

TEORÍAS ACERCA DE LA NATURALEZA DE LA ACCIÓN PROCESAL

Por el doctor **LUIS DORANTES TAMAYO**
Profesor de la Facultad de Derecho
de la UNAM

Muchas son las teorías que se han expuesto para explicar la naturaleza de la acción procesal, pero todas ellas pueden incluirse en dos grandes corrientes doctrinales: la de la llamada teoría tradicional o clásica de la acción, y la que se conoce con el nombre de teoría moderna o de la autonomía de la acción. Tanto una como otra tienen su punto de partida y de apoyo en el Derecho romano. Es por ello que antes de entrar al examen de algunas teorías que se incluyen en uno u otro grupo, vamos a recordar brevemente lo que se entendía por acción en los distintos sistemas procedimentales del mencionado Derecho.

§ 1. *La acción en el Derecho romano*

1. *En el procedimiento de las acciones de la ley.*

A) *Concepto.* Teniendo en cuenta lo que exponen algunos autores,¹ podemos decir que la acción en el sistema de las acciones de la ley, venía a ser el conjunto de palabras sacramentales, declaraciones solemnes, acompañadas de gestos rituales, que la parte interesada debía repetir ante el magistrado, cuando intentaba reclamar algún derecho judicialmente.

Decimos que la parte debía repetir, porque esas palabras y declaraciones le eran enseñadas por los pontífices o los magistrados patricios.

B) *Excesivo formalismo del sistema.* Este formalismo era tan riguroso, que no se podía cambiar o modificar ninguna palabra de la declaración ritual, so pena de perder el proceso. Es por ello —dice Gayo a este res-

¹ ORTOLAN. *Explication historique des Institus de l'empereur Justinien*, précédée d'une généralisation du droit romain, quatrième édition, tome premier, Paris, Joubert, libraire de la Cour de Cassation, 1847, deuxième partie, tit. II, § II, No. 91, p. 105. V. ARANCIO-RUIZ. *Las acciones en el Derecho privado romano*, trad. de Faustino Gutiérrez-Alviz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1945, cap. 1o., p. 17. SCIALOJA, Vittorio. *Procedimiento civil romano*, Ejercicio y defensa de los derechos, traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, § 8, p. 96. CUENCA, Humberto. *Proceso civil romano*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1957, núm. 9, p. 7.

pecto— que en la acción de un corte de viñas, al actor se le respondió que había perdido el proceso por haber llamado *vites* a sus viñas, en su acción, debiéndolas designar con el nombre de *arbores*, porque la Ley de las Doce Tablas, que había introducido la acción de *vitibus succisis* (corte de viñas), hablaba de manera general de árboles cortados.²

2. *En el procedimiento formulario.* Debido, quizás, al excesivo rigorismo del procedimiento de las acciones de la ley, o a un liberto llamado Cneo Flavio publicó a mediados del siglo V una obra que tomó el nombre de *Jus flavianum*, en la que divulgó las fórmulas de las acciones de la ley, poco a poco fue surgiendo el procedimiento formulario que, con la ley *Aebutia*, llegó a sustituir al anterior.

Por otra parte, el procedimiento de las acciones de la ley sólo era aplicable a los ciudadanos romanos, y por lo tanto no resolvía las controversias surgidas en las relaciones entre peregrinos o entre éstos y los ciudadanos. Esta fue la función del pretor peregrino y los recuperadores, por medio del procedimiento formulario, en el que las fórmulas ya no eran orales como en las acciones de la ley, sino escritas.

Si bien hay uniformidad entre los autores sobre qué se entendía por acción en el procedimiento de las acciones de la ley, en cuanto al procedimiento formulario divergen las opiniones. Hay quienes consideran a la acción en este sistema como el derecho de pedir la fórmula al magistrado. Otros consideran que es la fórmula misma; y otros más, que es el derecho del pretor de otorgar ésta o negarla.³

Como ya hemos dicho, en este procedimiento ya no hay que repetir oralmente las palabras solemnes ante el magistrado, sino éste las inscribe en una fórmula.

Según ORTOLAN, en este periodo se encuentra la muy conocida definición de CELSO: “Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi” (*Dig.*, lib. XLIV, tit. VII, núm. 51),⁴ que en la *Instituta* de JUSTINIANO aparece con una ligera modificación: “Actio autem nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio, quod sibi debetur” (*Inst.*, lib. IV, tit. 6, preámbulo).⁵ (Mas la acción no es otra cosa, que el derecho de perseguir en juicio, lo que se nos debe).

Se hacía la crítica a esta definición, diciendo que sólo abarcaba las acciones personales, puesto que únicamente hablaba de “lo que se nos debe”. Pero SAVIGNY explica este punto: “Pendant longtemps il n’y eut

² DOMENGET, M. L. *Institutes de Gaius*, contenant le texte et la traduction en regard avec le commentaire au-dessous, nouvelle édition, Paris, A. Marescq Ainé, libraire-éditeur, 1866, commentaire quatrième, § 11, p. 478.

³ ORTOLAN. *Op. cit.*, § III, núm. 96, p. 110. ARANGIO-RUIZ. *Op. cit.*, cap. II, 2, p. 60. CUENCA. *Op. cit.*, núm. 9, p. 7 y 8.

⁴ En el vol. *Cuerpo del Derecho civil romano*, publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen, con notas de referencia por don Ildefonso L. García del Corral, tomo III, Barcelona, Jaime Molinas, editor, 1889, p. 516.

pas d'autre action que l'*actio in personam*, dont *actio* était alors synonyme. Quand plus tard on introduisit quelques actions *in rem*, on les distingua par la dénomination de *petitio*; mais dans la suite on jugea convenable d'étendre la signification du mot *actio* de manière à embrasser les deux classes d'actions comme espèces d'un même genre".⁶ (Durante mucho tiempo no hubo otra acción que la *actio in personam*, de la cual *actio* era entonces sinónimo. Cuando más tarde se introdujo algunas acciones *in rem*, se les distinguió por la denominación de *petitio*; pero en lo sucesivo se juzgó conveniente extender la significación de la palabra *actio* de manera a abarcar las dos clases de acciones como especies de un mismo género).

3. En el procedimiento extraordinario. El mismo ORTOLAN, refiriéndose a este procedimiento escribe: "L'action n'est plus que le droit, résultant de la législation même, de s'adresser directement à l'autorité judiciaire compétente, pour la poursuite de ce qui nous est dû ou de ce qui est à nous; ou bien l'acte même de cette poursuite".⁷ (La acción no es más que el derecho resultante de la legislación misma, de dirigirse directamente a la autoridad judicial competente, para la persecución de lo que nos es debido o de lo que es de nosotros; o bien el acto mismo de esta persecución).

§ 2. Teoría tradicional o clásica de la acción

1. Tesis de SAVIGNY. Según este autor, existen dos acepciones de la palabra acción: 1a., como un derecho que nace con la violación de un derecho; y 2a., como ejercicio del derecho mismo.

A) La acción como un derecho que nace con la violación de otro derecho. En este sentido, el derecho de acción o acción es el conferido a la parte lesionada para la reparación de la violación de sus derechos.

"A ce point de vue général, on reconnaît que toute action —dice SAVIGNY— implique nécessairement deux conditions, un droit en soi et al violation de ce droit. Si le droit n'existe pas, la violation n'est pas possible, et l'il n'y a point de violation, le droit ne peut revêtir la forme spéciale d'une action; il n'existe pas d'*actio nata* suivant l'expression fort juste des auteurs modernes".⁸ (En este punto de vista general, se reconoce que toda acción implica necesariamente dos condiciones, un derecho en sí y la violación de este derecho. Si el derecho no existe, la violación no es posible, y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma

⁶ *Id.*, tomo I, p. 135.

⁷ DE SAVIGNY, F. C. *Traité de Droit romain*, traduit de l'allemand par Ch. Guenoux, tome cinquième, Paris, Firmin Didot Frères, Libraires, 1846, chap. IV, § CCV, pp. 11 y 12.

⁸ ORTOLAN. *Op. cit.*, § IV, núm. 103, p. 117.

⁹ SAVIGNY. *Op. cit.*, ed. cit., p. 6.

especial de una acción; no existe *actio nata* según la expresión muy justa de los autores modernos).

B) *La acción como ejercicio del derecho mismo*. “Le mot *action* exprime aussi l'exercice même du droit, et alors, dans l'hypothèse d'un procès qui s'instruit par écrit, ce mot désigne l'acte écrit qui entame le débat judiciaire”.⁹ (La palabra *acción* expresa también el ejercicio mismo del derecho, y entonces, en la hipótesis de un proceso que se instruye por escrito, esta palabra designa el acto escrito que empieza el debate judicial).

En este último caso, consideramos nosotros, la acción vendría a confundirse con la demanda.

2. *Tesis de Demolombe*. Podemos decir que este autor identifica la acción con el derecho substancial, desde el momento en que la considera como este mismo derecho puesto en movimiento cuando es violado. “L'action enfin —dice Demolombe— c'est le droit lui-même mis en mouvement; c'est le droit à l'état d'*action*, au lieu d'être à l'état de repos; le droit à l'état de guerre au lieu d'être à l'état de paix.¹⁰ (La acción en fin es el derecho mismo puesto en movimiento; es el derecho en el estado de *acción*, en vez de estar en el estado de reposo; el derecho en el estado de guerra en vez de estar en el estado de paz).

Un poco más adelante dice: “Aussi, voyons-nous à chaque pas dans les formules des actes, bien plus, dans le style même des lois, les mots *droits* et *actions* employés quelquefois l'un pour l'autre, et tres-souvent même l'un avec l'autre, comme synonymes, et par un pléonasme évident”.¹¹ (Así, vemos a cada paso en las fórmulas de los actos, aún más, en el estilo mismo de las leyes, las palabras *derechos* y *acciones* empleadas algunas veces la una por la otra, y muy a menudo aun la una con la otra, como sinónimos, y por un pleonasma evidente).

3. *Tesis de Garsonnet y Cezar-Bru*. Según estos autores, la acción es un recurso ante el poder judicial al cual se le pide reconocer el derecho controvertido o hacer respetar el derecho violado; “l'action —dicen— n'est, au fond, que le droit lui-même qui reste en quelque sorte inactif tant qu'il n'est pas contesté, mais qui se met en mouvement dès qu'il est méconnu ou violé. Le droit est l'état *statique*, l'action est l'état *dynamique*, d'une même situation juridique”.¹² (La acción no es, en el fon-

⁹ *Id.*, p. 5.

¹⁰ DEMOLOMBE, C. *Traité de la distinction des biens, de la propriété, de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation* (en el vol. IX del Cours de Code Napoléon), t. I, Paris, A. Lahure, éditeur, Pedone Lauriel, Hachette et Cie., Marchal, Billard et Cie., A. Marescq Ainé, 1881, liv. II, tit. I, chap. I, no. 338, p. 191.

¹¹ *Id.*, núm. 340, pp. 192 y 193.

¹² GARSONNET, E. et CEZAR-BRU, Ch. *Précis de procédure civile* (contenant les matières exigées pour l'examen de licence), 9ème. éd., Librairie de la Société du Recueil Sirey, León Tenin, Directeur, 1923, 2ème. partie, tit. I, chap. I, section I, núm. 111, p. 86.

do, sino el derecho mismo que queda en alguna forma inactivo en tanto que no es controvertido, pero que se pone en movimiento desde que es desconocido o violado. El derecho es el estado *estático*, la acción es el estado *dinámico*, de una misma situación jurídica). De modo que la acción está íntimamente ligada al derecho substancial, y sigue todas las vicisitudes de éste. Si el derecho substancial está sujeto a un término no vencido o a una condición no cumplida, o se ha extinguido, el acreedor no tiene acción que intentar.

Los mismos autores nos dicen que no hay acción sin derecho; que éste condiciona la duración, la naturaleza y los caracteres, el objeto y la extensión de aquélla.

A) *La acción es el corolario inseparable del derecho.* No hay derecho sin acción, pero tampoco hay acción sin derecho. Excepto en el caso de las obligaciones naturales o *morales*, en el de las civiles que dichos autores llaman *degeneradas* (por ej.: deudas prescritas) y en el de las deudas de *juego* y *apuestas* prohibidos, en los que hay derechos correlativos que no pueden ser exigidos judicialmente, que no tienen acción.

Así como el número de los derechos es ilimitado, así también el de las acciones. Hay tantas acciones cuantos derechos se pueden crear por convenciones, y se pueden crear por éstas obligaciones hasta el infinito, con tal de que no tengan nada de contrario al orden público y a las buenas costumbres.

La mayor parte de los derechos no tienen nombre particular; en consecuencia, las acciones no llevan nombres oficiales. Sin embargo, el uso ha conservado denominaciones tomadas del derecho romano (*reivindicación*, para hacer valer el derecho de propiedad; acción *confesoria*, para afirmar la existencia de un derecho de usufructo o de servidumbre; acción *negatoria*, para negarla; acción *pauliana*, para revocar los actos pasados por un deudor en fraude a los derechos de los acreedores; *petición de herencia*, para reclamar una sucesión).

Pero no se entendería una lista cerrada en una legislación que otorga tantas acciones como consagra derechos.

E) *La acción y el derecho nacen y viven juntos.* Ambos tienen la misma duración. En tanto que el acreedor no ha recibido satisfacción, existe su derecho y, en consecuencia, también su acción. Pero este acreedor sólo tiene una acción si sólo tiene un derecho. Si una persona puede intentar más de una acción, es que posee varios derechos: el poseedor expulsado violentamente del inmueble que detenta, puede escoger la acción posesoria de recuperar, porque es turbado en su posesión; la reivindicación, porque es lesionado en su derecho de propiedad; la acción de daños y perjuicios, porque es acreedor de una indemnización por el daño que se le ha causado injustamente. Las formas de ejercitar la acción también pueden ser varias, pero la acción es la misma.

C) *La acción tiene la misma naturaleza y el mismo carácter que el*

derecho. La acción es, según sea el derecho, *real o personal, mobiliaria o inmobiliaria, transmisible o intransmisible* a los herederos, *cesible o incesible, divisible o indivisible, patrimonial o no patrimonial*.

D) *La acción tiene el mismo objeto que el derecho*. El juez condena al deudor a suministrar al acreedor la prestación prometida. Sin embargo, la regla de que la acción tiene el mismo objeto que el derecho, no es absoluta. Se encuentra atenuada en el caso de que el acreedor pueda escoger entre dos objetos diferentes (obligación alternativa). Otro caso que constituye una verdadera excepción, es el de las obligaciones de hacer que se resuelven en el pago de daños y perjuicios. Entran en esta categoría las obligaciones que nacen de las relaciones de familia (como la obligación de devolver la guarda de los hijos al esposo que ha obtenido el divorcio, o la obligación de dejarlos visitar por el otro) y las convencionales que necesitan del hecho personal, la intervención directa, individual, del deudor, como la obligación de pintar un cuadro. No así las obligaciones que pueden ser ejecutadas por el deudor mismo o por otra persona a cuenta y expensas de éste; por ejemplo, la obligación de demoler o de construir un muro.

E) *La acción tiene la misma extensión que el derecho*. Por lo tanto, no debe ser ejercitada por más de lo que constituye el objeto del derecho.¹³

§ 3. *Críticas generales a la teoría tradicional o clásica de la acción*

1. *Hay acciones sin derecho substancial, y hay derechos sin acción*. Se ha criticado la doctrina tradicional en el sentido de que hay acciones que no se basan en un derecho substantivo. Por ejemplo, en el caso de la acción de declaración del estado de *interdicción*, en la que no hay un derecho substantivo que se haga valer o se reclame; en el caso de una demanda admitida, aunque *mal fundada*: el actor tuvo acción, puesto que fue admitida su demanda (si no la hubiera tenido, ésta hubiera sido rechazada), pero no tuvo derecho (si lo hubiera tenido, su demanda hubiera sido declarada bien fundada); en el caso de la *acción penal* que es ejercitada por el Ministerio Público: éste no hace valer un derecho substantivo en provecho propio o del Estado.

Por otra parte, hay derechos sin acción como Garsonet y Cézar-Bru reconocen. Por ejemplo, los llamados imperfectos (los sujetos a término no vencido) y los llamados degradados (correlativos a obligaciones naturales).¹⁴

2. *Reglas aplicables o la acción, distintas a las del derecho substancial*.

¹³ *Id.*, núms. 112-120, pp. 87-91.

¹⁴ CORNU, Gérard et FOYER, Jean. *Procédure civile*, Presses Universitaires de France, Paris, 1958, première partie, liv. III, chap. préliminaire, § 2, A), pp. 272 y 273.

Por ejemplo, las reglas de la capacidad de ejercicio de una acción, no son las mismas que las requeridas para el ejercicio del derecho.

La ley aplicable a la acción es la vigente en el momento en que ésta se ejercita; la ley aplicable al derecho substancial es la vigente en el momento en que éste nació.¹⁵

3. *No es cierto el principio: a cada derecho una acción.* A un derecho pueden corresponder varias acciones (hipótesis de la acumulación de éstas).¹⁶

§ 4. Teoría de la autonomía de la acción

1. *Surgimiento.* La doctrina tradicional o clásica sobre la acción se mantuvo en Europa hasta mediados del siglo pasado, y en América, hasta comienzos del presente.¹⁷

Lo que se quiere decir con esto, es que a mediados del siglo pasado, con la discusión que se suscitó entre Bernhard Windscheid y Theodor Muther sobre la "actio" romana, surgió la doctrina que ahora se conoce como de la autonomía de la acción. Pero no se quiere decir que después de la mitad del siglo pasado no hayan habido sostenedores de la doctrina tradicional.

2. *Los continuadores.* Después de los autores acabados de mencionar, otros desarrollaron la teoría con distintas tendencias y posturas, y con más o menos variantes. Entre ellos tenemos a Adolf Wach, Degenkolb, Plosz, Josef Kohler, Giuseppe Chiovenda, Alfredo y Ugo Rocco, etcétera.

3. *Polémica de Windscheid y Muther.*

A) *Tesis de Windscheid.* En 1856 se publicó un escrito de Bernhard Windscheid intitulado: *Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (La actio del Derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual).*

1. *Crítica al concepto de Savigny.* En el escrito mencionado el autor considera que la concepción de acción de Savigny, que era entonces la predominante, es inexacta. Según hemos visto, este último entiende como acción el derecho a la tutela judicial que nace cuando se viola otro derecho. Ahora bien, dice Windscheid que en el *Corpus Iuris Civilis* (Savigny basa su teoría en el Derecho Romano) se encuentran *actiones* que no presuponen la violación de un derecho. Ciertamente, dice, que a aquél que ha sido lesionado en su derecho se le da una *actio*. Pero, por ejemplo, la *actio*

¹⁵ CUCHE, Paul. *Précis de procédure civile et commerciale*, dixième édition, Paris, Librairie Dalloz, 1954, première partie, chap. premier, sec. I, núm. 9, pp. 11 y 12.

¹⁶ CORNU y FOYER. *Op. cit.*, p. 277.

¹⁷ COUTURE, Eduardo J. *Fundamentos del Derecho procesal civil*, 3a. ed., Roque Depalma editor, Buenos Aires, 1958, parte primera, cap. II, § 2, núm. 37, p. 63.

empti que se da al comprador para el caso de que se le rehuse lo que puede pretender, le corresponde aun antes de la negativa; que no le corresponda aun antes del rechazo, un romano no lo habría entendido completamente. Es por ello que escritores recientes —sigue diciendo Windscheid— han hecho la distinción entre la acción eventual (*Klagerecht*), como facultad, y la acción ya nacida, como acto (*Anspruch*). La *actio*, han dicho, *subsiste* aun antes de la violación, pero sólo es *realizable* después de ésta.

Respecto a qué relación haya entre la acción y el derecho —continúa Windscheid— los autores no se han puesto de acuerdo. Hay quienes dicen que la acción es un “anexo” del derecho, un “agregado a su contenido”, su “accesorio”, su “elemento” (Puchta, Arndts, Waechter). Hay otros que enseñan que la *actio* no es sino el derecho mismo en su actuación o en el acto en que se hace valer (Boecking, Kierulff).¹⁸

2. *Concepto de la actio romana, según Windscheid.* Pero la *actio*, según Windscheid, no es ni el derecho a la tutela de otro derecho, cuando éste es violado, ni la facultad de invocar la tutela de este derecho en el caso de su violación. La *actio* —dice— “*é la facultà di imporre la propria volontà in via giudiziaria*”,¹⁹ (es la facultad de imponer la propia voluntad en vía judicial). El ordenamiento jurídico romano —prosigue Windscheid— no es ordenamiento de derechos, sino de pretensiones (*Ansprüche*) judicialmente perseguibles, de acciones. Este ordenamiento no dice: tú tienes tal o cual derecho, sino dice: tú tienes tal o cual acción; no dice: en este punto tu voluntad es ley para los demás individuos, sino dice: en este punto tú puedes hacer valer judicialmente tu voluntad frente a los demás individuos. Al conceder la tutela judicial concede los derechos. De modo que la *actio* es algo original y autónomo, y no derivado:²⁰ está en el lugar del derecho de crédito, y no es una emanación de éste. “Si può avere una *actio*, senza avere un diritto, o non avere un’*actio*, pur avendo un diritto”.²¹ (Se puede tener una *actio*, sin tener un derecho, y no tener una *actio*, aun teniendo un derecho).

La *actio* es la expresión inmediata de la *obligatio* (del derecho de crédito) —continúa Windscheid—; ordena sólo las relaciones entre persona y persona, y presupone siempre un determinado adversario. Pero la *actio* no se limita a la *obligatio* —dice el jurista alemán—; es la expresión para indicar toda pretensión (por ejemplo, la de que se reconozca el derecho de propiedad que se discute).²² “L’espressione romana *actio*

¹⁸ WINDSCHEID, Bernhard e MÜLLER, Theodor. *Polemica intorno all’ “actio”*, Sansoni, Firenze, trad. italiana di HEINITZ, Ernst e di PUGLIESE, Giovanni, 1954, § 1, p. 7.

¹⁹ *Id.*, p. 8.

²⁰ *Id.*, pp. 8 y 9.

²¹ *Id.*, p. 10.

²² *Id.*, pp. 11 y 12.

si riferisce non solo al primo atto di proporre la pretesa, bensì all'intera attività dell'attore".²³ (La expresión romana *actio* se refiere no sólo al primer acto de proponer la pretensión, sino a la entera actividad del actor), hasta que la sentencia no haya sido dictada. "È evidente che l'attività del convenuto, quando egli non si limiti alla semplice negazione della pretesa dell'attore, na vi opponga una difesa indipendente, è uguale a quella dell'attore, o perciò il termino *actio* diviene idoneo ad indicare anche la sua attività".²⁴ (Es evidente que la actividad del demandado, cuando éste no se limite a la simple negación de la pretensión del actor, sino oponga una defensa independiente, es igual a la del actor, y por esto el término *actio* se vuelve idóneo para indicar también su actividad).

3. *Concepto de la acción en el derecho actual, según Windscheid.* En el lenguaje de nuestra concepción jurídica —sigue diciendo Windscheid—, encontramos el mismo fenómeno de la terminología romana respecto a la palabra *actio*: tener una acción significa tener una pretensión reconocida por el derecho, o simplemente tener una pretensión.²⁵ Pero ante todo —dice Windscheid— significa hacer valer la pretensión en vía judicial, y no la pretensión misma; es la persecución judicial.²⁶

Por pretensión se debe entender, según el jurista alemán, "l'affermazione che uno è titolare di un diritto. Ma si può anche andare oltro, come già sopra fu notato, e parlare di pretesa, già quando si afferma un fatto qualsiasi atto a formare la base di un diritto che si pretenderà".²⁷ (La afirmación de que uno es titular de un derecho. Pero se puede también ir más lejos, como ya arriba fue notado, y hablar de pretensión, ya cuando se afirma un hecho cualquiera apto para formar la base de un derecho que se pretenderá).

"... con la violazione il diritto si trasforma in un diritto all'eliminazione della violazione. Il nome tradizionale di questo diritto è azione. ... Ora però non ogni violazione di diritto ha per conseguenza un'immediata concessione di tutela giudiziale, ma solo quella violazione, che comporta anche un diretto contrasto della volontà del violatore con la volontà del titolare. ... La violazione della mia proprietà quindi non fa nascere per me un'azione, ma un diritto a pretendere l'eliminazione della violazione, e questo diritto di credito si trasforma in azione in virtù del fatto, che è stato rifiutato il suo soddisfacimento".²⁸ (... con la violación el derecho se transforma en un derecho a la eliminación de la violación. El nombre tradicional de este derecho es acción. ... Sin embargo, ahora no toda violación de derecho tiene como consecuencia una inmediata con-

²³ *Id.*, p. 14.

²⁴ *Id.*

²⁵ *Id.*, p. 12.

²⁶ *Id.*, p. 14.

²⁷ *Id.*, § 11, IV, p. 147.

²⁸ *Id.*, § 23, pp. 175 y 176.

cesión de tutela judicial, sino sólo la violación que comporta también un contraste directo de la voluntad del violador con la voluntad del titular. ... La violación de mi propiedad en consecuencia no hace nacer para mí una acción, sino un derecho a pretender la eliminación de la violación, y este derecho de crédito se transforma en acción en virtud del hecho de que ha sido rehusada su satisfacción).

B) *Tesis de Muther*. En 1857 le fue publicado a Theodor Muther un escrito intitulado: *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerrecht, der Litiscontestatio und der Singular-succession in Obligationen*. (Sobre la doctrina de la "actio" romana, del actual derecho de acción, de la "litiscontestatio" y de la sucesión singular en las obligaciones), que es una crítica al libro de Windscheid sobre *La "actio" del derecho civil romano...*, como se expresa en el subtítulo del mismo escrito.

1. *Crítica a la tesis de Windscheid*. Dice Muther que el pretor romano no da una pretensión a través de la *actio*, sino que la pretensión existe ya antes de ésta, pues para la expedición de la fórmula o de la *actio*, es presupuesto que aquél contra quien se dirige la pretensión no la satisfaga voluntariamente sin proceso. En consecuencia, el pretor no crea pretensiones, sino da *acciones* para proteger las pretensiones cuyo reconocimiento como legítimas ha declarado anticipadamente.²⁹

Por otra parte, si bien es oíerto que las normas jurídicas creadas por el pretor no pertenecían al *ius civile*, también es cierto que tales normas sí pertenecían al *ius praetorium*, aun cuando fueran sólo *lex annua*. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico romano sí es de derechos, y la acción existe a través de éstos, y no viceversa.³⁰

El pretor no concede ninguna *actio* a quien no tiene ningún derecho.³¹ Y la *denegatio actionis* tiene lugar precisamente cuando el actor no tiene ningún derecho o, teniéndolo, se le contrapone un derecho del demandado igual o superior al de él, ya sea que provenga de una norma del *ius civile*, del *ius praetorium* o de la *aequitas* en el caso singular.³² Y más aún, en el derecho romano hay derechos sin acciones, como son los correlativos a las *naturalis obligatio*.³³

2. *El verdadero significado de la actio romana, según Muther*.

a) Dice Muther que originalmente la palabra *agere* significa "proceder", "hablar", "actuar", y en la más antigua forma del proceso (la *legis actio sacramento*) *actio* significa el acto bilateral con el que éste era introducido (sólo se podía realizar con la concurrencia del adversario: *agere cum aliquo*).

b) Sin embargo, continúa Muther, pronto la *actio* vino a indicar no

²⁹ *Id.*, pp. 214 y 215.

³⁰ *Id.*, pp. 216 y 217.

³¹ *Id.*, p. 221.

³² *Id.*, p. 225.

³³ *Id.*

sólo este acto en sí, sino también el ritual y, específicamente, la fórmula del ritual, puesta en escrito,³⁴ que se debe observar para actuar (*actio ad formam redacta*). Cuando el Pretor había prometido en el Edicto una fórmula para determinados casos —prosigue Muther—, se puede decir que el actor tenía una pretensión a la expedición de la misma, siempre y cuando se hubieran llenado las condiciones generales bajo las cuales la *actio* había sido prometida. El actor tenía ya, antes de pedirla, un derecho a la expedición de la fórmula.³⁵ Tenemos, pues —dice Muther—, un nuevo significado de la palabra *actio*: pretensión a la expedición de una fórmula.³⁶

Ahora bien, respecto al derecho de expedición de la fórmula, el obligado era el Pretor, como representante de la justicia soberana del Estado. Respecto al derecho originario, presupuesto del anterior, los obligados eran privados.³⁷ El derecho público de actuar o *actio* estaba condicionado al derecho originario, aun cuando éste no hubiere sido violado todavía. De modo que no se puede decir que era un *annexum* del segundo o un agregado del contenido de éste.³⁸

Con el acto de la violación de un derecho, el lesionado —dice Muther— no obtiene una pretensión particular a la eliminación de esa violación en contra del violador,³⁹ sino un derecho público a la concesión de la tutela del Estado (la acción). El derecho a la eliminación de la violación mismo, en contra del violador, corresponde al Estado y es también público, en consecuencia. El derecho originario privado del lesionado continúa subsistiendo con su fuerza y eficacia originaria.⁴⁰

Actio es, pues, según Muther, la pretensión del titular del derecho, hacia el Pretor, a la expedición de una fórmula en el caso en que ese derecho sea violado.⁴¹

c) Con la desaparición del proceso formulario —dice Muther—, desapareció también el derecho a la expedición de la fórmula, pero la idea que le servía de fundamento permaneció: el derecho del lesionado hacia el Estado de pedir la tutela judicial, reconocido más incondicionalmente que antes, desde el momento en que cualquiera era admitido en el proceso con la simple afirmación de que existía una violación de derecho.⁴²

3. *La acción en el derecho actual, según Muther*. En el derecho actual, como en el derecho romano —afirma Muther—, existe un derecho

³⁴ *Id.*, p. 228.

³⁵ *Id.*, p. 230.

³⁶ *Id.*, p. 233.

³⁷ *Id.*

³⁸ *Id.*, p. 234.

³⁹ *Id.*, p. 235.

⁴⁰ *Id.*, p. 236.

⁴¹ *Id.*, p. 238.

⁴² *Id.*, p. 240.

a la tutela estatal (acción), y el presupuesto de este derecho, es otro derecho y una lesión de este último.⁴³

Actualmente —prosigue Muther—, el derecho sustancial y la acción no son idénticos, pues sus obligados son distintos. Además —agrega Muther—, también ahora pueden haber pretensiones sin acción (como en el caso de las *naturales obligationes*).⁴⁴

La pretensión a la protección de la pretensión no ha dejado de tener para nosotros un significado autónomo.⁴⁵

C) *Réplica de Windscheid.*

1. *La "actio" en el derecho romano.* En el mismo año de 1857 se publicó otro escrito de Windscheid con el nombre de *Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther (La actio. Defensa contra el Dr. Th. Muther)*.

En este ensayo resume Windscheid el pensamiento fundamental de su escrito anterior, e insiste en que el pretor romano no creaba normas jurídicas (y, por tanto, derechos), sino normas judiciales (para el ejercicio de su jurisdicción). El derecho pretoriano sólo era tal cuando se realizaba en la jurisdicción; era derecho porque era pronunciado en un juicio, pero no era pronunciado en un juicio porque fuera derecho.⁴⁶

Cuando el pretor interviene no con base en una regla preestablecida (*actiones praetoriae*), sino en la idea de la justicia, este derecho superior se realiza efectivamente en la pronunciación que de él haga el pretor. Antes de esta pronunciación no existe, pues la idea de la justicia es muy variable.⁴⁷

Tampoco las *actiones civiles* son algo de derivado, una consecuencia, una función del derecho, ya que el pretor podía no reconocer la pretensión basada en el derecho civil.⁴⁸

Windscheid acepta que la *naturalis obligatio* no sea concebida como obligación del sentimiento jurídico natural, sino como un derecho sin acción; pero no constituye un elemento orgánico del sistema jurídico; está fuera de éste.⁴⁹

2. *Crítica a la tesis de Muther.* La *actio* no indica la fórmula (o la expedición de ésta), sino el derecho al debate judicial, y sólo indirectamente el derecho a la expedición de una fórmula. Además, sólo se podía hablar de un *derecho* a la concesión de la *actio*, después que el pretor había cesado de ser independiente y se había convertido en una autoridad judicial.⁵⁰ En la independencia del pretor reside que los romanos ha-

⁴³ *Id.*, p. 241.

⁴⁴ *Id.*

⁴⁵ *Id.*, p. 244.

⁴⁶ *Id.*, p. 298.

⁴⁷ *Id.*, p. 303.

⁴⁸ *Id.*, p. 307.

⁴⁹ *Id.*, pp. 308 y 309.

⁵⁰ *Id.*, p. 311.

blen de *actio* en vez de derecho. Para ellos la *actio* es la expresión del derecho, de la pretensión jurídica; el modo en que ésta se manifiesta; la *actio* está en lugar del derecho.⁵¹

3. *La acción en la actual concepción jurídica.* En el lenguaje de “nuestra concepción jurídica” —reitera Windscheid—, tener una acción significa tener una pretensión reconocida por el derecho. De modo que “pretensión jurídica” es la expresión por *actio*. En el lenguaje de la concepción jurídica romana *actio* es la expresión por “pretensión jurídica”.⁵²

La acción, entendida como derecho a la tutela del Estado, pertenece al derecho procesal y no al derecho sustancial. Si para el derecho sustancial las pretensiones no se indican con decir que son reconocidas por el magistrado, se debe abandonar el lenguaje romano de las *actiones*.⁵³

La tutela que el Estado concede a la señoría sobre la cosa, no es diversa a la que concede a la eliminación de la violación de tal señoría, pero sí tienen un objeto distinto. La pretensión genérica que corresponde al propietario contra todos los demás, se transforma en una pretensión específica contra una determinada persona, después de la violación a la propiedad.⁵⁴

La palabra acción, en la “actual concepción jurídica”, sólo en sentido impropio puede ser usada para designar un derecho, el derecho de actuar; pero en este sentido, dicha concepción no considera ese derecho como equivalente a pretensión jurídica. La acción, para ella, es el acto de actuar en juicio. Hablar de acciones en vez de derechos, es una falsificación de la moderna conciencia jurídica.⁵⁵

4. *Teoría de la acción como un derecho concreto a la tutela jurídica mediante la obtención de una sentencia favorable.*

A) *Sus sostenedores.* Esta teoría es sostenida, en Alemania, por Adolf Wach, Gierke, Hellwig, Stein, Holder, y en Italia, por Fadda, Simoncelli y Menestrina.

b) *Tesis de Adolf Wach.* El antecedente de esta doctrina lo encontramos en la polémica acabada de mencionar de Windscheid y Muther, y Adolf Wach la desarrolla en sus obras: *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts (Manual de derecho procesal civil alemán, 1885)* y *Der Feststellungsanspruch (La pretensión de declaración, Facultad de Derecho de la Universidad de Leipzig, 1888, y en edición separada, editorial Duncker y Humblot, 1889)*.

1. *Axiomas de la pretensión de protección del derecho.* “La pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otor-

⁵¹ *Id.*, pp. 312 y 313.

⁵² *Id.*, pp. 313 y 314.

⁵³ *Id.*, p. 314.

⁵⁴ *Id.*, p. 316.

⁵⁵ *Id.*, pp. 318 y 319.

gar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo. Pero ella tampoco es aquella facultad, del derecho público, de demandar, que compete a cualquiera que, dentro de las formas establecidas y con fundamento jurídico, sostenga una pretensión de protección del derecho. Frente al derecho civil, esta pretensión es independiente en cuanto a sus requisitos previos, sujeta a configuraciones concretas y extraprocesales de hechos, independiente en sus relaciones subjetivas, en su contenido y en su realización. Es el objeto inmediato del proceso civil”.⁵⁶

De modo que, según Wach, el derecho de accionar judicialmente o, como él la llama, la “pretensión de protección del derecho”, tiene como características las siguientes:

a) No es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo (es independiente frente al derecho civil).

b) Es de derecho público.

c) Se dirige al Estado y en contra de la parte contraria.

d) Tiene como finalidad la obtención del amparo judicial, que es también la finalidad inmediata del proceso civil.

e) No es una facultad de demandar que compete a cualquiera que la sostenga con fundamento jurídico y dentro de las formas establecidas (por lo tanto, es un derecho concreto, no abstracto).

2. *Fundamentos de los axiomas de la pretensión de protección del derecho.*

a) La pretensión de protección del derecho no es el mismo derecho privado subjetivo, ni mucho menos la pretensión (*Anspruch*) del derecho civil.⁵⁷

Crítica Wach la opinión tradicional que sostiene que el derecho de acción es inmanente al derecho, es una cualidad de éste, es el “medio que prepara su realización compulsiva”.⁵⁸

Estas definiciones y otras semejantes —dice Wach— sólo tienen en cuenta la llamada acción de prestación o de condena (la persecución de la pretensión civil que necesita ser satisfecha), en la que parece, en efec-

⁵⁶ WACH, Adolf. *La pretensión de declaración*, un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho, traducción del alemán por el doctor Juan M. Semon, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1962, cap. II, pp. 39 y 40.

⁵⁷ *Id.*, p. 40.

⁵⁸ WÄCHTER, por ej., dice: “El derecho de acción no es, pues, un derecho independiente en sí, sino solamente una parte del contenido e ingrediente de aquel derecho a cuya protección sirve la acción. Un derecho de accionar no es concebible sin la existencia de un derecho, al que la demanda debe hacer valer y que forma la base de la cual emana la demanda”. (WÄCHTER, *Pandekten*, ed. por O. V. Wächter, t. I, Leipzig, 1880, § 98. Cit. por Wach, *Op. cit.*, ed. cit., p. 40, nota 1).

to, que el derecho lleva en sí mismo el derecho de acción, y no así la acción declarativa o de "declaración".⁵⁹

El axioma del que se debe partir en el orden jurídico actual —prosigue Wach—, es el siguiente: "todo lo que persigue la ley civil, el ordenamiento legal de la convivencia social de los individuos entre sí, debe ser realizable, porque la ley lo quiere y tal como la ley quiere".⁶⁰

Nadie mejor que Windscheid —afirma Wach— ha servido al descubrimiento de esta verdad: "Lo que llamamos la accionabilidad del derecho, su realizabilidad compulsiva, es sólo la expresión de la afirmación del derecho pero, no reducido a una conducta determinada o una prestación del deudor, y no informa sobre la medida y el modo de realización y comprobación, o de la compulsión".⁶¹

Wach considera, al igual que Windscheid, que el concepto de la *actio* no tiene aplicación en "nuestro derecho", y que la *actio nata* cedió su lugar al concepto de la pretensión.⁶²

"Admitimos —dice Wach— que los derechos de protección son derechos accesorios, al servicio y en beneficio del derecho civil. Pero tenemos que liberarnos totalmente de la concepción de que ellos fuesen su contenido o parte integrante del mismo o uno de sus aspectos o su función".⁶³

La realizabilidad compulsiva —sostiene Wach— no es una cualidad del derecho, pues hay derechos accionables que no son realizables compulsivamente, como son los que dan base a la acción declarativa. "La llamada obligación natural, respecto de la que comúnmente se habla de derecho sin acción judicial, ya no existe en la actualidad. Puede ser objeto de la acción de declaración positiva o negativa".⁶⁴

"La tesis de la inmanencia del derecho de acción en el derecho subjetivo privado —prosigue Wach—, es del todo imposible e inconcebible, cuando existen derechos de acción, independientemente de los derechos subjetivos privados que deben ser protegidos por aquéllos", como en el caso de la acción de declaración negativa.⁶⁵

b) "*La pretensión de protección del derecho constituye un derecho relativamente independiente, que sirve al mantenimiento del orden concreto de los derechos privados, por lo cual es un derecho secundario, e independiente en cuanto a sus requisitos*".⁶⁶

Uno de los requisitos previos de toda pretensión de protección del derecho, es el *interés legítimo* en esta protección, la necesidad de ésta en

⁵⁹ WACH, *Op. cit.*, núm. 1, pp. 41-46.

⁶⁰ *Id.*, p. 46.

⁶¹ *Id.*

⁶² *Id.*

⁶³ *Id.*, p. 48.

⁶⁴ *Id.*, pp. 48 y 49.

⁶⁵ *Id.*, p. 51.

⁶⁶ *Id.*, núm. 2, p. 51.

forma de un acto de administración de justicia. Otro requisito de la pretensión de protección positiva es el *derecho propio* que se persigue. Con la pretensión de protección negativa, no se persigue ningún derecho propio, y su forma es la acción declarativa negativa.⁶⁷

Con la admisión de la acción declarativa, según Wach, la “independencia de la pretensión de decisión judicial firme, favorable al demandante, ha logrado su plenitud”.⁶⁸

Antes de examinarse la existencia del derecho, se debe examinar la de la necesidad (interés) justificada de protección, el derecho a ser protegido, y quien niega esta necesidad en su decisión, decide sobre el objeto del proceso, no sobre la admisibilidad de la acción; el interés no es un presupuesto procesal. “De modo que, si, interpuesta una acción de prestación, resultase que existe el derecho alegado por el actor, pero no en forma ya exigible (*fällig*), no podrá efectuarse la declaración del mismo con esta limitación, pues faltaría el interés en la protección. Se rechaza entonces la pretensión, sin que se resuelva, con fuerza de cosa juzgada, sobre el derecho a plazo o bajo condición como tal”.⁶⁹ “Se rechaza la solicitud formulada en la demanda, es decir, se falla absolutamente sobre el fondo del asunto, si se resuelve que no existe un interés en la declaración, porque el petitório de la demanda constituye una solicitud de protección del derecho”.⁷⁰

c) “La pretensión de protección del derecho es de naturaleza publicística y se dirige por un lado contra el Estado, y por el otro, contra la parte contraria. Aquél debe otorgar la protección del derecho, el acto de administración de justicia, mientras que ésta deberá tolerarlo”.⁷¹

El Estado se establece a sí mismo como garantía y protección del derecho privado. El actor somete a él su petición, y lo que pide es su derecho y no un acto de gracia o discrecional.

Las pretensiones de protección del derecho, dice Wach, pertenecen a los derechos subjetivos públicos frente al Estado, y existen al mismo tiempo frente a la parte contraria, quien deberá tolerar el acto de protección. “Solamente podemos comprender el proceso en su relación orgánica, teniendo en cuenta su dirección hacia los dos lados, es decir, al tribunal y a la parte contraria”.⁷² La pretensión de protección del derecho —continúa Wach— tiene por contenido el acto de protección del derecho en favor del titular, y no el derecho a debate judicial y a sentencia.⁷³

C) Críticas a la tesis de Wach.

⁶⁷ *Id.*, pp. 51 y 52.

⁶⁸ *Id.*, p. 53.

⁶⁹ *Id.*, pp. 58 y 59.

⁷⁰ *Id.*, p. 57.

⁷¹ *Id.*, núm. 3, p. 59.

⁷² *Id.*, p. 67.

⁷³ *Id.*, p. 68.

1. *Subordinación del proceso al derecho privado.*

a) A algunos autores, como Bulow, les ha parecido que “nella teoria del Wach il processo sia ancora troppo asservito al diritto privato, e che il concetto di un diritto alla tutela giuridica (il quale nello stesso processo non può naturalmente spettare che ad una delle parti), sia troppo unilaterale e ad ogni modo meramente ipotetico”,⁷⁴ (en la teoría de Wach el proceso todavía está demasiado subordinado al derecho privado, y que el concepto de un derecho a la tutela jurídica (el cual en el mismo proceso no puede corresponder naturalmente sino a una de las partes), es demasiado unilateral y de todos modos meramente hipotético).

b) Dice Alfredo Rocco que la teoría de la acción como un derecho concreto a la tutela jurídica no puede escapar a este dilema: “o identificar el derecho concreto a la protección jurídica con el derecho abstracto de proceder, o confundirlo con el derecho subjetivo material”.⁷⁵ Sólo en el momento en que el procedimiento está acabado, surge el derecho del actor de ver admitida su demanda, o del demandado de ver rechazada ésta. Cuando el derecho a una determinada sentencia es conocido, continúa Rocco, el mismo ya ha sido satisfecho. Lo que significa que no existe nunca como derecho. Puesto que durante el procedimiento no se hace valer el derecho a una determinada sentencia (ni por parte del actor ni del demandado), lo que se hace valer no es sino o el derecho abstracto de proceder o el derecho subjetivo material (el afirmado por el actor, el de libertad para el demandado) que corresponde al que tiene razón. Si se rechaza la primera solución, la de que se hace valer el derecho abstracto de proceder, como la rechazan los autores de la teoría del derecho concreto, y si se considera el derecho de acción como un accesorio del derecho subjetivo, “¿cómo se explica —pregunta Rocco— la facultad de exigir del Estado actos de la función jurisdiccional, aun en quien no tiene derecho?”⁷⁶

c) A su vez, Ugo Rocco dice: el defecto fundamental de la teoría del derecho concreto a la tutela jurídica, aunque enmascarada por una veste publicista, es el de estar demasiado ligada al derecho sustancial, de donde poco firmes e inciertos aparecen los confines entre acción y derecho material.⁷⁷

Ya Kohler —sigue diciendo Ugo Rocco— resaltaba que esta teoría

⁷⁴ CHIOVENDA, Giuseppe. *L'azione nel sistema dei Diritti en Saggi di Diritto processuale civile* (1900-1930), vol. I, Roma, 1930, Società Editrice “Foro Italiano”, núm. 6, p. 12.

⁷⁵ Rocco, Alfredo. *La sentenza civile*, trad. de Mariano Ovejero, Editorial Stylo. México, D. F., s. f., cap. V, núm. 36, p. 139.

⁷⁶ *Id.*, p. 140.

⁷⁷ Rocco, Ugo. *L' autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, Athenaeum, Roma, MCMXVII, parte II, sezione prima, capitolo II, núm. 99, p. 325. Del mismo autor: *Teoría general del proceso civil*, trad. de Felipe de J. Tena, Editorial Porrúa, S. A., México, 1959, parte III, cap. II, 2, núm. 5, p. 208.

no puede escapar al dilema de identificar el derecho concreto a la tutela jurídica, con el derecho abstracto de actuar; o de confundirlo con el derecho privado material.⁷⁸

Con la afirmación o la negación del derecho sustancial —continúa Ugo Rocco— no se afirma o se niega, por obra de los órganos jurisdiccionales, el derecho de actuar o de contradecir, sino sólo el derecho sustancial especial del actor o el de libertad del demandado.⁷⁹

Gierke, uno de los sostenedores de la teoría de la acción como derecho concreto a la tutela jurídica, dice que el uso de este derecho hacia el Estado, con un fin distinto al de tutelar los derechos efectivos, es abuso, y como tal, debe ser rechazado.⁸⁰

A esto contesta Ugo Rocco: “Non esistente, e quindi abusivo nel suo esercizio, potrà dagli organi giurisdizionali ritenersi il diritto sostanziale vantato dall'attore o dal convenuto; ma non il diritto di azione il quale mira, appunto, ad ottenere l'accertamento dell'esistenza o inesistenza del diritto sostanziale stesso”.⁸¹ (No existente, y en consecuencia abusivo en su ejercicio, podrán los órganos jurisdiccionales considerar el derecho sustancial de que se jacta el actor o el demandado; pero no el derecho de acción el cual mira, precisamente, a obtener la certeza de la existencia o inexistencia del derecho sustancial mismo).

2. La “pretensión de protección del derecho” puede ser de derecho público o privado.

Dice Chiovenda: “Tiene la acción naturaleza pública o privada según sea pública o privada la norma cuya actuación produce”.⁸² Un poco más adelante da la misma idea: “Siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés toma su naturaleza de éste; y por consecuencia es pública o privada, patrimonial o no patrimonial”.⁸³

3. El derecho de accionar no se dirige al Estado.

a) Fischer dice que las normas de derecho público regulan la actividad del Estado, e imponen a éste y al juez, la obligación de otorgar la

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ Rocco, Ugo. *L'autorità...*, ed. cit., p. 327. Del mismo autor: *Teoría general...*, ed. cit., p. 209.

⁸⁰ GIERKE. *Deutsches Privatrecht*, p. 324, n. 6. Cit. por Rocco, Ugo. *L'autorità...*, p. 327.

⁸¹ Rocco, Ugo. *L'autorità...*, p. 327.

⁸² CHIOVENDA, José. *Principios de Derecho procesal civil*, trad. española de la 3a. ed. italiana, prólogo y notas del profesor José Casáis y Santaló, t. I, Madrid, Editorial Reus (S. A.), 1922, 1a. parte, § 1o., núm. III, p. 61. Del mismo autor: *Instituciones de Derecho procesal civil*, vol. I, trad. del italiano y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1954, parte 1a., § I, núm. 6, p. 26. Del mismo autor: *Saggi di Diritto processuale civile (1900-1930)*, vol. I, Roma, 1930, Società Editrice “Foro Italiano”, núm. 8, p. 17.

⁸³ CHIOVENDA. *Principios...*, *Id.*, núm. VI, p. 76. Del mismo autor: *Instituciones...*, *Id.*, núm. 8, p. 32.

protección estatal del derecho, bajo determinadas condiciones que no incluyen la existencia de pretensiones del derecho privado, por lo que no existe una pretensión contra el Estado.

Pero Wach pregunta: si dichas normas imponen al Estado "otorgar la protección estatal del derecho", "¿por qué no debería entonces hablarse de una obligación auto-estatuida de protección de parte del Estado y, por consiguiente, de una pretensión de protección dirigida contra él?"⁸⁴

b) Kohler afirma que las partes no tienen una pretensión jurídica contra el tribunal, y los ciudadanos en general no pueden reclamar al Estado la realización de su actividad, el cumplimiento de sus deberes; "lo Stato nel tutelare il diritto non fa che compiere la sua naturale funzione, come quando punisce".⁸⁵ (El Estado al tutelar el derecho no hace sino cumplir su función natural, como cuando pune). No hay un derecho subjetivo a la tutela jurídica hacia el Estado. Las relaciones procesales se establecen entre las partes.

Wach contesta a esto diciendo que el Estado, al dar la facultad de pedir su auxilio, "se impone a sí mismo aquella autolimitación, aquel deber, que debe asumir como sostén del orden jurídico y como adversario de la justicia por mano propia precisamente frente a los interesados del derecho privado".⁸⁶ Las obligaciones del Estado carecen del aparato compulsivo por su naturaleza propia. "El Estado no puede ser compelido: ni tampoco se necesita la compulsión, pues el Estado es el derecho viviente".⁸⁷

c) Dice Ugo Rocco que la facultad del Estado de desplegar contra el demandado la coacción necesaria para obtener el cumplimiento de sus obligaciones, está comprendida en su derecho más general de jurisdicción *tionis* del súbdito hacia el Estado (relación de sujeción y obediencia porque es de supremacía y tiene como fundamento el general *status subieclítica*).⁸⁸

La obligación del demandado de soportar la tutela jurídica del Estado —dice también Ugo Rocco—, no es correlativa al derecho de acción del actor, sino al derecho del Estado de desplegar la coacción, y es la obligación general que corresponde a todos los ciudadanos de respetar el ejercicio de los derechos de los otros, ya sean privados o públicos.⁸⁹

d) No se tendría acción —continúa Chiovenda— si no existiese el Estado, pero la relación con éste es un medio para obtener ciertos efectos *contra* el adversario. Puede ponerse en duda que exista un derecho a

⁸⁴ WACH. *Op. cit.*, cap. II, núm. 3, p. 60.

⁸⁵ KOHLER. *Prozess als Rechtsverhältniss*, p. 13 y ss. Cit. por CHIOVENDA, *Saggi...*, ed. cit., vol. I, nota 51, p. 70.

⁸⁶ WACH. *Op. cit.*, cap. II, núm. 3, p. 63.

⁸⁷ *Id.*, p. 64.

⁸⁸ ROCCO, Ugo. *Op. cit.*, parte II, sezione prima, cap. II, núm. 99, pp. 328 y 329.

⁸⁹ *Id.*, p. 328.

la tutela jurídica *contra* el Estado, lo cual supondría un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano, cuando que conceder razón a quien la tiene es interés del Estado mismo.⁹⁰

4. *El derecho de accionar no tiene como finalidad la obtención del amparo judicial, de una sentencia favorable.*

a) La mejor prueba —dice Alfredo Rocco— de que no existe un derecho a la tutela jurídica del que tiene derecho material, “la suministra el hecho de que no existe una obligación del juez de decidir a favor del que tiene derecho (que presupondría la posibilidad de conocer la verdad objetiva, mientras que el juez, como cualquier otro hombre, debe contentarse con la certeza, o sea con la verdad subjetiva); sino sólo existe una obligación de decidir, según la convicción que él se formó según los resultados del procedimiento”.⁹¹

b) Dice Ugo Rocco que primero Chioventa y después Alfredo Rocco han observado que no se puede concebir un derecho a una sentencia favorable, porque surgiría en un momento en que el titular del derecho no puede conocer, o sea aquél en que, habiendo terminado el proceso, el juez se ha formado una determinada convicción sobre el material de causa. Se agregaba, además, que naciendo el derecho al término del proceso, cuando era conocido, al mismo tiempo era satisfecho; lo que quería decir que no existía jamás como derecho.⁹²

La teoría del derecho concreto a la tutela jurídica —prosigue Ugo Rocco—, de Wach a Hellwig, aun cuando concibe el derecho de acción como dirigido hacia el Estado, tiene el defecto fundamental de no saber explicar la posición autónoma del actor y del demandado frente al Estado. Puesto que, en efecto, se debe admitir que alternativamente o el actor o el demandado tiene un derecho a la sentencia favorable, según que en el uno o en el otro se encuentren los requisitos de derecho sustancial a los cuales está condicionada la existencia del derecho concreto de actuar, ¿cómo se podrá explicar que aun cuando tales requisitos no existen, el actor aunque *no autorizado* para la acción, como dice Hellwig, tiene derecho sin embargo a obtener la presentación de la actividad jurisdiccional? ¿Cómo se podrá explicar por otra parte que aun cuando en el actor existen todos aquellos requisitos, el demandado tiene derecho sin embargo a obtener la prestación de la actividad jurisdiccional?⁹³

Más aún: precisamente porque el derecho a la sentencia favorable no puede corresponder más que al actor o al demandado, en cuanto com-

⁹⁰ CHIOVENTA. *Principios...*, 1a. parte, § 1o., núm. IV, pp. 70 y 71. Del mismo autor: *Instituciones...*, edic. cit., vol. I, parte 1a., § 1, núm. 6, p. 24.

⁹¹ ROCCO, Alfredo. *Op. cit.*, ed. cit., p. 141.

⁹² ROCCO, Ugo. *L'autorità...*, ed. cit., p. 325. Del mismo autor: *Teoría general...*, ed. cit., p. 208.

⁹³ ROCCO, Ugo. *L'autorità...*, ed. cit., pp. 325 y 326. Del mismo autor: *Teoría general...*, ed. cit., p. 208.

pete sólo a quien tiene razón, sería necesario admitir que en todo proceso una de las dos partes no tiene acción por no tener razón.⁹⁴

La verdad es que —continúa Ugo Rocco— no se puede admitir un derecho a una sentencia favorable, porque el hecho de que la sentencia contenga la afirmación de la existencia del derecho especial afirmado por el actor (y en consecuencia la negación del derecho de libertad del demandado); o la negación de la existencia del derecho especial afirmado por el actor (y en consecuencia la afirmación del derecho de libertad del demandado); y sea, en consecuencia, favorable al actor o al demandado, no tiene relativamente en una concepción general y abstracta de la acción y del proceso.⁹⁵

5. *El derecho de accionar judicialmente no es concreto.*

En relación con este punto, basta recordar el dilema a que ya nos hemos referido, opuesto implícitamente por Kohler a la teoría de la acción como derecho concreto a la tutela jurídica, y planteado expresamente por Alfredo y Ugo Rocco: “Puesto que no se hace valer el derecho a una determinada sentencia, ya por parte del actor, ya por parte del demandado, lo que se hace valer no puede ser evidentemente sino o el derecho abstracto de proceder correspondiente a ambos, o el derecho subjetivo material (el derecho afirmado por el actor, el derecho de libertad para el demandado), correspondiente a aquel que tiene razón”.⁹⁶

5. *Teoría de la acción como un derecho potestativo.*

A) *Sus sostenedores.* Esta teoría es sostenida en Alemania por Weismann y Zitelmann, y en Italia por Chiovenda.

B) *Tesis de Chiovenda.*

1. *Concepto de acción.* Muy conocida es la definición que da Chiovenda de la acción: es “el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley”.⁹⁷

a) De modo que la acción “es un poder que corresponde frente al adversario, respecto al cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a ninguna cosa frente a este poder; está simplemente sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada ni para impedirarla, ni para satisfacerla”.⁹⁸

b) Normalmente la actuación de la ley depende de una *condición* que es la manifestación de voluntad de un particular; normalmente los órga-

⁹⁴ Rocco, Ugo. *L'autorità...*, ed. cit., p. 326. Del mismo autor: *Teoría general...*, ed. cit., p. 208.

⁹⁵ *Id.*, del mismo autor: *Teoría general...*, ed. cit., p. 209.

⁹⁶ Rocco, Alfredo. *Op. cit.*, ed. cit., cap. V, núm. 36, p. 140. Rocco, Ugo. *L'autorità...*, ed. cit., parte II, sezione prima, cap. II, núm. 99, p. 325. Del mismo autor: *Teoría general...*, ed. cit., parte III, cap. II, 2, núm. 5, p. 208.

⁹⁷ CHIOVENDA. *Principios...*, ed. cit., t. I, 1a. parte, § 1o., núm. III, p. 60. Del mismo autor: *Instituciones...*, ed. cit., vol. I, parte 1a., § 1, núm. 6, p. 26.

⁹⁸ CHIOVENDA. *Instituciones...*, *id.* Del mismo autor: *Principios...*, *id.*, p. 61.

nos públicos pueden proveer a la actuación de la ley *solamente previa petición* de una parte (*nemo iudex sine actore*). Se dice que un particular tiene *acción* cuando “tiene el poder jurídico de provocar con su demanda la actuación de la voluntad de la ley”.⁹⁹

2. *Autonomía de la acción.*

a) La acción y el otro derecho subjetivo (real o personal) derivado de una voluntad concreta de ley, son distintos, si bien pueden coordinarse en un mismo interés económico; tienen vida y condiciones diversas y contenido completamente distinto.¹⁰⁰

Acción y obligación —prosigue Chiovenda— son dos derechos subjetivos distintos, que solamente *unidos* cubren plenamente la voluntad concreta de ley que llamamos derecho objetivo. La acción es un derecho distinto y autónomo que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación, que tiende a un efecto jurídico y no a la prestación (la acción de condena se extingue con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, aunque la obligación continúe viviendo). “Cuando se dice que la coacción es un elemento del derecho y que *por lo mismo* la acción es un elemento del derecho *subjetivo*, se cae en un sofisma, puesto que la coacción es un elemento del derecho *objetivo*, mientras que desde el punto de vista subjetivo una cosa es el derecho a la prestación y otra el poder de provocar la coacción del Estado”.¹⁰¹

b) “Y normas distintas regulan la obligación y la acción: puesto que la acción, fundándose en la existencia del proceso, está regulada —tanto si tiene naturaleza privada como pública, según el interés con el cual se coordina— por la ley procesal. De lo cual se deduce que permaneciendo inmutable la norma que regula la obligación, puede, por el contrario, cambiar la norma (procesal) que regula la acción”.¹⁰²

Esto resulta patente cuando se consideran las acciones: de declaración, aseguradora, ejecutiva anormal, las cuales pueden existir o no para la misma relación jurídica.¹⁰³

Pero con esto no se niega la existencia de un lazo muy estrecho entre la acción y la obligación, pues ambas se apoyan en la misma voluntad concreta de ley que garantiza un bien determinado, y tienden a la consecución de éste. “De aquí que, satisfecha una obligación mediante la prestación del obligado, se extinga la acción; y satisfecha la acción con la ejecución forzosa, se extinga la obligación”.¹⁰⁴

⁹⁹ CHIOVENDA. *Instituciones...*, *id.* Del mismo autor: *Principios...*, *id.*, p. 60.

¹⁰⁰ CHIOVENDA. *Instituciones...*, *id.*, núm. 7, A), p. 27. Del mismo autor: *Principios...*, *id.*, p. 61.

¹⁰¹ CHIOVENDA. *Principios...*, *id.*, p. 62. Del mismo autor: *Instituciones...*, *id.*, pp. 27 y 28.

¹⁰² CHIOVENDA. *Instituciones...*, *id.*, p. 28. Del mismo autor: *Principios...*, *id.*, pp. 62 y 63.

¹⁰³ CHIOVENDA. *Instituciones...*, *id.* Del mismo autor: *Principios...*, *id.*, p. 63.

¹⁰⁴ CHIOVENDA. *Instituciones...*, *id.*, p. 29. Del mismo autor: *Principios...*, *id.*

3. *Casos en que la independencia y la autonomía de la acción son más evidentes.*

En general, estos casos son aquéllos en que la acción o tiende hacia un bien que no puede ser prestado por ningún obligado, sino que sólo se puede conseguir en el proceso, o tiende hacia un bien, sin que haya o se sepa que haya derecho subjetivo alguno en quien tiene la acción.

Estos casos son los siguientes:

a) *La acción de mera declaración.* Se puede tener interés en hacer cesar la incertidumbre de la voluntad de la ley en un caso concreto, para hacer seguro el goce de los bienes, garantizado por ella. El interés puede nacer de actos no imputables a nadie. El interesado puede tener acción para conseguir la declaración de la voluntad de ley, aun cuando el obligado no haya transgredido ninguna norma. Aquí la acción es independiente del derecho que el obligado debe satisfacer. Esto aparece más claro en el caso de acción de declaración *negativa*: con ella el actor obtiene la declaración de que *no tiene* por ley un determinado deber; por lo tanto, él no alega otro derecho subjetivo que la pura acción.

b) *El derecho del demandado de pedir la actuación de la voluntad negativa de la ley* por el solo hecho de haber sido citado en juicio mediante demanda *infundada*. Si el actor desiste, renunciando a continuar el juicio, el demandado puede pedir la declaración negativa respecto a la demanda; tampoco aquí se ha transgredido ninguna norma. El demandado tiene derecho a pedir que se declare que el actor no es acreedor.

c) *Derecho de pedir declaraciones con predominante función ejecutiva* (ejecución provisional de sentencia; condena con reserva de ulterior examen de algunas excepciones; procedimiento monitorio). En estos casos la parte es admitida no sólo a obrar, sino a obtener resoluciones concretas y practicables. Tiene una acción, aunque no se conozca si tiene derecho a la prestación.

d) *Derecho de pedir la actuación de una voluntad concreta de ley* que concede medidas puramente provisionales o de cautela (especialmente embargos preventivos, aseguramiento de bienes litigiosos, ejecuciones provisionales, denuncia de obra nueva y obra ruinosa). En estos casos el poder jurídico es cierto, aunque luego quede por ver *si efectivamente* existe la pretendida voluntad de ley que garantice un bien al actor.

e) *Derecho de pedir la ejecución forzosa* con fundamento en las declaraciones con predominante función ejecutiva y las que conceden medidas puramente provisionales o de cautela, y, en general, en las no definitivas y en los títulos contractuales.

En estos casos se actúa una voluntad concreta de ley que permite cumplir actos ejecutivos; por ejemplo, de secuestro y venta de cosas ajenas, cuando todavía no se sabe si efectivamente existe la voluntad de ley que garantice un bien al pretendido acreedor.

f) *Las acciones posesorias*. Siendo la posesión el mayor goce de una cosa, corresponde naturalmente al propietario. No se puede concebir una norma que garantice por sí misma este bien al poseedor como persona distinta al propietario. Sin embargo, existen normas que prohíben las perturbaciones de la posesión; pero se derivan de la necesidad del mantenimiento del orden jurídico, y no otorgan un derecho subjetivo a la posesión. Sin embargo, la ley da al poseedor, como "primer" interesado, el poder de pedir su actuación, lo cual es pura acción. Si se admitiera un derecho a la posesión, sería de otro modo.

g) *Facultad de querrela penal*, la acción penal privada. Aquí se tiene el poder de provocar la aplicación de una norma penal, aunque el querrelante no tenga ningún derecho subjetivo al castigo del culpable. (Hellwig considera esto como un caso de sustitución procesal por el que el particular hace valer el derecho del Estado a la pena).

h) *Derecho de pedir la nulidad* de los actos administrativos *ilegítimos*. Este poder corresponde a cualquier interesado particular, aunque la norma violada por la administración no tenga el fin de garantizarle en particular algún bien.¹⁰⁵

En conclusión, los casos en que la independencia y la autonomía de la acción se manifiestan más evidentes, son: la acción meramente declarativa, la de declaración negativa respecto a la demanda infundada, la de declaración con predominante función ejecutiva, la que persigue medidas puramente provisionales o cautelares, la que persigue una ejecución forzosa, la posesoria, la penal privada, la que persigue la nulidad de los actos administrativos ilegítimos.

4. *La acción es un derecho potestativo*. Dice Chioyenda que los derechos se dividen principalmente en dos grandes categorías: derechos a una prestación y derechos potestativos.

Los primeros tienden hacia un bien de la vida que se consigue en primer lugar mediante la prestación positiva o negativa de otros sujetos, y se subdividen en derechos *absolutos* y *relativos*, *reales* y *personales*.

Los segundos tienden a la modificación del estado jurídico existente.

Esta última categoría se contrapone a la primera. En los derechos potestativos falta por completo la obligación de una persona de hacer una prestación.

Hay casos en los que la ley concede a alguno el poder de influir con la manifestación de su voluntad sobre la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste:

a) Haciendo cesar un estado de derecho o una situación jurídica existente; o

b) Produciendo un nuevo derecho, una nueva situación o un nuevo efecto jurídico.

¹⁰⁵ CHIOYENDA. *Instituciones...*, *id.*, núm. 7, B), pp. 29 a 32. Del mismo autor: *Principios...*, *id.*, pp. 64 a 66.

Así la ley, por determinados motivos, concede:

Al cónyuge, el poder de pedir la separación personal o la separación de la dote;

Al contratante, el poder de impugnar el contrato o rescindirlo;

Al mandante y al donante, el poder de revocar el mandato o la donación;

Al vendedor, el poder de rescatar el fundo o de pedir la rescisión por lesión;

Al condómino y al socio, el poder de obtener la división, la cesación de la comunidad, la disolución de la sociedad;

Al propietario, el poder de pedir la comunidad del muro colindante, el deslinde y amojonamiento, la concesión de una servidumbre de acueducto o de paso sobre un fundo ajeno y la supresión de servidumbres semejantes sobre su propio fundo;

Al empresario de una industria eléctrica, el poder de pedir la servidumbre de conducción de energía eléctrica;

Al concesionario de una línea telefónica, el poder de pedir la servidumbre de tendido de cables;

Al que debe realizar una obra de utilidad pública, el poder de expropiar los fondos necesarios, etcétera.

Todos estos poderes o facultades tienen de común la tendencia a *producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y a cargo de otro*, el cual no *debe* hacer nada, ni nada *puede* hacer tampoco para apartar de sí aquel efecto, quedando *sujeto* a su producción.

No se puede negar la autonomía de estos poderes: el poder de *hacer cesar* un derecho, nada tiene que ver con ningún otro derecho; y el poder de *constituir* un derecho, no se puede confundir con un derecho que no existe aún ni siquiera en el estado de *derecho latente*, expresión vaga y privada de significado jurídico.¹⁰⁶

“L'azione è dunque a mio parere un diritto potestativo, anzi è il diritto potestativo per eccellenza”¹⁰⁷ (La acción es entonces, a mi parecer, un derecho potestativo, más bien es el derecho potestativo por excelencia).

6. Críticas a la teoría de la acción como derecho potestativo.

A) De Alfredo Rocco.

1. *La relación jurídica se establece entre el juez y la parte*. La obligación del juez, como órgano del Estado, de examinar la demanda y de fallar de acuerdo con este examen, es con la parte. Esto se demuestra por el hecho de que dicha obligación depende precisamente de la voluntad de ésta, está determinada por la demanda judicial. “Ahora bien, cuando la voluntad de un sujeto es árbitro de la prestación de una determinada

¹⁰⁶ CHIOVENDA. *Instituciones...*, *id.*, núm. 4, pp. 10 a 17. Del mismo autor: *Principios...*, *id.*, núm. II, pp. 47 a 56.

¹⁰⁷ CHIOVENDA. *Saggi...*, núm. 12, p. 23.

¹⁰⁸ ROCCO, Alfredo. *Op. cit.*, ed. cit., cap. 5o., núm. 38, pp. 146 y 147.

actividad, por parte de otro sujeto, quiere decirse, en pocas palabras, que aquel sujeto tiene sobre el otro derecho a tal actividad".¹⁰⁸ Cuando se reconoce eficacia jurídica a la voluntad individual para el ejercicio de una determinada actividad por parte de los órganos del Estado, no hay duda de que estamos en presencia de un interés individual tutelado independientemente, o sea de un derecho subjetivo del particular para con el Estado.¹⁰⁹

2. *No hay derechos sin obligaciones correlativas.* Otras graves objeciones —dice Alfredo Rocco— se pueden oponer a la construcción de la acción como un derecho del poder jurídico o derecho potestativo. "Estamos convencidos de la absoluta impropiedad técnica del concepto del derecho potestativo, y de su ninguna utilidad para la construcción de la acción jurídica constituida por un sólo término. "Nadie ha dudado hasta como derecho subjetivo".¹¹⁰ Es inadmisibles la existencia de un derecho al ahora que el derecho sea ordenación de relaciones humanas mediante normas de conducta que tienen particulares caracteres. No hay acuerdo, es verdad, en la determinación de qué particularidades tenga el derecho como norma de conducta. Pero nadie niega que el derecho sea una norma de conducta. Y si el derecho es una norma de conducta, no puede obrar de otro modo que prescribiendo a aquellos que están sujetos a él una determinada conducta, o sea imponiendo obligaciones".¹¹¹ Se concibe una norma que imponga sólo deberes (por ejemplo, la norma moral), pero no una que confiera sólo derechos. Esta exigencia lógica repercute sobre el concepto del derecho subjetivo.

a) El derecho subjetivo como interés jurídicamente protegido implica la existencia de la obligación a una determinada conducta, la posibilidad de que este interés sea violado por el acto de otro sujeto (la defensa supone la posibilidad de la ofensa).

b) Lo mismo se puede decir del derecho subjetivo como señorío de la voluntad reconocido o concedido por el ordenamiento jurídico. "El concepto de señorío, de potestad, indica una relación; señorío de una voluntad, significa predominio de una voluntad sobre otra".¹¹² Ahora bien, cuando el señorío es jurídico, conferido por el derecho, presupone necesariamente una norma que imponga a otros una determinada conducta.

En consecuencia, derechos a los que no corresponde ninguna obligación, no existen. Existen, sí, facultades contenidas en derechos subjetivos a las que no corresponde una obligación particular, sino sólo la obligación determinada en forma genérica que corresponde al derecho del que

¹⁰⁸ *Id.*, p. 147.

¹¹⁰ *Id.*, p. 148.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.* p. 149.

forman parte. "Todos los llamados derechos potestativos son facultades de este género".¹¹³

En todos los casos estamos en presencia de un derecho subjetivo cuyo ejercicio depende de un simple acto de voluntad. Pero en esta situación el derecho existe desde que hay la posibilidad de ejercitarlo, y por esto la declaración de querer ejercitar un derecho de tal género es ya ejercicio del derecho. De donde la facultad de hacer la declaración no es un derecho en sí, sino que forma parte del contenido de aquel derecho.¹¹⁴

B) *De Ugo Rocco.*

1. *El derecho de acción no es privado.* La acción, precisamente como *derecho-medio*, el cual tiende a provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales *contra el adversario*, no debe ser visto en sus efectos *mediatos* (consecuencias a cargo del adversario), sino en sus efectos *inmediatos* (consecuencias frente a los órganos jurisdiccionales). Ciertamente el error es perfectamente lógico y excusable, puesto que la *causa causae est causa causati*, pero esto no quita que la *causa causae* y la *causa causati* deban ir distintas.¹¹⁵

Ugo Rocco no acepta la conclusión a que llega Chiovenda de que el derecho de acción sería privado, es decir, un poder jurídico reconocido de privado a privado, y la relación procesal, de derecho público, porque está regulada por normas que disciplinan una función pública. En el campo del ordenamiento judicial y del proceso civil —dice Ugo Rocco— se deben distinguir dos relaciones jurídicas diversas y autónomas:

a) Una relación jurídica entre Estado y juez u otro funcionario del orden judicial, relación de derecho público (constitucional o administrativo) que tiene como contenido el deber fundamental del juez u otro funcionario judicial de cumplir las funciones de su oficio, y, especialmente, las jurisdiccionales. A este deber jurídico corresponde un derecho subjetivo público del Estado, al cumplimiento de las funciones jurisdiccionales (*relación de servicio, de derecho público judicial*).

b) Una relación jurídica entre Estado, representado por el juez u otro funcionario judicial, y el ciudadano (actor o demandado), relación también de derecho público (procesal), la cual tiene como contenido la obligación del Estado, y por ello del juez u otro funcionario judicial, de prestar la actividad jurisdiccional (obligación de juzgar y de cumplir con todas las prestaciones inherentes a tal obligación). A esta obligación jurídica corresponde un derecho público subjetivo individual (cívico) del ciudadano (actor o demandado) a la prestación jurisdiccional (relación jurídica de *acción* y de *contradicción*, y unitariamente considerados: *relación*

¹¹³ *Id.*, p. 150.

¹¹⁴ *Id.*, pp. 151 y 152.

¹¹⁵ Rocco, Ugo. *L'autorità...*, ed. cit., parte II, sezione prima, cap. II, núm. 97, b), p. 304.

jurídica procesal). Esta relación está regulada por el Código de Procedimiento Civiles y otras leyes procesales.

El proceso civil es una relación de mutuos derechos o facultades jurídicas y deberes jurídicos entre el juez y el actor y el demandado. Sostener, en consecuencia, que la relación procesal se da entre el juez y el Estado, es desconocer que las partes son sujetos de la relación jurídica procesal. El proceso es acto del juez y de las partes.¹¹⁶

La relación entre el juez y el Estado *no es procesal*, pues tiene su fuente en las leyes de ordenamiento judicial y no en las leyes procesales. Las primeras se refieren a la constitución y organización de los jueces.

La objeción fundamental —dice Ugo Rocco— a la teoría de Chiovenda, es que considera como una obligación única, tanto *la de juzgar del juez hacia el Estado* (obligación que no es sino un aspecto especial del complejo de obligaciones jurídicas derivadas del ejercicio de su oficio), como *la de juzgar correspondiente al juez como órgano del Estado frente a los ciudadanos* (obligación de la jurisdicción civil). Las dos relaciones son diversas, pero no se excluyen: la existencia de la una constituye el presupuesto de la otra.

La primera relación es siempre única e idéntica, cualquiera que sea la función, oficio o servicio, que está llamado a cumplir aquél que está investido de ellos (ya sea legislación, administración o jurisdicción).¹¹⁷

Las dos relaciones tienen de común que el Estado es término de ambas, pero *en una es sujeto de un derecho, y en la otra lo es de una obligación jurídica*. Además, ambas tienen por contenido la *prestación de la actividad jurisdiccional*: esto es, implican la obligación del juez de juzgar.¹¹⁸

Es absolutamente inadmisibles que existan derechos subjetivos a los que no correspondan obligaciones jurídicas. Nadie querrá tampoco afirmar seriamente que existen obligaciones jurídicas a las que no correspondan derechos subjetivos.¹¹⁹

Sería absurdo admitir —continúa Ugo Rocco—, por un lado, una obligación jurídica del Estado a la que no corresponde alguna pretensión o algún derecho subjetivo, y por el otro, un derecho subjetivo del ciudadano al que no corresponde alguna obligación jurídica, y, por lo tanto, se agota en una pura facultad de actuar, como pretenden Chiovenda y Weismann.¹²⁰

Considerar el derecho de acción como un derecho privado tiene el error fundamental de desconocer la importancia de la actividad y de la función jurisdiccional, como actividad y como función de Estado.

¹¹⁶ *Id.*, núm. 98, c), pp. 306 y 307.

¹¹⁷ *Id.*, p. 308.

¹¹⁸ *Id.*, p. 309.

¹¹⁹ *Id.*, p. 311.

¹²⁰ *Id.*, p. 312.

Esta teoría es en el fondo la negación de la teoría de la personalidad jurídica del Estado, aplicada al proceso civil. Considera al Estado en el ejercicio de su función jurisdiccional, como una gran máquina en la que basta la presión de un resorte o la bajada de una palanca para poner en movimiento el complicado engranaje de la justicia civil. Semejante concepto empírico del Estado es ya ahora anticuado.¹²¹

2. *El derecho de acción no se puede concebir como potestativo.* La categoría de derechos potestativos, para los que sostienen su existencia, tiene como característica la de que comprende derechos sin pretensión, cuyo alcance se agota en una pura *facultas agendi*, a la cual no corresponde alguna obligación jurídica, ni siquiera una obligación negativa, una *non* que, en consecuencia, existen derechos subjetivos a los que no corresponden *facere*, un *pati*, sino solamente una *pura sujeción material* de la voluntad de la persona frente a la cual corresponde el poder jurídico, de modo que ésta no puede querer que el efecto jurídico determinado por el acto del titular del derecho potestativo no se produzca.

Ya hemos visto la crítica que hace Alfredo Rocco a esta categoría: no se puede concebir un derecho subjetivo sin una obligación del sujeto pasivo del derecho. A lo que contesta Chiovenda diciendo que esto es una petición de principio, pues a lo que se tiende es precisamente a demostrar que existen derechos subjetivos a los cuales no corresponden obligaciones jurídicas, y, en consecuencia, que existen normas jurídicas unilaterales y unipersonales.

A esto contesta Ugo Rocco: siendo el concepto de la *bilateralidad* o *interpersonalidad* de la norma jurídica universalmente admitido como predominante en la moderna ciencia del derecho, correspondería a los sostenedores de los llamados derechos potestativos resolver en sentido favorable a ellos este problema más general de la teoría general del derecho. Se trataría no de inducir un concepto o una ley general de un fenómeno particular, sino de deducir de un concepto o una ley general, un fenómeno particular.

Además, los que admiten la existencia de derechos subjetivos sin obligaciones correlativas, deben admitir necesariamente que a las normas jurídicas que constituyen la fuente de estos derechos, les falta el elemento del mandato (tú debes, tú no debes) y se resuelven, por el contrario, en simples autorizaciones o permisos. Sólo cuando se demuestre que las llamadas *normas permisivas* no contienen al mismo tiempo una orden o una prohibición, se podrá demostrar que son unilaterales y unipersonales, y den obligaciones jurídicas. Por otra parte, sólo cuando se haya demostrado que las llamadas *normas imperativas* o *prohibitivas* no contienen al mismo tiempo un permiso, se podrá demostrar que son unilaterales y uni-

¹²¹ *Id.*, p. 313.

personales, y que existen obligaciones jurídicas a las que no corresponden derechos subjetivos.

Lo contrario es evidente para las normas llamadas *negativas* que son autónomas o no siéndolo, se consideren como excepciones establecidas frente a las normas positivas: sin embargo, no se puede negar de ningún modo su carácter imperativo, prohibitivo o permisivo.¹²²

Nosotros creemos —dice Ugo Rocco— que las normas jurídicas llamadas *permisivas* no tienen carácter diverso al de las normas *imperativas* o *prohibitivas*.

3. *Toda orden o prohibición contiene al mismo tiempo un permiso:*

a) *Para el sujeto al que se ordena o se prohíbe.* Toda obligación jurídica, generada por la orden o la prohibición, implica la posibilidad jurídica de acciones conformes a los mandatos, y de omisiones conformes a las prohibiciones del derecho. Pero todo esto, que es conforme al derecho, es *jurídicamente lícito*: toda acción jurídicamente obligatoria es, en consecuencia, jurídicamente lícita. Mas *jurídicamente lícito* quiere decir jurídicamente *permitido* o *autorizado*. En consecuencia, toda obligación jurídica de hacer o no hacer es un permiso o una autorización de hacer o no hacer para aquél a quien la orden o la prohibición está dirigida.¹²³

b) *Para el sujeto en cuyo favor se ordena o se prohíbe.* Puesto que no se tiene facultad para omitir lo que se está obligado a hacer, y de hacer lo que se está obligado a omitir, toda obligación jurídica constituye un vínculo jurídico a la libertad natural de actuar. Y todo límite impuesto a la libre actividad de un sujeto, se resuelve en el alargamiento de la esfera de actividad de otro sujeto, puesto que no se puede concebir que en un mismo sujeto una cierta esfera de actividad sea libre y vinculada al mismo tiempo. A toda obligación jurídica de un sujeto, de hacer o de no hacer, debe corresponder una facultad o poder jurídico de exigir o de rehusar de otro sujeto, autorizado o permitido.

4. *Todo permiso es al mismo tiempo una orden o una prohibición:*

a) *Para aquél a quien se permite.* En efecto, todo permiso jurídico no es sino el reconocimiento, la asignación, la determinación por parte del Estado, mediante una norma jurídica, de una esfera de actividad conforme al derecho (*lícito jurídico*). Consiste en determinar qué parte de la actividad natural de un sujeto es jurídicamente lícita, y cuál no lo es, es decir, conforme al derecho (permitida o autorizada). Pero toda determinación de actividad es también necesariamente limitación de la actividad natural de un sujeto frente a otros. Y puesto que toda limitación consiste en un vínculo de hacer o de no hacer, en una obligación jurídica, y puesto que el derecho sólo puede crear obligaciones jurídicas de hacer o de no hacer mediante mandatos o prohibiciones, todo permiso, en cuanto

¹²² *Id.*, pp. 315 a 317.

¹²³ *Id.*, p. 318.

es al mismo tiempo un vínculo a la actividad natural de un sujeto, es además una orden o una prohibición para el sujeto mismo al cual se permite.

b) *Para aquél frente al cual se permite.* Puesto que todo permiso jurídico consiste en la determinación y, en consecuencia, en la atribución a un sujeto de una o más facultades de hacer o de no hacer o de exigir, y puesto que no se puede autorizar a hacer o no hacer o exigir *simpliciter*, sino sólo alguna cosa frente a otro u otros sujetos, todo permiso consiste en reconocer a un sujeto la posibilidad jurídica (licitud) de hacer o de no hacer frente a otros sujetos, o de exigir una acción u omisión de otro. Pero toda licitud jurídica de hacer o de no hacer o de exigir, constituye, por un lado, una ampliación de la esfera de actividad jurídica de un sujeto; por el otro, una limitación para aquéllos frente a los cuales la facultad de hacer, de no hacer o de exigir se explica. Pero toda limitación es una obligación jurídica por estar establecida por el derecho. Al poder jurídico de hacer o de no hacer o de exigir de un sujeto, corresponde, en consecuencia, una obligación jurídica de otro sujeto de soportar la acción u omisión de otro, o de satisfacer la pretensión de otro: al derecho subjetivo de un sujeto corresponde una obligación jurídica de otro.¹²⁴ Y puesto que toda obligación jurídica (de hacer o de no hacer o de soportar) presupone una orden o una prohibición establecida por el derecho, todo permiso es al mismo tiempo una orden o una prohibición de soportar la acción u omisión de otro, o de hacer u omitir frente a otro sujeto.¹²⁵

En definitiva: puesto que a todo derecho debe corresponder una obligación jurídica, los llamados derechos potestativos o son facultades comprendidas en derechos y forman parte de éstos, o bien, admitiendo que sean derechos por sí existentes, les debe corresponder cuando menos una obligación jurídica de no hacer o de soportar establecida por el derecho. En consecuencia, es inadmisibles concebir el lado pasivo de los derechos potestativos, como quieren los autores de tales derechos, como una pura *sujeción material*.

Es necesario admitir que existe una obligación jurídica del demandado frente al actor, consistente en una sujeción jurídica, en un *pacti*, en la obligación de soportar el ejercicio del derecho de acción. Pero esta obligación no es específica del demandado, sino se confunde con la más general que todos tienen de respetar el ejercicio del derecho de otro, obligación que en el caso particular tiene por contenido respetar el ejercicio del derecho de acción.¹²⁶

En conclusión —dice Ugo Rocco—: a la obligación jurídica de la jurisdicción del Estado, corresponde un derecho subjetivo público individual

¹²⁴ *Id.*, pp. 319 y 320.

¹²⁵ *Id.*, p. 321.

¹²⁶ *Id.*, p. 322.

(derecho cívico) al otorgamiento de la prestación jurisdiccional. Este derecho, consistente en una serie de *facultates exigendi*, está subordinado en su ejercicio a una declaración de voluntad del titular del derecho de quererlo ejercitar (demanda judicial), la *primera* facultad *exigendi* de que se compone el derecho de acción, como derecho a la jurisdicción. A esta facultad corresponde la obligación del oficial judicial (Estado) de recibir la demanda, y la obligación del juez (Estado) de proveer sobre ésta y de actuar en consecuencia (citación de la parte contraria).¹²⁷

7. *Teoría de la acción como un derecho abstracto de obrar.*

A) *Sus sostenedores.* Son considerados como fundadores de esta teoría al alemán Degenkolb y al húngaro Plosz. La misma fue continuada en Italia por Alfredo y Ugo Rocco.

B) *Tesis de Degenkolb.* Para este autor la acción es un derecho abstracto que corresponde a todo sujeto de derechos como tal, y que se dirige hacia el juez y se tiene con el demandado: con el primero se tiene derecho a la sentencia, y con el segundo, a su cooperación para la consecución de ésta.¹²⁸

Además, hay necesidad —según Degenkolb— de un cierto estado de ánimo en el titular del derecho de acción: la buena fe.¹²⁹

Después Degenkolb renuncia a ciertas ideas adoptadas anteriormente en relación con la acción. Él mismo confiesa que la *mera posibilidad de hecho* de promover la acción no se puede considerar como un derecho por sí existente, sino es una simple facultad comprendida en el derecho de personalidad. De estas observaciones parte él a la reconstrucción de un concepto autónomo y publicista de acción que responda mejor a la realidad. Entonces el derecho de acción no sería otra cosa que un derecho público de las partes hacia el Estado, a *ser oído en vía legal*, derecho que emana *del proceso* y se desenvuelve *por medio del proceso*. El derecho *actual a ser oído en vía legal* tendría como su fundamento un *objeto actual* sobre el cual se quiere ser oído y tendría como único presupuesto o condición la *demanda de ser oído en vía legal*, dirigida al juez. En relación con la naturaleza jurídica de este derecho, Degenkolb cree que es muy dudoso poderlo calificar como una *pretensión (Anspruch)*, dada la incertidumbre de este concepto. Sin embargo, el mismo Degenkolb cree que la prestación a la cual estaría obligado el Estado sería una *omisión* y que por esto no sería demasiado correcto considerar el derecho como una *pretensión*. El derecho de acción, como *derecho a ser oído en vía legal* tendría ciertamente el carácter de un *derecho subjetivo público*, en cuanto dirigido hacia el Estado en el ejercicio de un poder público o soberano, pero sería un derecho *meramente procesal*, o sea que *nace*

¹²⁷ *Id.*, p. 323.

¹²⁸ V.: Rocco, Alfredo. *Op. cit.*, ed. cit., núm. 40, pp. 160 y 161.

¹²⁹ *Id.*, p. 162.

con el proceso y se desenvuelve en él y con él. En conclusión: el derecho de acción consistiría en la *facultad de ser escuchado en vía legal*, y a tal facultad correspondería la obligación jurídica del Estado a una *acción negativa (omisión-Urterlassen)* que no sería lícito, en consecuencia, configurar como una obligación jurídica correspondiente a una *pretensión*.¹³⁰

C) *Críticas a la tesis de Degenkolb.*

1. *Críticas de Alfredo Rocco.*

a) Consideramos la acción —dice este autor— sólo como un derecho con el Estado y, por lo mismo, contra los órganos de la función judicial (jueces y demás oficiales judiciales). No admitimos, por tanto —sigue diciendo—, la existencia de relaciones procesales entre las partes, sino sólo entre éstas y los órganos jurisdiccionales. Si la acción es un derecho subjetivo público y las relaciones procesales son de derecho público como afirman los mismos Degenkolb y Plosz, es imposible que los dos términos de la relación sean dos particulares. El derecho público supone siempre el Estado, o como titular o como sujeto de la obligación; una relación de derecho público no puede existir entre particulares, sino sólo entre un particular y el Estado.¹³¹

La idea de que la acción es un derecho contra el adversario, tiene su razón de ser en el hecho de que el fin del actor es el de provocar la actividad jurisdiccional del Estado contra el adversario. Esto solamente significa que del ejercicio de este derecho derivan indirectamente efectos también para la persona del adversario, no que haya una relación jurídica procesal entre el actor y el demandado. No existe un derecho contra una persona sino hacia una persona, puesto que el derecho es precisamente la facultad de pretender de alguna persona un acto determinado: pero el actor no tiene hacia el demandado ninguna facultad de pretender de él un acto determinado en el procedimiento.¹³²

b) No es necesaria la buena fe en el titular del derecho de acción, porque vemos que cada cual puede provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales sin el concurso de ninguna condición preliminar; ninguna condición especial subjetiva u objetiva es necesaria para obtener de los órganos jurisdiccionales la declaración de una relación procesal o material incierta o la realización forzosa de un interés, cuya tutela esté acreditada. La abolición del *iuramentum calumniae* y de las penas contra el litigante de mala fe, demuestra que hoy éste también tiene derecho de proceder.¹³³

2. *Críticas de Ugo Rocco.* El concepto de Degenkolb —dice este autor— debe ser rechazado por dos razones fundamentales:

¹³⁰ V.: Rocco, Ugo. *L'autorità...* pp. 333, 334 y 335, nota 2.

¹³¹ Rocco, Alfredo. *Op. cit.*, ed. cit., núm. 40, p. 161.

¹³² *Id.*, pp. 161 y 162, nota 2.

¹³³ *Id.*, p. 162.

a) Ante todo —afirma Rocco—, creemos que es absolutamente insuficiente el concepto de una *facultad de ser oído en vía legal*, para explicar todo el contenido del derecho de acción. En efecto, esta facultad no sería sino una simple *facultas agendi* o un complejo de *facultates agendi*, a las cuales no debería o no podría corresponder sino una obligación negativa, una *non facere*, un *pati*, de parte de los órganos jurisdiccionales (Estado). En verdad, las partes no tienen sólo la facultad de exponer frente a los órganos jurisdiccionales sus cuestiones y controversias; por otra parte, no compete a los órganos jurisdiccionales sólo la obligación jurídica de oír en las formas legales, *pasivamente*, a las partes. Las normas procesales que regulan y disciplinan el ejercicio del derecho de acción, y de contradicción en juicio, reconocen tanto al actor como al demandado, verdaderas y propias *pretensiones* frente a los órganos jurisdiccionales (Estado), las cuales se escinden en tantas *facultates exigendi* cuantos son los *actos* que los órganos jurisdiccionales están obligados a cumplir por fuerza de las normas jurídicas mismas, a *petición* de las partes. En consecuencia, no es exacto configurar la obligación de los órganos jurisdiccionales como un *non facere*, como un *pati*, porque desde la *iniciación* hasta el *fin* del proceso, a través de todo su desenvolvimiento, es indudable que las partes puedan pretender de los órganos jurisdiccionales una serie de *actos*, que estos órganos están obligados jurídicamente a cumplir, por la fuerza de las normas jurídicas procesales, y a los cuales no se pueden sustraer en ningún caso. Pero no basta: tal concepto es inexacto porque desnaturaliza el concepto mismo de la función jurisdiccional, y el *fin* al cual tiende la actividad jurisdiccional misma. Ésta, en efecto, tiene como fin, en la función de *cognición*, hacer ciertas (“*ascertare*”) las concretas relaciones jurídicas inciertas o controvertidas. Este fin se alcanza mediante una serie de actividades de los órganos jurisdiccionales, esto es, mediante una serie de actos, que pueden considerarse preparatorios frente a un *acto terminal*, en el cual se concreta el accertamiento del derecho para el caso concreto (sentencia de mérito). Pero la función jurisdiccional de cognición no sería tal, y el *fin* no aparecería como tal, si la obligación de la jurisdicción civil se debiese concebir, como cree Degenkolb, *negativa*, esto es de *estar pasivamente* para oír lo que las partes quieren decir de contradictorio en el proceso.

b) Pero, aun suponiendo que la obligación del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional sea una *obligación negativa*, no comprendemos —concluye Ugo Rocco— porqué no pueda corresponder a ella una *pretensión*, como si no existieran derechos subjetivos consistentes en *pretensiones* que tienen por contenido *omisiones* de parte de los sujetos obligados.¹⁸⁴

D) Tesis de Alfredo Rocco.

¹⁸⁴ Rocco, Ugo, *L'autorità...*, ed. cit., pp. 335 y 336, nota.

1. *Definición.* El derecho de acción —dice este autor— es “un derecho subjetivo público del ciudadano con el Estado, y sólo con el Estado, que tiene por contenido substancial el interés secundario y abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma válida en el caso concreto pueden oponer a la realización de los intereses tutelados”.¹³⁵

Un poco más adelante el mismo autor expresa que la acción “es el derecho para con el Estado a la declaración de la tutela jurídica correspondiente a determinados intereses (materiales y procesales, o sea, primarios y secundarios) y a la realización forzosa de aquellos cuya tutela sea cierta”. Así queda probado que el derecho de acción (al menos como derecho a la declaración de relaciones procesales) corresponde a todo sujeto de derechos como tal, independientemente de todo otro supuesto”.¹³⁶

2. *Objeto de la acción.* “Objeto de este derecho —sigue diciendo Alfredo Rocco —es la prestación por parte del Estado de su actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto y para la realización forzosa de los intereses cuya tutela es cierta. Esto explica muy bien cómo no siempre la acción es un derecho y un acto determinado y favorable, sino que puede, en algunos casos, ser simplemente un derecho a un acto del Estado, independientemente de su contenido. Esto sucede en el procedimiento de declaración. Aquí el interés, que forma el contenido del derecho de acción, es obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto, y no la declaración del derecho en una forma más que en otra”.¹³⁷

3. *Fines del actor.* Este puede tener un fin remoto y otro próximo.

a) El primero es el de obtener una sentencia favorable, y no es tomado en consideración de ningún modo por el derecho.

b) El segundo es el de tener una sentencia, esto es, la declaración de una relación incierta, y es el interés que el derecho únicamente tutela. “Sólo de este modo se explica cómo el derecho de acción puede corresponder también a quien no tiene el derecho material, y sólo así puede darse al procedimiento una base autónoma, independiente del derecho privado”.¹³⁸

c) En algunos casos —prosigue Alfredo Rocco— el derecho de acción puede tener por contenido un interés terciario: el interés para que el Estado declare la tutela que en el caso concreto garantiza un interés secundario. En efecto, puede suceder que la existencia misma de un derecho de acción aparezca incierta o que sus límites aparezcan inciertos, y como esta incertidumbre no se puede eliminar *a priori*, surge un interés a esta declaración que el derecho procesal también tutela.

¹³⁵ Rocco, Alfredo. *Op. cit.*, ed. cit., cap. 5o., núm. 39, p. 153.

¹³⁶ *Id.*, pp. 154 y 155.

¹³⁷ *Id.*, p. 153.

¹³⁸ *Id.*, pp. 153 y 154.

4. *Noción del interés.* El interés en proceder, según Alfredo Rocco, no es otra cosa que el elemento substancial del derecho de acción, es el interés que, tutelado jurídicamente por el derecho procesal objetivo, constituye el derecho de acción. Es el interés "a la declaración por parte del Estado de la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés y a la realización del interés cuya tutela jurídica sea cierta".¹³⁹ Es un interés secundario y abstracto, en cuanto es referido en los casos particulares a un interés determinado, concreto. Este interés concreto puede ser uno material o primario o uno procesal y secundario: pero siempre es necesaria la referencia del interés abstracto y secundario a uno determinado concreto, porque el abstracto no es concebible fácilmente sin referirlo a un determinado interés concreto. Puede funcionar de interés concreto o primario un interés procesal, secundario respecto a otros intereses. Decidir luego cuándo existe el interés secundario, es cuestión de hecho que el juez resuelve en cada caso particular. Como criterio general se puede dar que el interés secundario existe cuando la declaración de la tutela de un interés o la realización de éste, cuya tutela sea cierta, produzcan una utilidad actual para el titular del interés: por consiguiente, la utilidad se refiere al efecto del acto jurisdiccional exigido. Este interés no es un supuesto de la acción o de la tutela jurídica, una condición para obtener una sentencia favorable (como afirman Hellwig, Stein), sino una condición para obtener una sentencia sobre la relación cuya declaración se pide.¹⁴⁰

Para la acción que tiende a la condenación o acción de prestación es necesario que quien figura como obligado haya omitido tener la actitud a la cual, según la relación alegada, habría estado actualmente obligado; en este caso, el interés es evidente.

Pero existe también una acción que tiende no a la declaración como preparación a la ejecución forzosa, sino a la declaración *simpliciter* de una relación o de un estado jurídico (acción de simple declaración); en este caso, aunque no es fácil dar criterios generales, sólo se puede decir que tiene interés en la simple declaración de una relación quien recibe un daño de la mera incertidumbre del derecho: por consiguiente, el interés en esta acción debe ser tal, que con la simple declaración sea satisfecho (Wach, Schmidt, Weismann, Chiovenda). En la acción de pura declaración negativa que en substancia el demandado desarrolla al defenderse, el sólo hecho de la demanda le crea a éste el interés (Chiovenda, Hellwig, Simoncelli, Mesina).¹⁴¹

5. *Las partes.* Un derecho de proceder no corresponde solamente al actor, sino también al demandado. Este también tiene derecho a preten-

¹³⁹ *Id.*, p. 155, nota 1.

¹⁴⁰ *Id.*, pp. 155 y 156, nota 1.

¹⁴¹ *Id.*, pp. 158 y 160, nota 1.

der del juez la prestación de su actividad para la declaración de la relación jurídica; y también tiene interés en que se declare esta relación. De la existencia o no existencia de ésta depende la existencia o no existencia de un vínculo a su libertad, y, por tanto, la delimitación exacta del alcance concreto de su derecho de libertad. Al igual que el actor, el demandado tiene un interés abstracto y secundario que debe ser tutelado. Su interés concreto y el del actor son los distintos: en el actor, el derecho afirmado; en el demandado, el derecho de libertad. Pero este interés concreto constituye el fin remoto de la acción, y no es tomado en consideración por el derecho procesal; mientras que el interés abstracto y secundario, que es el objeto próximo, es común al actor y al demandado.¹⁴²

E) *Tesis de Ugo Rocco.*

1. *Concepto.* Escribe este autor: "Il diritto di azione può quindi definirsi: il diritto di pretendere l'intervento dello Stato e la prestazione dell'attività giurisdizionale, per l'accertamento o la realizzazione coattiva degli interessi (materiali o processuali) tutelati in astratto dal diritto obiettivo".¹⁴³ (El derecho de acción se puede definir en consecuencia: el derecho de pretender la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, para el accertamiento o la realización coactiva de los intereses (materiales o procesales) tutelados en abstracto por el derecho objetivo).

2. *Elementos del derecho de acción.* Ugo Rocco desarrolla las ideas de Alfredo Rocco sobre este punto y dice que el derecho de acción tiene dos elementos: uno substancial y otro formal.

a) El substancial es "*l'interesse all'intervento dello Stato per l'accertamento o la realizzazione coattiva degli interessi tutelati dal diritto obiettivo, quando per incertezza o inosservanza rimangano insoddisfatti*".¹⁴⁴ (El interés en la intervención del Estado para el accertamiento o la realización coactiva de los intereses tutelados por el derecho objetivo, cuando por incertidumbre o inobservancia permanecen insatisfechos).

b) El formal es "*la potestà del singolo di pretendere l'intervento dello Stato per l'accertamento e la realizzazione coattiva degli interessi tutelati dal diritto obiettivo*".¹⁴⁵ (La potestad del particular de pretender la intervención del Estado para el accertamiento o la realización coactiva de los intereses tutelados por el derecho objetivo).

3. *Caracteres del interés, elemento substancial del derecho de acción.*

a) Es secundario y de segundo grado, frente a otros intereses *prima-*

¹⁴² *Id.*, pp. 156 a 160.

¹⁴³ Rocco, Ugo. *L'autorità...*, parte II, sezione prima, cap. II, núm. 101, p. 336 Del mismo autor: *Teoria general...*, ed. cit., parte III, cap. II, núm. 1, p. 198.

¹⁴⁴ *L'autorità...*, cap. I, núm. 81, D, p. 227.

¹⁴⁵ *Id.*, cap. II, núms. 84 y 85, pp. 235 a 240.

rios y de *primer grado*, que forman el contenido de los varios derechos subjetivos correspondientes a un sujeto determinado.

Este interés *secundario*, que es un *medio* para la satisfacción de los intereses principales, no se confunde con éstos: satisfecho dicho interés, el principal puede quedar insatisfecho eventualmente (por ejemplo, cuando la ejecución es infructuosa).

b) Es *independiente y autónomo* de los intereses primarios. Sería imposible subordinar su nacimiento a la existencia efectiva de un interés primario que sea tutelado efectivamente por el derecho objetivo, porque, como interés a la intervención del Estado, surge en un momento en el que no puede estar sujeto a ninguna condición *subjetiva* (Mortara: *la opinión y la creencia de la existencia de un derecho y de una violación*; Degenkolb: *la buena fe* en la afirmación de la existencia de un derecho) del que pide la intervención y la obra del Estado.

Para que exista el derecho de acción sólo es necesario que esté dirigido a la satisfacción de un interés primario que esté tutelado en *abstracto* por el derecho objetivo, sin que sea necesario que en el caso concreto este derecho tutele, de *hecho*, el interés cuyo accertamiento o cuya realización coactiva se pide.

c) Es *abstracto y general* en cuanto se *abstrae* completamente de la existencia efectiva del interés primario, y, en consecuencia, de estar o no fundada la pretensión de derecho substancial.

Así que todo sujeto de derechos o persona tiene un interés *abstracto y general* a la intervención del Estado para la realización de los intereses materiales tutelados por el derecho objetivo.

d) Es *único e inmutable*, ya sea por su contenido (acción positiva del Estado), ya sea por el sujeto hacia el cual se dirige (Estado).

e) Es *no patrimonial*. En efecto, tal interés compete a todo ciudadano, no como individuo provisto de necesidades económicas, sino *uti civis*. El *bien* que constituye el objeto del juicio de utilidad o de valor no es económico *material, patrimonial*, sino *inmaterial, ideal*, en cuanto es una acción positiva del Estado que representa una *prestación de derecho público*.¹⁴⁶

4. *Carácter del poder jurídico, elemento formal del derecho de acción.*

Este poder se refiere exclusivamente a la acción positiva del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional. Este derecho consiste en una mera facultad de pretender o de exigir que el Estado actúe para la satisfacción del propio interés. En la relación jurídica de acción, el *prius* es la obligación jurídica del Estado; el *posterius* es el derecho subjetivo individual del ciudadano a la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado.

¹⁴⁶ *Id.*, cap. I, núm. 82, pp. 228 a 234.

5. *Objeto del derecho de acción y de la prestación de la actividad jurisdiccional.*

a) El *objeto* del derecho de acción es, en consecuencia, la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado;

b) El *objeto* de la prestación del Estado es su acción positiva dirigida a acertar o a realizar coactivamente los intereses materiales de los particulares, tutelados por el derecho objetivo.¹⁴⁷

6. *Conclusión.* El derecho de acción —concluye Ugo Rocco— es un derecho subjetivo público individual del ciudadano hacia el Estado (derecho cívico), que tiene como elemento sustancial el interés secundario y abstracto del particular a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que por una razón cualquiera (incertidumbre, inobservancia) se interponen a la actuación del derecho. *Objeto* de tal derecho es la prestación por parte del Estado de su actividad jurisdiccional, dirigida al fin de acertar el derecho incierto o de realizar, mediante el uso de su fuerza colectiva, los intereses cuya tutela sea legalmente acertada (“*accertata*”).¹⁴⁸

En general, Ugo Rocco sigue la teoría de Alfredo Rocco.

8. *Críticas de Bulow a la teoría del derecho abstracto de actuar.*

A) *No se puede concebir a la acción como un derecho a cualquiera sentencia.* El derecho de actuar no se puede concebir.—dice *Bulow*— como un derecho a una sentencia que corresponde al ciudadano hacia el Estado. El ciudadano tiene hacia éste un derecho a obtener justicia, la *verdadera* justicia, la cual sólo viene suministrada mediante la pronunciación de una sentencia *justa*. A este derecho corresponde una obligación jurídica del Estado de suministrarla. Un derecho a una sentencia cualquiera, a una aplicación cualquiera del derecho, como medio de pacificación social, es contrario al espíritu mismo de la jurisdicción, la cual existe precisamente en cuanto tiene la tarea de actuar el derecho objetivo, en cuanto la sentencia sea realmente la aplicación *verdadera* y *justa* del derecho.

B) *No se puede concebir un derecho de actuar como un derecho preprocesal y procesal.*—No tiene sentido un derecho *preprocesal* de actuar, una pretensión jurídica a la emanación de una sentencia antes de la institución de la acción (demanda judicial), puesto que, no pudiendo el juez proceder de oficio (*nemo iudex sine actore*), el derecho de acción consistiría en una pretensión a una acción (actuación prohibida por el ordenamiento jurídico).

9. *Contestación de Ugo Rocco a las críticas de Bulow.*

A) *No puede existir un derecho a una sentencia objetivamente verdadera y justa.*— En efecto, ¿qué cosa entiende *Bulow* por derecho a

¹⁴⁷ *Id.*, cap. II, núm. 86, pp. 241 y 242.

¹⁴⁸ *Id.*, núm. 101, pp. 335 y 336.

la sentencia *verdadera y justa*? —se pregunta Ugo Rocco.— Si entiende el derecho del ciudadano a una sentencia verdadera y justa objetivamente, tal derecho no puede existir. No hay ninguna norma jurídica de derecho positivo que imponga al Estado dictar una sentencia que contenga la verdad objetiva de hecho y de derecho. Tal norma no podría ni siquiera existir, porque el Estado, persona jurídica incapaz de querer y de actuar para alcanzar sus fines, debiendo valerse necesariamente de órganos, esto es, de personas físicas que quieren y actúan por él en su nombre, no podría pretender ni pretende alcanzar un grado de conocimiento más perfecto que el de sus órganos, cuyo conocimiento es *relativo y subjetivo* y no *absoluto y objetivo*. En consecuencia, no puede existir una norma jurídica que imponga a los órganos jurisdiccionales del Estado alcanzar la *verdad objetiva*.

B) *No puede existir un derecho a una sentencia subjetivamente verdadera y justa*. Si Bulow se refiere a una sentencia *subjetivamente verdadera y justa* —continúa Ugo Rocco—, esto es, configurando el derecho de actuar como un derecho del ciudadano a obtener que se le dicte una sentencia que contenga al menos la verdad y la justicia *relativa y subjetiva*, este concepto debe ser rechazado.

En efecto, el supuesto derecho a la *justicia y verdad subjetiva* no es un derecho que el ciudadano, *como tal*, tiene hacia el Estado, sino un derecho que *el Estado* tiene hacia *el funcionario del orden judicial* (juez) *personalmente*. Este derecho entra en el más general del Estado hacia sus órganos jurisdiccionales, de pretender el fiel cumplimiento de los deberes del propio oficio, y especialmente de *juzgar según justicia*.

Así que la obligación jurídica de dictar una sentencia que contenga la verdad y la justicia *subjetiva*, no es *propia del Estado frente al ciudadano*, sino *propia del funcionario del orden judicial (juez) frente al Estado*.

Entonces el derecho del ciudadano se puede configurar *sólo* como un derecho hacia el Estado (Poder Judicial) a *obtener una sentencia, y simplemente una sentencia*.

C) *El derecho de acción sí se puede concebir como preprocesal y procesal*. Se ha observado que la opinión contraria de Bulow constituye la negación del concepto de acción como derecho subjetivo (Chiovenda).

Ya hemos visto cómo el derecho de acción se debe configurar como un derecho *preprocesal y procesal* de actuar, esto es, correspondiente al ciudadano *antes* de la constitución del proceso y *después* de la constitución de éste, o sea *durante* la pendencia del proceso. En efecto, el derecho de acción comprende varias facultades de exigir y de actuar, de las cuales la primera cronológicamente es la de pedir la intervención del Estado y la prestación de la actividad jurisdiccional, mediante la demanda judicial. Todas las demás, que en su orden y en su forma están reguladas por el derecho procesal objetivo, son facultades jurídicas procesales, com-

prendidas en el derecho de acción, y su ejercicio constituye otros tantos actos procesales del actor.

El derecho del ciudadano de pretender la prestación de la actividad jurisdiccional (y la obligación del Estado de suministrarla) existe independientemente de la petición que de él haga el ciudadano, salvo que, estando tal derecho determinado genéricamente, se individualiza mediante la petición del ciudadano.

En consecuencia, el Estado *debe* prestar su actividad, *cuando* el particular se la solicita, y *no puede* ejercitarla *si no* se le pide (*nemo iudex sino actore; ne procedat iudex ex officio*)

D) *La prestación de la actividad jurisdiccional no es un acto prohibido.*—En cuanto a la afirmación de Bulow de que el derecho de actuar como derecho *preprocesal* a la prestación de la actividad jurisdiccional, consistiría en un *derecho a un acto prohibido* por el ordenamiento jurídico, constituye un verdadero y propio error.

La prestación jurisdiccional, como jurídicamente obligatoria, y en cierto sentido *jurídicamente lícita*, esto es, permitida y autorizada por el derecho, entra en el campo del *lícito jurídico*. Si es así, no puede estar *jurídicamente* prohibida, esto es, entrar en la esfera de acciones que el derecho *prohíbe* y que constituye el campo del *ilícito jurídico*.¹⁴⁹

10. *Teoría que niega a la acción la naturaleza de derecho por sí mismo existente (Kohler)*

A) *La acción como una facultad del derecho de personalidad.* Para Kohler, "... in generale v'è un diritto dell'uomo di instaurare il processo, così come l'uomo in generale ha il diritto di far testamento. Tutto ciò emana da un grande diritto della personalità onde scaturiscono anche tanti poteri, ma non da una speciale facoltà competente a quegli cui l'ordinamento giuridico concede un diritto"¹⁵⁰ (... en general hay un derecho del hombre de entablar el proceso, así como el hombre en general tiene el derecho de hacer testamento. Todo esto emana de un gran derecho de la personalidad de donde surgen también tantos poderes, pero no de una facultad especial que compete a aquél a quien el ordenamiento jurídico concede un derecho).

Todo hombre —dice Kohler— tiene su derecho de personalidad, el cual es reconocido tanto al ciudadano como al extranjero. Pero este derecho atribuye la posibilidad de una larga serie de actividades, en las cuales la personalidad se puede manifestar libremente y sin vínculos. Ésta contiene en sí la facultad de caminar, de viajar, de cabalgar, de sonar la campanilla: da el derecho de hablar en francés o en alemán, de hacer música, de pintar. Comprende todas estas facultades, así como el derecho

¹⁴⁹ *Id.*, núm. 100, e), pp. 329 a 334.

¹⁵⁰ KOHLER, Giuseppe. *Moderni problemi del diritto*, trad. de LORDI, Luigi, con prefazione del profesor FERRARA, Luigi, Bari, Gius. Laterza & Figli, 1909, núm. V, § 39, p. 165.

de propiedad comprende la facultad de gozar de la cosa sobre la que recae tal derecho, así como al propietario de un fundo corresponde la facultad de cocinar en agrio o en dulce las legumbres que crecen en su fundo. Sin embargo, no es lícito considerar estas emanaciones del derecho de libertad como derechos autónomos, sino entran en la esfera jurídica del individuo sólo cuando son admitidas en el honor de una tutela no es reconocida específicamente, ellas no constituyen un derecho autónomo y por sí existente, sino representan sólo simples facultades emanadas del derecho de personalidad.¹⁵¹

“Ma il diritto della personalità non si può risolvere in pretesa contro lo Stato. . . . Si può parlare di pretesa solo quando l'avversario si trovi in una situazione di fatto contraria al diritto dell'attore, le quale dove esser eliminata. . . . C'è una “pretesa” se un funzionario con un'ordinanza illegale lede il mio diritto, ma non se io semplicemente richiedo da lui una data attività. Di vero la mia domanda è solo emanazione del mio potere di operare come personalità umana. Sostiene che io abbia verso lo Stato una pretesa a tutte le sue possibili attività, in quanto ciò sia mio interesse è una falsa applicazione del concetto di pretesa”.¹⁵² (Pero el derecho de la personalidad no se puede resolver en pretensión contra el Estado . . . Se puede hablar de pretensión sólo cuando el adversario se encuentre en una situación de hecho contraria al derecho del actor, la cual debe ser eliminada. . . . Hay una “pretensión” si un funcionario con un ordenamiento ilegal lesiona mi derecho, pero no si simplemente pido de él una determinada actividad. En verdad mi demanda es sólo emanación de mi poder de actuar como personalidad humana. Sostener que yo tenga hacia el Estado una pretensión a todas sus posibles actividades, en cuanto esto sea mi interés es una falsa aplicación del concepto de pretensión).

B) *El proceso como lucha entre las partes.* Otro punto que sostiene Kohler es que “. . . il proceso è e rimane una lotta con armi divine prima, umane poi, ma sempre, naturalmente, intellettuali, e che il giudice esplica la sua funzione dopo che si è svolto il combattimento logico”¹⁵³ (. . . el proceso es y permanece una lucha con armas divinas primero, humanas después, pero siempre, naturalmente, intelectuales, y que el juez explica su función después que se ha desarrollado el combate lógico).

11. *Críticas a la teoría de Kohler.*

A) *Crítica de Alfredo Rocco.*

1) La acción sí es un derecho por sí mismo existente. Dice Alfredo Rocco que “no se puede desconocer que existe un derecho del ciuda-

¹⁵¹ Rocco, Ugo. *L'autorità. . .*, ed. cit., parte II, sezione prima, cap. II, núm. 96, p. 297. Del mismo autor: *Teoría general. . .*, ed. cit., parte III, cap. II, núm. 2, pp. 199 y 200.

¹⁵² KOHLER. *Op. cit.*, ed. cit., § 40, pp. 166 y 167.

¹⁵³ *Id.*, § 37, p. 160.

dano frente al Estado y una obligación del Estado frente al ciudadano, allí donde el ejercicio de una función estatal se hace depender de la voluntad del individuo. Este es el caso de la función jurisdiccional civil.¹⁵⁴ Porque tener la facultad de exigir de los demás el ejercicio de una determinada actividad, y tener un derecho subjetivo, no es sino una sola y misma cosa.

2) El procedimiento no es una lucha entre las partes. En el derecho moderno —dice Alfredo Rocco— la lucha *material* o *directa entre las partes* está eliminada: toda contienda judicial consiste hoy en los esfuerzos de cada una de las partes para obtener la ayuda del Estado. La actividad de cada una de ellas sólo repercute sobre la otra *indirectamente*, en cuanto consigue provocar la actividad del Estado. Es natural: la prohibición de la defensa privada significa la de la lucha directa y la sustitución de ésta por la lucha judicial. Pero el concepto de *lucha* o de *contienda* no es un *concepto jurídico*, ni la *relación de lucha* es una *relación jurídica*. La lucha es una *relación de puro hecho* que nunca puede ser jurídica: es el conflicto entre dos fuerras que tratan de sobrepujar la una a la otra. Precisamente porque todo el derecho tiene como fin evitar y componer estos contrastes de hecho, el concepto de lucha y el de derecho son entre sí antitéticos. Por lo tanto, cuando se habla de *lucha* o de *contienda judicial*, no se quiere decir que haya una *relación jurídica de lucha* entre las partes, lo cual sería contradictorio, sino que, *de hecho*, las partes se encuentran en lucha entre sí, en el desarrollo de sus relaciones jurídicas con el Estado. La *existencia de una lucha*, aunque sólo sea ideal o indirecta entre las partes, es la mejor prueba de que entre éstas no existen relaciones jurídicas.¹⁵⁵

B) *Crítica de Ugo Rocco.*

1) Kohler no profundizó la naturaleza del derecho de libertad o personalidad.—Por eso considera el derecho abstracto de actuar como una facultad que emana de dicho derecho de personalidad.

Las normas jurídicas que mediante mandamientos y prohibiciones ordenan y limitan los intereses, las voluntades y las acciones humanas, crean en los sujetos a los que están dirigidos esos mandamientos y prohibiciones, derechos subjetivos y obligaciones jurídicas correspondientes. Pero también tienen el efecto indirecto de reconocer una esfera de actividad en la cual los sujetos pueden moverse libremente sin temor de violar alguna norma o de incurrir en alguna sanción jurídica. Esta esfera de actividad es también jurídica. En efecto, las acciones u omisiones que entran en ella, en cuanto que no son ni ordenadas ni prohibidas, deben considerarse como permitidas o autorizadas por el derecho, en el sentido de que en su

¹⁵⁴ Rocco, Alfredo. *Op. cit.*, ed. cit., cap. 5o., núm. 37, p. 143.

¹⁵⁵ *Id.*, pp. 144 y 145.

complejo constituyen el ejercicio de un *derecho muy general*, que en sí las comprende a todas, el cual es precisamente el derecho de libertad.

La libertad individual, en cuanto es tutelada indirectamente por el derecho, se transforma de libertad de *hecho* en libertad *jurídica*, esto es, constituye un *derecho general de libertad individual*.

El derecho de libertad es la facultad que todo sujeto de derechos tiene de actuar en los límites de la esfera de la actividad que los preceptos jurídicos no le imponen ni le prohíben, y de impedir que otros sujetos de derechos se ingieran o se opongan en la "explicación" de tal actividad.

Este derecho comprende una serie infinita de facultades de actuar. Puede ser un derecho subjetivo privado o un derecho subjetivo público, según que tenga por base un interés individual o social, y se considere en sus relaciones entre individuo e individuo o entre individuo y Estado.

2) La acción es un verdadero y propio derecho.—Estas breves reseñas sobre el derecho de libertad y personalidad son suficientes —dice Ugo Rocco— para demostrar que la facultad correspondiente a cualquier sujeto de derechos de promover, mediante la demanda judicial, la actividad jurisdiccional, no se puede concebir como un asimple facultad o posibilidad inherente a la personalidad, sino por el contrario se debe considerar como un verdadero y propio derecho subjetivo al cual no falta ni la individualización necesaria ni la debida determinación.

¿A cuál esfera de libertad se refiere Kohler cuando habla de la posibilidad de actuar como una pura manifestación del derecho de libertad? —pregunta Ugo Rocco.

a) No ciertamente a la que las normas jurídicas, en cuanto no ordenan ni prohíben, reservan a los particulares frente al Estado, porque al derecho individual público de libertad del ciudadano frente al Estado, corresponde una obligación *negativa y genérica* de éste: la de respetar la esfera de actividad no ordenada ni prohibida, esto es, la obligación del Estado de no invadir, mediante su propia actividad, el campo de acción jurídicamente libre reservado al ciudadano. Mientras que a la facultad de actuar perteneciente a los ciudadanos corresponde una obligación *positiva y específica* que constituye precisamente la de la jurisdicción civil del Estado.

Por otra parte, el derecho de libertad en sus varias manifestaciones se presenta siempre como comprendiendo una serie de *facultates agendi*, cuyo reflejo está constituido por la obligación de respetar el ejercicio de tales facultades. Mientras el derecho de actuar se presenta siempre como comprendiendo una serie de *facultates exigendi*, cuyo reflejo está constituido por una obligación impuesta por la ley a los órganos jurisdiccionales del Estado.

b) Tampoco se refiere Kohler a la esfera de libertad individual que hemos dicho de derecho privado, porque ante todo la pretensión individual a la prestación jurisdiccional es reconocida al particular frente

al Estado. Por lo que la facultad de actuar y la obligación jurídica correspondiente, son de *derecho público*.

No se objete que el demandado tiene precisamente una *obligación negativa* frente al actor, en cuanto, no pudiendo impedir el ejercicio del derecho de acción, está obligado jurídicamente a respetar la facultad de actuar del actor; lo que evidentemente prueba cómo esta facultad se debe considerar comprendida en el derecho subjetivo individual privado de libertad.

Pero esta *obligación negativa* no compete sólo al demandado, sino también a cualquier otro coasociado, y además se da frente al ejercicio de cualquier otro derecho que no sea el de acción, aun *relativo*.

Es un gran error hacer corresponder al derecho especial ejercitado, la obligación general negativa de respetar el ejercicio de este derecho.

Entonces al derecho correspondiente a cualquier sujeto de derechos de pretender la prestación de la actividad jurisdiccional, no corresponde ninguna obligación de aquél que asume la calidad de demandado, fuera de la obligación genérica y absoluta, correspondiente a *todos* de respetar el ejercicio del derecho de acción.

En consecuencia, no se puede concebir la facultad de actuar como comprendida en el derecho de libertad o de personalidad, ya sea de derecho público o de derecho privado.¹⁵⁶

§ 5. Teoría de Niccolò Coviello

1. *Definición*.—Desde el punto de vista del derecho civil afirma —Coviello— “la acción puede definirse diciendo que es “la facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho”.¹⁵⁷

2. *Diversos estadios*.—Cnocebida la acción en esta forma —sigue diciendo Coviello—, se debe considerar en dos diversos estadios: en el de mera potencialidad y en el de actuación. En cualquiera de estos estadios, la acción “no es un derecho que exista por sí, sino una función del derecho subjetivo”.¹⁵⁸

a). En el estadio potencial, la acción constituye un elemento del derecho, forma parte de su contenido.

b). En el estadio de actuación, la acción es la misma facultad abstracta que se determina y concreta; ni entonces se puede ver en ella un nuevo derecho. La acción “no puede considerarse como un derecho inde-

¹⁵⁶ Rocco, Ugo. *L'autorità*. . . , ed. cit., parte II, sezione prima, cap. II, núm. 96, pp. 298 a 303. Del mismo autor: *Teoría general del proceso civil*, ed. cit., parte III, cap. II, núm. 2, pp. 200 a 202.

¹⁵⁷ COVIELLO, Nicolás. *Doctrina general del Derecho civil*, trad. de la 4a. ed. italiana por Felipe de J. Tena, concordancias con el Derecho mexicano por Raúl Berrón Mucel, Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana, México, 1949, sec. V, cap. XV, núm. 158, p. 554.

¹⁵⁸ *Id.*, p. 555.

pendiente de derecho que por la misma se hace valer, precisamente por su naturaleza de medio destinado al fin de garantía de un derecho”.¹⁵⁹ Considerar la acción “como un derecho accesorio es negar el concepto mismo de derecho subjetivo, al que es inherente de modo esencial el elemento de la coacción, la que se manifiesta de ordinario por vía de acción”.¹⁶⁰

Puesto que la acción es un elemento del derecho, existe aunque la ley no la conceda expresamente.

3. *Sentido formal o procesal de la acción.* En este sentido, que es la invocación efectiva de la autoridad jurisdiccional del Estado para la defensa de un derecho, la acción se confunde con la instancia judicial o simplemente con el proceso; “no es ni un elemento del derecho ni un derecho en sí mismo, sino un mero hecho. Se distingue de la acción, en sentido material, como el ejercicio del derecho se distingue del derecho mismo”.¹⁶¹ Puede existir la acción de hecho, sin que exista el derecho de obrar. Sin embargo, no se puede negar el nexo íntimo que hay entre la acción en sentido material y la acción en sentido formal o procesal, puesto que la facultad de obrar, como elemento del derecho subjetivo, es lo que constituye el fundamento de la acción procesal.¹⁶²

4. *Críticas a la teoría.*—Como se ve, la teoría de Coviello tiene similitud con alguna de las corrientes de la teoría tradicional o clásica de la acción: la de los comentaristas del Código Civil francés, y con la teoría de Kohler y demás autores que consideran a la acción como un mero hecho. Las mismas críticas que se han hecho a estas teorías se pueden hacer a la de Coviello, por lo que no insistiremos sobre ellas.

§ 6. NUESTRA OPINIÓN

1. *La acción es un derecho.* Consideramos que la acción es propiamente un derecho, y no una de tantas facultades que corresponden al derecho de personalidad o libertad, ni tampoco un derecho potestativo al que no corresponda ninguna obligación ni por parte del órgano jurisdiccional ni por parte del demandado. No aceptamos que puedan haber derechos sin obligaciones correlativas. El derecho de acción tiene como correlativa la obligación de prestar la actividad jurisdiccional.

En el Derecho positivo mexicano tan existe esta obligación, que de no cumplirla se puede incurrir en la comisión de un delito “en la administración de justicia” o en el de abuso de autoridad. En efecto, el Código Penal del Distrito Federal, en su artículo 225, fracción I, establece:

“Se impondrá suspensión de un mes a un año, destitución o multa de cincuenta a quinientos pesos, a los funcionarios, empleados o auxiliares

¹⁵⁹ *Id.*

¹⁶⁰ *Id.*

¹⁶¹ *Id.*, p. 556.

¹⁶² *Id.*

de la administración de justicia que cometan alguno de los delitos siguientes:

I. Conocer de negocios para los cuales tengan impedimento legal o abstenerse de conocer de los que les correspondan sin tener impedimento legal para ello; . . .”

El artículo 214, fracción V, del mismo Código, dispone:

“Comete el delito de abuso de autoridad todo funcionario público, agente del gobierno o sus comisionados, sea cual fuere su categoría, en los casos siguientes: . . .

V. Cuando estando encargado de administrar justicia, bajo cualquier pretexto aunque sea el de obscuridad o silencio de la ley, se niegue a desempeñar un negocio pendiente ante él; . . .”

El artículo 213 del mismo Código establece la sanción:

“Al que cometa el delito de abuso de autoridad se le impondrán de seis meses a seis años de prisión, multa de veinticinco a mil pesos y destitución de empleo”.

2. *La acción puede ser pública o privada.* Será pública si es un órgano del Estado el que la ejercita o el que conoce de ella. Ejemplo del primer caso lo tenemos cuando el Ministerio Público ejercita la acción penal. En el segundo caso es un juez nombrado por el Estado el que conoce del asunto. Pero si el juez que conoce de éste es privado, un árbitro, por ejemplo, nombrado por las partes, entonces la acción será privada.

3. *El derecho de acción es abstracto.* Consideramos que el derecho de acción es abstracto, en virtud de que no solamente la puede ejercitar válidamente el titular del derecho material, sino toda persona legitimada para ello. De modo que no cualquiera persona puede tampoco ejercitar una acción, sino solamente la que tenga capacidad y personalidad jurídicas. Cuando la ley establece quiénes pueden ejercitar una acción, no hay ningún problema. Por ejemplo, el Código Civil del Distrito Federal establece en su artículo 315:

“Tienen acción para pedir el aseguramiento de los alimentos:

- I. El acreedor alimentario;
- II. El ascendiente que le tenga bajo su patria potestad;
- III. El tutor;
- IV. Los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado;
- V. El Ministerio Público”.

Cuando la ley no dice nada, se tendrá como legitimado para ejercitar una acción el que se ostenta como titular de un derecho material que pretende hacer valer.

El derecho de acción, como es natural, existe aun antes de ser ejercitado por medio de la demanda (no se puede ejercitar un derecho que no existe), se sigue ejercitando a través de todo el proceso y hasta

después de concluído éste por una sentencia, mientras el litigio no haya concluído en su caso, por el pago de la prestación reclamada. La acción no es sino el derecho de actuar ante los órganos jurisdiccionales. Por eso lo mismo corresponde al actor que al demandado.

4. *El derecho de acción es autónomo.* Esto quiere decir que es independiente del derecho substancial que el actor afirma tener. Exista o no este derecho, la acción puede existir. Como ya hemos dicho, basta con que una persona se ostente como titular de un derecho material, aunque en realidad no lo tenga, para que pueda, jurídicamente hablando, ejercitar una acción. Tampoco importa que el actor sea de buena o de mala fe, para que pueda ejercitarla; es decir, no importa que el actor crea u opine tener un derecho material que hacer valer y en realidad no lo tenga, o que, a sabiendas de no tenerlo, reclame su pago judicialmente.

5. *Entre quiénes se establecen las relaciones jurídicas al ejercitarse la acción.*—Estas relaciones se establecen entre el actor y el órgano jurisdiccional y entre éste y el demandado: frente al derecho de actuar judicialmente de las partes encontramos en forma correlativa la obligación del órgano jurisdiccional de cumplir con su función. De manera que la relación jurídica procesal no se establece entre las partes. Éstas no están obligadas entre sí a nada en el proceso.

6. *La finalidad de la acción.* La finalidad que se persigue con el ejercicio de la acción se puede contemplar desde un punto de vista objetivo o desde un punto de vista subjetivo.

A). *Desde un punto de vista objetivo.* Desde este punto de vista, lo que se persigue legalmente en el proceso es la resolución de un litigio. Esta resolución se obtiene mediante un fallo que intenta llegar a la verdad material (la justicia) o establece la verdad formal, jurídica, aunque ésta no se apegue estrictamente a la realidad. El primer fallo se dicta sobre todo en materia penal; el segundo, por ejemplo, en la civil.

B). *Desde un punto de vista subjetivo.* Desde este punto de vista, las partes buscan obtener una sentencia favorable a cada una de ellas, y el órgano jurisdiccional debe tratar, hasta donde es posible, de de realizar la justicia, aunque sea en la forma subjetiva.

7. *Nuestro concepto.* La acción es el derecho abstracto y autónomo que tiene toda persona legitimada, de pedir a un juzgador que resuelva un litigio en el que ella es parte.