. Si no se hiciera así se produce la extinción de las acciones que no se hayan ejercitado.

A este respecto, determina, en la parte relativa, el artículo 31 del Código de Procedimientos Civiles:

"Cuando haya varias acciones contra una misma persona, respecto de una misma cosa, y provengan de una misma causa, deben intentarse en una sola demanda; por el ejercicio de una o más quedan extinguidas las otras."

La razón que funda el dispositivo la localizamos en la necesidad de la economía procesal, para que se diriman dentro de un solo proceso las acciones de la misma naturaleza que se tengan contra el mismo demandado. Además se eliminan las graves molestias que se podrían producir al demandado al instaurarle varias demandas que dieran pábulo a varios juicios, en forma simultánea o escalonada.

La regla establecida no es absoluta pues, los dos últimos párrafos del artículo 31 fijan las correspondientes salvedades:

"No pueden acumularse en la misma demanda las acciones contrarias o contradictorias, ni las posesorias con las petitorias, ni cuando una dependa del resultado de la otra. Tampoco son acumulables acciones que por su cuantía o naturaleza corresponden a jurisdicciones diferentes.

"Queda abolida la práctica de deducir subsidiariamente acciones contrarias o contradictorias."

IV. Prescripción genérica de acciones

La prescripción negativa extingue derechos por el transcurso del tiempo. De esta manera, dispone el artículo 1158 del Código Civil:

"La prescripción negativa se verificará por el solo transcurso del tiempo fijado por la ley."

En su carácter de derechos, las acciones también pueden prescribir por el transcurso del tiempo. Al efecto establecía el artículo 33 del Código de Procedimientos Civiles:

"Las acciones duran lo que la obligación que representan, menos en los casos en que la ley señala distintos plazos." Este precepto fue derogado en Diario Oficial de 10 de enero de 1986.

Para conocer los términos especiales de prescripción, tanto del derecho que se reclama mediante el ejercicio de la acción, como del derecho de acción, cuando hay regla especial, debe consultarse la legislación sustantiva y la procesal.

En el Código Civil, los artículos del 1159 al 1164 establecen las reglas generales de prescripción negativa. Entre estas reglas, en materia de acciones, consideramos que la regla general es que las acciones prescriben en diez años y en menos tiempo si hay una regla especial, en esos mismos preceptos o en precepto especialmente referido al acto o institución jurídicos de que se trate. Señala el artículo 1159:

"fuera de los casos de excepción se necesita el lapso de diez años, contados desde que una obligación pudo exigirse, para que se extinga el derecho de pedir su cumplimiento."

V. Fijeza de las acciones intentadas

Ha de cuidarse con esmero superlativo la elaboración de la demanda en la que se intentan las acciones, a través del estudio de la legislación civil y procesal aplicable en relación con los hechos que apoyarán la demanda pues, los errores quedarán como definitivos y podrán influir en el resultado del juicio. Si se comete error en relación con las acciones ejercitadas, el principio de invariabilidad de las acciones da lugar a que el error ya sea irreversible. Al respecto, expresa el artículo 34 del Código de Procedimientos Civiles:

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

La única posibilidad que le quedaría al actor sería la de desistirse de la instancia pero, siempre y cuando cuente con el consentimiento del demandado.