

TEMA III. ACCIÓN Y PRETENSIÓN	77
I. DIVERSIDAD DE ENFOQUES EN CUANTO AL ESTUDIO PROCESAL DE LA ACCIÓN	77
1. La acción	77
2. Doctrinas monistas	78
3. Doctrinas dualistas	79
4. Relatividad del concepto de acción: sus relaciones con lo político	79
5. La acción como derecho cívico de petición	81
6. La pretensión: derecho y acto	85
7. La "acción" y la "pretensión" penales	87
8. Clases de pretensiones	89
a) Pretensiones de cognición	89
b) Pretensiones declarativas de condena	90
c) Pretensiones ejecutivas	91
d) Pretensiones constitutivas	91
e) Pretensiones "en defensa de intereses difusos"	92
Bibliografía	97

TEMA III

ACCIÓN Y PRETENSIÓN

I. DIVERSIDAD DE ENFOQUES EN CUANTO AL ESTUDIO PROCESAL DE LA ACCIÓN

1. *La acción*

La "acción", considerada desde un punto de vista jurídico, es un medio de promover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos intersubjetivos de intereses y derechos aparentes. Se trata de un medio indirecto, en oposición a la "acción directa" o autodefensa, proscrita, como sabemos (Alcalá-Zamora Castillo) como tal modalidad (Carnelutti, Calamandrei); la acción en sentido estrictamente jurídico, nació para que aquélla dejase de existir.

Los enfoques para el estudio de la acción y sus conceptos, han sido numerosísimos, tanto en el tiempo como en el espacio (si ambas nociones no se confunden).

En el uso jurídico común —decía Pekelis— el término "acción" se usa: ya como sinónimo del *petitum*, de la *res in iudicio deducta*; ya como sinónimo del hecho de la efectiva proposición de la demanda judicial (o de la querella); ya como el contenido de una defensa judicial; ya como el poder de proponer una demanda (o querella) judicial, aun cuando sea infundada e incluso aun cuando sea inadmisibile por razones preliminares; ya en el significado de poder proponer una demanda judicial (abstracto) sobre el fondo del asunto; ya en el sentido de la posibilidad de proponer con éxito una demanda (o querella) judicial obteniendo un pronunciamiento favorable (concreto); ya como sinónimo de derecho subjetivo sustancial; ya como basada en una diferenciación entre la misma acción y el derecho subjetivo sustancial; ..ya como un derecho subjetivo procesal; ya como derecho contra el adversario; ya como derecho frente a la persona del juez o del órgano judicial; ya en el sentido de una legitimación procesal activa. Algunas veces, además, y particularmente en las normas sobre prescripción, en las que se habla

de extinción de acciones, este término se interpreta... del modo más diverso según las tendencias, las escuelas y las opiniones. Se habla, finalmente, con muchísima frecuencia, de la acción no en general, sino específicamente de una acción determinada, o mejor, de acciones determinadas. Así, se clasifican las acciones: ya según el sujeto activo, y se habla de acción pública, privada, oficial, popular; ya según la actividad estatal que las mismas ponen en movimiento, y se habla de acción de cognición, de ejecución, de conservación, de acción declarativa de simple certeza, de acción de condena y de acción constitutiva; ya según su contenido u objeto y se habla de acción personal o real, petitoria o posesoria, mobiliaria o inmobiliaria; ya según las formas que asume su ejercicio, y se habla de acción sumaria, formal, plenaria, monitoria, etcétera.

Se trata, pues, de una extraordinaria maraña de doctrinas, cuyos posibles defectos están más que en lo intrínseco en lo extrínseco de cada una, en su ilación con la parte del derecho que queda fuera de las mismas.

Nos creemos en el deber de exponer al menos, una "agrupación" de tales doctrinas —recorrer el país viene después de "contemplar el panorama que ofrece"—; incompleta, pero "exposición".

2. Doctrinas monistas

Confunden la acción con el derecho material o bien eliminan a éste.

A) Hasta mediados del siglo XIX, predominó la doctrina que identificaba la acción con el derecho subjetivo material (doctrina derivada de Roma), en la que predomina la idea de este último (hasta Windscheid).

B) Ya (en plena torre de Babel) con respecto a la multiplicidad de doctrinas que, diferenciando a la acción del derecho subjetivo material, difieren entre ellas, aparece una doctrina —que es aprovechada por la política— que niega la existencia del derecho subjetivo. (Sobre todo Alemania, a partir de 1932; desarrollo de la doctrina política nacional-socialista). Se niega a la acción toda calidad de derecho subjetivo frente o contra el Estado, por negar también que éste cumpla en el proceso con un deber especial de protección, y sí, al contrario, con uno de tipo general (misión general de protección jurídica). Esta doctrina es una manifestación de la tendencia doctrinal —y política— alemana de "lucha contra el derecho subjetivo" (Seydel, Höhn, Volk-

mar, Franck y otros). Doctrina "monista" por eliminar la idea de derecho subjetivo quedando, por lo tanto, la acción aislada y a merced de la "voluntad del Führer".

Otra doctrina —de talante superior, muy distinta de la anterior— que también podría calificarse de monista en cuanto a la identificación de la acción con el derecho subjetivo material, es la derivada de estudios romanísticos modernos, según la cual, la acción —mejor dicho, la *actio*— sería la base y origen de todo derecho subjetivo; el *prior* fue la acción; su consecuencia, la creación mediante ella, del derecho subjetivo (Binder, Lois Estevez, D'Ors Pérez).

3. Doctrinas dualistas

(Que diferencia a la acción del derecho subjetivo material).

Impulsadas por la polémica entre Windscheid y Muther (en España, Vicente y Caravantes). Entre tales teorías —sin ánimo de enumerarlas exhaustivamente— se hallan:

A) La que fija la naturaleza de la acción como un derecho objetivo a obtener una sentencia (en abstracto) como tutela jurídica (Degenkolb y otros).

B) La que considera a la acción como un derecho subjetivo concreto, dirigido a obtener una sentencia favorable (Wach, Hellwig, Schmidt, Pohle, Schlosser).

C) La que fija ser la acción un derecho protestativo, bien dirigido frente al sujeto pasivo (Chiovenda), bien frente al Estado (en algún momento, Calamandrei).

Esta breve y muy incompleta relación (más completa, Alcalá-Zamora Castillo) demuestra la necesidad de adoptar un punto de vista determinado; para lo cual, estimamos indispensable partir de la observación de cómo evolucionó y evoluciona el panorama político y jurídico mundial.

Pensemos que los romanos, no distinguieron claramente la *res* de la *actio* (Wenger, Binder, D'Ors) y que ahora, todo ha cambiado. ¿Por qué?

4. Relatividad del concepto de acción: sus relaciones con lo político

La cuestión de saber si en la consideración de la acción debe prevalecer el aspecto político (Chiovenda) no puede resolverse en abstracto, porque todo se reduce a una especial manera de entender las

cosas. En todos los tiempos, el litigante, para obtener lo justo, acudió a los poderes públicos; pero no en todos los lugares y épocas se entendió de igual manera la importancia de este medio, lo cual, a su vez, depende del carácter de cada pueblo y de las condiciones político-sociales. Esto es, una de las importantes bases de partida se halla en que, el concepto de acción tiene matices no absolutos en el tiempo y en el espacio, sino *relativos*, como lo demuestra su evolución histórica al compás de las diversas formas políticas (Calamandrei). En efecto, toda doctrina sobre la acción ha de ser valorada en función de las relaciones existentes entre intereses públicos y privados; y el punto de equilibrio entre ambos, oscila históricamente, es inestable; se desplaza en combinación con la vigencia o decadencia de las diversas doctrinas políticas, ya que el problema de las relaciones entre el Estado y el individuo depende, para su solución, de cómo se estructura el primero; sin que el problema tenga tampoco solución absoluta (Calamandrei).

Por ello, si queremos que el concepto de acción no sea una construcción teórica sin trascendencia ni fecundidad práctica, es necesario darlo tomando como base un momento determinado de la historia, en el tiempo y en el espacio (Calamandrei); y el concepto que resulta sólo tendrá vigencia práctica en tanto la tengan las bases políticas que en tal punto se están desarrollando (Couture, arg. Niese, Alcalá-Zamora Castillo, Bartoloni Ferro, las diversas adiciones de Schönke; yo mismo me he visto sujeto a esa "relatividad", aunque he tratado de superarla, llegando en ocasiones al "obedecer pero no cumplir").

La relatividad histórica del concepto de acción, la centramos, no sobre el concepto o cada concepto en sí, sino considerada en cuanto a su fecundidad en un determinado "momento" y "lugar" de la historia. El concepto en sí, permanece con su fortaleza o debilidad, pero pasa o deja de ser fecundo prácticamente en contraste con la realidad histórica política. Y al dejar de ser fecundo un concepto determinado, es necesario, para no separarse de la realidad de la vida elaborar o aplicar otro (todo esto es aplicable también al concepto de jurisdicción: *cfr.* Calamandrei, Alcalá-Zamora Castillo, Fairén-Guillén), que quizás ya fue fecundo en otro estadio de la historia paralelo al actualmente aparecido, con algunos retoques de adaptación (la idea de los "ciclos" históricos). El concepto anterior, queda en reserva científica, total o parcial, pero no por ello deberá recluirse en la arqueología jurídica; pues posiblemente en otro "momento" o estadio histórico posterior pueda volver a ser útil; debe enviárselo a la historia, en calidad de "depósito" sin perjuicio de levantar éste cuando nos convenga por

razón de las circunstancias de todo orden, social, económico y político.

Peró el concepto así decaído en su fecundidad —y no ignoramos los peligros y la cautela con que se debe tratar el problema de las relaciones fundamentales, pese a todo, entre derecho privado y procesal (Niese)— es el punto de partida para la elaboración o aplicación de otro nuevo; el nexo de unión entre ambos nos lo da la tendencia política —hecha ley— en que también podemos determinar históricamente sus puntos de partida y objetivos. Y es también dicha tendencia política la que nos marca, al evolucionar, el comienzo de la decadencia en la fecundidad de un concepto (Satta).

Al aceptar la "relatividad del concepto de acción", estimamos haber evitado una no pequeña parte de las críticas de que han sido objeto las diversas doctrinas sobre la misma. Y para disminuir al máximo posible esa relatividad, estimamos que precisa "abstraer más el concepto de acción" eliminando del mismo, notas que, por responder a una finalística excesivamente concreta, pueden ser (y son) en cada momento histórico, sujetas a ataques. Incrementando la abstracción del concepto, es cierto que lo alejamos del campo del proceso; pero lo aproximamos a su verdadero "centro de gravedad": a la teoría general del derecho; desde donde puede irradiar mejor todas sus manifestaciones. No por ello quedamos los procesalistas exentos de la obligación de estudiar el concepto de acción confinándolo en otras parcelas del campo del derecho, alguna de las cuales, como el derecho político, hizo posible en el siglo XIX una investigación de la propia esencia del derecho procesal y ha suministrado fundamentales aportaciones a los conceptos de jurisdicción, presupuestos, principios, etcétera. El campo del derecho, no puede considerarse como dividido por fronteras rígidas y opacas.

5. La acción como derecho cívico de petición

Concebimos a la acción como el derecho a excitar la actividad jurisdiccional del Estado; se trataría de un derecho público subjetivo procesal; de "un derecho cívico"; se trata, en efecto, de un derecho comprendido entre los derechos del hombre, del ciudadano (Capograssi, Furno); en fin, es un derecho cívico.

Decía Joseph Kohler que la acción no es una emanación de pretensión precedente (luego examinaremos este concepto), pues sobre si es fundada o no, se ha de resolver en la sentencia. Tampoco es la expresión de un derecho general de accionar; es, sobre todo, emanación

de los derechos de la personalidad, pero sólo en la misma medida en que lo son los demás actos jurídicos; el accionar, es un derecho individual, como lo es el de andar, comerciar, etcétera.

De acuerdo con estas ideas, considerábamos y seguimos considerando a la acción como una manifestación típica del "derecho de petición" reconocido en las cartas constitucionales expresa o tácitamente (Virga, Couture, Fairén-Guillén). Es, en síntesis, el derecho —abstracto, bien entendido— de acudir a la autoridad jurisdiccional con el propósito de presentarle un conflicto intersubjetivo y pedir que lo resuelva. Y "tenga o no tenga razón el ciudadano, hay que concederle el acceso a los tribunales con la máxima generosidad" (Couture, Cappelletti-Garth); no puede ser arrebatado a nadie —pese a los obstáculos que se opongan (Cappelletti-Garth) —sin menospreciar la misma personalidad humana (Lois Estevez).

No olvidamos que en la Constitución española de 1978, aparece el "derecho de acción" en su artículo 24 —por cierto, con gran parecido con el concepto monista romano— y el "derecho de petición", diferenciado en su artículo 29; entendemos que se trata de un grave error, arrastrado de defectos en los estudios previos.

Pero debemos aclarar si se trata de "un poder jurídico" o de un "derecho".

Pese a definiciones positivas, si se considera a la acción como un poder genérico de derecho público, de garantía, otorgado por la Constitución, parece claro que la declaración hecha en ella reconociendo la posibilidad de "pedir" a las autoridades, no es un derecho completo, sino un simple poder (el art. 28 de la Constitución española, habla en futuro: "Todos los españoles *tendrán* el derecho de petición individual y colectiva. . . , en la forma y con los efectos que determine la ley"); no se resuelve en "pretensiones" hacia los otros sujetos, no se encuentra ningún sujeto de obligaciones frente a él; no se desarrolla allí en una relación jurídica particular y concreta (Virga, Couture, Esmein).

La evolución del "poder" hacia el "derecho" lo hallamos en la ley o leyes que desarrollen la Constitución y aun en alguna regla más de la misma. Entonces, el poder de acudir a los tribunales (y previamente, la misma idea de tribunales) se desarrolla y regula; se refiere a objetos en concreto (actuación de derechos o intereses determinados); se desarrolla en relaciones jurídicas concretas (no concebidas bajo el molde privatístico de la relación jurídica, sino en general) (Capogrossi) con respecto a quienes aparecen con una obligación correlativa (y recordemos que aquí nos referimos a "obligaciones" en sentido am-

plísimo; ya que en el proceso, lo que más aparecen, son cargas", *cfr. supra*).

La primitiva manifestación externa, inmediata y directa, de la capacidad jurídica, se torna con ello mediata y concreta (Santi Romano). Y tal como al primitivo poder genérico —constitucional— de poner en actividad a los tribunales, correspondía otro poder del Estado (la potestad, mejor dicho; la potestad jurisdiccional), una vez aquel poder concretado, y habiendo evolucionado hasta hacer aparecer un derecho a la prestación de un servicio público; habiéndose concretado a su vez la potestad jurisdiccional correlativa (Santi Romano, Zanzucchi), aparece, no el principio, sino ya la completa organización y desarrollo de ésta (la completa organización de los tribunales). Y éstos a su vez, cuando se ejercita por un ciudadano el derecho de ponerlos en actividad, aparecen como titulares de una obligación, nacida de dicha potestad; obligación, que, no es libre de absolver —como ocurre en materia administrativa, mediante la figura, ocasionada a abusos, del "silencio administrativo"— sino vinculada (Santi Romano, Carnelutti); obligación que se desarrolla en un doble sentido: a) interno, institucional, hacia el Estado, "por tratarse de un modo de ser" del mismo (Pekelis) por razón del concepto de prestación de una función pública (Santi Romano); b) externa, hacia la persona que solicite la entrada en acción del tribunal.

Si unimos estas notas (obligación del tribunal de actuar como tal") a la de la responsabilidad —incluso penal— en que puedan incurrir los jueces si no cumplen su obligación de actuar (aunque sea rechazando la petición, por faltar la pretensión, de que ahora trataremos), vemos que aquel primitivo poder constitucional, se ha transformado en derecho.

De este concepto general, abstracto, del derecho de acción, extraemos las ventajas de fijar un claro y fuerte vínculo entre el proceso y el plano general del derecho (Santi Romano) lo cual no es poco; y además, su aplicabilidad a todos los tipos de proceso.

El derecho de petición, se desarrolla en diferentes direcciones; se puede "pedir" al Poder Legislativo (tampoco aquí nos interesa); se puede "pedir" al Poder Judicial, a través de uno de sus órganos —un tribunal—; petición garantizada por las obligaciones y responsabilidades previstas para los jueces (art. 1º-7 del Código civil; responsabilidades administrativas, civiles y criminales previstas por las leyes procesales, la LOPJ y aun por el Código penal).

En el derecho de acción, naturalmente subyace siempre un interés; es necesario destacar esto, por haber quien (Liebman) atribuyendo

a la "acción" notas que para nosotros pertenecen a la "pretensión" (fundamentación, legitimación) dice que el juez debe rehusar, cuando falten tales requisitos; hay, para él, "carencia de acción", a proveer sobre el fondo de la demanda; el profesor Liebman denegaba el carácter de jurisdiccional de la actividad de los jueces que declarasen la "carencia de acción"; lo cual nos llevaba al peligro de que no se considerasen como procesos, aquellos que terminaba sin "entrar en el fondo —sustancial— del conflicto, por falta de legitimación" ("sentencias de absolución en la instancia") (posteriormente, Liebman cambió de orientación).

El problema "interés-acción" se clarifica si intentamos ver cómo hay interés en acudir a la administración de justicia siempre que se "acciona".

En realidad, bajo la capa de la "acción" hay dos intereses: 1º el —supuesto, aparente— del actor, frente al sujeto pasivo; y 2º, el existente entre el ciudadano "actor", decidido quizás a resolver el conflicto por medio de la autodefensa, expeditamente, y la comunidad, decidida a que el primer conflicto, se resuelva pacíficamente. Y al comenzar el proceso (pues la comunidad se halla amparada por la prohibición de la autodefensa del actor), resulta que dicho actor, se ha visto forzado a acudir al mismo, en vista de que tal autodefensa le está vedada; de aquí que, en "compensación" se le haya concedido el derecho de acceso a la justicia. Así, ha nacido el derecho de acción.

Mas una vez puesta en actuación, actividad, la función procesal, el interés del particular queda desplazado a un segundo lugar, y puede ocurrir perfectamente que de la "acción" provenga una resolución contraria al mismo, lo cual sucederá cuando tal interés sea antijurídico o menos protegible que el del sujeto pasivo. Y en todo caso, pasa a estar en primer término, el interés de la comunidad en que el conflicto se resuelva pacíficamente. Acaece aquí lo tantas veces ocurrido en la historia de la acción; que ésta adquiere un fin, fuera y sobre el fin particular perseguido por el agente privado (que utilizaba el proceso como medio). El interés en la pacífica solución del conflicto por medio del proceso, predomina siempre y se torna "interés-fin" (argumentado en Capograssi).

En resumen, la "acción" sirve mejor al interés en favor de la pacífica composición o arreglo del conflicto (interés que predomina siempre; luego la "acción" sola, triunfa siempre, en cuanto que el juez debe proceder como tal a su presencia) que al interés de fondo discutido.

De aquí que no estuviera desprovista de sentido la famosa frase que tuvo su gran época: "la acción como derecho a no tener razón";

lo que ocurre es que ese "no tener razón" se refiere a un elemento de la "pretensión" (la misma "razón" o "fundamentación").

6. La pretensión: derecho y acto

La consideración "casi clásica" de la "pretensión" como un "acto" y a su *prior*, la "acción" como un "derecho", ha originado la crítica de que no se puedan comparar las dos nociones, por su diferente entidad; pero en realidad, se ha olvidado que la idea de "pretensión" como "acto", envuelve su contenido de "derecho que se pretende", el cual derecho, aparecerá a través de los elementos de la pretensión que son *fundamentación y petición concreta* (amén de la *legitimación*, ya lo veremos); por lo que también se puede admitir como *posterius* al derecho de acción, un derecho de pretensión.

El derecho de acción, tal y como lo concebimos, se ha confundido frecuentemente con la pretensión por lo expresado; por A) haberse considerado a la pretensión por algunos autores, como un simple acto, pero sin atribuirle la nota jurídica correspondiente (la de "derecho", explicitando, concretando el de "acción"), y B) por el hecho de que en no pocos ordenamientos procesales se ejercita el derecho de acción, se le desarrolla mediante el de pretensión y ambos se condensan en un solo "acto procesal".

Mas en aquellos procesos en que está procedimentalmente diversificado el acto de ejercicio del derecho de acción, con respecto al acto de ejercicio de la pretensión completa (así ocurre con los procesos de desarrollo "oral" en cuanto al fondo, pero con un tracto "preliminar" en el que se limitan a admitir el ejercicio del derecho de acción y a "preparar" el ejercicio de la pretensión; tal es el ejemplo del "juicio verbal" —de ínfima cuantía, civil— español; del proceso de trabajo; en parte, del proceso contencioso-administrativo; del proceso civil austriaco, etcétera), *la diferencia se aprecia* con claridad; no hemos dicho en balde "que la acción triunfa siempre" y que no ocurre así con la pretensión.

Al derecho de pretensión —secuencia, desarrollo concreto del derecho de acción— hay que atribuir las notas esenciales —para que triunfe— de *fundamentación de legitimación y de petición concreta*.

(No deseamos complicar esta breve exposición, tratando de la "legitimación para ejercitar el derecho de acción"; como éste se atribuye a todos los ciudadanos, la "legitimación" para pedir y obtener que "un tribunal o juez actúe como tal" corresponde a todos).

· Pero la eficacia del *derecho a pretender*, está condicionada por la *legitimación en concreto*; esto es, por la necesidad de que el que "pretende" se halle en determinada relación con el interés que alega como violado.

También la *fundamentación* o "razón" —y esto es muy importante— es nota de la pretensión.

· Es obvio que en la práctica, cualquier persona, aunque no esté legitimada, puede formular una demanda ("acto de pretender" exteriorización del "derecho a pretender"); hasta que se pruebe su falta de legitimación habrá proceso.

· Y también se puede concebir una demanda sin fundamentación (o de simple carácter orientador, preliminar).

· Y entendemos que, concibiendo a la acción como el simple derecho de petición (en su manifestación dirigida a los tribunales), aunque éstos la rechacen "por falta de datos sobre el conflicto de intereses a que ha de referirse", *ya han llevado a cabo una actuación procesal eficaz*; el tribunal, se ha constituido como tal, ha escuchado al ciudadano y ha resuelto sobre su petición (aunque no tuviera contenido *ius-material*, que en determinados ordenamientos y procesos puede venir más tarde); acción y pretensión, se siguen en orden lógico y, en algunas ocasiones, incluso cronológico, pero no deben confundirse.

· Lo que ocurre —y ya anticipamos— es que, haciendo volver al concepto de acción al lugar de su nacimiento —al derecho constitucional— si se contempla a la pretensión tan sólo como un "acto", se ignora el contenido de dos de sus elementos esenciales: la fundamentación y la petición concreta. Aquí es donde aparece la naturaleza de la pretensión —prescindiendo por un instante del importante acto por el que se manifiesta— como derecho.

· Si el derecho de acción, es el de "obtener una actividad jurisdiccional, cualquiera que sea su contenido" el de pretensión procesal, es el de "que se efectúen todos los actos necesarios para el reconocimiento del derecho" (así para Carnelutti, era "un desarrollo del derecho de acción"); esto es, un derecho a obtener "actos procesales" hasta la sentencia y su ejecución [derecho abstracto, sea la sentencia favorable o desfavorable; se ha supervalorado la famosa frase "derecho a no tener razón" (Chiovenda) o "derecho a hacerse dar la razón aunque no se tenga" (Levi)].

· Si la acción, para existir como derecho, no precisa sino una simple "aparición" de interés jurídico o derecho, la pretensión, para prosperar siendo acogida en la sentencia, precisa de una "evidencia" transformada en "existencia de ese derecho material" (Wach, Sauer).

En resumen: "Derecho de acción": de naturaleza constitucional; de acudir a los tribunales para que efectúen aunque sea una sola actuación de tal tipo —ponerlos en movimiento, aunque no se determine claramente su dirección—. "Derecho de pretender": una vez el tribunal ya actuando jurisdiccionalmente, se exhiben ante él, la legitimación en concreto, la fundamentación o razón, y la petición concreta que se deduce. "Acto de pretensión": puede ir unido al del "acto de ejercicio del derecho de acción" aunque lógicamente sea subsiguiente a él (lo primero es "poner en marcha" al vehículo; una vez "puesto en marcha" se adopta la dirección que interesa); pero también ambos actos pueden estar procedimentalmente separados.

7. La "acción" y la "pretensión" penales

Esta concepción del *derecho de acción* puede aplicarse al *proceso penal*, en el que, las diferencias halladas con respecto al civil, corresponderían en realidad a *diferencias entre las pretensiones civil y penal*.

No obstante, la enorme amplitud de la legitimación activa concreta en algunos procesos penales [los de la llamada "acción popular", como lo es el español, artículos 101 y 270 de la LECRIM vigente, y después (cronológicamente, como es natural) el artículo 125 inciso primero de la Constitución de 1978, según el cual, "todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla" —artículo 101— "sean o no ofendidos por el delito" —artículo 270 LECRIM—] nos preocupa, en el sentido de que, posiblemente deberíamos, en cuanto a la titularidad y ejercicio del derecho público de "acción y pretensión populares", avanzar un paso más en el "iter" progresivo de los derechos públicos subjetivos, no sólo hasta el *status civitatis* de Jellinek, el derecho cívico (como tal hemos clasificado al de acción en general), sino a un nivel más alto de participación del pueblo, el *status activae civitatis* —es un derecho de soberanía— ya que el ciudadano particular que ejercita la "acción y pretensión penales" se halla incluido en el "ejercicio privado de una función pública" (argumentado en Jellinek, Zanobini) —la función de acusar.

Más aún en este caso, el "derecho a sustituir al agente del Ministerio Fiscal" (esto es, la adquisición *ope legis* de legitimación activa, abstracta —acción— y concreta —pretensión— para intentar o pretender el iniciar un proceso penal y pretender la imposición de una pena) sería una nota de la pretensión penal y siempre se basaría en un derecho cívico, que el mismo Estado, al conceder la Constitución

y la ley procesal penal el derecho a querellarse (en el sentido español de la palabra) promueve al grado superior, del *status activae civitatis*.

Por semejante camino se podría hallar la solución al problema suscitado por el hecho de que el mismo Ministerio Fiscal español tenga la "función" (artículo 3º-4 del Estatuto del MF, de 30 de diciembre de 1981) de promover el proceso penal "por delitos públicos" —que son casi todos— (más bien sería un espacio de "obligación" o mejor, una "potestad") pues su origen histórico y lógico (como los casos de una "denuncia" obligación de las del artículo 159, en relación con la presentación de la misma ante un juez competente, artículo citado y ss. LECRIM, que entendemos constituyen un ejercicio del derecho de acción) se impostaría en un derecho cívico, sustituido, a efectos del mayor vigor en la represión de los delitos, por una atribución de autoridad, base de tal potestad (Santi Romano, Carnelutti).

Queda por ver la *iniciación del proceso penal de oficio*, aludida por los artículos 106, 303 (308) y 638 de la LECRIM. Por un "momento" muy corto, todo el sistema expuesto se trastorna, ya que ha hecho su entrada en escena el sistema inquisitivo en su máxima expresión. El "forzamiento" del concepto de acción, proviene de ello.

Y ningún concepto de acción de los aquí manejados es servible para un régimen inquisitivo que todo lo subvierte.

El juez en tales condiciones —en el caso de "tener noticias de la perpetración de un delito"— podrá practicar diligencias urgentes —cautelares (pero hay que entender que no podrá dirigir ninguna imputación de tipo precondenatorio contra nadie)—; mas, para evitar este anómalo estado de cosas, debe poner en cuenta la noticia del delito *inmediatamente* en conocimiento del fiscal de la respectiva audiencia (artículo 308 LECRIM), el cual, debe "ejercitar la acción penal" (artículo 3º-cuatro del Estatuto del MF y 781 LECRIM, Ley de 28-12-88). Así, pues, en el caso en que se estimase que el juez ha ejercitado la acción "ante sí mismo", no cabe otra explicación que, la de estimar que por la comisión de un delito de cuyo conocimiento sólo participa él (no hay denuncia, ni querella, ni la policía actúa), por un momento "todo el ordenamiento jurídico, en estado de necesidad se vuelve hacia el sistema inquisitivo". Pero este "momento", repetimos, es muy corto, ya que "inmediatamente" el citado juez pondrá en conocimiento del MF la "noticia criminal" y éste habrá de acudir a la acción penal.

"Estas personas —decía Warlomont refiriéndose entre ellas a los jueces— tienen derecho, no de participar en el ejercicio efectivo de la acción pública, pero sí de ponerla en movimiento sin el concurso

del Ministerio Fiscal"; y con ello "no se puede dudar de que contribuyen en algún modo" a "la acción para la aplicación de las penas".

8. Clases de pretensiones

Como hemos atribuido a la pretensión el papel de desarrollar en un determinado sentido —como derecho— al abstracto de acción, las notas sobre las clásicas clasificaciones de las acciones, las atribuimos a las pretensiones; de ahí la necesidad de observar en "qué dirección" va el proceso, y de ello induciremos la clase de pretensión de que se trate; y a cada tipo de pretensiones, corresponde un tipo de proceso, naturalmente.

Como el tipo de proceso a seguir, depende del tipo de pretensión que se ejercite —el proceso es secuencia del ejercicio sucesivamente lógico, de dos derechos, como se ha visto; el de acción y el de pretensión— comenzaremos por exponer la clasificación de las pretensiones (ya que de acción sólo hay un tipo fuera de lo inquisitivo).

1) La clasificación primaria de las pretensiones, da lugar a tres tipos: las de "cognición", las de "ejecución" y las "cautelares".

a) Pretensiones de cognición

Conforman la fase dialéctica, de discusión, del conflicto transformado en litigio. Mediante ellas, el actor "pide" —"pretende"— que se le reconozca un derecho o interés jurídico; a la parte pasiva corresponde al "oponerse", la "resistencia" a la "pretensión"; ambas intentan elevar las respectivas "apariencias de derecho o de interés jurídicamente protegibles" por medio de las pruebas, a la categoría de "evidencias de existencia"; las cuales serán el contenido de la sentencia. En tal fase se manifiesta del modo más amplio el principio de contradicción (salvo excepciones que se van a citar).

Pero estas pretensiones, dentro de intentar una "declaración", pueden tener un alcance diferente —alcance que se plasmará en la sentencia si prosperan y así surgen:

a) *Las pretensiones de mera declaración.* Se trata en ellas de intentar —y de conseguir, si la sentencia las admite— la simple declaración de la existencia de un derecho (o de un hecho); a) —pretensiones declarativas *positivas*— o la inexistencia de los mismos; b') —preten-

siones declarativas *negativas*— con el carácter vinculante entre partes y causahabientes que la sentencia señale.

Agotan su fuerza con esta “declaración” jurisdiccional; sin que se excluya algún efecto ejecutivo ligado íntimamente a la fehaciencia de la declaración jurisdiccional, como lo puede ser su anotación en algún registro público.

Dentro del subgrupo de las pretensiones declarativas negativas, se hallan, a su vez, dos especies: a”) las “pretensiones contra la jactancia”, recibidas del Derecho Romano por las *Partidas* (III, 2, 46), que se conceden contra la persona que se “jacta” de tener un derecho, sin pasar de una expresión oral o escrita; si prospera, “se le condena a perpetuo silencio” sobre su jactancia; y b”) las “pretensiones contra jactancias que excedan de lo verbal o escrito y que atenten contra la posesión” (Prieto Castro); en tal caso, tal subespecie, rebasa —si prospera, naturalmente—, el efecto declarativo negativo, y puede precisar medidas ejecutivas (por ejemplo, las necesarias en el caso de la pretensión interdictal de retener la posesión, artículos 1651, 1652-2* y 1657 LEC; las consecuentes al proceso del artículo 41 de la Ley hipotecaria).

b) Las pretensiones declarativas de condena

Se trata de obtener mediante ellas, una “declaración” judicial, que precisa ser puesta en práctica, mediante una *ejecución*, también judicial, de diferente tipo, según se trate de condena civil, a hacer, deshacer, no hacer, entregar dinero o cosa específica; o penal, de condena a una pena, a ejecutar por la Administración bajo la autoridad jurisdiccional (actualmente, de los “jueces de vigilancia penitenciaria”).

Dan, pues, lugar, a un proceso integrado por dos estadios; el primero, “declarativo”, y el segundo —siempre es la misma fuerza la que lo mueve, la misma pretensión— “ejecutivo”.

Y ya sabemos que la “ejecución”, en materia no penal, puede ser voluntaria, en cuyo caso, el condenado, se evita su sumisión a la “ejecución forzosa” mucho más desagradable (es la que llamamos, *supra*, “ejecución contingentemente forzosa”); por el contrario, la ejecución en materia penal, es *siempre* forzosa (“ejecución necesariamente forzosa”), salvo los casos en que las leyes autorizan su suspensión por móviles de política criminal (condenas condicionales).

c) Las pretensiones ejecutivas

Basadas en la *actio iudicati* romana. Inician directamente una ejecución procesal, sin previo estadio procesal declarativo. Son raras en la actualidad; el "título ejecutivo" por excelencia, es la sentencia obtenida tras el proceso declarativo, el cual, así, pasa a ser sólo una primera parte del total (declarativo + ejecutivo = satisfacción jurídico-procesal). Pero existen otros títulos ejecutivos (los contractuales, etcétera) que pueden dar lugar en algunos casos a "una ejecución forzosa directa" (los procesos documental y monitorio; este último, en auge), aunque no impiden una "oposición" —incluso *ex post factum* de dicha "ejecución"— por medio de un proceso declarativo en sentido opuesto a la citada ejecución y promovido dentro de un plazo determinado; así pues, no son procesos ejecutivos "puros".

d) Las pretensiones constitutivas

Intentan la creación, modificación o extinción de un "estado" jurídico; o bien, si ese "estado" tiene constancia previa legal, pero vaga o demasiado abstracta o incompleta, por medio de tales pretensiones, se "determina", se "concreta" dicho "estado" (Prieto-Castro).

Las pretensiones constitutivas —que, según una tendencia doctrinal, no crean derecho, sino que solamente *declaran*, al ya preexistente en una ley— pueden ser, a los citados efectos, *voluntarias* y *obligatorias*.

a') *Voluntarias*, cuando el nuevo "estado" jurídico pueden crearlo los ciudadanos (o modificarlo, o extinguirlo) por otro medio que no sea el proceso (por ejemplo, la rescisión de contratos bilaterales, la creación de servidumbres privadas, la anulación de actos jurídicos cuando para ellos no rija el *ius cogens*) (Araujo Cintra, Pellegrini, Dinamarca, Prieto-Castro).

b') *Obligatorias* (o *necesarias*). Cuando se trate de la constitución y (sobre todo) de la modificación o extinción de estados jurídicos amparados por *ius cogens* y de tal importancia social, que el Estado *exige* para su modificación o extinción, la intervención jurisdiccional en cuanto haya divergencias (separación conyugal, anulación de matrimonio, imposición de pena) o ciertas indefensiones (incapacitación).

Los efectos que surte la admisión de tales pretensiones, son de doble carácter: 1) los de cosa juzgada propios de todas las sentencias; declaran el derecho del actor a la alteración jurídica, y 2) constituyen, modifican o extinguen *erga omnes* el estado jurídico, bien *ex tunc*, bien *ex nunc*.

Las pretensiones constitutivas, se hallan muy desarrolladas en la actualidad; por ejemplo, en materia de trabajo o de arrendamientos.

Como siempre está planteado el problema de la insuficiencia de las leyes, estas pretensiones plantean también el problema de la "normatividad de la jurisdicción", esto es, el de la posibilidad de los órganos jurisdiccionales de legislar (o bien, por lo menos, de formar "fuentes de derecho") (Cappelletti). Si el problema está resuelto positivamente en cuanto a ciertos tribunales superiores de los países anglosajones (el *stare decisis*, con efectos *erga omnes*) y lo mismo en ciertos tribunales superiores de Suecia y Finlandia, *está resuelto de modo expreso y positivamente en España*, en donde ya hemos visto que la jurisprudencia es fuente de derecho, interpretando el artículo 1º-6 del Código civil según su "exposición de motivos" que atribuía al Tribunal Supremo en su "doctrina" *cierta trascendencia normativa*; y ello se extiende de modo un tanto vago, y por lo tanto peligroso (argumentado en Cappelletti) a otros tribunales y sus sentencias, según argumentos a extraer del nuevo artículo 1692-5º de la LEC (Ley de 6-8-84).

La misma solución tiene el problema en cuanto a las sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional: "tendrán el valor de cosa juzgada... y producirán efectos generales" (artículo 38-1 de la L.O. del Trib. Constitucional de 5-9-79).

E idéntica solución —de "creatividad de la jurisdicción"— tiene el problema en cuanto a España como perteneciente a la Comunidad Económica Europea, en la que los principios de aplicabilidad directa del derecho comunitario y de su preeminencia con respecto a los derechos nacionales, han llevado, en su caso de conflictos entre aquél y éste, a una nueva jerarquía de las normas, con una forma subsiguiente de control judicial de la validez, con referencia a la Comunidad, de las leyes (por el Tribunal de la Comunidad); este control, se basa a menudo en normas comunitarias vagas y programáticas, lo cual implica un grado de "creatividad" de dicho tribunal, cierto... y análogamente, el TEDM.

e) Las pretensiones "en defensa de intereses difusos"

Son una consecuencia —hasta cierto punto peligrosa, pero que se disputa necesaria— de la "manifestación" de las relaciones humanas; un acto de una sola persona, puede afectar a gran número de otras, que no se hallen constituidas jurídicamente de modo que se puedan defender (o atacar) en juicio del mismo modo que en un tipo de proceso clásico, que resulta así, inadecuado para tales situaciones [por ejem-

plo, la contaminación de las aguas por una sola persona —física o jurídica— puede hacerlas inutilizables para una colectividad de límites enormes, insospechados; una falsa información divulgada por un solo medio de información, sobre la situación de una gran sociedad mercantil (una “difamación extrajudicial”) puede perjudicar a un gran número de accionistas de la misma; si el fenómeno se propaga, incluso puede provocar un “pánico en Bolsa” que arruine a millones de personas. . .]. De aquí, de esta masificación, el que aparezca este tipo de pretensiones (que no tienen por qué ser forzosamente constitutivas; puede ser declarativas de condena). Se hace preciso crear, para esa “masa de intereses difusos” una *legitimación especial*, a fin de que puedan actuar en juicio (los “demandantes ideológicos” o “defensores privados del interés público”), que estarán en juicio incluso en favor de partes ausentes y “actualmente desconocidas”; las sentencias que admitan tales pretensiones, pueden dar lugar a indemnizaciones en favor de personas que incluso ignoran la existencia de aquel proceso, y que puedan ser hasta millones. . . problemas difíciles de resolver acudiendo a la tradicional “cosa juzgada”, y mejor, a “los efectos constitutivos” en favor de una pluralidad de personas que se hallen en la misma situación jurídica. Esta creación, ha sido más jurisprudencial que “legal” (Cappelletti, Taruffo, Denti, Smit, Saur, etcétera).

2) Otra clasificación de las pretensiones de alta importancia, lo es, en *penales y no penales*.

Recordemos que, en tanto que el “proceso no penal” es un instrumento de utilización no necesaria para obtener satisfacciones jurídicas, la “pena” solamente se puede imponer *previo proceso*; la potestad de penar, la monopoliza el Estado.

De ahí, que la pretensión penal en sí, tenga, a) caracteres declarativos de condena, y b) constitutivos, *erga omnes*; no se ha infligido una pena a “X” tan sólo con respecto a un querellante particular, sino con respecto a toda la comunidad social. Ese “status” de condenado, es general. Y lo mismo, el del “absuelto” de la comisión de un delito (argumentado en artículo 638 LECRIM), por el tribunal competente (siempre, el principio del “juez legal”).

3) Una tercera clasificación (un tanto olvidada o erróneamente interpretada, por error en la interpretación de su elemento histórico) lo es, en “pretensiones sumarias y plenarias”.

Son *pretensiones plenarias*, aquellas que envuelven la *totalidad* del conflicto hecho crisis (aun en las partes en que su solución sea difícil y por lo tanto, laboriosas y aún largas, y no haya hecho “crisis” en

determinadas facetas); por lo tanto, las sentencias que las acojan o rechacen, versan, *sobre todo el conflicto*, y quedando protegidas totalmente por la fuerza de cosa juzgada, no pueden ser reiteradas ante los tribunales (o de serlo, serán rechazadas inexorablemente, una vez que se comprueba sus "identidades" con la anteriormente resuelta).

Son *pretensiones sumarias*, aquellas en que, por determinadas causas (urgencia, necesidad grave, etcétera), sólo versan *sobre una parte, un "segmento" del conflicto*; sobre aquel, que ha hecho "crisis", exactamente y que urge resolver. Por lo tanto, la sentencia que las acoja, solamente extenderá sus efectos a aquella parte que fue objeto del proceso; y contra tales sentencias, cabrá interponer una *pretensión plenaria*, en la cual se trate de *todo el conflicto*, profundizando más, naturalmente; de lo cual se deducirá que la sentencia que en él recaiga, puede "envolver" y aun dejar sin efectos a la recaída en el anterior proceso sumario (Fairén-Guillén; en parte, Guasp).

Ejemplos de "pretensiones", "juicios" y "sentencias" sumarias, los tenemos en el llamado "juicio de alimentos provisionales" (artículos 1609 y ss. LEC., y especialmente 1617); en los llamados "interdictos posesorios" (artículo 1651 y ss. LEC. y especialmente el 1658); el llamado "juicio ejecutivo" (artículo 1429 y ss. LEC. y especialmente el 1479 y 1544 y ss. y especialmente el 1558 LEC). Pese al texto anticuado de la LEC. "hay cosa juzgada" en las sentencias subsiguientes a tales juicios, pero sólo se extiende a aquello que en los mismos fue tratado, esto es, es "limitada" a un solo "segmento" o "porción" de la relación jurídica conflictual.

Para lograr esta "brevedad", se limitan las alegaciones y los medios de prueba —de lo cual resulta una "abreviación", una "mayor rapidez" del procedimiento; por lo cual, también se ha utilizado —sobre todo históricamente—, y de ahí viene la confusión— la terminología "sumario" y "plenario" para los "juicios largos, extensos" o para los "juicios breves" en el tiempo. A nuestro entender, los "juicios breves" —y se tiende a "abreviarlos" a todos; es una aspiración general de la humanidad, de la que ya hemos hablado— si tratan de *todo el conflicto* (y por lo tanto, no cabe sobre sus sentencias un juicio posterior aún más amplio), deben llamarse "juicios" o "procesos" "plenarios rápidos" (Fairén-Guillén).

4) Debemos también distinguir entre pretensiones de fondo e instrumentales; las primeras, tienden a resolver un conflicto —hecho "crisis", litigio— de intereses o derechos sustanciales; las segundas,

tienden a asegurar el normal desarrollo de las primeras, y se extingue su fuerza al dictarse sentencia sobre el fondo.

Se trata de las *pretensiones cautelares*. El proceso sobre un objeto determinado (sea cual sea), *tiene una determinada duración*; durante el curso de la misma, puede haber "peligro" para las personas o las cosas por él afectadas (el *periculum in mora*); para evitar ese "peligro por la demora", existen las pretensiones cautelares.

Son sus caracteres específicos, como presupuesto, la existencia del *periculum in mora*; su provisionalidad —sólo hasta que se resuelva definitivamente sobre el fondo del conflicto, al máximo; su alterabilidad (puede aumentarse su intensidad o disminuir, al compás del aumento o disminución del peligro), esto es, el actuar *rebus sic stantibus*; de ahí que se diga que las resoluciones que sobre ellas recaen, no surten efectos de cosa juzgada, que las haría inmutables; sí que los surten, pero tan sólo mientras su situación básica *no se altera*; para ser admitidas, no precisan basarse en un título incontrovertible (ya que se conceden en "espera" de ese título, de esa sentencia), sino en una prueba *prima facie*, no rotunda (*fumus boni iuris*). De ahí que, sólo una vez adoptadas *inaudita pars* (y ello se hace con mucha rapidez, para evitar los "peligros en la demora") aparezca el clásico principio de "audiencia bilateral" o de "contradicción" a la persona que ha sido sujeta, en sí misma o en sus bienes, a tales pretensiones.

Estas pretensiones cautelares aparecen en toda clase de procesos, y hay tendencia a multiplicarlas, para responder a la cada vez mayores casuísticas de "peligro" a que la sociedad moderna debe hacer frente; así, en materia civil, por ejemplo, aparecen las "cauciones", los embargos preventivos de bienes, los secuestros de los mismos; la administración forzosa de bienes; la intervención de la administración de los mismos (por parte del juez); las "intimaciones" a no hacer "algo"; y finalmente, como las leyes no pueden prever todas las posibilidades sociales de "peligro civil" mientras hay proceso pendiente, aparecen "las medidas indeterminadas", carta en blanco a los jueces para que, a tenor de situaciones fácticas que no han sido previstas específicamente por la ley, adopten la medida específica correspondiente (otro aspecto de la "creatividad" de la jurisdicción).

Con respecto a las personas, en materia no penal, hay pretensiones cautelares para asegurar a las personas durante el desarrollo de un proceso de fondo; así, es necesario "asegurar" a los hijos menores de un matrimonio durante el proceso de divorcio, separación o nulidad matrimonial, confiándolos provisionalmente a uno de los cónyuges o

incluso a tercera persona; es necesario, durante un proceso de incapacitación de una persona, asegurarla, poniéndola bajo custodia de otra, en evitación de los perjuicios que ella o sus bienes puedan correr.

Pero las pretensiones cautelares personales de mayor entidad, las hallamos en el proceso penal. Es necesario, en tanto se dilucida en el proceso sobre el fondo —sobre el delito en general— adoptar medidas provisionales que garanticen que, en caso de imponerse una pena por la correspondiente sentencia, el imputado, no habrá huido ni habrá cometido otro delito; de ahí que se adopte como medida —secuencia de la correspondiente pretensión, aunque puede adoptarse *ex officio*, inquisitivamente (*cfr. supra*, sobre la acción)— la de “prisión provisional”, la cual, puede tener —y debe tener varios grados de intensidad, según la gravedad de los “motivos”; de “prisión atenuada” —domiciliaria—; de “prisión abierta” —con posibilidad de salidas del establecimiento, para trabajar, etcétera—, y a la inversa, puede agravarse —“prisión incomunicada”; puede ser sustituida por una ecuación dineraria —libertad “bajo fianza” o ser “incondicional” (“sin fianza”), cuando por la gravedad del supuesto delito se considera por el legislador que no debe concederse bajo ninguna suma o caución, una atenuación de la prisión o su transformación en una medida más leve, etcétera (el ordenamiento francés, regula una serie de “medidas de control judicial” cuya multiplicidad debería ser adoptada en España; pero... precisan de una organización, de una “estructura” básica muy cara para que funcione bien) (Fairén-Guillén); se prevé su creación en España (Recomendación núm. R (80) 11, de 27-6-80, del Comité de Ministros de Europa).

Y también, en materia penal, aparecen las pretensiones cautelares no personales; así “la fianza personal”, de un tercero solvente; las “fianzas económicas”, dinerarias, llevadas hasta el extremo de su mayor facilidad para ponerlas en práctica; el “aval bancario” de la solvencia del imputado (sólo en casos determinados).

Y, lo mismo que en materia no penal, cuando el proceso sobre el fondo termina, la pretensión cautelar deja de surtir efectos; o bien se eleva a definitiva (la prisión provisional, pasa a ser “definitiva” si la sentencia es de condena, computándose a los efectos de la privación de libertad, el tiempo que el condenado pasó en “prisión preventiva” —cuya duración máxima prevén las leyes, para evitar daños inútiles e impulsar a los jueces a la diligencia en el despacho de los procesos— o bien cesa, el “embargo preventivo” de bienes, pasa a ser “embargo ejecutivo” —si la sentencia civil fue de condena a entrega de dinero;

y se provee a la venta de los bienes embargados para obtener el dinero a entregar al vencedor; etcétera. Y si la sentencia no es conforme a la pretensión de fondo sino de absolución, la medida cautelar queda sin efecto y el preso en libertad; el que estuvo sujeto a ella, puede acudir a pretender una indemnización de daños y perjuicios, incluso del Estado (artículo 292 y ss. de la LOPJ de 1º de julio de 1985).

BIBLIOGRAFÍA

WINDSCHEID, *Die "actio" des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*, 1856; MUTHER, *Zur Lehre von der römische "actio", dem heutigen Klagerechts, der Litiscontestation und der singular succession in Obligationen*, 1857; WINDSCHEID, *Die "actio"; abwehr gegen Dr. Theodor Muther*, 1857 (en España aparece el moderno concepto de acción en VICENTE Y CARAVANTES, *Tratado*, cit., 1856-1858); Cfr. WACH, *Manual de derecho procesal civil* (1885; trad. esp. Sentis Melendo, 1977, I); "Der Rechtsschutzanspruch", en *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess*, vol. 32; "Der Feststellungsanspruch", en *Estudios en honor de Windscheid*, 1880; HELLWIG, *Klagerecht und Klagemöglichkeit*, 1905; *Anspruch und Klagerecht*, 1900; *System*, cit. t. I.; STEIN (Friedrich) "Die Voraussetzungen des Rechtsschutzes insbesondere bei der Verteilungslage", en *Estudios en honor de Fitting*, 1903. Aparecieron naturalmente, críticas contra esta tendencia a mostrar a la "acción" como un derecho subjetivo de tipo concreto, dirigido a la obtención de una sentencia favorable; así, KOHLER, "Die sogenannte Rechtsschutzanspruch", en *ZZP*, vol. 33; el mismo "Über Einlassung und Klagerecht", en *Gesammelte beiträge*, Berlín 1894; BÜLOW, "Die neue Prozessrechtswissenschaft und der System des Zivilprozessrechts", en *ZZP*, vol. 27; "Klage und Urteil. Eine Grundfrage des Verhältnisses zwischen Privatrecht und Prozess", *ZZP*, vol. 31; el mismo Fr. STEIN en la 11 ed. de los grandes comentarios a la ZPO (colección comenzada por GAUPP), 1913, vol. II; STEIN-JUNCKER, *Grundriss des Prozessrechts und des Konkursrechts*, 3ª ed., 1928; GOLDSCHMIDT (J.), *Der Prozess als Rechtslage*, 1925; *Derecho justicial material* (trad. esp. Grossmann) *RDPPr Arg.* 1946-I; *Teoria general del proceso*, Barcelona, 1936; *Problemas jurídicos y políticos...*, cit. 1935; SCHÖNKE, "La necesidad de tutela jurídica", *Revista Jurídica de Córdoba*, 1949; BELING, *Derecho procesal penal*, cit. (trad. esp. Fenech); ROSENBERG, por ejemplo, la 4ª ed. de su libro *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, 1949; ROSENBERG-SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, 12 ed. 1977.

En defensa de Wach, cfr., por ejemplo, SCHABAD, *Rechtsschutzanspruch und Urteil*. Zürich, 1916.

Consideran así la "acción" como un derecho subjetivo a la obtención de una sentencia "en abstracto", DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm*, 1877; U. ROCCO, *La sentencia civil* (trad. esp. Ovejero, 2ª ed.), México, 1945; ZANZUCCHI, *Diritto Processuale civile*, 4ª ed., 1946; ULLMANN, *Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts*, 1893.

Sobre las razones del predominio de la doctrina monista de la acción hasta el siglo XIX, muy interesante, LIEBMAN, "L'azione nella teoría del proceso civile", en *Scritti in onore di Carnelutti*, *cits.* II [hay trad. esp. de Fairén-Guillén, en *Revista Legislativa y Jurisprudencial (Foro Gallego)*, La Coruña, 1949].

Las doctrinas germánicas fueron reunidas y criticadas por CHIOVENDA en *L'azione nel sistema dei diritti*, 1903 (también en sus *Saggi di Diritto Processuale civile*, 1940, hay trad. española de Sentis Melendo, *cit.*, *supra*), considerando a la "acción" como un "derecho potestativo". En Italia, *cfr.*, además, por ejemplo, CARNELUTTI, "Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni", en *Studi in onore di Chiovenda*, sep. 1937; E. BETTI, "Ragione ed azione", en *Riv. Dir. Proc. civ.* 1932-I; PEKELIS, "Azione" en *Nuovo Digesto Italiano*; CALAMANDREI, "Relatività del concetto di azione", *cit.*, en *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1939 (hay trad. española de Sentis Melendo, *cit. supra*); GARBAGNATI, *Sostituzione processuale*, 1942; LIEBMAN, *op. cit.*; MICHELI, "Giurisdizione e azione", en *Riv. Dir. Proc.* 1956-I; ANDRIOLI, *Lezioni di Diritto Processuale civile*, I, 1973; FAZZALARI, *Note in tema di diritto e processo*, 1957; ORESTANO, "Azione in generale", en *Enciclopedia del Diritto*, IV; en sus aspectos constitucionales, *cfr.* por ejemplo, COMOGGIO, *La garanzia costituzionale dell'azione ad il processo civile*, 1970; TROCKER, *Processo civile e Costituzione*, Milán, 1974; DENTI, "Il diritto di azione e la Costituzione", en *Riv. Dir. Proc.* 1964.

Otra doctrina "monista", basada ésta en la destrucción de la idea de derecho subjetivo —mantenida en mucho por los nazis—: SEYDEL, "Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses", en *Deutsches Recht*, 1935; HÖHN, "Das subjektive öffentliche Recht der neue Staat", en *Deutsches Rechtswissenschaft*, I, 1936; VOLKMAR, "Die neugestaltung des Zivilprozesses im Geiste nationalsozialistischer Rechtsauffassung", en FRANCK, *Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung*, 2ª ed., 1935. No olvide el lector estos aciagos nombres.

Pero la doctrina "monista" clásica de la "acción" derivada del estudio del Derecho Romano, la hallamos en BINDER, *Prozess und Recht. Ein Beitrage zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, 1927; argumentado en PEKELIS, *op. cit.*; argumentado en LOIS ESTEVEZ, "Teoría de la expropiación procesal", *Rev. Der. Priv.*, 1948; en D'ORS PÉREZ, "Derecho romano", *Nueva Enciclopedia Jurídica Española* Seix. Igualmente

monista —y muy crítico—, SATTA, "Sintesi della teoria dell'azione", en *Quaderni del Diritto e del Processo Civile*, V, 1972.

En España e Iberoamérica, *cfr.* por ejemplo, TRAVIESAS, "La defensa privada. El proceso y la acción", en *Rev. Der. Priv.*, 1915; MIGUEL Y ROMERO, "Antiguo y moderno concepto de la acción procesal", *RGLJ*, 1926; "Identificación de las acciones", *RGLJ*, 1931; "Razón, acción, demanda", *Revista de los Tribunales*, 1931; ALCALÁ-ZAMORA CASTILLO, "Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción", en *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, cit. I.; FAIRÉN-GUILLÉN, "La acción, el derecho procesal y el derecho político", en *Estudios*, cit., 1955; "Ideas para una teoría general del derecho procesal", en *Temas*, cit., 1969; "De nuevo sobre el concepto de acción y el de pretensión", en *RDPr.*, Madrid, 1988, I; GUASP, *La pretensión procesal*, 1981; SENTIS MELLENDO, "Acción y pretensión", en *RDPr. Iber.*, 1967-I; SERRA DOMÍNGUEZ, "Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción", en *RDPr. Iber.*, 1968-3; ALMAGRO NOSETTE, "El 'libre acceso' como derecho a la jurisdicción", *Rev. Fac. Der. Univ. Madrid*, 1970; ALSINA, "Naturaleza jurídica de la acción", *RDPr. Arg.* 1948; DEVIS ECHANDÍA, "Acción y pretensión, derecho de contradicción y excepciones", en *RDPr.*, 1966-2; el mismo, "Derecho y deber de jurisdicción y la igualdad de las personas ante aquéllas y en el proceso", *RDPr. Iber.*, 1972; REIMUNDIN, *Los conceptos de acción y pretensión en la doctrina actual*, 1966; CARNELLI, "La acción procesal", en *La Ley*, Buenos Aires, 20-12-46; COUTURE, "Acción y derecho de petición", *Estudios de derecho procesal civil*, I; GÓMEZ ORBANEJA, "La acción penal como derecho al proceso", en *Rev. Der. Priv.*, 1948; ENCISO, "Acción y personalidad", en la misma *rev.*, 1936; FRAGA, "La acción declarativa", *RGLJ*, 1944-I; PRIETO-CASTRO, *La acción declarativa*, Madrid, 1932; GONZÁLEZ PÉREZ, "La pretensión procesal administrativa", en *Revista de Administración Pública*, 1952; y recuérdese la obra de SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico (Poteri, potestà)*, Milán, 1947; FAIRÉN-GUILLÉN, "El proceso como función de satisfacción jurídica", en *Temas*, cit., I; GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADI, "Doctrina procesal española sobre la acción: 1830-1930", en *RDPr. Iber.*, Madrid, 1979-1; *Cfr.* también GRASSO, "Gli interessi della collettività e l'azione collettiva", en *Studi Carnacini*, cit., t. II; VIGORITTI, "Legittimazione al agire ed intervento nelle azione collettive: proposta per una discussione", en *op. cit.*, *supra*, vol. II, t. II; DEVIS ECHANDÍA, "La acción procesal y su ejercicio en el proceso penal", en *op. cit. supra*, t. III; DANILO DALLA, "Azione 'civile' e azione 'criminale' per uccisione", en *op. cit. supra*, t. III; FAIRÉN-GUILLÉN, "Dignidad humana y sevicias; un momento histórico de la lucha contra éstas", *Studi Carnacini*, t. III. Con referencia

a la llamada "acción popular" en lo penal, *cfr.*, p. ej., en España, GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, t. II, 1952; FAIRÉN-GUILLÉN, "El proceso como función de satisfacción jurídica", en *Temas del Ord. Procesal*, *cit.*, t. I; FAIRÉN-GUILLÉN, *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1885*, Madrid, 1986; GIMENO SENDRA, *La querrela*, Barcelona, ed. Bosch, 1977; ALIMENA, "L'azione penale popolare" en *Studi di Procedura penale*, Turín, 1906; WARLOMONT, "L'action publique et l'action civile devant les tribunaux répressifs, en *"Nouvelles" belgas (Procédure pénale)*, Bruselas, 1947.

En cuanto a las "pretensiones en defensa de intereses colectivos" (*Class actions*), *cfr.* ALMAGRO NOSETE, "La protección procesal de los intereses difusos en España, en *Justicia* 83, núm. 1; CAPPELLETTI, diversos trabajos en *Access to Justice (Florence Access to Justice Project series)* Milán/Alphen van Rijn, Giuffrè/Sijthoff, 1978-1979; "Governmental and private Advocates for the Public Interest in Civil litigation: A Comparative Study", en *Michigan Law Review*, 1975; "La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil", en *Révue Internationale de Droit Comparé*, 1975; "Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile", en *Riv. Dir. Proc.* 1975; CAPPELLETTI-DAVID, *Accès à la Justice et état-providence*, 1984; TRUBEK, "La justice des tribunaux au service d'une société de justice: una manière nouvelle de considérer la défense des intérêts d'ordre général aux Etats-Unis", en *op. cit., supra*; KOTZ, "La protection en justice des intérêts collectifs. Tableau de Droit Comparé", en *op. cit., supra*; CAPPELLETTI-GARTH, "The protection of diffuse fragmented and collective interest in civil litigation" (ponencia general al VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, Würzburg, 1983), publicado bajo el título *Effektiver Rechtsschutz und Verfassungsmässige Ordnung*, ed. W. Habscheid, Bielefeld, 1983; GROENENDIJK, "Die Wahrnehmung gebundener Interessen in Zivilprozess", en *Zeitschrift für Rechtssoziologie*, 1982; DENTI, "Le azioni a tutela di interessi collettivi", *Atti del Convegno di Studio*, Pavia 11-12 junio 1974, 1976; MASSIMO SEVERO GIANNINI, "La tutela degli interessi collettivi nei procedimenti amministrativi", en *op. cit.*, SCOCA, "La tutela degli interessi collettivi nel processo amministrativo", en *op. cit.*; RODOTÀ, "Le azioni civilistiche", en *op. cit.*, BRICOLA, "La tutela degli interessi collettivi nel processo penale", en *op. cit.*; AGRIOGLIO, "Riflessioni critiche sulle azioni popolari come strumento di tutela dagli interessi collettivi", en *op. cit.*; CAPPELLETTI, "Appunti sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi o diffusi", en *op. cit.*; COSTANTINO,

"Brevi note sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi al giudice civile", en *op. cit.*; PARDOLESSI, "Il problema degli interessi collettivi e i problemi dei giuristi", *op. cit.*; PROTO PISANI, "Appunti preliminari per uno studio sulla tutela giurisdizionale degli interessi collettivi (o piú assestamente supraindividuali) innanzi al giudice civile ordinario", *op. cit.*