

La Acción como Derecho de Instancia Jurisdiccional (*)

Por: Fernando Peña Neves.

I.— CONCEPTOS FUNDAMENTALES

1.— **El problema de la naturaleza jurídica de la acción.**— Investigar acerca de la naturaleza jurídica de una institución, equivale a preguntarse qué es esa institución. Esta es la cuestión que se pretende dilucidar. Contrariamente a lo que pudiera suponerse, no se trata de un problema meramente teórico, sino que su aplicación práctica encierra y armoniza principalísimas instituciones del Derecho Procesal Civil.

Explicar en qué consiste la acción, supone abordar el siempre difícil problema de su naturaleza jurídica. El enfrentarse a él nos permite advertir su trascendencia, no para emitir conclusiones escépticas, sino para afirmar como verdad inamovible, la autonomía del Derecho procesal Civil del Derecho Sustantivo.

Al decir de Calamandrei, las definiciones acerca de la acción, se dan “en función de la relación entre el interés individual e interés público que, bajo diversas apariencias, se presenta en todos los campos de la ciencia jurídica, estando aquella definición, por consiguiente, sujeta a variar según que en la relación se acentúe, por consideraciones políticas, el predominio de uno de los términos y se desplace como consecuencia, en un sentido

o en otro, el punto de equilibrio entre las dos”. (1)

Apreciamos así, que las teorías acerca de la acción, encuentran su justificación histórica en el momento en que se desarrollan.

El concepto de acción tal como lo entendemos, es el resultado de la integración que ha sufrido ésta a lo largo de la evolución del Derecho como ciencia jurídica y también del afianzamiento de la idea del Estado.

La historia del Derecho está ligada a la del Estado. “El Derecho, como producto social, ha existido en todos los tiempos, pero su forma de protección fue variando progresivamente, a medida que las costumbres evolucionaban y se desarrollaban los conceptos jurídicos”. (2)

2.— **El régimen de la defensa privada.**— En los primeros tiempos de la historia de la humanidad, el principio de autoridad, tal como lo entendemos, fue un concepto vacío. Los intereses en conflicto y su defensa, fueron funciones privadas. El uso de la fuerza

(*) El presente trabajo se circunscribe a la naturaleza jurídica de la acción, y deja por ende de lado, todos aquellos problemas conexos, tales como clasificación, transmisibilidad y caducidad de la acción, entre otros.

se constituyó en el factor decisivo, es decir que el empleo de ésta como medio de defensa consagró la victoria de la prepotencia sobre la justicia. Dos Reis ha dicho, "En vez de que la fuerza esté al servicio del derecho, este último se encontraba a merced de aquélla" (3). A esta etapa de la historia del Derecho, se le conoce con el nombre de régimen de la autodefensa o de defensa privada.

La autodefensa funcionará activamente en la solución de los conflictos, dentro de las asociaciones primitivas, en donde no existía una autoridad superior capaz de decidir e imponer coercitivamente su voluntad.

Este estado no podía persistir. El desarrollo del principio de autoridad permitirá superarlo. Así, ésta actuará en un primer momento para disciplinar (limitando la venganza), y luego prohibir de una manera cada vez más enérgica el uso de la autodefensa. En esta evolución se llega a la actualidad, en que el ejercicio de la defensa privada se considera como un delito. Sin embargo en nuestra legislación civil quedan algunos rezagos de la justicia por mano propia (art. 830 y 864 C.C.). En el Código Penal, para ciertos casos especiales es permitida la legítima defensa (art. 85 inc. 2º). Salvo estas excepciones, es al Estado a quien le corresponde en forma absoluta el ejercicio de la administración de justicia.

Se podría decir que la historia de la lucha contra la autodefensa es la historia del Estado y de la civilización.

La prohibición de la defensa priva la sustitución del Estado a una actividad que habría debido ser ejercitada por los sujetos de la relación jurídica sometida a su decisión". (8)

Calamandrei, nos dice que la jurisdicción como actividad secundaria, tiene aplicación tanto para el proceso de cognición, como en el pensa tal restricción. La sustitución del Estado a la autodefensa sufre una prolongada transformación.

En un principio se morigeraba la venganza por medio del talión. Es así como "la función jurisdiccional que surge en los albores históricos de la civilización, procede con propósitos de pacificación social; de suerte que la acción del juez en las coasociaciones primitivas, aparece como la de un pacificador, que se interpone para dirimir los conflictos surgidos entre intereses individuales..." (4)

3.— El monopolio jurisdiccional. — En el análisis de distintas instituciones jurídico procesales, hallaremos una constante: la progresiva limitación de la autodefensa, produce en sentido inverso una mayor extensión del poder jurisdiccional del Estado. Es decir que la prohibición de la defensa privada consolida el monopolio jurisdiccional del Estado. Sin embargo, no se debe creer que este tercero que se sustituye a la actividad individual, "sea originariamente el mismo Estado, esto es, un órgano suyo con carácter de juez público. En un principio el Estado se limita a favorecer el uso del arbitraje, esto es, el uso de someter la decisión de la contro-

versia a un particular de confianza común de los contendientes (arbitro), a cuya decisión las partes se obligan, **por contrato**, a atenerse" (5). Es así como la primera forma de justicia es la que se ejerce por medio de árbitros facultativos.

De este arbitraje facultativo se llega al arbitraje obligatorio. Aquí las partes están obligadas a acudir a la autoridad para que designe el árbitro. Las decisiones de éste se garantizan por el auxilio de la fuerza del poder público.

El desarrollo de las instituciones jurídico procesales ha permitido llegar en este momento de su historia, a los juicios públicos. Luego el Estado en lugar de los árbitros, "assume directamente la función plena de garantizar el derecho mediante órganos propios, investidos de pública autoridad, a los cuales los particulares están obligados a recurrir para la composición de las controversias. La jurisdicción como función del Estado ha nacido ya". (6)

Así, el Estado monopoliza la función jurisdiccional, prohibiendo la autodefensa y posibilitando a los interesados para solicitar el amparo del poder jurisdiccional.

De estos conceptos desprendemos que la jurisdicción es el poder deber que tiene el Estado para resolver los conflictos de intereses que se generen. La administración de justicia le permite al Estado la actuación de la ley.

Los sujetos de derecho por el hecho de ser tales, tienen el derecho de acudir a los organismos jurisdiccionales del Estado, ejercitando una acción; es decir, existe un dere-

cho de iniciativa para imprimir movimiento al poder jurisdiccional. Carnelutti ha dicho que "a la acción de la parte como poder derecho se contraponen la función del oficio como **poder deber**". "Este **poder deber**" es la jurisdicción". (7)

4.— **La acción como impulso límite y condición de la jurisdicción.** — El concepto de acción tal como lo entendemos, es el resultado de una prolongada evolución histórica.

Al tratar de la acción, es preciso referirse paralelamente a la jurisdicción, por aquello de que no hay acción si no hay jurisdicción. Son conceptos estructurales de estudio correlativo. Sus notas se implican.

En la función jurisdiccional, se destacan, pues, dos caracteres: primero, que es una actividad **secundaria**; segundo, que la sentencia, es de naturaleza **declarativa**.

La jurisdicción se presenta como **una actividad secundaria**. Esto significa que "en todo acto jurisdiccional, se encuentra constantemente la sustitución del Estado a una actividad que habría debido ser ejecutada por los sujetos de la relación jurídica sometida a su decisión" (8)

Calamandrei, nos dice que la jurisdicción como actividad secundaria, tiene aplicación tanto para el proceso de cognición como para el de ejecución.

En el primero, frente a una falta de certeza sobre la existencia de una voluntad concreta de ley relativa a una relación jurídica, el Estado por medio del poder jurisdiccional sustituye la propia actividad intelectual, a la actividad intelectual de las partes, con la finalidad

de precisar la voluntad de ley respecto a tal relación.

En el segundo caso, cuando el obligado se niega a ejecutar la voluntad de ley cuya certeza se haya declarada, el órgano jurisdiccional sustituye su propia actividad ejecutiva a la del actor, con el propósito de obtener la actuación de ley en forma coactiva.

La jurisdicción es por lo tanto, una actividad secundaria. Nos preguntamos ¿por qué es una actividad secundaria? La respuesta a tal interrogante la hallamos en el hecho de que la intervención del Estado, se da solamente cuando falta el cumplimiento espontáneo de los sujetos de la relación jurídica. Sin tal cumplimiento, se origina un segundo momento en esta relación: el que se **siente** violado en su derecho, tiene el poder jurídico de solicitar el amparo jurisdiccional.

Carlos Ayarragaray, precisa que los órganos jurisdiccionales, "se mueven al impulso de la acción, cumplidos los presupuestos procesales y verificadas las condiciones de la acción; pero se puede decir también que la acción es un **límite y una condición para el ejercicio del poder jurisdiccional de conocer, decidir y ejecutar**. Es un límite en cuanto despierta y estimula la intervención de los órganos respectivos y una condición en tanto que fija y determina la extensión del conocer y querer en el tiempo, en el espacio, en la materia y objeto y causa del petitum (petición, pretensión)". (9) Correlativamente al derecho de instancia jurisdiccional se da el deber del Estado de administrar justicia.

La tendencia doctrinaria de nuestro sistema procesal es la dispositiva; es decir que el impulso director del proceso recae en las partes. Se cumple así el principio "**nemo iudex sine actore**" (no hay juez sin actor). En realidad como bien sostiene Calamandrei, mientras bajo cierto aspecto la acción es una **pección que un ciudadano hace al Estado para que éste actúe la ley**, favoreciendo, tutelando el supuesto derecho violado; la acción es también un **servicio que el ciudadano presta al Estado, dándole la ocasión de intervenir en la defensa del derecho objetivo**.

II.— EVOLUCION HISTORICA DEL CONCEPTO DE ACCION

El estudio de la acción en su sentido estrictamente procesal, ha sido motivo de encendidas polémicas. El Dr. Alzamora Valdez nos dice que, "en derecho la palabra acción tiene varias acepciones: a) defensa del derecho mediante la litis; b) complejo de actos constitutivos del juicio; c) jus sibi debetur, juicio persequendi (derecho de perseguir en juicio lo que nos deben, lo que es nuestro); d) anspruch (pretensión, término empleado por el art. 196 del Código Civil Alemán, para expresar el derecho de exigir de otro que practique o deje de practicar un acto; e) demanda o petitum; f) pretensión producida en juicio" (10)

A pesar de ser muchas y diversas las opiniones acerca del problema en cuestión, es posible aunar estas divergencias en el planteamiento de tres interrogantes: primero: ¿qué vinculación existe entre la ac-

ción procesal y el derecho material? ¿Son una misma cosa?; segundo: ¿la acción es un poder jurídico incurso dentro del derecho privado o público?, y por último. ¿cuál es la situación del Estado frente a la acción? ¿Actúa como sujeto pasivo de la acción?. El problema central, es el que se refiere a las relaciones existentes entre la acción y el derecho sustancial.

Alsina clasifica las diferentes teorías acerca de la naturaleza jurídica de la acción, agrupándolas en tres grandes concepciones: primero, las teorías que consideran a la acción como un elemento del derecho material (Savigny); segundo, las teorías para las cuales la acción es un derecho autónomo. Aquí podemos hacer algunas distinciones de carácter doctrinario: a) se considera a la acción como un derecho concreto, porque **le corresponde a quien tiene la razón**; b) la acción es un **derecho público, porque se dirige contra el Estado** (Wach); c) la acción es de **naturaleza privada, porque se plantea contra el demandado**. Tercero: las teorías que consideran a la acción como un derecho abstracto, es decir, desligado del derecho sustantivo.

La lucha por hallar la naturaleza jurídica de la acción ha significado la paulatina independencia del derecho Civil, del cual se origina. Couture acertadamente dice, que "para la ciencia procesal, la separación del derecho y la acción, determina que a partir de ese momento, el Derecho Procesal adquiere personalidad desprendiéndose del viejo tronco del derecho civil". (11)

1.—La acción en el Derecho Romano.—

En el Derecho Romano, el concepto de acción estuvo sujeto a la evolución histórica del proceso. En un primer momento la acción se reducía a un conjunto de formalidades rituales, que las partes debían cumplir ante el magistrado. Luego en el procedimiento formulario, se sustituyó la naturaleza sacramental de la acción por fórmulas escritas, "elaboradas por el pretor mediante la cooperación de las partes, con el objeto de precisar los límites de la controversia" (12). Es decir, la acción era la fórmula que el magistrado otorgaba, por medio de la cual el juez podía valorar las pretensiones de los litigantes.

Con el procedimiento extraordinario, que señala una segunda etapa en la evolución del derecho procesal romano, desaparecen las instancias *in iure* (ante el magistrado) y la de *apud iudicem* (ante el juez). Así le correspondió al juez conocer y sentenciar los procedimientos ante él presentados. La acción pasa a ser un elemento del derecho. Ya no es necesario que el magistrado la acuerde. Acción y derecho serán lo mismo, a tal extremo que ya no se preguntaba si se tenía derecho a algo, sino si existía una acción para reclamar un derecho.

2.—La acción como elemento del derecho. La teoría Clásica o Civilista.—

Según la doctrina civilista, la acción es el derecho en movimiento, es decir, la posibilidad dinámica del derecho material.

Savigny, el principal inspirador de esta teoría, recogió los principios

del derecho romano acerca de la acción, dándoles coherencia lógica. Decía, "la acción es el derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación" (13), es el derecho mismo, pero en pie de guerra, que busca quitar los obstáculos que se oponen a su eficacia. Es el derecho "elevado a una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra". (14).

Como bien sostiene Chioyenda "dominaba entonces una concepción absolutamente privatística del proceso, que era considerado como un simple instrumento al servicio del derecho subjetivo, como una institución subordinada al derecho sustantivo" (15). Por ello no nos debe extrañar que la acción, fuera concebida como "un apéndice del derecho material". (16).

Se confunden en la doctrina civilista dos derechos esencialmente distintos: la acción y el derecho sustantivo supuestamente violado. Valorada así, supone al menos, un derecho y la violación de éste. Por ello "si no hay derecho no cabe violación y sin ésta el derecho no puede tomar la forma de acción" (17).

Los civilistas al expresar las relaciones existentes entre la acción y el derecho material, distinguen cinco principios elementales: 1º No hay derecho sin acción; 2º la acción participa de la naturaleza propia del derecho material; 3º no hay acción sin derecho; 4º hay una acción para cada derecho; 5º el número de acciones es ilimitado.

A esta teoría se le objeta comunemente con los siguientes argumen-

tos: Si la acción y el derecho son lo mismo, ¿cómo explicar las demandas desestimadas, pues no se entiende qué derecho se ha ejercitado durante el proceso, si por la sentencia no se considera válido el derecho pretendido por el actor.

Además, como bien anota el Dr. Alzamora Valdez, existen las llamadas obligaciones naturales (consagradas en nuestra legislación civil en el art. 1768) que no confieren acción para exigir su cumplimiento, pero que cumplidas por el deudor, autorizan al acreedor para retener lo que se ha dado por ellas.

La acción, en puridad, no participa de la naturaleza jurídica del derecho supuestamente violado. El derecho de acción es inherente a la naturaleza social del hombre. Al sustituirse el Estado a la defensa privada, compensó ésta con la posibilidad del individuo de peticionar el amparo jurisdiccional.

3.—Las teorías de la acción como derecho autónomo.—

La tesis civilista circunscribió la esfera del derecho de acción a la del derecho concreto. En tal estado de cosas resultaban inexplicables muchas situaciones jurídico procesales de realización común. Dentro de esta realidad surge el famoso trabajo de Windscheid, titulado "La acción del derecho civil romano desde el punto de vista actual", publicado en el año 1856.

Windscheid diferenció los términos *actio* y *klage*. Mientras la *actio* significa "actividad dirigida contra el obligado", la *klage* o *klagerecht*

quiere decir derecho de “querella que se entiende contra el Estado”. (18).

Para Windscheid lo que nace de la lesión de un derecho no es una acción. “sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se le hace valer en juicio” (19). Así, para poder explicar la dirección personal de la acción, Windscheid abandona el concepto vulgar de acción, sustituyéndola por el término **anspruch** que significa, pretensión. Acerca del sentido exacto de esta palabra se han expresado distintas opiniones.

La acción, se manifestaría, pues, como la tendencia a someter la voluntad del sujeto pasivo de una relación jurídica. A esta tendencia Windscheid la llamó **pretensión jurídica**. “La acción es la pretensión jurídica puesta en juicio” (20).

Al trabajo de Windscheid siguió la obra de Müther, denominada “Teoría de la Acción Romana y el Moderno Derecho de Obrar”. Se originó entre ambos tratadistas una encendida polémica.

Müther precisó que “el titular de una pretensión no satisfecha tiene un derecho primario y un derecho contra el Estado de tutela jurídica, condicionado por aquél...” (21). Al considerar el derecho de acción como un derecho a la tutela jurídica destaca su naturaleza **público-subjetiva**.

La acción se dirige contra el Estado, teniendo como condición un derecho privado y su violación. Al

Estado le corresponde el deber de impartir su tutela.

La posición de Müther significa un grave avance porque diferencia el derecho sustantivo del derecho a la tutela jurídica. Sin embargo erróneamente condicionó este segundo a la existencia del derecho material. Tal afirmación lo llevó a la incongruencia de exigir para la actuación de este derecho público y subjetivo, una base de derecho privado.

4.—La acción como derecho a la tutela jurídica. (**Rechtschutsanspruch**.— La teoría de Wach.— La doctrina alemana, especialmente por intermedio de Wach, desarrolló la teoría de la acción como un derecho autónomo. Esta se expresa como una pretensión de tutela jurídica (**Rechtschutsanspruch**).

Para Wach la acción “es un derecho concreto a la tutela jurídica, o en otros términos: **el derecho subjetivo público que corresponde al titular de un derecho material**” y que tiene como contenido la obligación de la tutela jurídica por parte del Estado mediante una **sentencia favorable**” (22).

Wach al definir de esta manera la acción, la coloca “francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación que corre no entre particular y particular, sino entre ciudadano y Estado” (23).

La doctrina de la acción como derecho concreto destaca el carácter público de ésta, es decir relie-

va lo esencial de la intervención del Estado. Sin embargo mal podríamos entender que sólo haya acción cuando se da la razón al demandante, cuando existe una **sentencia favorable**. La administración de justicia, por su naturaleza, no significa solamente favorecer, sino que su fin es otro: la actuación del derecho conforme a las formalidades prescritas.

En última instancia, esta teoría tropieza con la misma dificultad que la doctrina civilista, al no poder explicar jurídica y lógicamente la existencia de sentencias desestimatorias. Siendo la acción el derecho a una **sentencia favorable** y parafraseando la definición de Wach, llegaríamos a la conclusión de que con dicha sentencia se ha cumplido el requisito esencial de la acción. Sin embargo, ¿antes de la sentencia qué existió?. Si la teoría de la acción como derecho concreto sostiene que es el derecho sustantivo, se alinea dentro de las doctrinas tradicionales que identifican derecho y acción; y si el derecho de acción es anterior a la sentencia, se acepta la naturaleza abstracta y no concreta de ésta.

En la doctrina de Wach, el proceso se halla todavía subordinado al derecho sustantivo. Al concebir Wach la acción como un derecho a la tutela jurídica (por medio de una sentencia favorable) debemos entender, **que en el proceso la tutela jurídica no puede pertenecer más que a una de las partes**. El derecho de acción es un concepto más extenso, no sólo engloba al actor, sino también al demandado. En pu-

ridad, **el derecho de acción es bilateral**.

Chiovenda: La acción como derecho potestativo.—

El concepto de acción que formula Chiovenda, se sustenta en la doctrina de los llamados derechos potestativos. Para el profesor italiano, la acción es "entendida como derecho, teniendo como contenido un **puro poder jurídico y no deber ajeno**" (24). Es un derecho potestativo en cuanto este poder jurídico es la posibilidad de "dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de ley" (25).

Estos poderes se ejercitan con la sólo manifestación de la voluntad, siendo necesaria la intervención del juez. Tienen como presupuesto, **"la producción de un efecto jurídico a favor de un sujeto y con cargo de otro, el cual nada puede hacer, pero tampoco nada debe hacer para apartar de sí el efecto, quedando sujeto a su producción; la sujeción es un estado jurídico que no requiere el concurso de la voluntad del sujeto ni ninguna actitud suya"** (26).

La acción para Chiovenda, por regla general, nace de la violación de una voluntad concreta de ley, es decir, "del hecho de que aquel que debía conformarse con una voluntad concreta de ley que nos garantiza un bien de la vida, ha trasgredido esta voluntad, haciendo que busquemos su actuación independientemente de la voluntad del obligado..." (27).

Chiovenda concibe la acción como ejercitada contra el adversario

de la relación obligacional. Dice que **la acción es un derecho contra el adversario**; por ello se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. Niega al Estado la calidad de sujeto pasivo de la acción, ya que de aceptarlo, supondría un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano. En puridad no hay conflicto alguno ya que frente al derecho de acción le corresponde al Estado la obligación de tutela jurisdiccional. En este sentido se coloca en la condición de sujeto pasivo. De otra forma no se podría explicar por qué éste no puede negar jurisdicción.

La doctrina de los derechos potestativos ha merecido duras críticas. Rocco ataca "la absoluta impropiedad técnica del concepto de derecho potestativo" (28), mientras que Carnelutti expresa que "hay pocas concepciones tan erróneas como ésta, pues, tan ilógico es hablar de derecho sin obligación correlativa, como absurdo pensar en una moneda que sólo tuviese una cara" (29).

La acción como derecho público subjetivo.— Goldschmidt.—

Goldschmidt distingue tres tipos de derecho. En primer lugar, el derecho sustancial, que rige para las relaciones entre los particulares. Un segundo derecho es el Judicial material, que regula la obligación del Estado de tutelar los derechos individuales. Determina el contenido de la sentencia. El tercer derecho es el procesal, que se ocupa de los requisitos formales para llegar a la sentencia.

Goldschmidt concibe la acción como una pretensión de tutela jurídica que se hace valer **contra el Estado**. Si bien la acción es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado, para obtener la tutela jurídica por medio de una sentencia favorable; recae también sobre el demandado, quien debe someterse a la actuación jurisdiccional del Estado. El contenido de la acción es la **pretensión de sentencia**. Esta pretensión es de derecho judicial material y no de carácter procesal.

La acción como derecho abstracto.

Las teorías de la acción como derecho abstracto, entienden que este derecho es tan sólo un poder de iniciativa frente a los organismos jurisdiccionales. Dicho en otros términos, es la posibilidad de actuar en juicio independientemente de la sentencia favorable.

Degenkolb precisó que el derecho de acción correspondía no sólo a quien crea tener la razón, sino que este poder jurídico de tutela jurisdiccional, le corresponde a todos los sujetos de derecho.

Otro de los defensores de esta teoría, Alfredo Rocco, define la acción como "el derecho por excelencia, **el derecho general y abstracto** de hacer reales y concretos todos los derechos" (30).

La acción así concebida es un derecho subjetivo público, relativo y abstracto. Subjetivo y público porque se dirige contra el Estado para que imparta su tutela juris-

diccional; relativo, "porque se refiere a una obligación específica de tales órganos, esto es: al cumplimiento de sus deberes" (31) y es abstracto porque no participa de la naturaleza del derecho material supuestamente violado, sino que le corresponde a todos los sujetos de derecho.

Distinguen en la acción dos elementos, uno **formal** que se expresa por la voluntad de instar la actividad de los organismos jurisdiccionales y otro **sustancial** que es el interés.

Para los representantes de la teoría de la acción como derecho abstracto, el elemento sustancial es el interés, pero éste no se identifica con el derecho subjetivo (interés primario), "sino que este interés secundario, tutelado por el derecho procesal objetivo se refiere a la posibilidad de obtener de los órganos jurisdiccionales una declaración tutelar jurídica" (32).

El interés abstracto, es un medio para "hacer real y concreto cualquier derecho" (33). El derecho de acción "es **único e inmutable** porque no está sujeto a las modificaciones que puedan sufrir los intereses primarios (derechos sustantivos) y finalmente es **ideal o inmaterial** porque **corresponde a todo ciudadano y no tiene carácter patrimonial**" (34).

Con la determinación de los autores que defienden esta teoría, culminó la escisión del derecho de acción con referencia al derecho sustancial.

III LA ACCION COMO DERECHO DE INSTANCIA JURISDICCIONAL

La moderna doctrina ha dado a la acción un sentido estrictamente procesal. Tal logro ha sido el resultado de una larga evolución, paralela a la independencia del Derecho Procesal Civil de su tronco, el Derecho Civil.

La acción con un sentido diferente al de la autodefensa, se expresa como el derecho de todo sujeto a la tutela jurisdiccional. El Estado, dentro de su evolución histórica se ha sustituido a la actividad de los particulares en la defensa de los intereses controvertidos.

Siendo la acción sinónimo de derecho a la jurisdicción, debe ser necesariamente una sola. Esto es explicable, ya que si consideramos que ella se manifiesta como el poder jurídico de obrar frente a los organismos jurisdiccionales, la naturaleza propia de este derecho no se verá afectada por la del interés sustantivo que pueda defender.

Existen dentro de las teorías acerca de la acción dos grandes corrientes doctrinarias. Estas son las teorías obligacionistas y las teorías jurisdiccionalistas. "Las primeras responden a una concepción **ius-materialista**", mientras que las segundas, "desconectan la acción de la existencia de una obligación entre las partes o de una de las partes; atienden éstas a una contemplación estrictamente procesal de la figura" (35).

¿Quién es el destinatario de la acción?

La acción nace históricamente como una "supresión de la violencia privada, sustituida por obra de la colectividad organizada" (36).

Este poder jurídico, así entendido, nos plantea el problema acerca de quiénes son los sujetos de la relación procesal.

En el proceso se distingue al sujeto activo (actor o demandante) y el sujeto pasivo (demandado). El derecho de acción es común a los hombres por su condición de sujetos de derechos.

Dijimos, que la teoría civilista concebía a la acción como una posibilidad dinámica del derecho. Tal tesis supone colocar como sujeto activo de la acción al demandante, mientras que el demandado queda en la condición de sujeto pasivo. La respuesta que dan los civilistas, deja sin explicación el por qué el Estado no puede denegar su jurisdicción.

El ubicar como sujeto pasivo de la acción al adversario, significa desconocer el sentido procesal de ella. El Estado por intermedio de sus organismos jurisdiccionales, activados a instancia de los particulares, tiene el deber de actuar el derecho. Nos preguntamos acerca del por qué de ese deber. ¿Es acaso el Estado un tercero marignado en la relación procesal?. Si aceptásemos esto perdería su sentido la actividad del Estado como poder jurisdiccional.

Decimos que es el Estado el único destinatario de la acción por-

que al prohibir la defensa privada e implantar el monopolio jurisdiccional, contrajo el deber de acoger las peticiones de los particulares. "Cumple así el proceso una doble finalidad, que cabría llamar represiva y preventiva: restaurar el orden (jurídico) perturbado y evitar que se perturbe el orden (público) por obra de la autodefensa" (37).

Dentro de un litigio se hallan comprendidas las partes y el juez. En lineamientos generales, las obligaciones del poder jurisdiccional serían dos: "una de índole **orgánica y administrativa**, del o de los jueces que lo integren, a la prestación de sus servicios al Estado, que lo ha instituido y en cuyo nombre actúa y otra emanada de la anterior o si se prefiere del **monopolio jurisdiccional** del juzgador hacia los justiciables" (38).

La acción como derecho autónomo de carácter público.—

Savigny identificaba la acción con el derecho supuestamente violado. Esta posición es errónea, no logra superar el problema de las demandas desestimadas. Aquí el juez provee precisando la falta de derecho (material). Si identificásemos acción y derecho ("no hay acción sin derecho, ni derecho sin acción") tendríamos que a pesar de que se ha instado a los organismos jurisdiccionales, la teoría civilista, para ser consecuente con sus principios, tendría que aceptar la inexistencia de la acción y del proceso.

La acción es un derecho de naturaleza pública. Nos dice el ilus-

tre procesalista italiano, Giuseppe Chiovenda que "por regla general, la acción nace por el hecho de que aquel que debía conformarse con una voluntad concreta de ley, que nos garantiza un bien de la vida, ha trasgredido esta voluntad haciendo que busquemos su actuación independientemente de la voluntad del obligado" (39). El derecho de acción se diferencia del derecho sustantivo. En realidad lo que ha contribuido a confundirlos es que **ambos pueden coordinarse en un interés económico.**

La razón más íntima de esta autonomía es la naturaleza abstracta de este derecho. Por ello la acción "**pertenece al litigante sincero y al insincero**" (40).

El derecho de peticionar el amparo jurisdiccional, no requiere el análisis previo de la pretensión (sustancial), en cuanto a su contenido, sino que por ser un derecho de garantía, la efectividad del derecho material supuestamente lesionado, se verá tan sólo en el momento de la sentencia.

La naturaleza autónoma y pública de la acción, no significa privar a ésta de una finalidad individualista, es decir, la protección de un interés personal controvertido. Desde este punto de vista, la acción sería el derecho de hacer valer ese interés.

Elementos de la acción.—

La doctrina clásica diferencia cuatro elementos en la acción: primero, un **derecho**, porque no se concibe acción sin derecho; segun-

do, un **interés**, ya que el derecho es un interés jurídicamente protegido; tercero, la **calidad**, debido a que la acción le corresponde al titular del derecho o a quien lo ejerza en su nombre; cuarto, **capacidad**, que se manifiesta como la aptitud de actuar en juicio.

En puridad de expresión, los llamados elementos de la acción, excepto la capacidad procesal, no constituyen condiciones para ejercitarla, sino para obtener una sentencia estimatoria.

La capacidad procesal es elemento clave en la acción, "ésta es para el derecho procesal, lo que la capacidad jurídica es para el derecho sustantivo, esto es, que aquélla capacidad la tiene el sujeto humano por el hecho de ser persona" (41).

Chiovenda en cuanto a los elementos de la acción distingue la existencia de: 1º **los sujetos**: el sujeto activo (actor o demandante) al cual le corresponde el poder de obrar y el sujeto pasivo (o demandado) frente al cual corresponde el poder de obrar; 2º **la causa de la acción**: es decir, un estado de hecho y de derecho que es la razón por la cual corresponde una acción y que por regla general se divide a su vez en dos elementos más, **una relación jurídica y un estado de hecho contrario al derecho** (causa pretendi); 3º **el objeto**, que es el efecto al cual tiende el poder de obrar, lo que se pide (petitum). Aquello que inmediatamente se pide, es la actuación de la ley y la obtención del bien que tal actuación produce.

Las doctrinas acerca de la acción han consignado diversos elementos

para el ejercicio de ésta. La tendencia moderna, es distinguir en forma expresa el derecho de acción de todo aquello que tienda a identificarla con el derecho sustancial que defiende.

Alcalá Zamora y Castillo, en un estudio verdaderamente revolucionario, ha desarrollado una doctrina acerca de los elementos de la acción que da luces al problema.

Hemos apreciado que la doctrina civilista distinguía cuatro elementos en la acción. Esta opinión estaba sustentada en la identificación de este poder jurídico de obrar con el derecho material. En puridad, los elementos de la acción son tan sólo tres, uno de carácter subjetivo y dos netamente objetivos.

El primer elemento, de carácter subjetivo, está constituido por la **capacidad de accionar**; en cuanto a los otros dos **elementos objetivos**, "uno representa la **energía dinámica** que permite recabar los proveimientos reputados necesarios por las partes para la marcha del proceso, **desde providencias de trámite hasta sentencia final**; el otro, es a su vez, la carga o peso que aquella arrastra hacia el **pronunciamiento de fondo** (42).

El primer elemento objetivo, la **instancia** es definitivamente de carácter procesal. Su naturaleza es la de apremiar, instar el procedimiento; el segundo es la **pretensión**, "que transporta al proceso la visión del litigio que se ha formado el actor" (43).

La **pretensión**, como bien ha dicho Alcalá Zamora y Castillo, es el

"cordón umbilical que une a la acción con el derecho material en litigio" (44).

Si bien es cierto que la acción como poder jurídico de instancia jurisdiccional, tiene una naturaleza abstracta, también es valedero que no es posible escindirla tajantemente del derecho de fondo supuestamente defendido.

El juez actuará el derecho petitionado por iniciativa particular, siempre y cuando la **"pretensión"** sea jurídicamente válida.

En el proceso civil, son las partes a quienes les corresponde instar las providencias del magistrado, salvo casos muy especiales.

En cuanto a los dos elementos objetivos de la acción: instancia y pretensión, siguiendo al sistema carnelluttiano de contraste entre litigio y proceso, debemos aclarar que estos elementos objetivos tienen sus correlativos, tanto en el proveimiento como en el pronunciamiento.

Si bien existen semejanzas, nos dice Alcalá Zamora y Castillo, esto no significa una plena coincidencia entre tales elementos; así, "mientras la **instancia** y el **proveimiento** son, como expresiones de **actividad procesal** de las partes y el juez, **elementos abstractamente invariables**; la **pretensión** y el **pronunciamiento** se corresponden con **contenido sustantivo** del proceso y son elementos **concretamente variables**". (45)

Opinión final acerca de la naturaleza jurídica de la acción

La acción es un derecho a la actuación jurisdiccional. La búsqueda de su naturaleza jurídica ha sido motivo de grandes controversias. Los estudios doctrinarios modernos han llevado el problema de la acción a un campo de estudio estrictamente procesal.

Si bien se ha dicho que la acción es un derecho de instancia jurisdiccional, esto no es óbice para negar su motivación individualista, que se expresa por la voluntad de obtener el reconocimiento de algún bien tutelado por un derecho sustancial.

En la acción existen dos tipos de pretensiones. La primera, es de índole jurisdiccional; mientras que la segunda es de naturaleza sustantiva.

En la pretensión jurisdiccional se distinguen dos clases de sujetos: **El Estado** (por intermedio de sus organismos jurisdiccionales) y las **partes**.

La determinación del sujeto activo o pasivo de esta relación procesal es de suma importancia. Sabemos que el Estado al sustituirse al individuo en la defensa de sus derechos, facultó a éstos con el poder de amparar jurisdiccionalmente sus intereses por medio de la acción. El Estado como bien ha dicho Carnelutti, tiene el **poder deber de jurisdicción**. Tal deber lo ubica dentro de la relación procesal en la calidad de sujeto pasivo. Se halla en la obligación de actuar el

derecho a solicitud de las partes. La denegación de justicia, configura un delito tipificado en nuestro Código Penal. (artículo 358). Se castiga incluso el retardo de justicia.

Es innegable la calidad del Estado como depositario de la acción. Las partes en esta relación procesal son consideradas como **sujetos activos de una pretensión jurisdiccional: las providencias del juez**.

Esta nota de la obligatoriedad de la presencia del Estado, le da a la acción su carácter público.

Desde el punto de vista de la pretensión sustancial, supone que en el individuo accionante, existe un interés que se busca garantizar por medio de la actuación del derecho. Además como acertadamente expresara Couture, en esta pretensión se transporta al proceso la visión que de él tienen las partes.

Las relaciones de derecho sustantivo presentan dos etapas: primero: el momento de la obligación; segundo, la sujeción.

En las relaciones sustantivas, los individuos pactan generándose derechos y obligaciones. El Estado deja libertad en el cumplimiento de tales acuerdos. Por el imperio de la propia ley deben cumplirse. Hasta aquí nada tienen que ver los organismos jurisdiccionales. En el Estado de Derecho, la observancia de las leyes está sujeta en un primer momento a la conciencia de civilidad de sus ciudadanos. Recién en caso de incumplimiento se genera

- la posibilidad de producir la sujeción del infractor a la jurisdicción del Estado. La acción sería en este sentido el medio de hacer reales y concretos los derechos controvertidos.
-
- (1) CALAMANDREI, Piero...
Estudios sobre el Proceso Civil
Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, 1961 Ensayo referente a la Relatividad del concepto de acción p. 137.
- (2) ALSINA, Hugo...
Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial
Buenos Aires, Cía. Argentina de Editores Soc. de Resp. Lmtda, 1941 Cap. I, p. 25, T. I.
- (3) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Derecho Procesal Civil, Teoría General del Proceso
Lima, Tipografía Peruana S. A., 1965 Cap. I, p. 1.
- (4) CALAMANDREI, Piero...
Instituciones de Derecho Procesal Civil
Buenos Aires, Edic. Jurídicas Europa-América, 1962 p. 216, Vol. I
- (5) *Ibidem*, p. 227
- (6) *Ibidem* p. 228
- (7) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. Cap. V, p. 65, 2ª parte.
- (8) CALAMANDREI, Piero...
Estudios sobre el Proceso Civil
p. 20
- (9) CALAMANDREI, Piero...
Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina
Buenos Aires, Ediar S. A. Editores, 1946 Ensayo de Carlos Ayagarragaray p. 61
- (10) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit., Cap. IV, 2ª parte, p. 43
- (11) COUTURE, Eduardo...
Fundamento de Derecho Procesal Civil
Buenos Aires, Roque de Palma Editor, 1959. Cap. II, p. 64.
- (12) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. p. 29.
- (13) ALSINA, Hugo...
Ob. Cit., p. 175.
- (14) COUTURE, Eduardo...
Ob. Cit. Cap. II, p. 63.
- (15) CHIOVENDA, Giuseppe...
Instituciones de Derecho Procesal Civil
Madrid Editorial Revista de Derecho Privado, 1948 Cap. I, p. 20 T. I.
- (16) PRIETO CASTRO, Leonardo...
Derecho Procesal Civil
España, Librería Gral. Zaragoza, 1946. Cap. II, Secc. II p. 55, T. I.
- (17) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. 2a. parte, Cap. IV. p. 44
- (18) *Ibidem*, p. 48
- (19) ALSINA, Hugo...
Ob. Cit. p. 178
- (20) *Ibidem*
- (21) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit., p. 48
- (22) *Ibidem*, p. 49
- (23) CALAMANDREI, Piero
Estudios sobre el Proceso Civil
p. 144
- (24) CHIOVENDA, Giuseppe...
Ensayos de Derecho Procesal Civil
Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa América Bosh y Cía. Editores 1949.
p. 25, Vol. I

- (25) **Ibídem. (Instituciones de Derecho Procesal Civil) p. 24.**
- (26) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. Cap. V p. 50, 2a. parte
- (27) CHIOVENDA, Giuseppe...
Instituciones de Derecho Procesal Civil p. 25
- (28) ALZAMORA VALDEZ, Mario...
Ob. Cit. p. 50
- (29) **Ibídem**
- (30) **Ibídem p. 52**
- (31) **Ibídem.**
- (32) **Ibídem.**
- (33) **Ibídem.**
- (34) **Ibídem.**
- (35) ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL EN HONOR DE HUGO ALSINA
Ob. Cit. p. 783
- (36) COUTURE, Eduardo...
Ob. Cit. p. 30
- (37) ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL EN HONOR DE HUGO ALSINA p. 780
- (38) **Ibídem. p. 782**
- (39) CHIOVENDA, Giuseppe...
Instituciones de Derecho Procesal Civil p. 25
- (40) COUTURE, Eduardo...
Ob. Cit. Cap. II p. 72
- (41) PINO CARPIO, Remigio...
Nociones de Derecho Procesal y Comento del Código de Procedimientos Civiles.
Lima, Tipografía Peruana, 1961.
Cap. I, p. 7 T. I.
- (42) ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL EN HONOR DE HUGO ALSINA
Ensayo de Alcalá Zamora y Castillo.
Ob. Cit. p. 803
- (43) **Ibídem.**
- (44) **Ibídem, p. 804**
- (45) **Ibídem, p. 809**