

080318

5:3

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA  
Y CIENCIAS SOCIALES

LA ACCION PROCESAL CIVIL

T E S I S

Presentada por:  
MAGDA MARINA AGUILAR GUERRERO  
EN EL ACTO DE SU DOCTORAMIENTO -

SAN SALVADOR- EL SALVADOR- CENTRO AMERICA

1 9 5 7 -





DEDICATORIA

A la memoria de mi querido padre

MANUEL R. AGUILAR  
(Q. D. D. G.)

Con todo amor al venerado recuerdo de mi abnegada madre

TRINIDAD GUERRERO DE AGUILAR  
(Q. D. D. G.)

cuya muerte impidió ver realizado uno de sus mayores  
anhelos.

Con amor filial a mis hermanos:

MANUEL ENRIQUE y  
HILDA ALICE

Con enorme cariño a mis tías:

DOLORES GUERRERO CAMACHO  
GUDELIA GUERRERO DE CAMPO y  
CARMEN VIUDA DE GUERRERO.

A G R A D E C I M I E N T O:

A mis profesores y a todas aquellas personas -  
que se interesaron por mi profesión.

:::::::::::  
:::::  
::::  
::

"LA ACCION PROCESAL CIVIL"CAPITULO I

Para iniciar el estudio del derecho procesal Civil y sacar de él, la utilidad necesaria, hay que partir de tres nociones fundamentales de orden sistemático que no están definidas sino presupuestas por las leyes positivas y que son: jurisdicción, acción y proceso; pero es conveniente advertir también para mayor claridad que tal división no es otra cosa que la proyección sobre el plano judicial, de tres momentos que se podrían aislar y distinguir en toda actividad crítica procesal, así como el juicio con el cual un crítico de arte reconoce como auténtico un cuadro, se distingue del cuadro que él observa y de las operaciones que, antes de juzgar, debe llevar a cabo para acreditar su autenticidad.

Dice Niceto Alcalá Zamora y Castillo que en una exposición sobre conceptos fundamentales, el orden lógico a seguir debiera ser: acción (arranque), proceso (recorrido) y jurisdicción (destino); pero dice que por razones de método conviene comenzar por la jurisdicción, que es la razón de ser de la acción, seguir después con ésta que es uno de los motores del proceso y terminar con éste que exige ejercicio de la una y funcionamiento de la otra. He preferido examinar estos conceptos fundamentales en este orden: Acción, jurisdicción y proceso, y trataré especialmente en este trabajo, de la acción procesal civil.

Significado del vocablo.- El vocablo Acción aparece virtualmente con un significado diferente, en todos los campos del derecho, en el campo del derecho procesal en particular, su significado varía en el tiempo y -

en el espacio, y no sólo admite diversos contenidos en su acepción popular, sino también en sus límites científicos o técnicos

Así es diferente el concepto que de la "actio" se tuvo en Roma, del que imperó con la llamada "Escuela Clásica" y del que se afirma moderadamente según la doctrina dominante, cuyo empuje ha sido meritoriamente logrado, por ilustres jurisconsultos, sobre todo de la Escuela Italiana, sin faltar, desde luego, egregias personalidades en este Continente.

Esta disparidad de opiniones sobre el contenido de la acción, ha conducido más que todo a que se hable de este término en tres sentidos principales: a) Como sinónimo de DERECHO: es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el actor carece de acción", de aquí la frecuente interposición de la excepción llamada de falta de acción que en resumidas cuentas no significa otra cosa que la ausencia de derecho legítimo de aquél que quiere hacer valer su pretensión; b)-como sinónimo de DEMANDA en sentido formal: entonces se habla de admitir o de rechazar la acción y c) como FACULTAD de provocar la actividad del Poder Judicial en este caso se trata de un poder jurídico distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus respectivos órganos jurisdiccionales.

La sinonimia entre acción y derecho ha sido relativamente fácil de su perar, no ha ocurrido así con la sinonimia entre acción y demanda, ya que en último término la acción es el poder jurídico del actor de hacer valer la pretensión y lo verifica por medio de la demanda.

Por tales motivos, todo lo relativo a la naturaleza jurídica de la acción, despierta el deseo de señalar sus aspectos fundamentales, de bosque

jar esquemáticamente el movimiento intelectual de algunos juristas que se han ocupado del tema, de agrupar sus doctrinas en las tendencias más importantes, para luego determinar los puntos más sobresalientes de la problemática de la acción.

## CAPITULO II

### Varias opiniones sobre la naturaleza jurídica de la acción

X Concepto tradicional: Remontándonos al Derecho Romano, encontramos perfilado el concepto de la acción, el cual no permaneció estático sino -- por el contrario varió notablemente, según los distintos sistemas procesales. En el de la Legis actiones, la acción era una forma de procedimiento, es decir, designaba los trámites por medio de los cuales se sustanciaba un juicio; no comprendía pues el derecho de reclamar, sino únicamente las formalidades o sea el procedimiento. X

X Ya en el sistema del PROCEDIMIENTO FORMULARIO, cambió su noción y hasta fué definida por CELSO: La acción era el derecho de perseguir en justicia lo que a cada uno se le debe (Nihil aliud est actio, quam jus quod sibi debetur, iudicio persequendi), aunque con respecto a la definición aludida, hay que advertir que no hay acuerdo sobre el alcance de sus términos literales. Sin embargo esta definición fué recogida por JUSTINIANO en las Institutas, consagrándose ya la acción como aquella necesaria para perseguir mediante el juicio la efectividad de los derechos (jus persequendi in iudicio quod sibi debetur).

Mas bien al desaparecer el sistema formulario y ya con el PROCEDIMIENTO EXTRAORDINARIO, la acción pasó a ser un elemento del derecho con el

cual se confundía; el titular del derecho podía ejercer la acción y así ya no se preguntaba si una persona tenía derecho a una cosa, sino si tenía acción para reclamarla. Por lo significativo conviene recordar la tradicional división del Derecho en Roma en: Personas, cosas y Acciones. Esta reseña es ligerísima, por que no hay que olvidarse como dice Alcalá Zamora y Castillo, que no obstante el respeto que le merece el Derecho Romano y sus cultivadores, aquél ha ejercido influencia nociva para el Derecho Procesal en particulares extremos. Así dice sucedió por ejemplo "bajo el influjo de la división de PERSONAS, COSAS Y ACCIONES, erigida poco más o menos en un dogma jurídico de la Santísima Trinidad la independización del Derecho Procesal, institucionalmente recluido o vinculado al último actor, se retrasó durante siglos y más siglos; también el predicamento de que gozaron las teorías privatísticas acerca de la naturaleza jurídica del proceso -a saber- la contractualista, abandonada no hace mucho y la cuasi contractualista, todavía con adeptos-, basadas en erróneas interpretaciones del Derecho Romano o, mejor dicho, manifiestamente inadaptables a la mecánica de un proceso distinto del ordo iudiciorum privatorum (legis actio y per formulas), sólo puede explicarse merced a su real presupuesto entronque romanista; finalmente, la verdadera índole de la acción quizá se hubiese dilucidado hace bastantes años si los procesalistas se hubiesen preocupado un poco menos del Derecho Romano, a fin de ocuparse un poco más de la realidad procesal.

Siguiendo la huella del Derecho Romano, la doctrina consideró tradicionalmente que la acción y el derecho eran una misma cosa, se llegó a decir que la acción era el derecho en movimiento, o el derecho elevado a -

una segunda potencia, o el derecho con casco y armado para la guerra, por eso decía Demolombe que cuando la ley hablaba de derechos y acciones incurría en un pleonasma.

El concepto de acción como elemento del derecho, pasó a la llamada Escuela Clásica, que influyó notablemente con su doctrina sobre la acción, expuesta por Savigny en su obra SISTEMA DEL DERECHO ROMANO ACTUAL. La argumentación fundamental radica en que la acción resulta de la violación de un derecho, de donde se colige que no puede existir acción sin -- concebir la existencia de un derecho, cuya violación originó aquélla; es decir, la acción es el derecho en movimiento.

No puede suponerse un derecho sin la acción necesaria para hacerlo efectivo, ni la acción se entiende sin la existencia de un derecho al -- cual garantiza. En realidad se afirma que acción y derecho no son mas que dos aspectos de una norma jurídica: uno activo y otro pasivo.

#### Crítica sobre el concepto tradicional de la Acción.

Por varios motivos no se puede admitir que sean una misma cosa el derecho de acción y el derecho material porque si esto fuera así en rigor lógico debería corresponder únicamente al verdadero titular del derecho material. A este respecto advierte UGOTROCO que si el derecho de acción y el derecho material fueran una misma cosa "no sería posible explicar de que manera el titular del derecho puede recurrir a la autoridad judicial para después decir que estaba en un error, es decir, que no es titular de aquel derecho que había afirmado como causa exclusiva de su acción. Además ni siquiera podría explicarse con la teoría de referencia la figura del demandado, que, a semejanza del actor, tiene derecho de pretender la

prestación, por parte del Estado, de su actividad jurisdiccional, sin más diferencia que la de perseguir una declaración negativa, es decir, la declaración del juez, de un derecho contrario al afirmado por el actor. La existencia inconcusa de un derecho del demandado a pretender la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado, demuestra, contra el concepto de Savigny, que el derecho de acción es independiente del derecho material. Si fuese de otro modo, sólo al verdadero titular del derecho material correspondería aquel derecho, y no ya a las dos partes (actor y demandado)". Y continúa diciendo el mismo autor: "Esta concepción tiene el defecto de responder a un estadio definitivamente desaparecido en la historia del derecho. En efecto, concebir el derecho de acción como un derecho contra el adversario reclama y presupone el sistema de la defensa privada, en que el derecho de obrar contra el adversario debía ser el derecho material mismo.

Pero, cuando para asegurar la administración regular de la justicia intervino el Estado y al sistema de la defensa privada se substituyó el de la justicia estatal, hubo de surgir, además del derecho material, un derecho abstracto que se haría valer frente al Estado, es a saber, el derecho de obtener justicia, el derecho de provocar de la actividad jurisdiccional del Estado una sentencia favorable o contraria, una sentencia que declare la existencia o la inexistencia del derecho afirmado."

No se crea que actualmente ha desaparecido la influencia de la concepción romano-clásica de la acción, pues hay doctrinas que denotan su influencia.- por ejemplo, NICOLAS COVIELLO, sostiene que la acción puede definirse diciendo que "es la facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho".- Pero concibe la acción en dos diver



jurisdiccionales la aplicación del acto coactivo, en el supuesto de que la persona obligada haya faltado al cumplimiento de su deber. Kelsen piensa que no se trata de dos derechos diferentes, sino de un mismo derecho en dos relaciones distintas. Se le ha criticado por hacer depender la existencia del derecho subjetivo de la posibilidad de la acción, confundiendo el derecho subjetivo con uno de los medios establecidos para asegurar, -- hasta donde es permitido, su cumplimiento.

Un avance en esta materia lo constituye la circunstancia de haberse afirmado EL CARACTER AUTONOMO DE LA ACCION. Es decir, se hace a un lado la concepción de la acción como elemento del derecho subjetivo, para sostener que la acción se da fuera de eso derecho que protege, para erigirse en una entidad autónoma. Mas esta corriente aparece en la segunda mitad del siglo pasado, con los estudios de WINDSCHEID en su libro "LA ACCION EN EL DERECHO ROMANO DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL DERECHO MODERNO" -- (1866) y en la famosa polémica sostenida por TEODORO MUTHER, quien publicó a su vez otro libro "LA TEORIA DE LA ACCION ROMANA Y EL DERECHO MODERNO DE OBRAR" (1857) y que indujo a Muther a sostener que la acción era un derecho subjetivo público contra el Estado en la persona de sus órganos -- jurisdiccionales, pero aún no llegó a desvincular la existencia del derecho de acción de la del derecho violado, porque aún cuando la acción sea un derecho subjetivo público está condicionado a un supuesto necesario: -- el derecho privado y su violación. Las premisas sentadas por WINDSCHEID Y MUTHER, sirvieron de base a otros autores, para elaborar sus respectivas doctrinas, por ejemplo la de Wach, sobre el derecho a la tutela jurídica y la de Degenkolb, como un derecho abstracto de obrar, etc. Estas doctri-

nas, abonan también la tendencia a considerar la acción como de contenido enteramente autónomo y así en la última mencionada se concibe la acción como un derecho abstracto de obrar, independientemente de que ella sea fundada o infundada. A este respecto dice CUOTURE que una famosa discusión acerca del contenido de la actio romana y la Aspruck germánica, culminó con el reconocimiento de que no existía coincidencia entre ambas. La Anspruch o pretensión constituía en el pensamiento de Windscheid primero y en el de Wach después, un fenómeno jurídico diferenciado del derecho. Para la Ciencia del proceso, la separación del derecho y de la acción constituyó un fenómeno análogo a lo que representó para la física la división del átomo. Más que un nuevo concepto jurídico, constituyó la autonomía de toda esta rama del derecho. Fué a partir de este momento que el derecho procesal adquirió personalidad y se desprendió del viejo tronco del derecho civil.

La doctrina admitió casi sin reservas esta nueva concepción, y sobre ella elevó sus construcciones futuras. Admitida la autonomía del derecho de la acción, la doctrina perdió unidad y comenzó a dividirse en numerosas orientaciones.

Debe colocarse siempre dentro del concepto de autonomía de la acción, la doctrina elaborada por CHIOVENDA, considerándola este autor, como un derecho potestativo. Esta teoría es expuesta también en Alemania por WEISMANN, quien concibe la acción como la facultad de obtener la actuación del derecho objetivo. Los derechos potestativos son aquellos que representan una facultad, amparada por la ley mediante la cual se producen efectos jurídicos con respecto a otras personas, que tienen que sopor

tarlos, aunque no exista un deber correlativo a ese derecho, ni obligación contractual de ningún otro género. Representan pues, una categoría especial de derechos diferentes de los reales o personales, caracterizados por dar nacimiento o modificar o extinguir derechos subjetivos por la sola circunstancia de la voluntad del titular. Entre ellos se citan, por ejemplo: los de impugnación, de revocación, de compensación, etc. La esencia de estos derechos potestativos -dice JAIME GUASP- consiste en que, "diferencia de los derechos absolutos y relativos ordinarios, no aparece en ellos un obligado, ni desde el momento de la constitución del derecho ni en un momento posterior, sino solo una persona sujeta a los efectos jurídicos que el --- ejercicio del derecho potestativo produce. Así la acción no encuentra nunca frente a si una persona obligada, sino únicamente una persona sometida a las consecuencias de su interposición". Este autor pone el siguiente -- ejemplo: si uno de los cónyuges da causa suficiente para el divorcio, el - inocente tiene un derecho potestativo a obtenerlo, pero el culpable no está obligado a concederlo; ni siquiera en efecto, es él quien lo puede conceder; se halla tan sólo sujeto a los efectos que produce el ejercicio del derecho. A esta clase de derechos pertenece la acción y la define como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley mediante la intervención de los órganos jurisdiccionales. En la generalidad de los casos las normas jurídicas se actúan por intervención de los órganos públicos, sin que medie la gestión de parte, pero cuando ésta es necesaria, la voluntad particular es determinante para la actuación de la ley y es entonces cuando se dice que se tiene acción y que ésta es el poder -- jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la

Ley.

Hay que advertir que para Chiovenda la acción civil, no es enteramente pública, sino participa también del carácter privado, ya que no se ejerce contra el Estado sino que se dirige hacia el Estado, pero frente al adversario, sin que esto quiera decir que se aparte de la orientación publicista del proceso, pues en él juega principal papel la presencia del Estado. Por eso afirma Couture, aludiendo a la tesis de Chiovenda: "Lo que sostiene es que la acción no es un derecho público sino también privado, en cuanto el particular que demanda no ejerce ningún derecho en contra del Estado al cual éste se halle correlativamente obligado. Lo que existe es una sujeción al Estado, sin el cual la idea de acción no se concibe ni podría prácticamente funcionar en la vida. La relación es entre ciudadano y ciudadano a través del Estado."

A la doctrina de Chiovenda se le han hecho serias críticas; pues el derecho potestativo no es mas que un derecho que se agota en una simple facultad a la que no corresponde ninguna obligación en otro, como no sea la necesidad de soportar los efectos jurídicos producidos por el ejercicio de aquella facultad. Advierte Ugo Rocco que está convencido de la absoluta impropiiedad técnica del concepto de derecho potestativo y de la ninguna utilidad del mismo para la construcción de la acción como derecho subjetivo y dice "Según esta teoría la acción sería la potestad de realizar la condición para la tutela del derecho, potestad cuyas consecuencias recaen sobre el adversario, quien no tiene empero ninguna obligación para con el titular del derecho, fuera de la necesidad de soportar los efectos de dicha acción." Para justificar tales derechos potestativos, se han buscado --

ejemplos en otros campos del derecho; se ha adoptado verbigracia la facultad de obtener la división de la comunidad, al cual derecho no corresponde ninguna obligación, la facultad de hacer que se declare un acto nulo, etc.

Pero afirmar la existencia de un derecho al que no corresponde una obligación, es afirmar una cosa inadmisibles. El derecho como norma de conducta, impone mandamientos o prohibiciones a los que corresponden obligaciones de hacer o no hacer.

En esto consiste la naturaleza general imperativa del derecho. Pero si el derecho es imperativo, si consta de mandamientos o prohibiciones, es evidente que no pueden existir los llamados derechos potestativos, porque de todo mandamiento o prohibición deriva un derecho y una obligación jurídica correspondiente.

No puede pues hablarse de derecho potestativo, sino mas bien de facultades contenidas en los derechos subjetivos, a los que corresponde no una obligación particular, sino solo la obligación determinada en forma genérica, correspondiente al derecho de que forman parte. Por consiguiente los derechos potestativos son facultades de ese género. Hay casos en que el ejercicio de un derecho subjetivo presupone un acto preliminar de la voluntad del titular, y de allí la consecuencia de que la facultad de hacer aquella declaración no es derecho en sí, sino que forma parte del contenido de aquél derecho. A la categoría de tales derechos, cuyo ejercicio presupone un acto especial de la voluntad del titular, pertenece el derecho de acción, como todos los derechos cívicos.

En él la facultad de iniciar el ejercicio mediante la especial declara-

ración, se ha cambiado por un derecho autónomo, esto es, por el llamado po testativo. Pero concluyamos que esto es falso e inadmisibile.

El procesalista FRANCISCO CARNELUTTI, al tratar la acción de las -- partes, sostiene que la acción es un derecho subjetivo procesal de la mis- ma; que la dificultad estriba en distinguir el derecho que se hace valer - en juicio (derecho subjetivo material) del derecho mediante el cual se ha- ce valer, pero el derecho subjetivo procesal y el material, no se confun-- den y pueden existir el uno sin el otro. Así se dice: yo tengo derecho a - obtener del juez una sentencia sobre mi pretención, aunque ésta sea infun- dada. "El derecho subjetivo material, tiene por contenido la prevalencia - del interés en litigio y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho sub- jetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés a la compo- sición de la litis, y por sujeto pasivo al juez o, en general al miembro - del órgano al que corresponda decidir sobre la demanda." Más adelante agre- ga: que como el interés que constituye el elemento material de la acción - no es el interés en litigio (el cual es el contenido del derecho subjeti-- vo material) sino el interés a la composición del litigio, que es común a la parte y a los restantes ciudadanos (colectivo), la acción de las partes no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público. Más exactamente, es uno de aquellos derechos públicos subjetivos que se llaman derechos cívicos.

Otros autores, por ejemplo JAMES GOLDSCHMIDT, conciben la acción o derecho procesal de obrar (en su contenido de pretensión de sentencia) - como un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener - la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable, y agrega;" el -

derecho de acción, por la relación en que se encuentra con el Estado de su misión a la Soberanía estatal, será un derecho contra el Estado, cuya carga recae sobre el demandado." A este respecto Ugo Rocco niega que exista tal derecho a una sentencia favorable y dice que en el proceso de declaración, por ejemplo el derecho a la sentencia favorable no solo no surge en el momento en que el actor propone la demanda judicial, sino que ni siquiera nace al cerrarse la substanciación de la causa; sólo aparece cuando el proceso ha terminado, esto es cuando el juez se ha formado una convicción sobre el material de la causa.

Y Chiovenda también dice: el derecho a una sentencia determinada surgiría pues en un momento que el titular no puede conocer y cuando lo conoce, el derecho ya ha quedado satisfecho.

Y entonces puesto que no se hace valer el derecho a una sentencia determinada ya sea por parte del actor, ya por parte del demandado, el derecho que se ejercita no puede ser evidentemente sino o del derecho abstracto de obrar, que compete a las dos partes, o del derecho subjetivo material que compete al que tiene razón, concepto que se excluye.

Ugo Rocco estima el derecho de acción como el derecho de cada ciudadano como tal, de pretender del Estado el ejercicio de su actividad para la satisfacción de los intereses amparados por el Derecho, dice dicho actor que pertenece la acción a la categoría de los derechos públicos subjetivos, y que forma parte de la clase de los derechos cívicos, por cuanto tiene -- por objeto una prestación positiva de parte del Estado y que su característica consiste en ser un DERECHO ABSTRACTO, en el sentido de que prescinde de la existencia efectiva de un derecho material concreto. Lo demuestra el

hecho de que cualquiera puede ejercitar el derecho de acción es decir, puede provocar los órganos jurisdiccionales del Estado, aún cuando en realidad no tenga un verdadero derecho material que hacer valer. Y continúa diciendo dicho autor." Así que, el derecho de acción debe considerarse no como un derecho para con el adversario, sino como un derecho CON RESPECTO AL ESTADO." Explícase de este modo porqué el derecho de acción se ejercita - aún por el que no tiene un verdadero derecho material, y porque el juez tiene la obligación de responder siempre a la acción intentada por el particular.

Otro procesalista KOHLER sostiene que la acción es solo la facultad, perteneciente a cualquiera, y comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad de dar vida a la demanda judicial, verdadero negocio jurídico, por efecto del cual el adversario se coloca en una situación jurídica, aún contra su voluntad.

Esta teoría niega la existencia de un derecho de acción como derecho autónomo, y viene a negar toda relación entre las partes y el Estado, al sostener que las relaciones procesales intervienen solo entre aquellos, en este caso el proceso vendría a ser, según afirma dicha teoría un funcionamiento ulterior de la defensa privada, y el juicio sería siempre, en definitiva, una lucha entre las partes. Esta teoría también es muy criticable pues no basta decir que el Estado presta la tutela del Derecho "en cumplimiento de sus deberes estatales", porque toda actividad del Estado es cumplimiento de un deber suyo; pero el Estado puede cumplir sus deberes de diversos modos. Los cumple el Estado de policía y el Estado de Derecho.

Dentro de la tendencia de la autonomía de la acción, pueden citarse

se gran cantidad de autores. Destacaremos más adelante las opiniones de -- los notables procesalistas Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Jaime Guasp.

Por lo expuesto se puede apreciar, como ha variado el concepto -- de la acción en la doctrina, con fases bien marcadas en la trayectoria evolutiva de esta institución: el derecho romano que llegó a identificar acción y derecho subjetivo, concepción que se moldea con la Escuela Clásica, para considerar la acción como el derecho en movimiento, siendo inaceptable la existencia de la acción sin la existencia de un derecho al cual se trasgredió; para que finalmente prive la fuerte corriente innovadora que -- dándole autonomía a la acción, la injerta dentro del campo del derecho público, correspondiéndole a Chiovenda el mérito de haber encontrado ese punto de contacto entre el interés privado y el interés público, al estimar -- que la acción es un derecho potestativo que obra como condición para la actuación de la voluntad de la ley, a través de los órganos jurisdiccionales del Estado.

Actualmente puede decirse que el concepto de la acción como derecho subjetivo público que tiende a provocar la función jurisdiccional del Estado a efecto de tutelar una pretensión jurídica material, está bastante arraigado. Ugo Rocco da su definición del derecho de acción diciendo: Que es un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado, y sólo para con el Estado que tiene como contenido substancial el interés abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma aplicable al caso concreto, -- pueden oponer a la realización de los intereses protegidos.

Actualmente se considera a la acción como independiente del dere--

cho material o lo que llamaríamos pretensión jurídica material para integrarla como un concepto correlativo de lo que entendemos por jurisdicción estatal; es un derecho autónomo por el cual se requiere la intervención del Estado para que ejercite su función jurisdiccional. El eminente tratadista HUGO ALSINA, así la estima y opina que esta posición no es más que una consecuencia de la prohibición de hacerse justicia con mano propia y de haber asumido el Estado la función jurisdiccional.

Hay quienes sostienen acercándose a Rocco que la Acción es el derecho subjetivo público que tienen los particulares frente al Estado para hacer que éste desarrolle en favor de aquéllos la función jurisdiccional realizando el derecho objetivo en un caso concreto en que existe un obstáculo de inseguridad, negación, resistencia o violación, que se oponga a hacerlo efectivo, y asimismo advierten que el derecho de acción contiene dentro de sí, un conjunto de facultades que forman una serie, y que se inicia en el momento de interponer la demanda; por consiguiente cada una de esas facultades particulares no constituyen otros tantos derechos subjetivos públicos del particular, sino que todos ellos constituyen un derecho subjetivo único, que se denomina DERECHO DE ACCION, y que tiene como cualidades esenciales el ser AUTONOMO en el sentido de que no forma parte de la relación jurídica de orden privado que va a ser la materia del respectivo juicio.

El de ser además INDEPENDIENTE de esa relación privada previa en el sentido de que aquél puede existir sin que ésta exista; y por último el de ser un derecho ABSTRACTO que corresponde a todo ciudadano, con tal que pretenda ser titular del derecho privado que se va a debatir, aún cuando -

en la realidad no sea titular de tal derecho.

### CAPITULO III

#### Tendencias señaladas por EDUARDO J. COUTURE.

Este magnífico autor agrupa las diversas corrientes de la doctrina sobre la naturaleza jurídica de la acción en dos tendencias: a) las que la conciben como un derecho concreto a la tutela jurídica; y b) las que la defienden como un derecho abstracto de obrar. La primera corriente no necesita mayor explicación y a ella corresponden por ejemplo, Muther, Wack, Chiovenda. En síntesis esta doctrina sostiene que la acción sólo compete a los que tiene razón. La acción no es el derecho; pero no hay acción sin derecho.

La segunda de las corrientes, a la que se adhieren la mayoría de los autores, aceptó el carácter público de la acción, sostenido por la doctrina del derecho concreto a la tutela jurídica, primer aspecto que contempló ésta, más en el segundo de ellos (carácter concreto de la acción), no tuvo su asentimiento. Los partidarios de considerar la acción como un derecho abstracto de obrar, estimaban insuficiente la primera postura, para explicar por ejemplo, el caso de la acción infundada, que por tal razón no llega a prosperar, es decir, aquellos procesos en que el actor despliega toda su actividad hasta conseguir una sentencia, pero sin que halla propiamente un derecho que pueda hacerse valer. Por eso afirman que el derecho de acción no es un derecho concreto tan sólo existente en la acción fundada, sino genérico o abstracto, o sea correspondiente a cualquier acción, fundada e infundada. La acción infundada vendría a formar algo así como el

derecho de los que no tienen razón.-" La acción -dice Couture- "configura da como derecho abstracto, es pues en su forma más sutilmente procesal, - un derecho a exponer nuestras razones, a que ellas sean escuchadas y even tualmente a que sean acogidas."

A esta corriente que parte del supuesto de que existe un derecho a actuar en juicio, aún cuando no se tenga un derecho subjetivo válido, - pertenecen por ejemplo, los autores Degenkolb y Rocco; y en general, se--  
gún afirma Couture, la mayoría de los autores, aunque no haya propiamente unanimidad de pensamiento en cuanto a ciertas particularidades de este de recho.

Como resultado del anterior agrupamiento, Couture, toma posición dentro de las del segundo grupo, considerando la acción como UN DERECHO - O COMO UNA PRETENSION A LA JURISDICCION, y así dice: "Una teoría que tra- te de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el que es acción) de- be partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a - que el órgano jurisdiccional competente considere sus reclamaciones ex--- puestas de acuerdo con las formas dadas por la ley procesal. Ese derecho es la porción mínima indiscutible de todo ese fenómeno: el derecho a la - prestación de la jurisdicción."

"El contenido de esa prestación, acogiendo o rechazando la deman- da, declarando fundada o infundada la pretensión, no es tema del derecho procesal, sino del derecho material que se hace valer en el proceso. Quien quiera saber que es la acción, no podrá desatenderse del fenómeno que se- ría sorprendente de no sernos tan familiar, de que la acción funciona des de la demanda hasta la sentencia, en la ignorancia de la razón o sin ra--

zón del actor. Este resultado es connatural con el proceso mismo. La acción, pues, vive y actúa con prescindencia del derecho substancial que el actor quiere ver protegido. No ya la acción infundada, sino también hasta la acción temeraria. La del "improbus litigator" merece la consideración de la actividad jurisdiccional hasta su último instante."

Y agrega "La acción pertenece al litigante sincero y al insincero; sólo que éste último no se sirve de la acción dentro de sus límites legítimos, sino fuera de ellos, en esfera legítima; no usa de su derecho, sino que abusa de él, como lo ha tenido que reconocer ampliamente la doctrina."

Agrega Couture una tercera tendencia además de las dos antes expuestas y es aquella corriente que configura la acción como un SIMPLE HECHO (rectius: como un conjunto de hechos) sin que corresponda asignarle la categoría de derecho, y por último advierte una nueva orientación doctrinal, la que sostiene que el concepto de acción no es absoluto sino relativo y dan a entender los que sostienen esta tesis que el concepto de acción corresponde a particulares relaciones sociales, culturales y aún políticas de quienes tratan de interpretarlo.

DOCTRINA DE JAIME GUASP. Este autor después de examinar las diferentes doctrinas, en una forma muy clara, intenta superar la elaboración doctrinaria del concepto. Se expresa así: "Si después de examinar cada una de las posiciones señaladas en relación con el concepto de la acción quisieramos formular algunas indicaciones precisas sobre la significación de estas direcciones fundamentales como base previa indispensable para una construcción menos confusa de la noción que se investiga, parece que

puede darse como como resumen de las diversas críticas parciales desarrolladas, una doble conclusión: en primer término, la de que no es aceptable la idea de la acción como un derecho concreto, puesto que el proceso se inicia lo mismo por quien tiene un derecho que por quien no lo tiene, y, en segundo lugar, que al concebir la acción como un derecho abstracto depende de una serie de consideraciones extraprocesales que sitúan el problema fuera del ámbito del mismo derecho procesal. Al llegar a este punto, no es difícil adivinar ya la solución que parece imponerse como más acertada; solución sencilla, pero hasta ahora oscurecida por una serie constante de esfuerzos doctrinales que emprendieron la vía, infructuosa para el derecho procesal, de analizar, no el acto de parte, en virtud del cual existe un proceso, sino el derecho de cuyo ejercicio constituye tal acto una manifestación: derecho preprocesal, extraprocésal, que es, por su misma naturaleza, irrelevante para el mundo del proceso. Al proceso lo único que le interesa es el acto al que él está condicionado, no el poder de que tal acto emana, poder cuya existencia hay que decidirla con arreglo a criterios de derecho civil o de derecho político, según la idea misma que de su concepto se tenga. Puesto que basta la existencia de un determinado acto para que exista un proceso, bien realice tal acto quien tenga derecho o quien no lo tenga, es evidente que lo interesante para el proceso es el análisis de dicho acto y no del presunto derecho que asista a su actor; lo cual no equivale a negar que tal derecho existe en realidad, sino a poner en duda que la determinación de su naturaleza sea un problema de índole procesal."

Y abordando el problema considerándolo desde el punto de vista RIGUROSAMENTE PROCESAL, dice: "resulta necesario abandonar a la doctrina

del derecho civil o del derecho político el problema de si existe frente a un particular o frente al Estado, un derecho subjetivo a que las reclamaciones judiciales de uno sean atendidas y contrar el tema en el estudio del acto que es el que el proceso tiene realmente en cuenta, corresponda o no a un derecho de aquella clase." El acto en cuestión podría recibir sin inconveniente el nombre técnico de "acción", terminología que devuelve ría a esta última palabra el significado literal que realmente le corresponde; pero como este criterio podría inducir a confusiones por ir en contra de una tradición secular, que se ha esforzado en buscar en la acción, más que la acción misma, el poder o derecho que la justicia, es preferible respetar esta inveterada significación y designar a aquel acto con otro nombre, siendo el que más propiamente le corresponde el de pretensión procesal. La adopción de la tesis últimamente desarrollada lleva, -- pues, en definitiva a esta conclusión: el concepto de acción debe ser elaborado fuera del ambito del derecho procesal; su lugar en esta disciplina ha de ocuparlo el concepto de pretensión.

"La pretensión procesal es una declaración de voluntad en la que solicita una actuación del órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración."

Al aludir a los diversos elementos integrantes de la definición -- que se ha expuesto, dice: "El contenido de la pretensión, el quid pretendido, es específicamente la práctica de un determinado acto por el órgano de la jurisdicción; este específico destinatario de la pretensión procesal es lo que permite distinguir eficazmente la pretensión procesal de la pretensión en sentido civil, la cual es la exigencia frente a cualquiera

otra persona de una acción o de una omisión. Lo pretendido del órgano jurisdiccional varía en cada caso según las posibilidades que el derecho objetivo ofrezca en esta materia, y a tener de dichas posibilidades pueden señalarse diferentes clases de pretensiones que más tarde se examinarán."

Según lo expuesto y en el desarrollo de su tesis, Guasp sostiene que la pretensión es un acto y no un derecho, algo que se hace pero que no se tiene, lo que no quiere decir que tal acto no pueda configurarse como la manifestación de un poder atribuido a una persona; pero este poder para Guasp, se desenvuelve en todo caso fuera del ámbito del proceso y es indiferente para éste.

#### Doctrina de NICETO ALCALA ZAMORA Y CASTILLO.

Este autor advierte que a procesalistas de la talla de Goldschmidt y de Carnelutti, en cuyos libros alcanza gran relieve el concepto de carga, pasó inadvertido este fundamental aspecto de la acción. Para que el interés lesionado obtenga satisfacción es necesario acudir ante los Tribunales de Justicia deduciendo ante ellos la correspondiente pretensión." El olvido que comentamos -dice- sorprende tanto más, cuanto que generalizado hoy día el concepto de carga dentro y aún fuera de los dominios procesales, una de sus manifestaciones más típicas está constituida, y así lo proclaman, entre otros, precisamente Goldschmidt y Carnelutti, -por la de impugnación, que a fin de cuentas deriva su energía y es reflejo del ejercicio de la acción."

En su trabajo se pregunta este autor sobre ¿Cuál es la categoría jurídica a la que pertenece la acción: derecho o posibilidad? "Sostener -dice- que la acción es un derecho, entendido éste según los cánones

del Derecho Privado clásico, se nos antoja inaceptable. Cuando a diario - estamos viendo accionar ante los tribunales a litigantes tomerarios, de mala fé; con pretensiones extinguidas, impulsadas por deseos de molestar o de venganza, o llevados por el propósito de rendir a un adversario de menor resistencia económica, resulta anómalo hablar de que exista derecho a promover tales procesos, que sin embargo, no es posible cortar in limi- ni litis y que con frecuencia llegan hasta los supremos tribunales a lo largo de toda la jerarquía.

#### CAPITULO IV

##### Alcance de estas tendencias y problemática de la Acción.

Cada una de estas corrientes de pensamiento, en las cuales han trabajado infinidad de autores, la mayoría de ellos eminentes, corresponden a particulares modalidades del derecho positivo, a la formación intelectual de cada Escuela y a sus respectivas tradiciones históricas. Como dice Couture "cada estudioso tiene el deber de aportar, al vasto empeño común, su particular observación. De la suma de ellas se hace la grandeza de la ciencia. Más que la verdad, o tanto como ella, importan los esfuerzos hechos para alcanzarla, en una rama de la cultura en la cual es muy difícil adquirir la certeza de haber llegado a la verdad."

Actualmente todos los conceptos sobre la acción que hoy día atraen a todos los autores, llevan consigo una serie de problemas, a los que es preciso aludir, si no para darles solución al menos para dejarlos planteados. Habría que mencionar por ejemplo, los relativos a la Acción y derecho de Petición; a la identidad del derecho subjetivo y la Acción, esta

blecer en su caso sus diferencias y puntos de contacto; a la Acción y la Excepción; a la influencia de la acción sobre el derecho material y particularmente en la sentencia; a la clasificación de las Acciones, sobre todo a este punto porque al regularse procesivamente en los Códigos, aparentemente se rompe la unidad del concepto que se ha expuesto; y a los llamados elementos de la Acción. Asimismo se deberían considerarse otros aspectos a que inevitablemente conduce el tema de la Acción Procesal, por ejemplo: Acción y Prescripción; identidad de las acciones, extinción de la Acción, etc. En este Capítulo analizaré brevemente algunos de esos aspectos.

Acción y Derecho de Petición.

En las Constituciones Políticas de los Estados se consagra el Derecho de Petición. En nuestra Carta Magna, el Art. 162 del Título X correspondiente al Régimen de Derechos Individuales, establece: "Toda persona tiene derecho a dirigir sus peticiones por escrito, de manera decorosa, a las autoridades legalmente establecidas; a que se le resuelvan, y a que se le haga saber lo resuelto."

La existencia de un precepto de tal naturaleza, hace surgir la duda sobre que si el debatido concepto de la acción llega o no a identificarse sobre el aludido derecho constitucional.

Este tema, magníficamente tratado por Eduardo J. Couture, en su obra Estudios de Derecho Procesal Civil (Tomo I - "La Constitución y el Proceso Civil") merece consideración. Couture en un principio, en otra de sus obras, establece las particularidades que son propias a la acción, para señalar la diferencia conceptual con el derecho de Petición; pero en sus trabajos mas recientes rectifica lo Expuesto en sus "Fundamentos de -

Derecho Procesal Civil". Así considera que la acción constituye una forma típica del Derecho de Petición; el derecho de petición es el género y la Acción es la especie. El derecho de petición y la acción funcionan de la misma manera; en ambos casos no se pregunta por anticipado el actor si -- tiene razón o no para poner en movimiento la jurisdicción, porque siempre tiene un derecho para dirigirse a la autoridad

Mas no obstante la rectificación hecha por tan notable procesalista, sí me parece oportuno señalar cuales son las particularidades del concepto de la acción. Por medio de la acción se provoca la actividad jurisdiccional del Estado, a través de sus órganos previamente establecidos para el efecto -Organismo Judicial-, en cambio el derecho de petición es - genérico y no está instituido en atención a singulares órganos del Estado. Asimismo, la acción está vinculada al proceso y no puede separarse de él, ni de las Instituciones que le son propias, por ejemplo, los presupuestos procesales. La petición hecha a cualquiera autoridad, se desenvuelve entre el súbdito y el órgano estatal, mientras que el ejercicio de la acción tiene otro participante: el demandado, aunque el destinatario de la acción sea el Estado. El problema del método es indispensable al ejercicio de la acción, ya que por el contradictorio, se ponen frente a frente los intereses opuestos, para que los órganos jurisdiccionales puedan resolver.

En este punto y para los casos en que se ejercite la acción infundadamente, desde luego, el ordenamiento jurídico, no puede permanecer pasivo o ajeno a las consecuencias provocadas por tal ejercicio. Y si bien es cierto que aún en estos casos no puede desconocerse el derecho a ejercitar la acción, si regula o debe regular la consecuente responsabilidad. --

Por eso precisamente existe una responsabilidad procesal propiamente dicha, que es la condena al pago de los gastos del juicio. Una responsabilidad civil, que va más allá de la anterior, para el litigante malicioso o temerario (daños y perjuicios). Una responsabilidad por el litigio fraudulento o penal, cuando se lesiona o difama la dignidad del demandado. Y -- una responsabilidad administrativa, para los profesionales que actúan en el litigio.

Acción y Derecho. (Subjetivo o material).

La acción procesal en el sentido que se ha dejado expuesto, la tiene cualquier persona y es una facultad (derecho subjetivo público, según la doctrina más arraigada) que le corresponde para provocar la intervención del Estado a través de sus órganos jurisdiccionales, para que se pronuncie sobre una situación controvertida y se llegue finalmente a tutelar determinada pretensión material. Naturalmente que puede ser infundada la acción, por no tenerse norma jurídica en que apoyar la pretensión, en una palabra por carecer de derecho, y en este supuesto la acción no puede prosperar, pero en todo caso la acción se habrá ejercitado y la actividad jurisdiccional se habrá puesto en movimiento. Entendido esto es obvio que la acción es independiente del derecho, pero no ha sido entendido así -- siempre pues como se ha dicho en un principio el derecho y la acción se presentan en una unión no siempre fácil de separar. La misma formación -- histórica del derecho romano ofrece un claro ejemplo de un sistema jurídico sin derecho subjetivo. El derecho no existe, sólo existe la acción. Este criterio prevaleció durante largas etapas, la actio fué considerada el

derecho mismo, pero hoy día el derecho comunista y el derecho nacional socialista afirma Couture "volvieron hacia la idea de una justicia dictada en consideración a exigencias políticas de oportunidad; La Kampf wieder - auf das subjektive Recht no es sino la justificación de un derecho caso por caso, en el cual no existe propiamente derecho hasta el momento en -- que la acción es judicialmente acogida."

Hoy día ha evolucionado el concepto de la antigua actio romana, Caravantes, tras de recoger la opinión de Blondeau, agrega: ya se considera la acción como un medio de reclamar en juicio un derecho de pedir en justicia, es siempre distinta del derecho de que proviene y de la demanda judicial por la que éste se pone en ejercicio. Fábrega se contenta con afirmar que "la acción es el derecho de hacer efectivo otro derecho" y "que es materia que pertenece por igual al Derecho Civil y al Derecho Procesal, siendo la acción elemento esencialísimo del juicio, que determina muchas veces la competencia". La opinión de todos los tratadistas de derecho procesal es casi unánime a la fecha, de que la acción es independiente del derecho y de él se diferencia: por su ORIGEN, porque los derechos tienen su nacimiento en multitud de instituciones jurídicas: contratos, cuasi -- contratos, delitos, cuasi delitos, etc. mientras que la acción por lo general, nace de un conflicto entre dos personas sobre la existencia, inexistencia, interpretación de un derecho o sobre cualquiera situación que se controvierta, lo que no quiere decir que a veces, no se persiga la simple declaración de una pretensión.- POR SUS CONDICIONES DE EJERCICIO: porque la acción supone movimiento, actividad, que se realiza por medio del proceso, el cual está sujeto a normas y formalidades propias, mientras --

que el derecho supone una situación jurídica que se pretende tutelar, establecer o amparar mediante el ejercicio de la acción; además se puede -- ser capaz para adquirir derechos (capacidad de goce), pero incapaz para defenderlo judicialmente, mediante el ejercicio de la acción, POR SU OBJETO: por el ejercicio de la acción se persigue la obtención de una sentencia (resolución judicial), que es la que en definitiva va a pronunciar el órgano jurisdiccional, sobre la situación que se juzga; en cambio la pretensión que se quiere hacer valer o que se desca se reconozca o establezca está fundamentada en una norma jurídica, que es precisamente la que da el derecho; y es esa norma jurídica la que va a aplicar el órgano jurisdiccional al caso concreto. Por sus EFFECTOS: por que la acción de lograr su objeto- la sentencia o resolución judicial- lleva a uno de sus últimos grados la individualización de la norma jurídica que concede el derecho, y en este sentido puede reconocerlo o bien negarlo.

Jaime Guasp, como la generalidad de los autores, diferencian la acción del derecho material. Guasp sostiene que se diferencian en -- cuanto a los sujetos, en cuanto al contenido y en cuanto a los efectos.- En lo que se refiere a los sujetos porque aunque al ejercitar la acción se determine un sujeto pasivo, siempre va dirigida hacia el Estado. En el contenido, porque el del derecho es una prestación o conducta de tipo privado; el de la acción la realización de un acto procesal. Y por los efectos, por que en lo que respecta a la acción, supuesta su fundamentación, satisface siempre al titular del derecho, puesto que su petición dirigida a obtener determinado acto del órgano jurisdiccional, es siempre actuada; en cambio el derecho puede serlo o no, puesto que exige

el cumplimiento por parte del obligado.

Pero si fundamentalmente son autónomos acción y derecho no quiere esto decir que no se impliquen o complementen generalmente; ordinariamente no se hace necesario el ejercicio de la acción, por que el sistema jurídico está instituido para lograr una mayor certeza y seguridad en las relaciones humanas y lo común y corriente será que los hombres adecúen su comportamiento a las normas jurídicas establecidas y se allanan a su cumplimiento. Así quienes celebran un contrato, por ejemplo se supone que es para cumplirlo y no para violarlo, y en los casos en que no se produce el cumplimiento voluntario puede ejercitarse el derecho de acción. Aquí las nociones de derecho y acción corren aparejadas y la una es consecuencia de la otra, lo que desde todo punto de vista es racional, porque no se va a pensar que se ejercita la acción solo por el gusto de ejercerla. Más, no obstante esto, como ya se dijo anteriormente el hecho de que la acción no prospere por ser infundada, no le quita su carácter de acción, porque en todo caso se requirió la intervención del Estado y se obtuvo un pronunciamiento del órgano jurisdiccional. Las teorías que llegaron a sostener la identificación de la acción con el derecho subjetivo, están actualmente superadas, así una primera quiebra de las mismas aparece cuando se analizan los derechos sin acción, por ejemplo las obligaciones naturales. "La obligación natural -dice Couture- está incorporada al patrimonio del acreedor, a tal punto, que, cumplida no da derecho de repetición; pero la deuda prescrita o la deuda de juego no están investidas de un atributo eficiente como para poder ser reconocidas en justicia. Aparece aquí, ya, desde el punto de vista lógico, una primera quiebra del sistema. Hay

necesidad de dar explicación de esa circunstancia de la existencia de derechos que carecen de eficacia cuando se va a ventilar ante los Tribunales.

Tampoco estas teorías explican de manera satisfactoria el fenómeno de la acción infundada. Por eso dice Couture "Cuando el actor promueve su acción y la conduce hasta la sentencia definitiva, la que en última Instancia desecha su pretensión, se produce un hecho extraño de imposible justificación dentro del orden de ideas que se vicnen comentando. Si el actor no tiene derecho y su pretensión es rechazada ¿Cuál es la razón jurídica de ese proceso conducido hasta su fin?."

No explican también el caso de la acción agotada y del derecho insatisfecho. Cuando finalizamos los trámites del juicio no se puede hacer efectivo el derecho, por insolvencia del deudor, no obstante la resolución favorable; es decir que aún agotada la acción, el derecho no llena sus fines mediatos propuestos.-

Acción y excepción.- La Excepción como variedad del derecho de acción adelantando conceptos sobre la excepción diremos que el derecho de excepción, de contradicción o defensa es otro derecho subjetivo público que tiene el que es demandado en un juicio, para exigir del Estado el desarrollo de la función jurisdiccional en el caso a que dicho juicio se refiere con el fin de satisfacer los intereses concretos del propio demandado, -- que pretende están amparados por el Derecho objetivo; de esta noción se deduce que el derecho de excepción o contradicción, tiene idéntica naturaleza jurídica que el de acción, pudiendo decirse por ello que es una variedad de ese derecho, y por consiguiente que es la acción el único dere-

cho subjetivo procesal.

En efecto, tanto el derecho de acción como el de excepción tiene idéntica finalidad inmediata, cual es el desarrollo por el Estado de la función jurisdiccional relativamente a un caso concreto; y solamente difieren, o mejor dicho se oponen, en cuanto a que persiguen como finalidad última, y mediante la función jurisdiccional que constituye un objeto común de ambas, la satisfacción de intereses opuestos.

Al definir la Ley la excepción en el Art. 128 Pr. como la contradicción por la cual el reo procura diferir o extinguir en todo o parte la acción intentada, incurre en un error de orden doctrinario, que nace del concepto equivocado de que la acción es parte integrante del derecho privado que se va a debatir en el juicio respectivo. En efecto: la excepción no tiende a extinguir la acción porque el objetivo inmediato de ésta es el desarrollo de la función jurisdiccional, que es también el objetivo inmediato de aquella. El reo, al ejercitar el derecho de excepción, no tiende a frustrar o paralizar la controversia o juicio, sino al contrario, a que éste se desarrolle; pero sí, tiende a contrarrestar o frustrar por medio del juicio, los objetivos finales de la acción, esto es, la satisfacción de los intereses concretos de que el demandante pretende ser titular.

Como una curiosidad debe observarse que aquella forma de excepción que según la ley tiende a sólo diferir la acción intentada, o sea la excepción dilatoria (Art. 129 Pr.) es la única que en realidad tiende a extinguirla, porque al ir encaminada a suspender o paralizar el curso del litigio, se endereza a impedir el desarrollo de la función jurisdic--

ción, y en tal virtud, ambas partes y no una sola tienen el carácter de accionantes, sin más diferencia, fuera del contenido de sus respectivas pretensiones, atacante una y defensiva otra, que la prioridad cronológica en cuanto al ejercicio de la acción. En esta actitud difiere Alcalá Zamora y Castillo del procesalista uruguayo Couture, para quien la figura paralela y opuesta la acción es la excepción.-

Las actitudes del demandado, pueden ser de reacción y de inacción. El contenido de la reacción, entendiéndose por ésta la réplica a la acción, no es uniforme: puede consistir, en la resistencia, en el allanamiento (en que hay reacción no contrapretensión); puede consistir también en la simple defensa negativa, con la esperanza puesta en el fracaso probatorio de la parte contraria (actore non probante, reus absolvi tur); y por último en el empleo de excepciones, término éste casi tan infelizmente como el de acción, comenzando porque excepción es, en su significado más extendido, lo contrario de regla y lo normal, una vez promovido el proceso, es que el demandado excepcione, con fundamento o con temeridad, porque el carácter abstracto de la Institución y la falta frecuente de medidas para cortar su empleo abusivo, impiden su canalización adecuada.-

Luego tenemos que a la acción se opone la inacción. Esto se verá claro en los siguientes casos: inacción absoluta del demandado, es decir sin su intervención en el proceso, se dará entonces el caso de contumacia o rebeldía. Inacción total de ambas partes: se dará un caso de caducidad en la Instancia. Inacción absoluta del demandado pero con su intervención posterior después de haber rehuído el proceso, se dará un ca-

so mixto, en que se combinan reacción e inacción.

● Por nuestra parte, en este momento nos basta decir que según se han entendido las excepciones en general, podrán ser unas de fondo, llamadas substanciales (perentorias) y otras denominadas procesales que se refieren únicamente a las circunstancias que impiden la normal constitución de la relación procesal (dilatatorias).- Al menos esta ha sido la clasificación más común, pero otros autores, por ejemplo Couture, además de las anteriores, admite una tercera categoría, las excepciones mixtas llamadas también excepciones perentorias deducidas en forma de artículo provio, o sean aquellas que funcionando procesalmente como dilatatorias provocan, en caso de ser acogidas, los efectos de las perentorias.

Como todo derecho nace, se transforma o se extingue como consecuencia de un hecho, se dice que los hechos son constitutivos, cuando -- dan origen a una relación jurídica, por ejemplo un contrato; impeditivos, cuando ponen un obstáculo a la formación de esa relación jurídica, por ejemplo por la incapacidad; y extintivos cuando ponen fin a la relación jurídica, por ejemplo con el pago. Esto es determinante para los efectos de la acción en la sentencia: así según lo probado por las partes con -- respecto al hecho constitutivo, servirá de base al Juez, para declarar -- la existencia o inexistencia de tal hecho, pero puede la parte demandada reconocer la existencia o inexistencia de aquel hecho impeditivo o extintivo, y ententivo, y entonces estará haciendo valcer una excepción.

Podemos decir además que la excepción es un derecho complejo -- primeramente porque tal derecho no se agota en una sola facultad, sino --

en un conjunto de actos que se suceden desde la citación hasta la sentencia y en segundo lugar porque rige el sistema del doble grado (primera y segunda Instancia), en virtud del cual, estimando el derecho que un juicio único no ofrece suficientes garantías de justicia, quiere que el examen y la decisión de una controversia no se terminen de una sola vez, sino que haya la posibilidad de dos instancias, aparte del juicio de casación que forma como un tercer grado.

El derecho de obrar que compete al demandado no es, por lo tanto, substancialmente diversa de la pretensión análoga del actor frente a los órganos jurisdiccionales.

INFLUENCIA DEL EJERCICIO DE LA ACCION SOBRE EL DERECHO Y  
PARTICULARMENTE EN LA SENTENCIA.

Como mediante el ejercicio de la acción, se pretende hacer valer nuestros derechos generalmente, sus efectos son ilimitados en lo que se refiere a la influencia en el derecho y así habría que buscarlos en las diferentes instituciones jurídicas admitidas en el Derecho Substantivo. Por ejemplo, en cuanto a la prescripción, interrumpe su curso y en este sentido conserva el derecho. En cuanto a las obligaciones alternativas, cuya elección corresponda al acreedor, individualiza la cosa debida y en este aspecto modifica el derecho. Hace incesible el derecho: por ejemplo, con la prohibición que tienen los jueces para adquirir las cosas que ante ellos se discuten. Y extingue el derecho, ya que una vez dictada la sentencia, para el caso de que sea absolutoria y esté firme, no es posible, en virtud de la cosa juzgada que el actor haga valer el mismo derecho contra el demandado; y si es condenatoria, el obligado lo estará según los térmi-

nos de la sentencia y no de la pretensión del actor.

Ahora bien, no podemos desvincular los efectos de la acción sobre el derecho, de los que aquella tenga sobre la sentencia, porque es en virtud de ella que ésta se dicta, ya que constituye su objeto.

Este problema no ha sido visto con claridad, porque debido a que se identificó el derecho con la acción, habitualmente se confundía la acción con la demanda, siendo que constituyen conceptos enteramente distintos. La demanda -como dice Alsina- es, efectivamente, la forma corriente y hasta la más visible del ejercicio de la acción, de donde resulta que, en la práctica se llega hasta prescindir mencionarla, y así, generalmente en la parte dispositiva de las sentencias, el Juez expresa que admite o rechaza la demanda. Pero la demanda requiere requisitos meramente formales; en cambio para que prospere la acción se necesitan ciertos elementos de fondo. Por demanda -dice Alsina- se entiende toda petición formulada por las partes al Juez en cuanto traduce una expresión de voluntad encaminada a obtener la satisfacción de un interés. El mismo autor expresa que dentro del concepto procesal estricto, la palabra demanda, se reserva para designar con ella el acto inicial de la relación procesal, ya se trate de un juicio ordinario o de un juicio especial, es decir la primera petición del actor. Puede definírsele entonces como el acto procesal por el cual el actor ejercita una acción solicitando del Tribunal la protección, la declaración o la constitución de una relación jurídica.

Por eso al lograr su objeto la acción -dictación del fallo- se determinará la eficacia o ineficacia de la acción, en cualquier forma que se resuelva la demanda. Lo mismo ocurre cuando hay reconvencción, porque -

en la contrademanda, también se ejercita la acción, toda vez que se requiere el órgano jurisdiccional para que se pronuncie sobre un asunto controvertido o sobre una situación jurídica.

En el concepto clásico se decían que eran cuatro los elementos de la acción: derecho, interés, calidad y capacidad. Se critica esta división porque se dice que la capacidad no es un elemento de la acción sino condición para su ejercicio. Por ejemplo cuando una persona se presenta ante el Juez en representación de otra demandando a X, lo primero que tiene que ver el Juez es si aquel que se presenta en tal carácter tiene capacidad para ejercer la procuraduría. No es pues un carácter sino una condición esencial. La capacidad es uno de los presupuestos del juez. Los presupuestos procesales son según Piero Calamandrei: aquellas condiciones -- que deben existir a fin de que pueda tenerse un pronunciamiento cualquiera, favorable o desfavorable sobre la demanda, esto es, a fin de que se concrete el poder-deber del juez de proveer sobre el mérito, así: mientras los requisitos de la acción hacen referencia a la relación sustancial que preexiste al proceso, los presupuestos procesales son requisitos atinentes a la constitución y al desarrollo de la relación procesal, independientemente del fundamento sustancial de la demanda por lo que la capacidad como elemento de la acción no puede admitirse ya que como vemos ésta no es más que una condición requerida en el sujeto para el ejercicio de la acción, ya que si falta esta no se puede constituir la relación procesal.

En relación al primer elemento de la acción o sea el derecho ya expresamos anteriormente cual es la conexidad que existe entre Derecho y

Acción; y desde luego, no negamos la función de apreciación que tiene el juez al dictar sentencia, ya que forzosamente tiene que pronunciarse sobre la presencia o ausencia del derecho, porque consecuentemente tiene que declarar la eficacia o ineficacia de la acción; pero el objeto de ésta -la resolución judicial- ya está lograda.

En cuanto al segundo elemento o sea el interés, se dice que no hay acción sin interés; el interés es la medida de las acciones y se entiende que nadie tiene derecho de promover cuestiones puramente especulativas, ni de ocupar el tiempo de los Tribunales en asuntos supérfluos, y, además, se sostiene que este interés debe ser inmediato existente y actual. Creemos que efectivamente es otro factor que el Juez debe tener en cuenta, en sentencia, para estimar fundada o infundada la acción. En el proceso de declaración el INTERES que constituye el contenido del derecho de acción, consiste en obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto y no la declaración del derecho de un modo mas bien que de otro. En la cadena de los fines perseguidos por el actor, el de obtener una sentencia favorable es el fin remoto que el derecho no toma en consideración de modo alguno; pero el fin próximo, o sea el interés que únicamente el derecho protege, es el de obtener una sentencia, es decir, la declaración de una relación incierta.

Solo de este modo se explica que el derecho de acción puede corresponder también al que no tiene el derecho material, y sólo así puede darse al proceso una base autónoma, independiente del derecho privado. La íntima razón de esta autonomía estriba precisamente en la naturaleza secundaria y abstracta del interés que forma el contenido substancial del -

derecho de acción.

En realidad con respecto a los elementos de la acción señalados por la Escuela Clásica, se ha incurrido en un error de apreciación porque se han identificado las condiciones para el ejercicio de la acción, con las necesarias para obtener una sentencia favorable. Vease como se expresa Alsina en este punto: " La ausencia de alguna de las condiciones que llamaremos de fondo, determinará el rechazo de la demanda en la sentencia; pero entre tanto, la acción se habría ejercitado y producido sus efectos dentro del proceso, En consecuencia, si ello es así, y dado que la capacidad tampoco es un elemento de la acción, sino un presupuesto procesal --- ¿Que condiciones se exigirá para iniciar la acción? Desde luego, una pretensión jurídica, que podrá resultar infundada, pero que el Juez no puede dejar de considerarla; basta la invocación de un derecho y el requerimiento de su protección para que se ponga en movimiento la actividad jurisdiccional. En segundo lugar, el cumplimiento de las formalidades exigidas -- por la ley, y cuya emisión autoriza la negativa del Tribunal a dar curso a la demanda. Llenadas ambas condiciones, solamente la sentencia puede admitir o rechazar definitivamente la acción". Pero este rechazo o admisión de la acción de que habla Alsina, se traduce en la eficacia o ineficacia de la acción, según que esté o no fundada.

Ahora nótese como los llamados elementos de la acción por la Escuela Clásica, estaban vinculados a la estructura de la acción. Pero en el concepto que le da autonomía a la acción, estos elementos, así denominados, y que son aceptables -derecho, calidad e interés-, se presentan ya no como elementos integrantes de la acción, sino como factores determinan

tes de su eficacia y, por consiguiente, de la sentencia o resolución judicial, que constituye el objeto de la acción. Ya en este estado de la argumentación nos estamos moviendo dentro de la actividad del órgano jurisdiccional; dentro de la función que le compete a éste; dentro de la obligación que tiene el Estado como destinatario de la acción, de poner en movimiento a sus respectivos órganos. Es la máxima función de individualización de la norma jurídica que corresponde al Juez. Así en cuanto al DERECHO le toca determinar en la sentencia si la situación concreta planteada en la demanda está amparada en una norma legal, ya sea en forma expresa o implícita; si encaja dentro de esa norma y el hecho alegado está suficientemente probado. El juez resuelve de conformidad con lo pedido en la demanda y aunque el hecho está contemplado en la norma legal, no lo acepta si tiene un objeto ilícito o contrario a las buenas costumbres. Asimismo en cuanto a LA CALIDAD DE OBRAR en juicio debe estar plenamente legitimado; para tener esa calidad se debe ser el verdadero titular de la pretensión jurídica; y la demostración de esa calidad (legitimatio ad causam) - que puede ser activa y pasiva, según que se refiera al actor o al demandado, tiene consecuencias también en cuanto a quien debe probarla. Pero --- aquí lo que nos interesa apuntar es que el juez, en todo caso, toma en cuenta la legitimación de la calidad de obrar al dictar su sentencia. De paso señalamos que la noción anterior, es diferente de la capacidad procesal (legitimatio ad precesum), que se refiere a los casos en que falta capacidad civil, por ejemplo: menores de edad) aunque se tenga calidad. Surge la cuestión si la legitimatio ad causam es condición de la acción, como afirma la doctrina más autorizada o si es algo diverso, un tertium ge-

mus. La cuestión se resuelve en función del concepto del derecho de acción. Tal como hemos considerado el derecho de acción, no repugna colocar la legitimación para obrar entre las condiciones de la acción, refiriéndonos em pero a un concepto eminentemente publicista de la acción. La legitimatio ad causam es un estado en que llega a encontrarse una persona o una categoría de personas. Podemos decir que el criterio básico para determinar la legitimación para obrar está constituido por la titularidad efectiva o solamente afirmada de la relación o del estado jurídico.

La titularidad de la relación puede ser activa o pasiva y de --- allí que exista la legitimación activa y la legitimación pasiva, también - la titularidad puede simplemente ser afirmada. La titularidad efectiva -ag tiva y pasiva- no puede establecerse a priori, sino que habrán de declararla los órganos jurisdiccionales.

Couture al hablar de la legitimación par obrar la llama también cualidad o investidura para obrar o para contradecir y dice que a fin de - que el juez provea en sentido favorable al solicitante, no basta que la de manda le sea propuesta por una persona cualquiera, sino que es necesario -- que le sea presentada precisamente por aquella persona que la ley considera como particularmente idónea para estimular en aquel caso concreto la -- función jurisdiccional.

En cuanto al INTERES, también lo tiene en cuenta el juez al re-- solver aún cuando no aparezca de inmediato, por ejemplo en las llamadas ac ciones precautorias, pero por lo general se requiere que sea actual e inme diato.

Ya dentro de este orden de ideas, esos llamados elementos de la -

acción serán tres: sujetos, objeto y causa.

Recordemos el problema siempre discutido en la doctrina de quien es el destinatario de la acción, o bien, contra quien se dirige la acción.

Si entendemos que lo es la persona del demandado, la acción se dirige contra éste; si entendemos que la acción se dirige contra el Estado quien es titular de una obligación que hace efectiva por medio de sus órganos jurisdiccionales, será éste el destinatario de la acción. En la generalidad de los casos, se dan dos relaciones, una que cae dentro del ámbito del derecho privado, ajena a todo contenido procesal, relación de carácter sustancial, en la que se perfilan el sujeto activo titular del derecho y el sujeto pasivo titular de la obligación; y la otra de carácter procesal.

En ésta no desaparece aquella relación sustancial, pero los sujetos que en ella intervienen -activo y pasivo- figurarán con los nombres de actor y demandado, siendo a la vez sujetos activos de la acción en su función procesal, por cuanto que ambos pretenden obtener la declaración -- del órgano jurisdiccional, que en este caso es el sujeto pasivo. Por eso sostenemos que el destinatario de la acción procesal lo es el Estado, para que ejercite la función jurisdiccional por medio de sus órganos correspondientes.-

Niceto Alcalá Zamora y Castillo, cuando alude al llamado problema de las preposiciones, que se trae a colación al tratar de quien sea el destinatario de la acción y que versa sobre cual es la más acertada en su empleo (contra, frente, ante o hacia), sostiene que debe emplearse "hacia" y fundamenta su razonamiento así: "Para nosotros que postulamos una concepción dinámica de la acción, ésta avanza desde su nacimiento hasta su meta,

y, por tanto es la preposición hacia la que se adapta con fidelidad a su trayectoria; cuando un vehículo marcha, por ejemplo, desde Buenos Aires a Rosario, lo correcto no es afirmar que se dirige contra o frente a la ciudad santafecina, sino a o hacia ella". Está de acuerdo este autor, en -- que el destinatario de la acción es el Estado, pero difiere del parecer de Alsina, en cuanto a que el proceso determina una obligación concreta del Estado respecto de las partes de un determinado litigio; las obligaciones, sostiene Zamora y Castillo serían dos: una de índole orgánica y administrativa, del o los jueces a la prestación de sus servicios al Estado que los ha designado y en cuyo nombre actúa, y otra emanada de la anterior hacia los justiciables, término éste que se extiende a cuantas personas naturales o jurídicas, gocen potencialmente en un Estado de la posibilidad de demandar justicia como consecuencia de hallarse, en general prohibida la autodefensa y correlativamente asumido por aquel el ejercicio de la función jurisdicente.-

Unicamente -dice el autor- en el caso de procesos ante jueces privados, podrá hablarse de obligación suya respecto de las partes, no en lo que se refiere al contenido del laudo, que debe ser forzosamente imparcial, sino en lo que se refiere a la prestación de su servicio, pero es que entonces, el órgano jurisdiccional, consentido por el Estado, es objeto de nombramiento por los litigantes.

Lo cierto es que la determinación de los sujetos de la acción, está vinculada a su naturaleza autónoma y al hecho de considerarla como de carácter público.

Aludamos al objeto. Para la Escuela Clásica la acción no podía te

ner otro objeto que el cumplimiento de una obligación: de dar, hacer o no hacer. Pero según el concepto que le da autonomía a la acción, su objeto, es la obtención de la resolución jurisdiccional. La doctrina moderna sin desconocer que ese es su efecto inmediato- alude a los señalados por la - Escuela Clásica- demuestra que lo que el autor busca, en realidad, es una sentencia que declare si su pretensión es o no fundada. En el primer caso contará, si fuere necesario, con el auxilio de la fuerza del Estado para el reintegro de su patrimonio; en el segundo, deberá guardar perpetuo silencio. En ambos casos el Estado, mediante la Institución de la cosa juzgada que nace de la sentencia habrá satisfecho el interés público restableciendo el orden jurídico y habrá satisfecho el interés privado haciendo actuar la ley en favor de alguna de las partes; es decir que, en definitiva, la acción habrá desempeñado su función social. Por eso el juez, - cuando administra justicia en nombre del Estado, tiene en vista, desde -- luego, el interés particular; pero, sobre todo, debe preocuparle el interés de la sociedad. La sentencia no sólo tiene efecto decisivo respecto - de los que intervienen en la litis, sino que actúa en forma preventiva -- frente a los que se encuentran en análoga situación jurídica, ya que podrán deducir cuál será la actitud del juez en conflictos de la misma naturaleza.

Y, finalmente, la CAUSA. En este punto creemos que la causa de la acción, no puede ser otra que la pretensión jurídica, que en definitiva es el único fundamento de la acción. Ordinariamente esta pretensión, - tiene a su vez como antecedente un hecho que sirve para determinar los -- efectos del ejercicio de la acción, así, por ejemplo, la existencia de un

derecho y su violación, trae como consecuencia el ejercicio de una acción que se calificará por los efectos que se descan obtener como de condena; - la eficacia de una acción que pretende un nuevo estado jurídico supone el ejercicio de una acción que se calificará como constitutiva, etc.

Y para cerrar este punto aludiremos a las ideas que según la doctrina moderna se tienen sobre los elementos de la acción. Según algunos de estos procesalistas dichos elementos son tres: uno subjetivo y dos objetivos. El subjetivo, está constituido por la capacidad de accionar o sea el mismo elemento que otros autores conceptúan como presupuesto procesal, dichos autores no niegan este hecho, pero como sin esa condición requerida en el sujeto para el ejercicio de la acción, ésta no funciona, es también elemento inseparable de la misma. Los elementos objetivos son dos: el primero que es el estrictamente procesal, debe denominarse Instancia, porque su esencia consiste en instar el curso del procedimiento, representa este elemento la energía dinámica en virtud de la cual se recaban las resoluciones judiciales.

El término Instancia, debe entenderse en el ya indicado y no debe confundirse con otras acepciones que al mismo se le han dado. Lo mismo con respecto a la pretensión que según algunos "transporta al proceso --- la visión que del litigio se ha formado el actor" y que es como el cordón umbilical que une la acción con el derecho material en litigio; debe precisarse que esta última frase la aplican a la pretensión principal o de fondo, porque junto a ella se suceden en el proceso pretensiones secundarias o de trámite, para las que acaso conviniese habilitar un nombre diferenciativo (solicitudes o pedimentos por ejemplo). En segundo lugar una -

misma acción puede ir acompañada de varias pretensiones de fondo, de igual o de distinta importancia, conexas o independientes (siempre que no sean incompatibles), fenómeno que en la terminología hispanoamericana, fiel a la vinculación de acción y derecho, se denomina Acumulación de acciones, cuando en realidad lo es de pretensiones, de la misma manera que la que se llama acumulación de autos lo es de procesos.

## CAPITULO V

### OTRAS CONSIDERACIONES

Indudablemente que existen otros problemas por dilucidar, fuera de los que se han dejado planteados. Este aspecto de la acción que he expuesto brevemente en esta tesis, es determinante para la adecuada solución de otros, como por ejemplo, el de la identificación de las acciones, basado en dos reglas fundamentales, la de que no pueden coexistir simultáneamente dos procesos fundados en una misma acción y la de que no pueden tener lugar dos decisiones distintas respecto de una misma acción. Y para buscar esos elementos de identificación hay que estarse a la identidad de los sujetos, del objeto y de la causa. Otros problemas serían por ejemplo: el relativo a los caracteres de la acción; acción y prescripción; acción y caducidad, etc. Así en cuanto a los caracteres de la acción en la ley salvadoreña (Substantiva y Procesal) es muy difícil, sino imposible, estructurar una teoría sobre los caracteres de la acción. Como se identifica acción y derecho, aquella es renunciable en los casos en que lo puede ser éste y transmisible en los mismos supuestos; además es prescriptible.

En cambio guiados por las nuevas orientaciones del Derecho Pro

cesal, estos criterios deben ser modificados y referidos al derecho material, elaborando la construcción autónoma del concepto, ya sea que se le llame acción o pretensión procesal.

## CAPITULO VI

### EXTINCIÓN DE LA ACCION

En cuanto a la extinción de la acción, la doctrina dominante señala dentro de los modos de extinguir la acción, la prescripción y la cosa juzgada material. Estos modos no lo son, porque no afectan al elemento típicamente procesal de la acción, o sea, la Instancia, sino que afectan a su contenido material, es decir, a la pretensión (por esta razón estos hechos configuran excepciones al litigio y no al proceso). Ahora bien, la acción se extingue por cuantos medios supongan la consunción de la instancia. Entre estos tendríamos la cosa juzgada formal, íntimamente ligada con la preclusión, hasta el extremo de que podríamos llamarla preclusión suma o máxima, y que equivale a inimpugnabilidad, por haber alcanzado su meta la energía accionante de las partes y no brindar ya el proceso pendiente, posibilidades ulteriores. Luego tendríamos la inacción o inercia de las partes, determinante de la caducidad por ejemplo. A propósito de la caducidad se impone una rectificación terminológica fundamental: desde el momento en que la caducidad de la Instancia lo es a la vez, e indisolublemente, de la acción a que pertenece, no es posible seguir hablando de que aquella no extingue la acción y que ésta podrá ejercitarse en un nuevo juicio, si mientras tanto no hubiese prescrito: lo que en rigor podrá deducirse en un nuevo juicio, mediante nueva -

acción, puesto que la primitiva caducó, es la pretensión de derecho material. Se extingue también la acción por renuncia a la misma sin renuncia a la pretensión, como la renuncia a los actos del juicio (esta es una institución propia del derecho italiano). Por último la acción se extingue -- por incapacitación de su titular para accionar. Esto es una consecuencia de considerar la capacidad como un elemento de la acción. Se concluye -- que cuando en un proceso se incapacite una de las partes, podrá haber sucesión en la pretensión, pero no en la Instancia.

## CAPITULO VII

### NECESIDAD DE UNA CLASIFICACION DE LAS ACCIONES

En este Capítulo que no pretende agotar el problema de la acción, sino únicamente esquematizar algunos de sus aspectos, se presenta éste, el de la clasificación de las acciones. Y lo planteamos para encontrar un enlace lógico entre el concepto que se ha expuesto de la acción --según las teorías más corrientes-- por su naturaleza unívoco y la clasificación de las acciones que parece viene a destruir la unidad de ese -- concepto. Por su clasificación es que también se habla de acumulación de acciones, concurrencias de acciones, etc.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo, se pronuncia, como no podría ser de otra manera, por la unidad de la acción, concepto que puede extenderse a otras ramas, propugnando sin más la unidad teleológica de la acción civil y de las que se manifiestan en los procesos penales, del trabajo, administrativos, o constitucionales, pero siempre que se imagine --

tad (de estado); la mayor de las veces son de contenido meramente económico, patrimoniales (reales y personales); puede pretenderse hacer efectivo un derecho real y uno personal, simultáneamente, por haber entre ellos íntima vinculación (mixtas), etc. etc.

En todos los anteriores casos y en los demás que a menudo se presentan, vemos con suma claridad que la acción va dirigida a la consecución de distintos fines, cuya naturaleza es varia, precisamente por la multiplicidad de instituciones jurídicas reguladas y según la pretensión que se quiera hacer valer. Pero es la naturaleza del fin inmediato que se pretenda (el inmediato es la sentencia o resolución judicial) al ejercitar la acción, lo que hace que a ésta se denomine, declarativa, por ejemplo, o bien, por el fin que se persigue se le calificará de ejecutiva, o por el bien a que se afecte se le denominará inmobiliaria, etc., calificación que en sí misma no hace desaparecer la estructura autónoma y única del concepto de acción.

Este problema está también vinculado a la institución del proceso. La acción se da a través del proceso, en el cual funciona; pero la regulación procesiva o el trámite procesal varía según la naturaleza de la pretensión que se quiera hacer valer; no sería lógico que se siguiera un mismo trámite para la ejecución de una obligación que para la declaración de un derecho, y de aquí también deriva una clasificación de los procesos. Ahora bien, como es necesario para el inicio de un juicio, el ejercicio de la acción, por el objeto de aquel juicio, vale decir que por la finalidad que con él se persigue se califica la acción; así nuestra ley la distingue verbigracia en ejecutiva o en ordinaria pero hay que fijarse bien que esta ca

lificación, más bien alude a las consecuencias o efectos que se obtendrían mediante el ejercicio de la acción y no propiamente a la naturaleza de su concepto. Por eso dice Alsina: "Si nos atenemos a la definición que hemos dado de la acción parecería que ésta no podría ser sino una sola, en cuyo caso, sería superfluo hablar de una clasificación. En efecto; el derecho de reclamar la intervención del Estado en presencia de una lesión, es siempre de igual naturaleza, pero no en todos los casos su objeto es el mismo ni el derecho cuya protección se requiere es necesariamente igual, ni la acción, se ejercita de un solo modo. El objeto inmediato de la acción es la sentencia, pero ésta puede ser de distintas clases, y la acción varía según la sentencia que se pretenda. La íntima vinculación que existe entre la acción y el derecho le imprime caracteres que incluyen en la determinación de la competencia de los jueces. Por último no todas las acciones pueden ejercitarse del mismo modo, ni al mismo tiempo. Son estas las circunstancias que fundamentan una clasificación la que por otra parte, tiene la ventaja de facilitar su estudio y aclarar los conceptos.

Modernamente la clasificación de que se ha hecho mérito, se orienta, no con respecto a la acción, sino con respecto a la pretensión que se quiere hacer valer. También cuando se habla de la división de las acciones, se las agrupa en tres categorías: de conocimiento, de aseguramiento y de ejecución, que responden a tres tipos de procesos diferentes (de cognición, cautelar y de ejecución).

Casi todos los autores modernos están acordes en que la Acción es una Institución Autónoma, es decir que se presenta con un contenido propio, distinto del derecho material, que tiende a garantizar y consistente en el

Derecho de cada ciudadano de solicitar el ejercicio de la función jurisdiccional del Estado y en el deber correlativo de éste de poner en funcionamiento su actividad jurisdiccional cuando sea solicitado por aquellos.-

Pero la Acción, con ser una, presenta diversos aspectos o matices, según se lo considere desde el punto de vista procesal propiamente hablando, o del derecho material que tiende a garantizar, o bien de la finalidad que persigue.

De ahí que resulte aparentemente el equívoco de que la acción no es una sola entidad sino existen infinidad de acciones. Por ejemplo, desde el punto de vista procesal, diremos que todas aquellas acciones que no tengan señalado un trámite especial se seguirán por el procedimiento ordinario, de donde deducimos la denominación de ACCIONES ORDINARIAS.- Si queremos hacer valer un derecho de propiedad diremos que vamos a ejercitar una ACCION REAL. Así también, si el fin que se pretende obtener con la sentencia varía, resulta igualmente distinta la acción, por lo cual hablamos de ACCIONES DECLARATIVAS, EJECUTIVAS, DE CONDENAS, etc.

En consecuencia, podemos sin atacar la concepción unitaria de la acción, y con el objeto de fijar conceptos evitando confusiones, clasificarla según "EL DERECHO" que garantiza, el "FIN" que persigue o la "FORMA" con que aparece dentro del proceso, que es donde se manifiesta claramente.-

Considero de importancia en este trabajo de tesis hacer la enunciación de las principales clasificaciones que se han dado, en el curso de la historia, de la Acción Civil, anticipando, desde luego, que al hacer un resumen personal de la clasificación al final de este capítulo,

en forma de conclusiones, no pierdo de vista que aún cuando la acción civil se refiere a un derecho de orden privado, pertenece según una doctrina moderna, a la clase de los derechos públicos, subjetivos, de carácter cívico.

## LAS ACCIONES DEL DERECHO ROMANO

### CAPITULO VIII

El Derecho Romano recogió en forma unitaria la clasificación de las acciones. Es Justiniano quien nos dejó en sus "Institutas" la más variada información sobre este tema. Al exponer la diversidad de las acciones empleadas por los romanos, me atengo al orden establecido por aquel jurisconsulto.

Fundamentalmente, las acciones que pueden ejercitarse son reales o vindicaciones y personales o condictiones. Si resultan de la celebración de un contrato o de la comisión de un delito, se llamarán PERSONALES, pues en virtud de ellas el demandado debe darnos o hacer algo en nuestro favor. Si se derivan de un derecho real y tienden a hacer respetar o reivindicar este derecho, se llaman ACCIONES REALES; por medio de ellas reclamamos el dominio, la posesión, las servidumbres, el usufructo, el uso.- Dentro de estas últimas se dan las acciones directas, nombre específico destinado a las que tienden al reconocimiento de los derechos reales de usufructo y servidumbre; y las Acciones Contrarias o negatorias, denominándose así aquellas por las que se sostiene "que el adversario no tiene derecho de usufructo", "que el adversario no tiene derecho de paso",

"que el adversario no tiene derecho de acueducto", etc. pero no se aplicaban las acciones contrarias tratándose del derecho de propiedad, pues - en tal caso el que la ejercitaba no tenía la posesión de la cosa que aseguraba ser suya

Hay, además, ciertas acciones que ni son enteramente reales ni - exclusivamente personales, sino participan de características comunes de ambas clases. (Como ejemplos clásicos, sino participan de características comunes de ambas clases.) Como ejemplos clásicos cita JUSTINIANO la acción de partición de herencia (FAMILIE ERISCUNDE) por parte de los herederos; la acción de división de la cosa común (COMMUNI DIVIDUNDO), por parte de los copropietarios; y la acción de deslinde (FINIUM REGUNDORUM) entre los propietarios de las heredades contiguas. Estas acciones se denominan mixtas.-

Una especie de variación de las acciones eran las llamadas prejudiciales, que se referían especialmente al estado civil de las personas; entre ellas estaban la que discute si un hombre es libre, liberto o esclavo y la de reconocimiento de parto (de hijo)

Las acciones mencionadas son todas del orden civil, pero junto a ellas se dan las ACCIONES PRETORIANAS. Estas, introducidas por el derecho pretoriano, fueron variadísimas, incluyendo dentro de su órbita las - acciones penales, la de cuasiusucapción, la Publiciana, la Serviana o Hipotecaria, la Cuasi Serviana, etc.", cuyos objetivos particulares no conviene examinar a fondo para no acentuar la confusión, ya que para el objeto que persigue este estudio basta con su enunciación.

Tanto las acciones reales como las personales que se derivan de un contrato tienen por objeto perseguir una cosa (rei persecuendae causa): y las personales emanadas de un delito tienen por finalidad perseguir una pena (poenae persecuendae causa). Pero, dentro de las acciones originadas de la comisión de un delito, se encuentra también las que persiguen obtener a la vez pena y la cosa (sanción y responsabilidad civil); en tal caso la acción también se llama MIXTA, aunque no debe confundirse con las Mixtas ya enunciadas.

Una característica fundamental de las acciones en el Derecho Romano es que no podían entablarse sino en virtud de la ley o del uso -- consagrado por la ley. De ahí el apotegema latino "nulla legis actio sine lege". Las acciones reales eran seguidas con estrictas formalidades procesales, bajo pena de nulidad, y se dictaban sentencias indirectas. En las personales, los interesados debían probar la existencia del contrato o del delito, generadores de la obligación.

Según que el Juez estuviera en libertad de apreciar el litigio en conciencia o con sujeción a las disposiciones de la ley, las primeras resultaban DE BUENA FE (Bonae fidei) o LE DERECHO ESTRICTO (stricti iuris). Las primeras resultaban de venta, compraventa, arrendamiento, mandato, depósitos, sociedad, tutela, comodato, prenda, petición de herencia, división de bienes comunes, devolución de dote. Esta clasificación es de extraordinaria importancia por su trascendencia histórica. En las acciones llamadas de buena fé, el juez o el magistrado, aprecian libremente, según lo bueno y equitativo (ex bono et aequo) lo que el demandado debe devolver al actor. En los demás casos, el juzgador debe apegar

se estrictamente a lo dispuesto por el contrato o por la ley, o sea cuando se ejercitan las acciones de estricto derecho.

Fuera de los dos casos mencionados, podía también el Juez en -- ejercicio de su ministerio de justicia, aplicar el derecho según su voluntad, sin limitación alguna, de donde surgieron las acciones llamadas ARBITRARIAS.

### CAPITULO IX

#### EL PROCEDIMIENTO CIVIL ROMANO

Es importante para alcanzar el objeto de esta exposición, hacer referencia, aún en forma panorámica, de los tres estados por los que atravesó el procedimiento civil en Roma: o sean los sistemas de "Legis actiones", formulario y extraordinario.

El sistema de "legis acciones" (acciones de la ley) tuvo, en tesis general, la forma de arbitraje facultativo, en que el juzgador no gozaba de fuerza ejecutiva para hacer respetar su fallo. Dice a este respecto DANIEL ANTOKOLETZ en su tratado de Derecho Romano, que ambas partes convenían ante el magistrado en someter el conflicto a un árbitro de su elección. El contrato por el cual declaraban someterse al arbitraje, se decía "litis contestatio". El arbitro no pronunciaba sentencia obligatoria, sino un dictamen u opinión.

Las "legis acciones", que solo podrían intentarse si estaban -- previstas por la ley, según GAYO tenían las características siguientes: -- eminentemente formalistas, nacidas de la misma ley, judiciales requerían la presencia de las partes, de procedimiento verbal y pertenecían al "Jus

civile", siendo inaccesibles a los extranjeros. Estas acciones no podían acumularse ni ser intentadas dos veces.

En este período primero del procedimiento romano se conocieron cinco clases de acciones:

- a)-"Sacramentum", que equivale a nuestro procedimiento en vía ordinaria;
- b)-"Manus iniectio", mediante el cual el acreedor se apoderaba de la persona del deudor; esta acción tenía una serie de variantes que no entrare a considerar por innecesario;
- c)-"Pignoris capio", por la cual el acreedor, en vez de ejercitar su derecho sobre la persona deudor, secuestraba sus bienes;
- d)-"Iudicis postulatio", de menor solemnidad, por ella se pedía al magistrado el nombramiento de un arbiter postulatio" y se usaba en casos diversos, como para fijar el monto de las indemnizaciones por incumplimiento de contrato, para peritajes, deslindes, divisiones de herencias; y
- e)-"Conditio", acción por la cual el acreedor intimaba al deudor, ante testigos, para comparecer en juicio, a efecto de designar juez.

En el procedimiento FORMULARIO, la acción se clasificó mediante una fórmula dictada por el pretor, quien la daba únicamente a solicitud del demandante, cuando lo consideraba conveniente. El derecho pretoriano dió oportunidad al nacimiento de infinidad de acciones pero las acciones

pretorianas eran TEMPORALES, duraban solo algún tiempo determinado, en lo que se diferenciaban de las CIVILES, que eran perpetuas. Al definir-- las EDUARDO PALLARES, en su tratado de las acciones civiles, dice: "Sc-- gún el derecho antiguo, las acciones que tenían su origen en la ley, en los senados- consultos y en las constituciones de los emperadores, eran perpetuas. Las acciones pretorianas duraban, por regla general, un año, o sea el tiempo de que gozaba autoridad el pretor que las otorgaba". -- Puede fijarse históricamente esta clasificación como la fuente que dió origen a la PRESCRIPCIÓN (longitemporis praescriptio).

En este período la clasificación tiene como base la redacción de la fórmula otorgada por el pretor. Entre las principales distincio-- nes se encuentran la ACCIÓN INREM SCRITA y la ACCIÓN IN PERSONAM. BON-- JEAN, citado por Pallares, dice: "las expresiones IN REM e IN PERSONAM, las encontramos aplicadas a los edictos del pretor, a los pactos y a -- las excepciones. En todos estos casos, esas locuciones tienen un signifi-- cado común: IN REM es una enunciación hecha en términos generales, -- sin designar a persona determinada; IN PERSONAM, una enunciación relativa a persona determinada. Un pacto es IN PERSONAM, cuando sus efectos - no deben aprovechar sino a una persona. Lo mismo puede decirse con res-- pecto a las excepciones que se hacen valer, no contra el demandante, si no contra cualquier persona..... Admitido lo anterior, fácil es comprender que hay acciones que se pueden formular sin expresar el nombre del adversario y otras en que es preciso decir su nombre. Las primeras es-- tán redactadas IN REM, y se dan contra cualquiera que se encuentre en - las condiciones jurídicas previstas en la acción (contra el poseedor de

la cosa, por ejemplo), mientras que las segundas sólo pueden ejercitarse contra la persona designada en la acción. En pocas palabras, en las acciones IN REM no figuraba el nombre del demandado en la "intentio", en las IN PERSONAM, sí aparecía.

El período EXTRAORDINARIO se caracterizó porque durante él, surgieron los "INTERDICTOS", que se ejercitaron normalmente como las acciones. Uno de esos interdictos, dice ANTKOLETZ, ha sido, por ejemplo, el de "in integrum restitutio", por medio de la cual se reparaba el perjuicio causado a los menores de 25 años (según la ley Plaetoria), a los mayores en caso de dolo malo, a los ausentes en servicio del país."

## CAPITULO X

### LA ESCUELA CLASICA

El diverso concepto que han tenido los tratadistas sobre la Acción, ha influido en la profusa variedad de clasificaciones hasta hoy ofrecidas al jurista. La Escuela Clásica adoptó el concepto y, por ende, la clasificación romana, estando representada en primera línea por savigny.

Manresa, entre otros comentaristas del siglo pasado, cree -- que es la íntima relación que existe entre la acción y el derecho que protege, lo que hace que la naturaleza de aquella dependa, inflexiblemente de la naturaleza del derecho material; así, cuando reclamamos un derecho real, así será la acción que ejercitamos; si es derecho personal será personal la acción; y reconoce, como el Derecho Romano, que cuando el derecho participe de una y otra naturaleza, la acción será mixta.

No quiero insistir mayormente sobre este concepto, clásico romanista, pero creo conveniente dejar un extracto de la clasificación adoptada por Manresa en sus "Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil". Son ACCIONES REALES las que emanan del dominio y de la propiedad y de sus diferentes desmembraciones, como las "petitorias" y "posesorias" de la cosa"; entre ellas se citan la de reclamación de usufructo, servidumbre posesión, prenda, hipoteca. Estas se subdividen en "acciones reales muebles" y "acciones reales inmuebles", según que el derecho se refiera a un bien raíz o a cosa mueble.

Las ACCIONES PERSONALES son tantas como obligaciones pueden derivarse de los contratos, "pero escribe el mencionado tratadista español, - será fácil distinguirlas si se tiene en cuenta que allí donde existe una persona obligada a dar, hacer o dejar de hacer alguna cosa, de tal modo, que solo de ella o de sus herederos pueden reclamarse, allí existe una acción personal". Su carácter fundamental es, consecuencia, que sólo pueden dirigirse contra una persona "determinada". Pero no derivan sólo de los contratos sino también de cuasicontratos, delitos y cuasidelitos; algunas hasta de la ley como la de reclamar alimentos; otras de las donaciones a título gratuito, cuando es fungible la cosa y para el solo objeto de reclamarla. Incluye también entre las personales, la acción del heredero en el instituido.

Las ACCIONES MIXTAS son las mismas así llamadas en el Derecho Romano, pero agregan los clásicos que por ellas deben entenderse todas -- aquellas en que, reclamándose un derecho real, se dirijan contra la persona que ha contraído la obligación. El siguiente ejemplo aclara la situa--

ción: si se usa la acción hipotecaria, la acción será MIXTA; pero si la finca ha pasado a manos de un tercero, será REAL; en cambio, si solo se reclama al deudor el cumplimiento de su obligación, sin importar la hipoteca, será PERSONAL.

Es importante notar que el fundamento de esta división estriba en la pretensión formulada en la demanda; es decir, predomina el elemento "finalidad de la Acción", y tiende exclusivamente a determinar cuál es el juez competente para conocer de la demanda.

No debe olvidarse que para la Escuela Clásica la acción es el derecho en movimiento; para ella no existía la acción si no se establecía la violación del derecho; este era, pues, el presupuesto necesario para la existencia de aquélla; derecho y acción resultaban, en este sentido, términos correlativos e inseparables uno del otro.

## CAPITULO XI

### ACCION CIVIL Y ACCION PENAL

La clasificación en primer término distingue entre acciones civiles y penales. Muchas legislaciones, incluso la nuestra, aún reconocen -- que la comisión de un delito da lugar a dos acciones: la penal, para castigar al ejecutor, y la civil, para reparar el daño causado. Ambas acusan una estrecha vinculación, pero a la vez presentan clarísimos caracteres diferenciales.

Las ACCIONES CIVILES algunas son de carácter económico, porque persiguen obtener una indemnización o una prestación cualquiera de orden pecunario, o la restitución de la cosa; pertenecen al Derecho Privado, ---

porque forman parte del patrimonio del titular; puede ejercitarse por toda persona perjudicada, aunque sea indirectamente; en la mayoría de los casos pueden ser transmitidas por sucesión y pueden, asimismo, dirigirse contra toda clase de personas, sean visibles o de existencia ideal.

Las ACCIONES PENALES, en cambio, son de carácter político, representativo, porque aplican exclusivamente una sanción; forman parte del Derecho Público, porque afectan hondamente el sentimiento de seguridad de la sociedad; se dirigen siempre contra una persona física; plenamente identificada y subsiste mientras esta viva, siendo el ofendido o el Ministerio Público su único titular, salvo el caso de ciertos delitos en que los herederos pueden sostener la acusación.

En consecuencia, ambas acciones son independientes una de otra. Sin embargo existe cierta vinculación que se acusa principalmente cuando la civil puede acumularse a la penal, siempre y cuando el juez a quo tenga competencia de conformidad con las normas procesales; y, además, cuando la penal puede influir decisivamente en la acción civil hasta el punto de extinguirla.

MAXIMO CASTRO, en su curso de procedimientos penales, construye también su clasificación de las Acciones Civiles desde un punto de vista unilateral; para el distinguido catedrático de la Universidad de Buenos Aires, lo que interesa para poder distinguir la acción es el derecho consagrado en el Código Civil, al cual derecho ampara.

Las acciones civiles, para el citado tratadista, pueden ser de varias clases con relación a la naturaleza del derecho, son patrimoniales (si derivan de derechos patrimoniales) y de estado si derivan de derechos

inherentes a la persona); por su objeto, son mobiliarias e inmobiliarias; por el transcurso del tiempo devienen prescriptibles e imprescriptibles; según su transmisibilidad, resultan transmisibles e intransmisibles; por último, por su cesibilidad, son cesibles e incesibles.

Las acciones patrimoniales tienden a la declaración de un derecho susceptible de apreciación pecuniaria y se cuentan entre ellas las reales, personales y mixtas. Dentro de las Mixtas, se incluye una modalidad de interesantes caracteres: las llamadas "acciones de nulidad, resolución o revocación" de derechos reales inmobiliarios. "Son, dice Castro, las que resultan de actos nulos por vicio de forma, falta de consentimiento, de objeto o de causa lícita (esto será, desde luego, únicamente en las legislaciones causalistas) o afectados por error, dolo violencia, o incapacidad, falta de cumplimiento de las condiciones o cargas impuestas en el acto -- constitutivo o hechos posteriores que autoricen su revocación, como por ejemplo, la ingratitud del donatario y la supernascencia de hijos al donante..." En tales casos la acción no puede dividirse y ser una parte --- real y otra personal: "El comprador que no paga el precio sufre la resolución del contrato y está obligado a la restitución del inmueble."

Se llaman acciones suigéncrias o de estado, aquellas que derivan de los derechos inherentes a la persona; ejemplo de ellas son las que se refieren al estado y capacidad civiles, de reconocimiento de hijo, de nulidad de matrimonio, de divorcio, etc. En algún caso se refieren también al estado político de la persona, como la de adquisición y pérdida de la ciudadanía.

Al considerar las acciones civiles desde el punto de vista de su

objeto, Castro encuentra las mobiliarias e inmobiliarias, que Pallarés - denomina muebles e inmuebles. Sin embargo, como acertadamente observan ambos autores citados, también las acciones clasificadas según la naturaleza del derecho- reales, personales y mixtas pueden orientarse hacia un objeto mueble o hacia uno inmueble; la finalidad de esta clasificación, en consecuencia, no es otra que facilitar al litigante la determinación del juez competente para conocer del litigio; por ejemplo, en el caso de ejercitarse una acción inmobiliaria será juez competente el del lugar donde - se encuentre situada la finca.

Por el transcurso del tiempo son las acciones PRESCRIPTIBLES o IMPRESCRIPTIBLES, según puedan ejercitarse en un lapso determinado o en -- cualquier época. No creo que pueda aceptarse sin reservas esta base de -- clasificación, pues la prescriptibilidad es poco idónea como elemento diferencial de las acciones, ya que no es una cualidad sustantiva que las - distingue con toda claridad como cuando se ven a través del derecho con-- culcado, o de su proyección procesal o bien de su finalidad mediata.

Transmisibilidad y cesibilidad son también características que no creo deban aceptarse como base de una correcta clasificación, pues son cualidades de los derechos y serían inadmisibles dentro de la doctrina moderna, al considerar ésta a la acción como una Institución autónoma.

## CAPITULO XII

### OPINION DE CHIOVENDA

La clasificación de este ilustre autor puede decirse que es la base de la clasificación de los juicios. En efecto, Chiovenda sólo ve la natu

raleza de la sentencia judicial, como objeto inmediato de la acción. Esto es natural, pues deriva del concepto que el profesor italiano tiene de la acción como un derecho potestativo, es decir, que tiende a la actuación de la ley. El tantas veces citado Pallarés, acepta esta teoría únicamente en cuanto "hay acciones simplemente potestativas, que no tienen por objeto exigir el cumplimiento de una prestación o la entrega de una cosa, sino la creación de un nuevo estado de derecho, de un poder jurídico determinado. Estas acciones no producen sentencias de condena sino declarativas o constitutivas."

Tenemos a continuación las categorías de acciones aceptadas por Chiovenda:

ACCIONES QUE TIENDEN A LA ACTUACION DE LA LEY

a)-mediante sentencia:

- 1)-de condena (acciones de condena)
- 2)-de declaración (acciones de declaración)
- 3)-Constitutiva (acciones constitutivas)

b)-mediante declaraciones con predominante función ejecutiva:

- 1)-Acciones sumarias.

c)-por medios de previsión o de cautela:

- 1)-acciones de seguridad;
- 2)-acciones de garantía.

d)-por medios ejecutivos:

- 1)-acciones ejecutivas.

CAPITULO XIII

DIVISION DE CALAMANDREI

El profesor de la Universidad de Florencia también acepta, con -- los mejores autores modernos, que la acción tiene un objeto inmediato, esto es, la providencia jurisdiccional que resuelva el derecho; y un objeto mediato, o sea, el criterio derivado de la naturaleza sustancial de la relación o estado jurídico sobre que se contiene, esto es, del título de la acción.

Considerada por su objeto inmediato, con criterio estrictamente -- procesal, aparece la acción clasificada en dos tipos: ACCION DECLARATIVA Y ACCION EJECUTIVA. También puede darse la CAUTELAR, la cual unas veces resulta cautelar declarativa y otra cautelar ejecutiva, y que tiende a con--servar determinada situación jurídica o de hecho para impedir que sean con--culcados los intereses protegidos.

Las acciones declarativas se distinguen, a su vez, según las dife--rentes clases de resoluciones judiciales, en ACCIONES DE CONDENA, DE DECLARACION DE MERA CERTEZA (positiva o negativa) y CONSTITUTIVAS. Dentro del -- aspecto que menciona, caben además las ACCIONES DETERMINATIVAS o DISPOSITIVAS.

Por su objeto mediato, se clasifican las acciones en MOBILIARIAS e INMOBILIARIAS y en PERSONALES y REALES. Ambos tipos a menudo se enlazan entre sí, notando, por ejemplo, que las acciones reales aparecen también -- como muebles o inmuebles, según sea la naturaleza del bien litigioso.

CAPITULO XIV

TEORIA DE ROCCO

Debe tenerse presente, ante todo, el concepto que el catedrático de la Universidad de Génova tiene de la Acción Civil consistente en el derecho de cada ciudadano a pretender del Estado el ejercicio de la función jurisdiccional para defender los intereses privados protegidos por el derecho, y, correlativamente, en el deber del Estado, que es deber jurídico, de intervenir atendiendo la solicitud de aquellos.

Según este concepto, la Acción Civil puede distinguirse en dos formas: según la naturaleza de la providencia judicial que se pretenda, esto es, de la sentencia, o según la naturaleza de la relación jurídica que constituye su objeto.

En el primer caso encuentra Ugo Rogco las que llama acciones de MERA DECLARACION, ACCIONES EJECUTIVAS, ACCIONES DE CONDENANA y ACCIONES CAUTELARES o CONSERVATIVAS, según que la pretensión del ciudadano se encamine a obtener del Estado una declaración del Derecho, o la realización coactiva de sus intereses protegidos por el Derecho, o ambas cosas a la vez para mantener el estado de hecho y de derecho existente en un momento dado.

Las acciones de mera declaración pueden ser POSITIVAS o NEGATIVAS, ya sea porque persigan la declaración de existencia o la inexistencia de una cierta relación jurídica. Ejemplo de ellas es la declaración de hijo legítimo.

Forman categoría especial, puede decirse mixta, las acciones de

condena, pues si bien es cierto que exigen una ejecución también lo es que para llegar a esa fase requieran proceder previamente a una declaración" - para ver si es posible pronunciar la condena misma". DE PINA Y LARRANAGA han definido bien esta acción al decir que es aquella que tiende a obtener una sentencia destinada a ser cumplida o ejecutada perentoriamente; y que por eso se dice que el fin de la acción de condena es doble, puesto que -- con ella se aspira no sólo a la declaración del derecho, sino a la posibilidad de su ejecución.

Para la existencia de las acciones ejecutivas, precisa tener presente que el derecho debe ser cierto; es decir que el interesado debe poseer un "título ejecutivo", esto es, un documento que compruebe indiscutiblemente su derecho, sea una sentencia judicial, una escritura pública o cualquier otro documento que traiga aparejada ejecución.

Las acciones cautelares o conservativas se dan precisamente para aquellos casos en que entre la declaración del derecho y la ejecución pasa algún tiempo durante el cual debe mantenerse el estado de hecho o de derecho existente para evitar que sean violados los intereses privados protegidos por el derecho.

En un orden secundario, Rocco reconoce que según sea la naturaleza de la relación jurídica, objeto de la acción, puede ésta clasificarse en ACCIONES REALES y ACCIONES PERSONALES, conceptos derivados de la naturaleza real o personal del derecho; ACCIONES SUCESORIAS Y ACCIONES DE ESTADO, referentes a un derecho sucesorio o a un estado personal; ACCIONES MUEBLES y ACCIONES INMUEBLES, si el objeto del derecho es un bien mobiliario o raíz; ACCIONES CIVILES Y ACCIONES MERCANTILES, según que la relación sustancial -

sea civil o comercial. A las acciones que la doctrina antigua llamó MIXTAS, por no ser reales ni personales, concede Rocco muy relativa importancia.

## CAPITULO XV

### CLASIFICACION DE HUGO ALSINA

El distinguido profesor argentino, se preocupa en forma especial, al ofrecer su clasificación de las Acciones Civiles, de hacer notar que el derecho de reclamar la intervención del Estado en presencia de una lesión, o sea el derecho de acción es siempre de igual naturaleza; y que las diferentes categorías de acciones resultan de que no en todos los casos su objeto es el mismo, de que el derecho cuya protección se pide no siempre es necesario igual y de que dentro de la técnica procesal no se ejercitan de un solo modo ni a un mismo tiempo.

Según su objeto, esto es, según la clase de pronunciamiento judicial que con la acción puede pretenderse, resultan las siguientes categorías de acciones:

1.- DE CONDENA. Es la más común; persigue una sentencia que condene al demandado a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Requiere varias condiciones, que son: la violación de un derecho, que la cosa perseguida sea susceptible de cumplirse, ya que a nadie puede obligarse que haga lo imposible, y por último, que haya necesidad de la protección jurídica.

2.- DECLARATIVA- Es producto de una doctrina moderna alemana, adoptada inmediatamente por todos los países, que se concreta así: toda sentencia, aún la condenatoria, es declarativa, desde luego que contiene un reconocimiento

cimiento del derecho del demandante "Pero -dice el propio Alsina- la acción de condena requiere un hecho contrario al derecho y por eso la sentencia condenatoria tiene una doble función: no solo declara el derecho, sino que también prepara la vía para obtener, aún contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de una prestación."

Para la existencia de la acción declarativa no es necesaria la violación del derecho, basta con la existencia de un estado de incertidumbre sobre el derecho, y lo que interesa al actor en este caso es la declaración sobre existencia o inexistencia de una determinada situación jurídica aún cuando no sea seguida necesariamente de un proceso ejecutivo. La acción de reconocimiento de hijo es típica de esta categoría, al igual que el otorgamiento de título supletorio. Esta acción procederá solo siempre y cuando el actor tenga interés en un pronunciamiento judicial, positivo o negativo, sobre una situación jurídica incierta que le perjudique y no pueda aclarar en otra forma.

ACCION CONSTITUTIVA: es aquella que produce un nuevo estado jurídico que extiende sus efectos hacia el futuro. Puede ser: constitutiva de estado, como la interdicción, divorcio y nulidad de matrimonio; y constitutiva de derechos, como la que tiende a indemnizar el daño causado por un acto lícito.

Esta acción ha sido muy discutida dentro de la doctrina moderna, especialmente por Rocco; se hace notar que sus efectos no resultan de la sentencia sino de la cuestión misma que aquella resuelve; que la sentencia solo constata un hecho dudoso y, por consiguiente, es meramente declarativa. "El demandante, dice Alsina, no es tal, ni el hijo tiene este carácter

porque el juez se lo atribuya, pues ya lo era antes y la sentencia se limita a reconocerlo."

4.-ACCION EJECUTIVA. Su objeto es hacer cumplir, por medio de la coacción si es necesario, con las resoluciones judiciales definitivas o con las -- obligaciones contraídas mediante cualquier título que apareje ejecución.

5.- ACCION PRECAUTORIA. Consiste en la garantía de conservar inmutable - determinada situación jurídica o de hecho, dentro de un cierto espacio de tiempo, para evitar que el demandado pueda alterar esa situación en perjuicio del actor. De ahí resultan las providencias precautorias, embargo y arraigo, anotaciones preventivas, etc.

En orden a la naturaleza del derecho que protegen, las acciones son:

1)-PERSONALISIMAS, DE ESTADO o PATRIMONIALES. Son "Acciones Personalísimas" las que protegen los derechos de la personalidad, es decir, la integridad física, intelectual y moral del individuo. "De estado" las que se refieren a los derechos políticos y de familia, verbigracia, ciudadanía y filiación. "Patrimoniales" las que nacen de las relaciones, reales o personales, de contenido económico.

2)-PERSONALES, REALES y MIXTAS. Es la más importante, porque ha servido a todas las legislaciones para determinar la competencia de los - jueces. Considero innecesario volver sobre estos conceptos, que han sido expuestos con todo acierto por doctrinas anteriores. Es oportuno, únicamente hacer mención de las acciones que derivan de los derechos intelectuales, tales como patentes de invención, propiedad científica, literaria y artística etc. que caben dentro del derecho de propiedad y que en el as

pecto procesal, son considerados como acciones "personales".

3)-MOBILIARIAS e INMOBILIARIAS. Las cosas son muebles o inmuebles por su naturaleza, por accesión y por su carácter representativo. De esta noción resultan las siguientes acciones: a)-personales mobiliarias (obligación de entregar una cosa); b)-personales inmobiliarias (obligación de entregar un inmueble); c)-reales mobiliarias (reivindicación de una cosa mueble) y d)-reales inmobiliarias (acción reivindicatoria de inmuebles).

## CAPITULO XVI

### CONCLUSIONES

De todo lo que he expuesto sobre el tema de la acción me parece -- que es de importancia tomar en cuenta las doctrinas de don Eduardo J. Couture, en lo relativo a Acción y Derecho de Petición, las de don Niceto Alcalá Zamora y Castillo, como asimismo las enseñanzas del catedrático español Jaime Guasp.

Me permito sentar además las siguientes conclusiones:

- 1)-La Acción Procesal es AUTONOMA
- 2)-En consecuencia, INDEPENDIENTE del derecho material
- 3)-El derecho de Acción es PUBLICO
- 4)-Como una derivación de los puntos anteriores, puede darse el derecho de acción, aún en aquellos casos en que no se perfila el demandado, titular de una obligación, como en el de las llamadas acciones de simple apreciación o declarativas.
- 5)-Se da el derecho de acción, AUN CUANDO LA ACCION RESULTE INEFICAZ-O INFUNDADA.

- 6)-La eficacia o ineficacia de la acción, la determina la resolución del órgano jurisdiccional, al analizar los llamados -- elementos de la acción.
- 7)-EL OBJETO DE LA ACCION ES LA SENTENCIA o resolución del órgano jurisdiccional y el derecho de acción se concreta a provocar la función jurisdiccional del Estado, para que cumpla su finalidad.
- 8)-Debe garantizarse el ejercicio del derecho de acción mediante LA REGULACION DE LA RESPONSABILIDAD PROCESAL.
- 9)-El derecho de acción es CORRELATIVO DE UN DEBER DEL ESTADO - obligación jurisdiccional-que hace efectivo a través de sus - órganos.--
- 10)-Al realizar el Estado su función jurisdiccional, mediante el ejercicio de la acción, actualiza las normas jurídicas, realiza el derecho; en una palabra cumple su destino histórico.
- 11)-Puedo afirmar que la fundamentación de una clasificación correcta de las acciones civiles se encuentra en los tres elementos siguientes:
  - a)-Objeto
  - b)-Naturaleza del derecho
  - c)-Forma procesal.
- 12)-La clasificación no ataca la unidad de la Institución jurídica conocida como "DERECHO DE ACCION"; antes bien, hace resaltar su autonomía y contribuye a fijar mejor sus caracteres.
- 13)-Por su "OBJETO", las acciones son:

- a)-DE CONDENA
- b)-DECLARATIVAS;
- c)-EJECUTIVAS; y
- d)-PRECAUTORIAS.

14)-Por la "NATURALEZA" del derecho que protegen, las acciones son:

- a)-PERSONALES, REALES y MIXTAS, que pueden ser al mismo tiempo MOBILIARIAS e INMOBILIARIAS; y
- b)-PERSONALISIMAS Y DE ESTADO.

15)-Por su "FORMA" dentro del proceso, las acciones son:

- a)-ORDINARIAS
- b)-SUMARIAS
- c)-EJECUTIVAS; y
- d)-VOLUNTARIAS