

TESIS ECLÉCTICA SOBRE LAS TEORÍAS MODERNAS DE LA ACCIÓN

(Armonía entre concretas y abstractas)

Luis Alfredo Brodermann Ferrer

Ensayo publicado en la obra colectiva

LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL
Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como
investigador del derecho
Tomo X
Tutela judicial y derecho procesal

Eduardo Ferrer Mac-Gregor
Arturo Zaldívar Lelo de Larrea
Coordinadores

Primera edición: 2008

Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS



*En memoria de mi madre
Guadalupe Ferrer Ampudia*

TESIS ECLÉCTICA SOBRE LAS TEORÍAS MODERNAS DE LA ACCIÓN

(Armonía entre concretas y abstractas)

Luis Alfredo Brodermann Ferrer

Uno de los conceptos fundamentales para el desarrollo del estudio integral del derecho procesal es la Acción.

Dicho concepto, fue tratado durante muchos siglos bajo la influencia románica, como el mismo derecho subjetivo material.¹

Considerado como uno de últimos defensores de la posición clásica Federico Carlos De Savigny, bajo el estudio del *actio romana*, sostuvo que la Acción es la transformación del derecho subjetivo material, cuando examinamos a este último bajo la relación especial de su violación.²

Fue hasta el siglo XIX con el nacimiento de la corriente denominada procesalismo científico, que dicho concepto se emancipó de la posición

Profesor por oposición de la UEA *Teoría General del Proceso* de la licenciatura en Derecho de la Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, México, Distrito Federal.

¹En efecto, los periodos románicos respecto de la Acción que incluso llegaron a prevalecer conjuntamente fueron tres: (i) las acciones de ley, vigente hasta la aplicación de la Ley Eubutia –siglo VI o VII de Roma; año 597 ó 583- (*actio sacramentum, pignoris carpio, manus injectio, condictio y iudicium postulatio*); (ii) el formulario (donde se distinguió el *ius del iudicium*), que predominó hasta el reinado de Diocleciano (año 1047 de Roma; 294 de J. C). En este periodo nace el postulado de Celso *nihil aliud est actio quamius sibi debeatur iudicio persequendi*, en el sentido de que la Acción es un derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido (acciones personales) y, (iii) el extraordinario (donde sin exceso de ritualismos o fórmulas, el juez conoce de la Acción resolviendo la causa); en este periodo que perduró en todo el reinado de Diocleciano en todo el Imperio se modifica la definición de Celso para abarcar también las acciones reales, de ahí, que la Acción se considera no sólo como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido, sino también, de perseguir en juicio lo que nos pertenece. Ortolán, Joseph L, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, T. I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003, pág.147.

²Al efecto Savigny, precursor de la escuela pancivilista (siglo XVIII), establece "...Cuando examinamos un derecho bajo la relación especial de su violación nos aparece en un estado nuevo, el estado de defensa; y así la violación, de igual manera que las instituciones establecidas para combatirla, reobran sobre el contenido y la esencia del derecho mismo. Ahora bien: el conjunto de modificaciones en el derecho operadas por aquella causa, lo designo con el nombre de *derecho de acciones*." Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del derecho romano actual*, T IV, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004, pág. 8.

clásica, logrando su autonomía, bajo teorías modernas que estimaban a la naturaleza de la Acción desde dos puntos de vista: uno concreto y otro abstracto.³

También considerado como uno de los eventos excepcionales en el desarrollo de dicha corriente, se distingue la prolusión de Chiovenda, expuesta en la Universidad de Bolonia el 3 de febrero de 1903, bajo el título *La Acción en el sistema de los derechos*.⁴

En dicha ponencia, el jurista italiano afirma que la Acción, la Jurisdicción y el Proceso, son los tres conceptos fundamentales que sostienen integralmente al derecho procesal, lo que años después fue reconocido como la trilogía estructural del proceso.⁵

Crítico de dicha postura, Alcalá Zamora y Castillo, estableció que más que una trilogía estructural se trataba de un trípode desvencijado.

El Maestro español, refiriéndose a la Acción, señalaba su debilidad apoyándose en las discusiones sobre las teorías modernas de su naturaleza abstracta o concreta.⁶

³El parteaguas que considera el nacimiento de la doctrina del procesalismo científico lo fueron la polémica sobre el *actio romana* sostenida entre Windscheid y Muther (1856-1857), y la obra afamada de Oskar Von Bülow de título *Excepciones y presupuestos procesales* (1868). Por dichos sucesos se consideró la madurez del derecho procesal al alcanzar éste por fin su autonomía, en razón de sostener a la Acción y a la Relación Jurídica Procesal como derechos distintos, autónomos y de carácter público.

⁴Chiovenda en dicha conferencia expone postulados que consideran a la Acción como un derecho potestativo, manifestando que se trata de un poder *frente* al adversario (no en su contra). Lo anterior, en razón de que la Acción no impone alguna obligación al demandado, ya que tal derecho sólo opera en su esfera jurídica en razón de los efectos que la tutela jurisdiccional otorga al derecho subjetivo invocado, permitiendo la actuación del Estado para la aplicación en concreto de la ley. Chiovenda, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, (1903) Temis, Colombia, 1949, págs. 15-19.

⁵El argentino Podetti establece que al ser la Acción, Jurisdicción y Proceso los conceptos fundamentales de la ciencia procesal, los mismos en su conjunto conforman lo que él nombró “La trilogía estructural del proceso”. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, (1947), UNAM, México, 2000, pág. 104.

⁶En este sentido don Niceto señala: “... de la Acción ignoramos lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) y dónde está (si en el campo del derecho material o en el derecho procesal). Alcalá Zamora, *Proceso, Autocomposición...* op cit, pág. 104.

Así, la Acción se ha convertido en el concepto más polémico de la ciencia procesal, por el cual se han realizado numerosos estudios bajo un sin fin de disertaciones.

Empero, siempre debemos darnos espacio para retomar su estudio presentando posturas actuales, con el afán de seguir en el espíritu dialéctico en torno al discurso, la crítica y la propuesta renovable.

En tal virtud, en este ensayo en honor al Doctor Héctor Fix Zamudio, pretendo bajo la breve exposición de las posturas más relevantes acerca de las teorías modernas de la Acción, llamar la atención del lector hacia la armonía práctica de su naturaleza abstracta y concreta, con el propósito de fortalecer dicho concepto desde un punto de vista ecléctico.

Las teorías modernas sobre la Acción, por las cuales se abandonó la postura clásica de la misma, advirtieron que la Acción no era el mismo derecho subjetivo material elevado a la segunda potencia, sino que era un derecho distinto, autónomo, dirigido hacia el Estado y por lo tanto de carácter público.

7

En tal sentido, los procesalistas científicos eran coincidentes en que la Acción ya no era un derecho subjetivo privado sino un derecho subjetivo público, teniendo como base para ello los estudios de Muther en su afamada polémica que sostuvo con Windscheid sobre el *actio romana*.⁸

⁷Calamandrei explica la postura clásica de los pancivilistas (escuela exegética del siglo XVIII) que consideraban a la Acción como parte del derecho sustancial al expresar, que bajo una relación privada, la Acción, es el derecho de obtener del deudor, mediante la sujeción impuesta por el Estado, la prestación debida; por lo que la Acción no es un derecho diferente al subjetivo que le da contenido, sino que es una manifestación del mismo: "...el derecho subjetivo elevado a la segunda potencia..." y así, ya en la etapa moderna (siglo XIX), se desvanece dicha posición para avanzar hacia la autonomía de la Acción por considerarla un derecho subjetivo público. En tal orden de ideas, el jurista italiano aduce que: "... la Acción se coloca francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación que se da no entre particular y particular, sino entre el ciudadano y el Estado...". Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, (1943), Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1986, págs. 242-244.

⁸La tesis sostenida por Windscheid basa el concepto de la Acción en el de la pretensión (Anspruch), entendiéndola a ésta como el derecho violado que produce en el lesionado un estado de insatisfacción, por lo que el sentido de la Acción será verificar la existencia de tal derecho. Por su parte, Muther en réplica a la tesis de Windscheid concibe a la Acción como un derecho de los particulares frente al Estado, siendo ésta un derecho subjetivo público que se solicita para sujetar al demandado a través de la coacción del Estado; por tanto el derecho de Acción tiene también como presupuesto un derecho de carácter privado y su correlativa

Sin embargo, eran disidentes al sostener que la Acción como un derecho dirigido al Estado tenía como objetivo: (i) la tutela concreta en apoyo de su razón (posición concreta); o, (ii) la tutela abstracta sin importar tener razón, como un simple interés de obrar (posición abstracta).

De ahí, que la postura concreta consideraba a la Acción como un derecho para obtener de los órganos de justicia una sentencia favorable, cuando la postura abstracta no le importaba el sentido de la misma.

Precursor de la posición concreta lo fue Wach, con su teoría de la Acción como un derecho del ciudadano a obtener del Estado la tutela jurídica, clasificando a la Acción entre los llamados derechos cívicos.⁹

Por su parte, precursores de la posición abstracta lo fueron Plósz y Degenkolb quienes consideraban al concepto de Acción como un derecho público abstracto de tutela, sin importar el contenido del pronunciamiento jurisdiccional.¹⁰

Aunque influenciado por las ideas de Wach cuando introdujo el procesalismo científico a Italia, Chiovenda, seguidor de la posición concreta, critica al jurista alemán en su teoría, considerando a la Acción no como un derecho correlativo, sino como un derecho potestativo.¹¹

violación. Windscheid, Bernhard y Muther, Theodor, *Polémica sobre la "actio"*, (1856-57), EJE, Buenos Aires, 1974, págs. 5-15 y 248-254.

⁹En efecto, Wach considera que al derecho de Acción como una potestad en contra del Estado (derecho a la tutela jurisdiccional en exigencia a una administración de justicia) y frente al demandado, ya que los derechos subjetivos siempre son susceptibles de su efectividad, es decir deben ser realizables a través de la coacción del Estado. Por tanto, quien ejerza la Acción debe cubrir como requisitos básicos la necesidad de una declaración de certeza y la comprobación del derecho subjetivo que contiene su pretensión. Wach, Adolf, *La pretensión de declaración de certeza*, (1888), EJE, Buenos Aires, 1962, pág. 38-51.

¹⁰Los precursores de la concepción abstracta de la Acción son coincidentes en aseverar que tal derecho es frente al Estado e independiente del contenido de la sentencia. Por su parte Plósz considera a la Acción un poder del accionante hacia el juez y al adversario, que tiene como fundamento un derecho subjetivo para garantizar la constitución de la relación jurídico procesal; siendo que Degenkolb la concibe bajo la buena fe de los litigantes, ya que afirma que cualquier sujeto que cree (incluso sin tener fundamento) poseer un derecho, puede ejercer la Acción frente al Estado para sujetar a la parte contraria. Notas de la 36 a la 40 del libro *La acción en el sistema... op cit.* págs. 28-41.

¹¹Gran aportación al estudio científico de la Acción lo fueron los estudios al respecto de Chiovenda, al establecer que la Acción es un derecho potestativo por excelencia. Lo anterior en razón de que el derecho de

Chiovenda sostenía a diferencia de Wach, que el Estado no tiene obligación frente al particular para ejercer la tutela concreta, sino que el Estado al ejercer su función jurisdiccional, la desarrolla como una facultad que por naturaleza pasiva (*nemo iudex sine actore*) espera a la Acción como condición para dicho ejercicio.

En tal sentido, Chiovenda define a la Acción como: “*el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad concreta de la ley*”.¹²

A su vez, el Maestro italiano critica fuertemente la postura abstracta aduciendo que el propio Plósz y Degenkolb cometen imprecisiones, por lo que no logran separar plenamente la Acción del derecho material.

Plósz aducía que se requería el pronunciamiento de un determinado título y, Degenkolb argumentaba que se necesitaba la afirmación existente de un interés primario jurídicamente relevante.

Con tales postulados según dicho del jurista italiano, más que fortalecer una posición abstracta, los científicos germánicos confirmaban la posición concreta de la Acción.¹³

Ya en la etapa del procesalismo científico italiano, Carnelutti, opositor de Chiovenda, sostiene la ficción de que efectivamente el derecho de Acción persigue una tutela abstracta, apoyándose en que la función pública que ejerce

Acción posee como característica el producir *un estado jurídico* nuevo frente a un adversario, ya sea con la cesación del derecho ajeno o la liberación de la obligación propia. Así el Maestro establece “...que entre los derechos potestativos se comprenden no solo aquellos que tienden a la producción de un estado jurídico nuevo, sino también aquellos que tienden a hacer corresponder el estado de hecho en sentido más o menos amplio al estado de derecho, esto es, las acciones de declaración de mera certeza y de condena y la acción ejecutiva. La esencia de los derechos de la primera clase (los potestativos) está en el poder de determinar el nacimiento de la condición para que una voluntad concreta de ley sea tal y se haga efectiva en el campo de los hechos. Chiovenda, *La Acción en el sistema... op cit*, pág. 19.

¹²Chiovenda, *La acción en el sistema...op. cit.* pág 5.

¹³Chiovenda, *La acción en el sistema... op. cit.* pág. 45.

el Estado no tutela el derecho material del pretensor, sino que su objeto es “*la justa composición de la litis*”.¹⁴

Al apoyar sus magnas obras (Sistema e Instituciones) alrededor del concepto “*litigio*”, Canelutti veía a la Acción como un poder jurídico para llevar la litis material a la composición jurisdiccional (heterocomposición pública) no importando el resultado del fallo.

Como se observa a este respecto, el sentimiento de la obra del polémico profesor de Padua era demostrar que el Estado al ejercer jurisdicción, no era protector de intereses particulares sino componedor de conflictos.

De ahí que sostenía que la naturaleza de la Acción era abstracta, ya que dicho derecho (público y autónomo), protege no al interés sustancial de las partes deducido en la litis, sino al interés general consistente en el cumplimiento por parte del juez de su obligación procesal de dictar una sentencia con el fin de dirimir el litigio.¹⁵

Seguidor de Canelutti, el Maestro Alcalá Zamora por su fuerte influencia como profesor e investigador en nuestro país, fundó escuela bajo la posición abstracta de la Acción sin que tuviese una seria oposición al efecto.¹⁶

¹⁴ Canelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal civil*, (1940) Tomo I, El Foro, Buenos Aires, 1997, pág. 316.

¹⁵ El jurista italiano advierte que el derecho de Acción (derecho subjetivo procesal de las partes frente al Estado) es diferente e independiente del derecho subjetivo material que lo fundamenta. Por lo tanto, la distinción entre tales derechos será en razón de su contenido y el sujeto pasivo de los mismos cuando afirma que: “...el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez ...” Canelutti, *Instituciones.. op. cit.* pág. 315-318.

¹⁶ Impulsando el procesalismo científico con las ideas europeas, Alcalá Zamora crea escuela en México influyendo por cuanto a la posición abstracta de la Acción a procesalistas mexicanos de la talla de Fernando Flores García quien en su obra *Teoría general de la composición del litigio*, Porrúa, México 2003, pág. 187, hace un análisis de los argumentos contrarios a la teoría monolítica de la Acción, mostrándose seguidor de la teoría abstracta al afirmar que *se puede ejercitar la Acción procesal sin tener base sustancial* o, que ante una sentencia absolutoria el actor en el juicio tuvo la Acción, aunque no haya tenido la razón. Igualmente, bajo dicha posición, Santiago Oñate otorga a la Acción tres niveles: (i) el privado, por satisfacer el interés particular del accionante; (ii) el público, al ser la Acción el derecho a una sentencia obtenida mediante un proceso no importando el sentido de la misma; y, (iii) el social, por ser un poder jurídico del individuo frente al Estado para la composición del litigio y, por ende, de las pugnas y luchas sociales. Oñate Laborde, Santiago, *La Acción procesal en la doctrina y en el derecho positivo mexicano*, Tesis profesional, México,

Al respecto, Alcalá sostenía: “...la *Acción* se traducía en una posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución respecto de una pretensión litigiosa;...”¹⁷

Mención especial merece el queridísimo Maestro Humberto Briseño Sierra, único mexicano que se atrevió a incursionar en el estudio científico de la *Acción*, proponiendo bajo la postura abstracta su teoría: “la *Acción como instancia proyectiva*”.¹⁸

Como se advierte, la doctrina de la posición abstracta ha sido acogida en México como la más aceptable y dominante.

Empero, ello no significa que dejemos atrás la posición concreta.

Como ejemplo, podemos mencionar la dialéctica diacrónica que realizaron en años recientes los procesalistas españoles Gómez Orbaneja y De La Oliva, al retomar discusiones sobre la naturaleza de la *Acción* siguiendo los lineamientos de Wach acerca de la *Acción* como tutela concreta.

1972, págs. 370-377. Cipriano Gómez Lara, también seguidor de tal corriente, entiende por *Acción* “...el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional...” *Sistemática procesal*, Colección *cuadernos procesales*, Oxford, México, 2007, págs. 77-78. Así mismo, José Ovalle Favela, define a la *Acción* como “...el derecho subjetivo procesal que se confiere a las personas para promover un juicio ante el órgano jurisdiccional, obtener una sentencia de éste sobre una pretensión litigiosa y, lograr, en su caso la ejecución forzada de dicha resolución...”. *Teoría General del Proceso*, Oxford, México, 1999, pág. 164. Llama la atención el comentario que realiza el queridísimo Maestro Héctor Fix Zamudio en su libro titulado *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, UNAM, México, 1974, pág. 55, en el sentido de no olvidar la dialéctica en torno a la polémica de la *Acción*, afirmando que muy lamentablemente la doctrina y la jurisprudencia se ha inclinado por la teoría que concibe a la *Acción* como un derecho abstracto de obrar, reconociendo la importancia de no olvidar los fundamentos de la naturaleza concreta de la *Acción*.

¹⁷Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, “Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción”, en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974, tomo I. pág. 349.

¹⁸El gran Maestro mexicano concibe a la acción como un derecho que se proyecta en el curso del proceso dado que la dirección del acto provocatorio lleva hasta un tercer sujeto, por lo que cuando se acciona resultan vinculadas tres personas (accionante, juez y reaccionante). Lo anterior nos hace entender la naturaleza dialéctica del proceso, como una lucha de pretensiones en movimiento: “Acciona el actor cuando demanda, cuando prueba y cuando alega, como acciona el demandado cuando prueba, cuando recurre, cuando contrademanda, cuando prueba y alega su reconvencción”. Briseño Sierra, Humberto (México, 1969), *Derecho procesal*, Tomo II, Cárdenas, México, 1969, pp. 205 y sigtes.

De esta manera, se enfrentaron a la gran presencia de la escuela abstracta que en España legaron procesalistas de la talla de Jaime Guasp; Alcalá Zamora; Prieto Castro y Fairén Guillén entre otros.¹⁹

Lo anterior llamó la atención del procesalista constitucional mexicano Eduardo Ferrer Mac Gregor, advirtiendo en un ensayo el actual abandono que existe en México de la discusión científica sobre este polémico tema.²⁰

Otro ejemplo, sería el caso de J. Couture, considerado como el padre del procesalismo científico latinoamericano.

Si bien el Maestro uruguayo respalda la posición abstracta de la Acción, cuando desarrolla la bilateralidad de dicho concepto (Excepción), igualmente reconoce como válida la posición concreta.

En efecto, Couture reconoce el plano abstracto de dicho concepto cuando presenta su tesis de la Acción como un poder jurídico para activar la Jurisdicción.²¹

¹⁹En efecto, Guasp afirma que la Acción es un mero poder jurídico de obtener la actividad jurisdiccional, por lo que al considerarla como un derecho constitucional de petición, ésta se ubica más en el ámbito político-constitucional que en procesal, ya que en este último lo que se encuentra es la pretensión procesal y no la Acción. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal*, (1951), Civitas, Madrid, 1985, págs. 50-64. Por su parte, Prieto Castro asevera que la Acción es un instrumento del derecho a la justicia. Prieto Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Reus, Madrid, 1947, págs. 49-57. También, Fairén Guillén, siguiendo la posición abstracta de la Acción establece que ésta es: "... un medio de promover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos intersubjetivos de intereses y derechos aparentes..." Fairén Guillén, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, UNAM, México, 1992, pág. 77.

²⁰Al respecto, Eduardo Ferrer afirma el desinterés de los procesalistas mexicanos en el estudio de la Acción al establecer "...Puede apreciarse... que no existe un debate científico entre estas dos posturas (abstracta y concreta de la Acción) ni existe la preocupación por profundizar en su estudio como acontece en otros países. Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, *Sobre la naturaleza jurídica de la acción*, en *Cuadernos procesales*, UNAM, México, año III, Núm. 5, Julio 1999, pág. 1.

²¹Así, el Maestro uruguayo define a la Acción como "...el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión." Dicha tesis sostiene, que al ser la pretensión un estado de la voluntad jurídica, la Acción puede ser ejercida como un poder jurídico del individuo al que puede o no asistirle un derecho subjetivo material..." Couture, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*, (1942), Depalma, Buenos Aires, 1990, pág. 58.

Empero, cuando trata la naturaleza de la Excepción, clasificando a la misma, la considera tanto en el plano abstracto como en el plano concreto.²²

Ahora bien, en atención a dichos sucesos históricos y tomando en cuenta nuestro contexto actual, cómo debemos de comprender a la Acción.

¿Qué la misma es abstracta o es concreta?

¿Debemos de transportar las teorías modernas (abstractas y concretas) a la práctica para advertir la fuerza de sus postulados o, simplemente nos debemos quedar en un foro científico dialéctico circundando entre definiciones, conceptos e instituciones?

¿Cuál de las teorías se adapta más a la realidad del proceso en México?

¿Tendremos que necesariamente adoptar una postura en exclusiva por considerarlas antagonistas?

¿Existe armonía entre las mismas?

¿Podemos integrar una con la otra bajo una consideración ecléctica?

En lo particular, siento que dichas interrogantes las podemos resolver adentrándonos al estudio de los puntos objetivos del concepto, bajo dos situaciones: (i) su ejercicio y, (ii) su enjuiciamiento.

Por cuanto a su ejercicio, cuando Plósz y Degenkolb referían que la Acción requería de título o interés primario, en mi opinión lo manejaban bajo el supuesto de una expectativa y perspectiva, es decir, como la posibilidad de obtener una sentencia favorable o desfavorable.

²²Al efecto Couture señala que la Excepción entendida como un contraderecho (propia), puede asimilarse en un sentido concreto, puesto que se opone al derecho invocado por el actor destruyéndolo. Por otro lado, la excepción entendida como defensa (impropia), es considerada desde el punto de vista abstracto, ya que sólo implica un derecho a la libertad que le asiste al demandado de cuestionar los elementos constitutivos de la Acción con el objeto de que se rechace la pretensión del actor. Couture, *Fundamentos... op. cit.* pág. 63-94.

El hecho de que la Acción necesariamente tenga que descansar en título o causa, ello no significa tener la razón (como lo postula la posición concreta), sino simplemente una expectativa sujeta a juicio (*subjudice*).

En efecto, la Acción como un derecho humano y universal²³ permite que toda persona como atributo de su personalidad pueda ejercer el mismo; sin embargo, para que no quede en un ejercicio abierto, deberá cubrir ciertos requisitos o condicionantes sin los cuales no podría nacer el multicitado derecho.

Calamandrei menciona en su magna obra *Instituciones*²⁴ que por doctrina dominante se consideran tres elementos para el ejercicio de la Acción, a los que ubicó como constitutivos (refiriéndose al surgimiento de este derecho):

- El hecho específico jurídico (que es la coincidencia entre el hecho específico real con el legal),
- La legitimación *ad causam* y,
- El interés procesal (pretensión).

A su vez, Redenti en su obra *Derecho procesal civil*,²⁵ señala igualmente tres elementos pero con el carácter de constructivos de la Acción, a decir:

- Causa
- Sujetos
- Objeto (inmediato y mediato).

El autor refiere el carácter constructivo porque a través de dichos elementos se edifica el derecho de Acción.

²³El art. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, otorga a la Acción el carácter de derecho humano al entenderla como un poder que jurídico compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad.

²⁴Calamandrei, *Instituciones...* op. cit. pág. 256-275

²⁵Redenti, Enrico, *Derecho procesal civil*, (1953) Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1957, pág. 47.

Podemos advertir el símil entre ambos (constitutivo y constructivo), dado que son presupuestos o condiciones para el ejercicio de la Acción como una expectativa.

Asimismo, advertimos la armonía que existe entre ambos elementos dado que se identifican entre sí, bajo el siguiente esquema:

ELEMENTOS

CONSTITUTIVOS

EL HECHO ESPECÍFICO JURÍDICO
LA LEGITIMACIÓN *AD CAUSAM*
EL INTERÉS PROCESAL

CONSTRUCTIVOS

CAUSA
SUJETOS
OBJETO

Examinemos de manera sucinta cada uno de ellos.

Referente al hecho específico jurídico, éste lo debemos identificar con el interés jurídico material subjetivo (posición clásica) y los intereses jurídico materiales colectivos y legítimos (posición moderna).

El interés jurídico material subjetivo parte de la base de la existencia de un derecho legítimamente tutelado personal, directo y actual; que al ser transgredido faculta al legitimado, ya sea de manera singular o plural (litisconsorcio), para pedir su restitución con efectos *inter partes*.

Por lo regular, los derechos subjetivos materiales se han clasificado doctrinalmente en: (i) correlativos, dirigidos a una prestación (absolutos y relativos, reales y personales) y, (ii) potestativos.²⁶

²⁶“...a la división fundamental de los derechos en derechos dirigidos a una prestación, y potestativos, corresponde la división de las sentencias en sentencias de condena, y constitutivas, según que el bien a que se dirige la acción, sea de naturaleza que pueda realizarse también fuera del proceso mediante la prestación de una obligación, o bien, consiste en la modificación del estado jurídico existente.” Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995, pp. 5-9; 71.

Por otro lado, el interés jurídico material colectivo, parte de la base de la existencia:

- (i) de un derecho subjetivo (para el caso de las individuales homogéneas y las transindividuales colectivas determinadas) o,
- (ii) de un derecho objetivo (para el caso de las transindividuales difusas o colectivas indeterminadas).

Dichos intereses colectivos, al ser transgredidos facultan a una representación *in utilibus*, para que la restitución beneficie a la colectividad con efectos *erga omnes*.

Por lo regular, los intereses colectivos (intermedios entre el ámbito público y privado), vienen a ser reconocidos dentro de la nueva generación de derechos fundamentales (tercera), representados por los derechos de solidaridad.²⁷

Por último, el interés material legítimo si bien está tutelado por normas de derecho, su grado de afectación es distinto.

En efecto, en el interés legítimo el grado de afectación es a las normas de acción y en el interés jurídico clásico es a las normas de relación, empero, ambos coinciden en que deben incidir en la esfera jurídica del agraviado (lesión subjetiva).

El interés legítimo se denota esencialmente en materia administrativa, cuando pretende el gobernado, por habersele afectado su esfera jurídica, la mera anulación de un acto administrativo contrario a las normas de acción, referidas

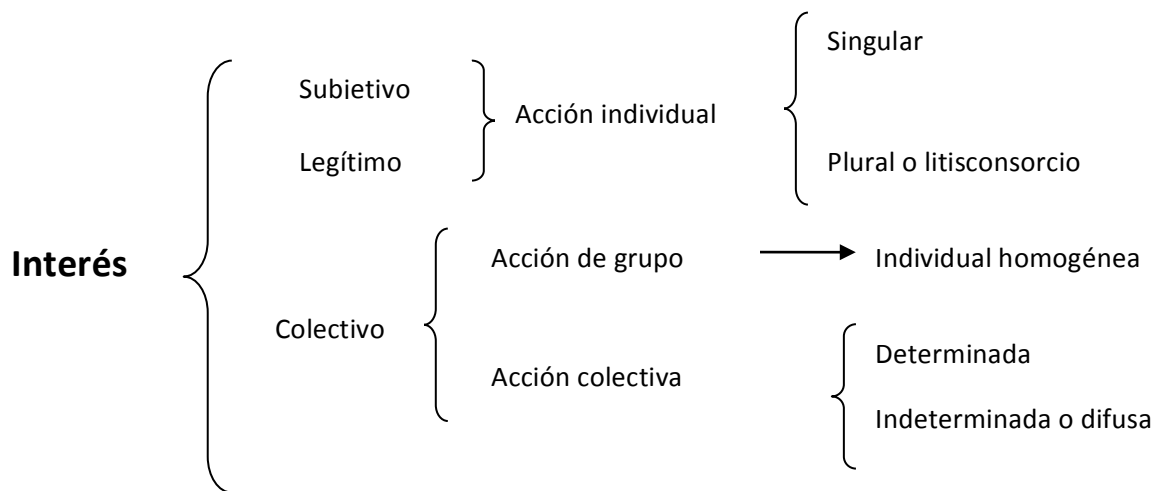
²⁷ En México son reconocidos constitucionalmente los derechos de solidaridad relacionados con la identidad cultural, como el derecho a la educación y promoción cultural (art. 3º); de libertad de cultos (art. 24º); derechos de autor (art. 28); de protección a colectividades y grupos minoritarios y vulnerables, indígenas, mujeres y niños (art. 4º); Ávila Ortiz, Raúl. *Constitucionalismo cultural hacia una nueva etapa constitucional en México*, en *derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, UNAM, México 2001, pág. 162-163. Podemos agregar la protección de los consumidores (art. 28). Por otra parte, los relacionados con el desarrollo: es decir, a la actividad económica nacional; al pleno ejercicio de la libertad y a la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales (art. 25); a la paz pública (art.29); al patrimonio artístico y cultural y al medio ambiente sano (art. 27).

éstas a la organización, contenido y procedimiento que anteceden a la acción administrativa que persiguen o tutelan el interés público.²⁸

Los intereses subjetivos clásicos y los legítimos se harán valer a través de acciones individuales.

Por su parte, los intereses colectivos se harán valer a través de acciones individuales homogéneas así como por acciones colectivas determinadas o indeterminadas, estas últimas también reconocidas como difusas.²⁹

En atención a todo lo anteriormente expuesto, nos permitimos presentar el siguiente esquema que nos visualiza la medida de dichos intereses:



²⁸ Los requisitos constitutivos para ejercer la acción correspondiente al interés legítimo se advierten de la tesis I.4º. A. 357 A; Pág. 1309; Tribunales Colegiados de Circuito (México); Novena Época; Agosto de 2002; materia administrativa; de título: “INTERÉS LEGÍTIMO. CONCEPTO.” Igualmente, la diversa tesis de la misma materia y año; número: I.13º. A.43ª; de título: “INTERÉS LEGÍTIMO, CONCEPTO DE,...”; ,...”; tesis jurisprudencial 141/2002-SS: “INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL JUICIO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”. Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, Tomo XVI, diciembre de 2002. pág.241; Tesis jurisprudencial 142/2002-SS: “INTERÉS LEGÍTIMO NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL”. Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, Tomo XVI, diciembre de 2002. pág.242.

²⁹ Barbosa Moreira expone: “Se calificará como difuso... el interés de los habitantes de cierta región en la preservación de la pureza del agua de los ríos que la bañan, indispensable para el uso personal y doméstico; sería colectivo, en cambio, el interés de los estudiantes de una universidad en la regularidad de las clases”, Barbosa Moreira, José Carlos, *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos un aspecto de la experiencia brasileña*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, num. 2, 1992, p. 235.

El segundo elemento de la Acción considerado como la legitimación *ad causam*, se puede analizar tomando en cuenta las posiciones del interés jurídico.

Desde el punto de vista clásico, la legitimación *ad causam* la detenta el titular o titulares directos del derecho subjetivo, con sus respectivas modalidades de sustitución procesal.³⁰

Por otro lado, en la corriente moderna, tendríamos que analizar los supuestos de legitimación respecto de los intereses legítimo y colectivo.

En el caso del interés legítimo dado que se requiere de una lesión subjetiva, se seguirán los lineamientos clásicos antes expuestos.

Cuando el interés es colectivo, también se seguirán dichos lineamientos clásicos en tratándose de intereses individuales homogéneos y de intereses colectivos determinados, en virtud de que, igualmente, se requiere de lesión subjetiva.

Empero, en dichos supuestos colectivos, se debe distinguir que la legitimación se regirá por los principios de representación *in utilibus* y *secundum eventum litis*.³¹

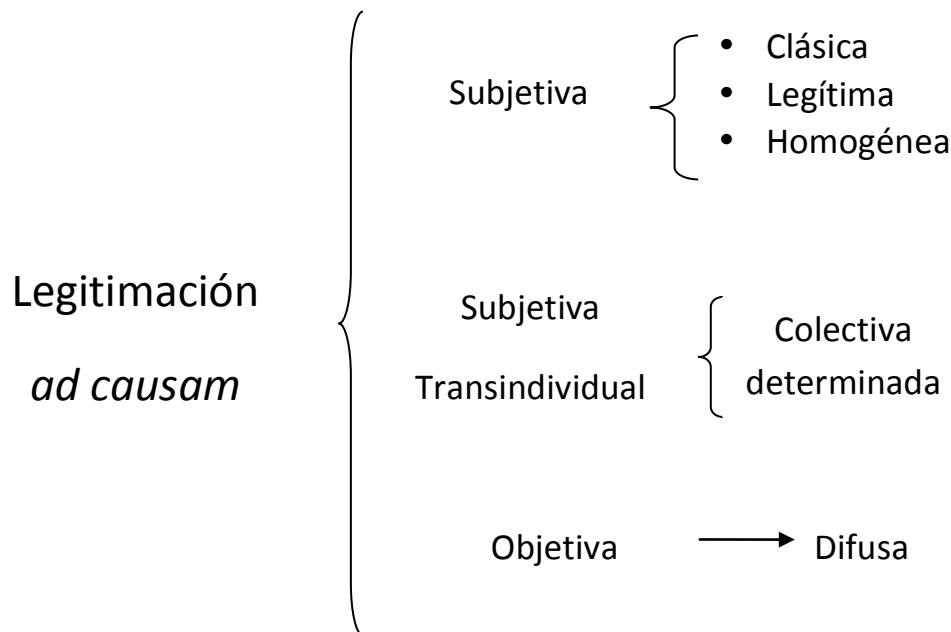
³⁰ La legitimación anómala (concepto acuñado por Calamandrei en su obra *Instituciones.. op cit*, pág 364-358), nos hace advertir situaciones anormales o especiales que no son lógicas de una legitimación normal. Al efecto podemos advertir la sustitución procesal, ésta se da en diversas facetas, a decir: (i) sustitución procesal por causahabencia ya sea universal o particular; (ii) por el ejercicio legal permitido de terceros acreedores como en el caso de la Acción oblicua o la Acción pauliana y, (iii) por estatus o categorías, ya sea privada (como en el caso de las relaciones personales o familiares), o pública (donde interviene el ministerio público).

³¹ Bajo el principio de la representación *in utilibus*, un tercero que no ha litigado puede beneficiarse de la sentencia ajena cuando ésta sea favorable; sin embargo, no le alcanzarán los efectos cuando la misma se haya dictado en sentido negativo. Así, el principio *secundum eventum litis*, permite, en caso de sentencia desfavorable a la Acción colectiva (precluyendo la misma), que todavía se mantenga el derecho subjetivo para en su caso, intentar la Acción individual basada en la lesión subjetiva. Al efecto, consúltese: Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. invierno 2002-2003. pág. 103; y, Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en brasil Un modelo para países de derecho civil*, UNAM, México, 2004, pág. 99.

En cambio, cuando el interés es colectivo indeterminado la legitimación es transindividual o difusa, con efectos *erga omnes*, dado que la lesión es objetiva de carácter abstracto.

Lo anterior significa que la misma le pertenece a toda persona que sienta el deber de defender los derechos humanos de solidaridad de carácter difuso como el ambiental y el patrimonial cultural, entre otros.

El siguiente cuadro nos ayuda a visualizar el alcance de la legitimación:



El tercer y último elemento de la Acción es el interés o pretensión procesal.³²

³² La pretensión se traduce en la voluntad para trasladar la causa o el interés jurídico material (hecho específico jurídico) a la composición, ya sea en su plano paraprocesal (mediante mecanismos como son la transacción o el arbitraje) o, en su ámbito procesal (mediante la Acción para la tutela jurisdiccional que se desarrolla en el proceso). La definición más reconocida en materia de litigio (pretensión litigiosa que deviene de una transgresión o violación al derecho subjetivo protegido), es la del gran Maestro Carnelutti, quien la define como: "...la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio...". Carnelutti, Francisco, *Sistema de derecho procesal civil* (1936, 38 y 39) Cárdenas, México, 1998, Tomo I, pág 44.

Dicho elemento relacionado con el objeto de la Acción, se le puede considerar de manera inmediata como la declarativa de mera certeza del derecho; la constitutiva de un nuevo estado jurídico y la de condena.³³

A su vez, de manera mediata, la condena tendrá una restitución directa o indirecta.³⁴

Cuando la pretensión es subjetiva o legítima, la misma tendrá efectos sobre las partes y terceros que litigaron por el principio tradicional *res inter alios iudicatas aliis non praeiudicare*. (D.42.1.63;44.2.1).

Sin embargo, cuando la pretensión es colectiva, ésta se debe analizar bajo dos aspectos:

- (i) si es procedente la misma, beneficiará al individuo o al grupo de individuos no presentes bajo el principio de la representación *in utilibus*.

³³Atento a lo que consideraba el Maestro Calamandrei, denominándolas como las garantías jurisdiccionales, menciona en su obra tres principales y una accesorias, a decir, la correspondiente a la declaración de certeza como la formulación del hecho específico jurídico (coincidencia del hecho específico legal con el real), bajo el silogismo judicial, que el juez siempre tiene que producir en toda sentencia, ya sea a favor de la pretensión (positiva) o a favor de la excepción (negativa), formulando en este último caso lo que se conoce como el interés absolutorio; por otra parte, la relativa a la constitución de un nuevo estado jurídico, como en el caso de la adopción, divorcio, y cualquier otra circunstancia que se requiera de una declaración jurisdiccional para lograr un cambio de estatus jurídico; por último, dentro de las principales, la que el autor considera como de transgresión al precepto jurídico y que no es más que la concerniente a la condena en su doble naturaleza directa o indirecta (como se explica en la cita siguiente), por otra parte, tenemos a la accesorias también llamada por el autor como garantía de garantías y que es la cautelar en su doble aspecto, real (como el embargo), personal (como el arraigo). Al efecto, consúltese la obra de este gran jurista *Instituciones*, *op. cit.* págs. 139-159.

³⁴Por la naturaleza de la obligación, en el caso de la restitución directa el Estado constriñe al obligado al cumplimiento de su obligación (condena) mediante el apremio, esta última donde el Estado bajo el imperio de la *executio* buscará que se dé el exacto cumplimiento a través de terceros o por el propio Estado, afectando la esfera jurídica del condenado realizando actos de disposición en satisfacción del interés del pretensor, titular del derecho (véase el artículo 517, fracciones II y III del CPCDF). Por su parte, la restitución indirecta o por equivalente, por tratarse de una obligación insustituible; es decir, que requiere del cumplimiento personalísimo del obligado, el Estado se muestra impotente para lograr la ejecución forzada específica y transforma la sanción primaria incoercible, en una secundaria a través del resarcimiento del daño que se verá ejecutada valuable en dinero. En el caso el juez apercibirá a que se dé el cumplimiento voluntario, aplicando medidas de apremio como presión psicológica (multa y/o arresto), y ante la resistencia se iniciará la transformación por la vía de apremio o forzosa del equivalente, que se traduce en el pago de daños y perjuicios por la vía incidental (véase el art. 517 fracción I del CPCDF). Para mayor abundamiento se debe de consultar la obra del gran Maestro Calamandrei, *Instituciones... op. cit.* pág. 145-148.

- (ii) si resulta desfavorable, bajo el principio *secundum eventum litis*, perjudicará únicamente a la acción colectiva, dejando a salvo el derecho para hacer valer la acción sólo en forma individual.

Por lo visto, analizando los elementos constitutivos para el ejercicio de la Acción podemos advertir tanto el contenido como el alcance de la misma para determinar su naturaleza abstracta y/o concreta.

Por su contenido:

- La Acción individual o colectiva que proteja tanto intereses subjetivos; legítimos; individuales homogéneos; y, los colectivos determinados, dada su característica de lesión subjetiva, será considerada de naturaleza concreta.³⁵
- La Acción colectiva que proteja el interés difuso, transindividual, dada su característica de lesión objetiva será considerada de naturaleza abstracta.³⁶

³⁵Tenemos entre otros ejemplos, para los derechos subjetivos, los intereses clásicos tanto derechos correlativos como derechos potestativos cuya clasificación se ha mencionado en este ensayo (ver el párrafo relativo a la cita 26, al igual que sus comentarios); así mismo, los intereses legítimos, los cuales en nuestro derecho mexicano están esencialmente relacionados con los actos administrativos (ver párrafo relativo a la cita 28 y los criterios jurisprudenciales mencionados en la misma), en el entendido de que como se menciona en dichos criterios el interés legítimo requiere siempre de una afectación en la esfera del agraviado (lesión subjetiva); los intereses individuales homogéneos (colectivos), en México solamente están reconocidos en los derechos de los consumidores, a través de la Acción de grupo establecida en el artículo 26 de la Ley Federal de Protección al Consumidor (LFPC); por cuanto a los intereses colectivos determinados, en México solamente encontramos como Acción colectiva con efectos *erga omnes* determinados la relativa al juicio de inconformidad previsto por el artículo 49 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral para la anulación de votación en las elecciones a nivel federal. Al efecto el Dr. Cipriano Gómez Lara en su ponencia *Una Acción de clase en materia electoral federal en México*, publicada en las memorias de las *XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal*, UNAM, México, 1993, págs. 297-305; resalta a dicha Acción como la única colectiva determinada en México. En efecto, los derechos humanos de solidaridad que se mencionan en la cita 27 de este ensayo, como entre otros de protección a colectividades y grupos minoritarios y vulnerables, indígenas, mujeres y niños (art. 4º de la Constitución); así como la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales (art. 25 de la Constitución), solamente hasta ahora pueden ser protegidos a través de intereses subjetivos individuales, mediante acciones de la misma naturaleza. Sin embargo, una vez que en México se dé una reforma integral para las acciones colectivas, se podrá legislar en las codificaciones correspondientes la protección de estos grupos en lo conducente. Consúltese el ensayo de mi autoría titulado *Los efectos de la sentencia en las acciones colectivas*, en *Alegatos*, UAM-AZC, México, número 63, Mayo-Agosto, 2006, págs. 335-356.

³⁶La única Acción colectiva difusa, de naturaleza abstracta reconocida en nuestro derecho mexicano es la Acción de inconstitucionalidad prevista en la fracción II del artículo 105 constitucional. Al efecto, consúltese al Dr. Héctor Fix Zamudio en su obra *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa, México, 2007 págs. 231-246; así como a Camazano Joaquín, *La Acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000, págs. 51-59.

Por su alcance:

La sentencia será favorable (expectativa) o desfavorable (perspectiva).

En efecto, el hecho de que ejerzamos la Acción bajo el supuesto de que siempre se requiere de un título, ya sea subjetivo (posición clásica), legítimo o colectivo (posición moderna), ello no significa tener la razón o que se logre por ello una sentencia favorable.

Chiovenda al criticar a sus adversarios alemanes Plósz y Degenkolb (cuando señalaban que para el ejercicio de la Acción se requería título), lo hizo analizando la Acción desde el punto de vista de su contenido (posición concreta), más no por cuanto a su alcance (posición abstracta).

Cuando uno ejerce la Acción mediante la interposición de una demanda, lo único que, en su caso, se le otorgará al accionante por haber demostrado dicho título, será la admisión de la respectiva demanda dándole con ello la posibilidad de obtener en el supuesto una expectativa hacia una resolución favorable, lo que se traduce en el interés.³⁷

Por lo visto, el interés (expectativa) al que se refieren los artículos 1º del CPCDF y del CFPC, respectivamente (ver cita 37), requieren de título, porque sin éste no hay posibilidad de solicitar, bajo la pretensión procesal, una declarativa de certeza del derecho; una constitutiva de estado jurídico; o una condena.

Por otro lado, los derechos humanos de solidaridad relacionados con intereses difusos como del desarrollo de la actividad económica nacional; al pleno ejercicio de la libertad y a la paz pública (art.29 de la Constitución); y, al patrimonio artístico y cultural y al medio ambiente sano (art. 27 de la Constitución), actualmente sólo se protegen bajo acciones individuales basadas en el interés legítimo de naturaleza subjetiva, estando pendientes de una reforma integral para que se puedan proteger mediante acciones colectivas que van más acorde a su naturaleza. Al efecto, nuevamente me remito al ensayo de mi autoría titulado *Los efectos de la sentencia*, *op cit.*

³⁷ Así, bajo dicha ficción, el texto de los artículos primero de la legislación civil procesal, tanto federal como del Distrito Federal, los cuales son coincidentes en establecer que “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...”.

En tal orden de ideas, al ejercer la Acción debemos apoyar la armonía de las teorías modernas sobre la misma bajo un plano ecléctico, sosteniendo que la misma:

- Por cuanto a su contenido, puede ser concreta si la lesión es subjetiva (intereses subjetivos; legítimos; individuales homogéneos o colectivos determinados) o abstracta si la lesión es objetiva (interés colectivo difuso) y,
- Por cuanto a su alcance y/o posibilidad (bajo la ficción del interés), siempre será abstracta, dada la expectativa de una sentencia favorable o la perspectiva de una sentencia desfavorable.

En efecto, el juez cuando se enfrenta a la Acción en su primera fase (admisión), solamente analiza la existencia de dichos elementos sin prejuzgar su razón o comprobación para, en su caso, conceder interés y admitirla.

No es lo mismo admitir la Acción que declararla fundada.

En tal orden de ideas, la naturaleza de la Acción por cuanto a su ejercicio será ecléctica, tanto concreta y abstracta, en razón de su contenido; como abstracta en virtud de su alcance o posibilidad.

Por otra parte, cuando el juez dicta la sentencia y resuelve declarar si se tiene (fundada) o no se tiene (infundada) dicho derecho de Acción, su análisis sobre la misma (enjuiciamiento) es diferente.

Así, vemos que en la práctica se dictan sentencias donde el juez considera fundada o infundada la Acción ya sea porque se comprobaron o no sus elementos constitutivos.³⁸

³⁸ En este sentido, cuando el juez en la práctica señala que quedó probada la Acción, debería en su lugar decir que quedaron probados los hechos constitutivos de la Acción, así lo sostiene Ovalle Favela en su libro *Teoría general... op. cit.* págs. 167-168. Podemos agregar siguiendo la posición del Maestro Ovalle que el juez debe precisar más bien que la Acción es fundada, porque se demostraron o probaron sus elementos constitutivos.

Realicemos el análisis:

En el enjuiciamiento de la Acción, la misma debe tratarse bajo dos aspectos: (i) la prejudicialidad y, (ii) la judicialidad.

En la prejudicialidad se revisarán las cuestiones de la Acción, que se traducen en los elementos formales de la misma.³⁹

Es decir, la formalidad de la Acción estriba en revisar ciertos requisitos sin los cuales no se puede estudiar la causa o fondo del asunto.

Al efecto, en la doctrina se reconoce a la legitimación *ad causam* y al interés procesal (pretensión), como ya lo hemos venido exponiendo a lo largo de este trabajo.⁴⁰

Estudiando dichos elementos formales, el juez solamente lo hará como presupuesto, sin entrar al estudio del fondo del asunto, por lo tanto no está juzgando si la Acción es fundada o infundada.

Lo que está realizando el juez es la confirmación de que se han reunido los requisitos de prejudicialidad, para entonces decidir si la Acción merece ser acogida.

Simplemente se está se está juzgando, o mejor dicho revisando si se demostraron dichos elementos para otorgar el derecho de dictar una sentencia de fondo.

En tal orden de ideas, se habla de la cosa juzgada formal.⁴¹

³⁹Así lo sostienen entre otros, Chiovenda, *Curso de derecho...*, *op. cit.*, págs. 176-182; Calamandrei, *Instituciones...*, *op. cit.*, págs.301-303; y, Alsina, Hugo, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, EJE, 1959, págs. 1-4.

⁴⁰Calamandrei, *Instituciones*, *op cit*, págs. 261-273.

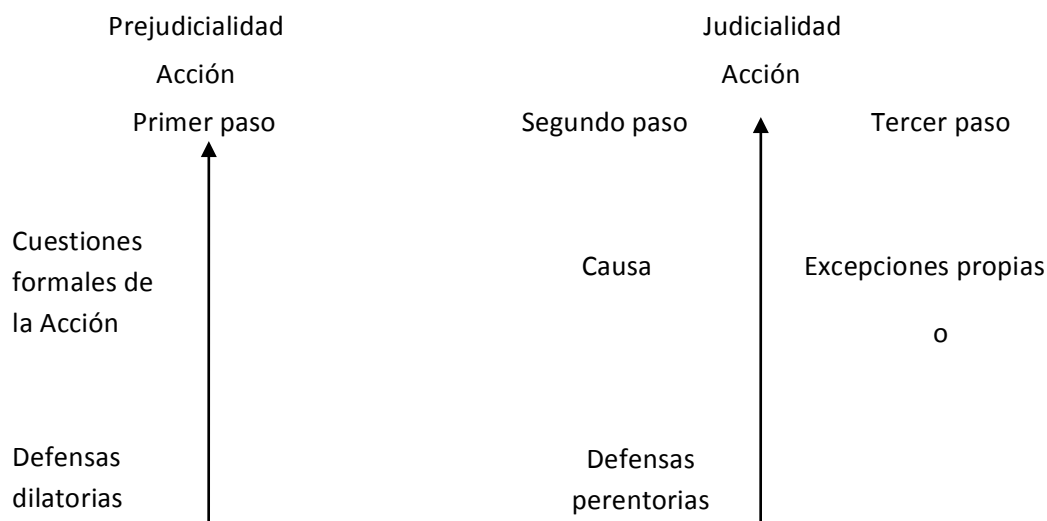
⁴¹Liebman, *Eficacia y autoridad...* *op. cit.*, págs. 76-78.

Ahora bien, una vez que el juez haya estudiado dichos requisitos formales en conjunto con las excepciones impropias (defensas) opuestas al efecto, declarando en su caso la procedencia de los mismos, entrará a la segunda fase del enjuiciamiento (judicialidad).

En esta última fase el juez entrará al fondo del asunto estudiando el tercer elemento ya considerado material de la Acción (causa), y a su vez las excepciones impropias (defensas) perentorias que se hayan opuesto al efecto.

Si se reúne dicho tercer elemento tres elementos y ninguna defensa prospera, el juez seguirá con su pronunciamiento hacia el último paso, estudiando las excepciones propias (contraderechos) opuestas, para en su caso, analizar si existe algún derecho del demandado que pueda destruir el derecho en que se funda la Acción.

Lo anterior se puede advertir gráficamente de la siguiente manera:



Bajo este análisis del enjuiciamiento en su doble aspecto (prejudicialidad y judicialidad), el derecho de Acción vuelve a ser ecléctico:

Por la prejudicialidad; de carácter:

- (i) Abstracto, si se declararon comprobados los elementos formales (cuestiones) de la Acción (Pretensión).

En este supuesto, el juez no analiza si al demandante le asiste o no la razón, sino simplemente si tiene derecho a que materialmente la Acción (Pretensión) sea juzgada, lo que sucederá en la siguiente fase al analizar la causa (judicialidad).

- (ii) Abstracto, si se declaró improcedente la Acción (Pretensión) dado las excepciones impropias (defensas), de carácter dilatorio frente a las cuestiones o elementos formales de la misma.

En este caso, el juez estará impedido para seguir a la siguiente fase (judicialidad) y por lo tanto, ya no se podrá estudiar si al demandante le asiste o no la razón.

Por la judicialidad, de carácter:

- (i) Concreto, si se declaró fundada la Acción (Pretensión), porque se demostró su elemento material, es decir, la causa, otorgándole la razón con una sentencia favorable (expectativa lograda), lo que se traduce en un derecho justicial material o ley especial.⁴²
- (ii) Abstracto, si se declaró infundada la Acción (Pretensión) dada las excepciones impropias (defensas) de carácter perentorio frente a la causa.

⁴²Al efecto, Goldschmidt, siguiendo la posición concreta de la Acción, establece que la misma es un objeto concreto del proceso que requiere, por cubrir ciertos requisitos, el pronunciamiento de una sentencia favorable; de este modo llama a la Acción como un derecho justiciero de carácter material. Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, (1936), Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, Invierno 2002-2003, págs. 96-97. Por su parte, Calamandrei afirma que en la sentencia el juez declara la certeza del derecho y una vez que adquiere la fuerza de cosa juzgada, vale no porque sea justa, sino porque tiene, para el caso concreto, la misma fuerza de ley (*lex specialis*), Calamandrei, *Instituciones*, op. cit, pág. 164.

- (iii) Concreto, si se declaró infundada la Acción (Pretensión) por ser procedentes las excepciones propias (contraderechos) de carácter perentorio que se hicieron valer frente al derecho en que se funda la Acción.

Lo anterior, se robustece bajo el análisis de la bilateralidad de la Acción, es decir que la misma le pertenece al actor al hacer valer sus pretensiones, y al demandado al hacer valer sus excepciones.

En efecto, siguiendo los lineamientos de Couture quien trasladó como se ha dicho las teorías modernas (abstracta y concreta) a la naturaleza de las excepciones,⁴³ podemos advertir que:

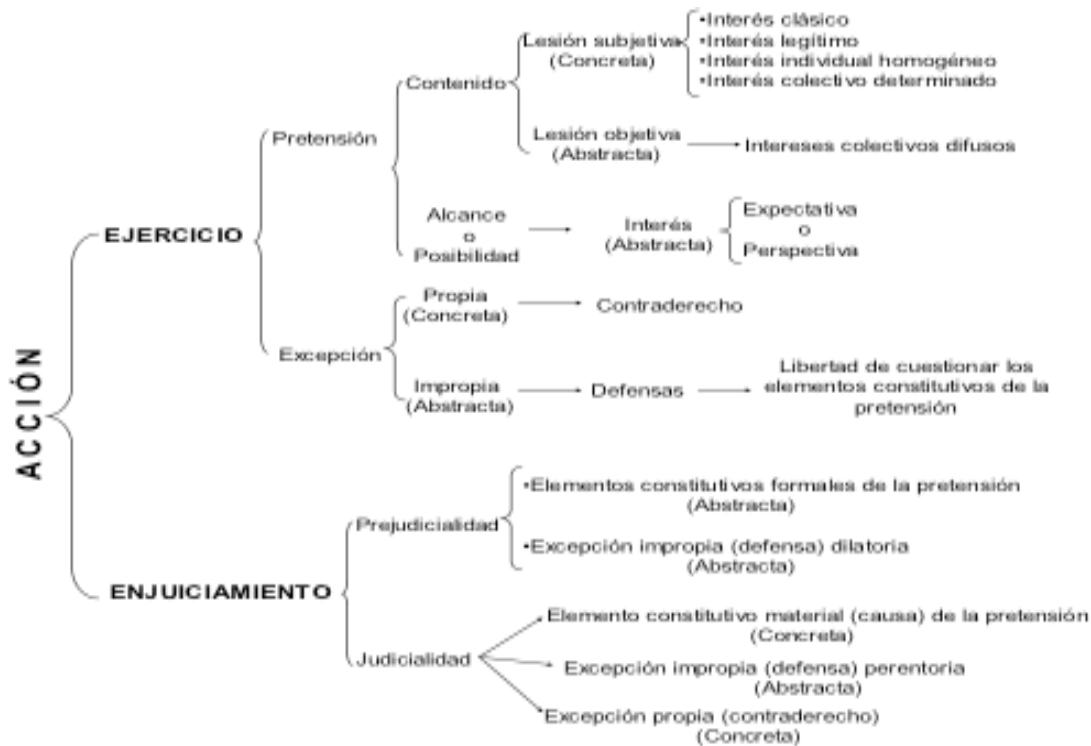
- las excepciones impropias o defensas son de naturaleza abstracta dado que no están respaldadas por un contraderecho, sino simplemente se traducen en la libertad que tiene el demandado (principio contradictorio) de cuestionar los elementos constitutivos y constructivos de la Acción (pretensión).
- las excepciones propias, por su contenido son de naturaleza concreta, al advertirse la existencia de un contraderecho que destruye la Acción (pretensión).

Bajo este análisis (excepciones) el derecho de Acción vuelve a ser ecléctico armonizando las posiciones abstractas y concretas de las teorías modernas.

Con base a todo lo expuesto en el presente ensayo elaborado en honor al Dr. Héctor Fix Zamudio, pretendo a manera de conclusión esquematizar el contexto global de la Acción bajo su bilateralidad (pretensión/excepción), tanto por su ejercicio como por su enjuiciamiento, con el evento de visualizar la **TESIS ECLÉCTICA SOBRE LAS TEORIAS MODERNAS DE LA ACCION (Armonía entre concretas y abstractas).**⁴⁴

⁴³Ver cita número 22.

⁴⁴ Agradezco a la señorita, pasante en Derecho, Yazmin García Salazar su apoyo brindado en esta investigación



La teoría y la investigación no se deben abandonar, ya que de lo contrario viviremos en un mundo material sin razón ni sentido.

La discusión dialéctica debe de prevalecer sobre el trabajo técnico, el abogado no puede ejercer su profesión sin estudio.

Ser investigador jurídico es una responsabilidad, más bien, es una necesidad para el bien de nuestro país.

Gracias a nuestros investigadores se han logrado rescatar conceptos olvidados y en muchas de las veces desconocidos, que han surgido por la profundidad y pasión en el estudio del derecho.

Como ejemplo tenemos al Dr. Fix Zamudio, quien se ha caracterizado por su entrega, pasión y dignidad en el campo de la investigación de una manera por demás responsable.

A diferencia de otros que solamente aprovechan los cargos para sus intereses egoístas, Fix Zamudio se dedicó tiempo completo (sacrificando a veces hasta sus intereses personales y familiares), con el afán de aportar como siempre lo ha venido haciendo cada día más al Derecho mexicano.

Fix Zamudio es un ejemplo para todos nosotros como lo fue en su momento para él maestros de la talla de Calamandrei y Niceto Alcalá Zamora.

Para aquellos que no conocen su trabajo, los invito a darse tiempo para disfrutar todavía con nosotros al gran personaje defensor de los derechos humanos, defensor de la justicia.

Si bien no pude tener la oportunidad de tomar clases con el gran Maestro, me considero su alumno y fiel seguidor.

Mis respetos.

México 5 de Junio de 2007.

BIBLIOGRAFÍA

- Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, UNAM, México, 2000.
- _____ *Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción*, en su obra *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, Tomo I, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1974.
- Alsina, Hugo, *Las cuestiones prejudiciales en el proceso civil*, EJE, 1959.
- Ávila Ortiz, Raúl. *Constitucionalismo cultural hacia una nueva etapa constitucional en México*, en *derechos humanos. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional III*, UNAM, México 2001.
- Briseño Sierra, Humberto , *Derecho procesal*, Tomo II, Cárdenas, México, 1969.
- Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil*, Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1986.
- Camazano Joaquín, *La Acción de inconstitucionalidad*, México, UNAM, 2000.
- Carnelutti, Francisco, *Instituciones de derecho procesal civil*, tomo I, El foro, Buenos Aires, 1997.
- _____, *Sistema de derecho procesal civil*, Tomo I, Cárdenas, México, 1998.
- Chiovenda, Giuseppe, *Curso de derecho procesal civil*, Ed. Pedagógica Iberoamericana, México, 1995.

- _____, *La acción en el sistema de los derechos*, Temis, Colombia, 1949,
- Couture, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1990.
- Fairén Guillén, Víctor, *Teoría general del derecho procesal*, UNAM, México, 1992.
- Fernando Flores García, *Teoría general de la composición del litigio*, Porrúa, México 2003.
- Fix Zamudio, Héctor, *Constitución y Proceso Civil en Latinoamérica*, UNAM, México, 1974.
- _____, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, Porrúa, México, 2007.
- Gidi, Antonio, *Las acciones colectivas y la tutela de los derechos difusos colectivos e individuales en brasil Un modelo para países de derecho civil*, UNAM, México, 2004.
- Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, Invierno 2002-2003.
- Gómez Lara, Cipriano, *Sistemática procesal*, Colección cuadernos procesales, Oxford, México, 2007.
- _____, *Una Acción de clase en materia electoral federal en México*, publicada en memorias de las XIII Jornadas Iberoamericanas de derecho procesal, UNAM, México, 1993.
- Guasp, Jaime, *La pretensión procesal*, Civitas, Madrid, 1985.
- Liebman, Enrico Tullio, *Eficacia y autoridad de la sentencia y otros estudios sobre la cosa juzgada*. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México. invierno 2002-2003.

- Oñate Laborde, Santiago, *La Acción procesal en la doctrina y en el derecho positivo mexicano*, Tesis profesional, México, 1972.
- Ortolán, Joseph L, *Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano*, Tomo I, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, 2003.
- Oskar Von Bülow de título *Excepciones y presupuestos procesales*, Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México, Invierno 2002-2003.
- Ovalle Favela, José, *Teoría General del Proceso*, Oxford, México, 1999.
- Prieto Castro, Leonardo, *Cuestiones de derecho procesal*, Reus, Madrid, 1947.
- Redenti, Enricco, *Derecho procesal civil*, (1953) Tomo I, EJE, Buenos Aires, 1957.
- Savigny, Federico Carlos de, *Sistema del derecho romano actual*, Tomo IV, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2004.
- Wach, Adolf, *La pretensión de declaración de certeza*, EJE, Buenos Aires, 1962.
- Windscheid, Bernhard y Muther, Theodor, *Polémica sobre la “actio”*, EJE, Buenos Aires, 1974.

REVISTAS

- Barbosa Moreira, José Carlos, *La iniciativa en la defensa judicial de los intereses difusos y colectivos un aspecto de la experiencia brasileña*, Revista Uruguaya de Derecho Procesal, num. 2, 1992, p. 235.

- Brodermann, Ferrer, Luis A. *Los efectos de la sentencia en las acciones colectivas*, en *Alegatos*, UAM-AZC, México, número 63, Mayo-Agosto, 2006.
- Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, *Sobre la naturaleza jurídica de la acción*, en *Cuadernos procesales*, UNAM, México, año III, Núm. 5, Julio 1999.

LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (CPEUM)
- Código Federal de Procedimientos Civiles. (CFPC)
- Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. (CPCDF)
- Ley Federal de Protección al Consumidor. (LFPC)
- Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral. (LGSMIME)

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES

- Tesis I.4º. A. 357 A; Pág. 1309; Tribunales Colegiados de Circuito (México); Novena Época; Agosto de 2002; materia administrativa; de título: “INTERÉS LEGÍTIMO. CONCEPTO.”
- Tesis, año 2002; número: I.13º. A.43ª; de título; Tribunales Colegiados de Circuito (México); Novena época; Agosto de 2002; materia administrativa; de título “INTERÉS LEGÍTIMO, CONCEPTO DE...”.
- Tesis jurisprudencial 141/2002-SS: “INTERÉS LEGÍTIMO E INTERÉS JURÍDICO. AMBOS TÉRMINOS TIENEN DIFERENTE CONNOTACIÓN EN EL

JUICIO CONTENCIOSOS ADMINISTRATIVO”. Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, Tomo XVI, diciembre de 2002. pág.241. Contradicción de tesis 69/2002-SS entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Segundo, Cuarto y Décimo Tercero, todos en materia administrativa del Primer Circuito. 15 de noviembre de 2002. Unanimidad de 4 votos. Ausente Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano; en su ausencia hizo suyo el asunto Juan Díaz Romero; Secretario: Eduardo Ferrer Mac Gregor Poisot.

- Tesis jurisprudencial 142/2002-SS: “INTERÉS LEGÍTIMO NOCIÓN DE, PARA LA PROCEDENCIA DEL JUICIO ANTE EL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL DISTRITO FEDERAL”. Novena Época, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, Tomo XVI, diciembre de 2002. pág.242.