

D) ACCIÓN

7) ENSEÑANZAS Y SUGERENCIAS DE ALGUNOS PROCESALISTAS SUDAMERICANOS ACERCA DE LA ACCIÓN	317
A) <i>Delimitación de propósito</i>	317
B) <i>Obras determinantes de este ensayo</i>	318
C) <i>La acción, como uno de los tres conceptos fundamentales del derecho procesal: obstáculos opuestos a su definitiva elaboración:...</i>	322

D) ACCIÓN: NÚM. 7.

ENSEÑANZAS Y SUGERENCIAS DE ALGUNOS PROCESALISTAS SUDAMERICANOS ACERCA DE LA ACCIÓN *

A) *Delimitación de propósito.* B) *Obras determinantes de este ensayo.* C) *La acción, como uno de los tres conceptos fundamentales del derecho procesal: Obstáculos opuestos a su definitiva elaboración:* a) La gravitación excesiva del derecho romano; b) La multiplicidad de acepciones del vocablo; c) La moderna hipertrofia procesal. D) *Origen del proceso y nacimiento de la acción:* a) Planteamiento; b) Deducciones: a') La acción y la noción de carga; b') Destinatario de la acción; c') División de las teorías acerca de la acción, en obligacionistas y jurisdiccionalistas. E) *Naturaleza y elementos de la acción:* a) Acción, derecho material y litigio; b) Índole y caracteres de la acción: a') Su pretendida relatividad; b') Unidad o diversidad del concepto en las diferentes ramas procesales; c') Categoría jurídica a que pertenece: ¿derecho o posibilidad?; d') Concepción dinámica de la misma: acción, reacción e inacción; c) Elementos de la acción: capacidad, instancia y pretensión; d) Dualidad de pertenencia y duplicidad de elementos objetivos; e) Extinción de la acción. F) *Conceptos afines al de acción.* G) *Palabras finales.*

1) *A) Delimitación de propósito.* Desearía que el título de este trabajo reflejase con exactitud su contenido. Porque, al redactarlo, no he pretendido escribir una glosa de tales o cuales volúmenes o de estos o aquellos postulados, ni mucho menos efectuar una reseña o crítica bibliográfica, que a su hora realicé respecto de varios de los tomados en consideración,¹ sino algo muy distinto: recoger la serie de reflexiones —acertadas o erróneas, que eso lo apreciarán los

* Publicado en los *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina* (Buenos Aires, 1946, pp. 761-820). Reproducido en "Anales de Jurisprudencia" (México), abril de 1947, pp. 263-359.

¹ A saber: de los que se registran en el número 2 con las letras *c* (en "Jurisprudencia Argentina" de 31-XII-1944 y en "Revista de Derecho Procesal" argentina, 1944, 2ª parte, pp. 412-4), *f* (en "Jur. Arg." de 1-XI-1942 y luego en mis "Ensayos de Derecho Procesal" —Buenos Aires, 1944—, pp. 651-68), *g* (en "La Ley", de 26-VI-1940 y luego en "Ensayos", cfr. pp. 643-9), *i* (en "Rev. Der. Proc.", 2ª parte, 1943, pp. 389-93 y 1944, pp. 91-2), *m* (en "Rev. Der. Proc.", 1944, 2ª parte, pp. 94-6), *n* (en "Cultura Jurídica" —Caracas—, enero-marzo de 1942 y luego en "Ensayos", pp. 161-71), *ñ* (en "Rev. Der. Proc.", 1943, 2ª parte, pp. 310-1 y en "Cultura Jur.", abril-junio de 1943), *q* (en "Jur.

demás— provocadas en mi mente por una serie de libros procesales sudamericanos donde el tema inquietante de la acción es objeto de examen. Añadiré aún que mi estudio no será una lista de coincidencias o divergencias con los autores aludidos, como tampoco un resumen más o menos fiel y confesadamente trasplantado de Chiovenda o de Pekelis, por ejemplo,² acerca del significado y evolución doctrinal de la acción civil, entre otras razones, porque me referiré también a la penal y, sobre todo, porque no me parece serio ni la parodia ni la mutilación o el plagio de las obras maestras. Mi ensayo tiene, por consiguiente, los caracteres de una incursión constructiva por una zona que durante muchos años procuré soslayar, porque sin desconocer su atracción, conocía a la vez o barruntaba sus peligros. De ahí que al decidirme a pasar el Rubicón, haya querido hacerlo acompañado, no para comprometer a nadie en la aventura, sino a fin de sentirme con ánimos para emprenderla. En esa forma, únicamente yo seré la víctima de mi temeridad, mientras que si algún mérito se encuentra en estas líneas, compútese en la cuenta de mis acompañantes, que habrán proyectado hacia ellas la buena sombra con que el buen árbol cobija a quienes a él se arriban.

En otro sentido, no estará de más puntualizar que mi tentativa, si bien resulta audaz, no es ambiciosa, ya que no aspiro, en el espacio de un artículo, a formular una nueva tesis explicativa de la acción y sí sólo a consignar, dentro del mayor orden y claridad que me sea posible alcanzar, unas cuantas observaciones acerca del fundamental concepto, enfocado a un tiempo desde el ángulo de la teoría general del proceso y de la realidad forense.

2) B) *Obras determinantes de este ensayo.* He aquí, por orden alfabético de autores, el catálogo de las mismas: a) Alsina (Hugo), *Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial*, tomo I (Buenos Aires, 1941), cuyo capítulo III (págs. 174-231) se halla especialmente adscrito al análisis de “La acción”, si bien fuera de él encontramos apreciaciones de subido interés sobre el tema, en los capítulos IV a VII, XI y XII, o sea en los dedicados a “El proceso” (cfr., v.gr., las págs. 250, 259-60 y 270-1), “Las partes” (cfr. págs. 277-9 y 286), “Pluralidad de procesos” (cfr. págs. 317-9 y 323-4), “Proceso con pluralidad de partes” (cfr. págs. 341, 349 y 357-8), “La jurisdicción” (cfr. págs. 541, 543 y 551-3) y “La competencia” (cfr. págs. 626 y 632); b) Bartoloni Ferro (Abraham), *Unidad de la acción* (en “Revista de Derecho

Arg.”, de 5-XII-1944), r (en “Rev. Der. Proc.”, 1944, 2ª parte, pp. 282-5) y s (en “Jur. Arg.”, de 24-XII-1942 y luego en “Ensayos”, pp. 669-79), del número 2, comentados, respectivamente, en las revistas que se indican entre paréntesis.

² O sea de *L'azione nel sistema dei diritti* (Bologna, 1903; reimpresa en “Saggi di diritto processuale civile”, vol. I, Roma, 1930, pp. 3-99) y de la voz *Azione* escrita por el segundo para el “Nuovo Digesto Italiano” (tomo II, pp. 91 y ss.).

Procesal”, 1943, I, págs. 334-45), breve, pero enjundioso artículo del profesor del Litoral, que en esta ocasión ha sabido sobreponerse a su excesiva timidez constructiva y brindarnos así la más original aportación salida de su pluma; c) Idem, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales (Acción, jurisdicción y proceso)* (2ª ed., Santa Fe, 1944), cuyos dos primeros capítulos, inexistentes en la primera edición de la obra (Santa Fe, 1942), se ocupan, respectivamente, de la acción penal (págs. 9-81) y de la civil nacida del delito (págs. 83-142); d) Buzaid (Alfredo), *A ação declaratória no direito brasileiro* (São Paulo, 1943), magnífica monografía, con razón escogida para iniciar la “Coleção de Estudos de Direito Processual Civil” dirigida por los profesores Soares de Faria y Liebman, de la Universidad de San Pablo; e) Carlos (Eduardo B.), *El nuevo código de procedimientos en lo civil y comercial* (en “Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales”, núm. 32 —Santa Fe, 1941—, págs. 5-28), que en su segunda parte (págs. 24-8) trata de la “acción de jactancia” con singular acierto y que dentro de la primera, dedicada a los “modos anormales de conclusión del juicio”, se detiene especialmente a examinar la “perención o caducidad de la instancia” (cfr. págs. 16-24), aspecto de tanto interés desde nuestro punto de vista; f) Couture (Eduardo J.), *Fundamentos del Derecho procesal civil* (Buenos Aires, 1942), obra unánimemente elogiada como uno de los más altos exponentes del procesalismo americano, y en cuyos dos primeros capítulos de la parte I se exponen “La acción” (págs. 15-36) y “La excepción” (págs. 37-59) como nociones paralelas; g) Idem, *La acción declarativa de la prescripción* (Buenos Aires, 1936), acompañada por un estudio adicional de Alberto G. Spota; h) Idem, *La acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta* (Buenos Aires, 1940), trabajo, como el anterior, separado de la revista “La Ley”; i) Fontecilla Riquelme (Rafael), *Derecho procesal penal* (Santiago de Chile, 1943), tomo I, páginas 13-8, donde la acción penal se estudia dentro del capítulo referente a “la teoría jurídica de la relación procesal”, y tomo II, págs. 3-10, en que se le reserva a aquélla un capítulo íntegro y se le expone siguiendo muy de cerca el pensamiento de Florian;⁸ j) Franco Sodi (Carlos), *La teoría de la acción penal y su realización en la ley mexicana* (en “Revista de Derecho Procesal”, 1944, I, págs. 427-444), trabajo influido en su parte esencial por Massari,⁴ k) Goldschmidt (Roberto), *La sentencia declarativa* (en revista antes citada, 1943, I, págs. 380-404), artículo modestamente presentado como “observaciones alrededor del libro de Borchard *Declaratory Judgements*”, pero que en realidad constituye un documentadísimo estudio del tema; l) Lascano (David), *Jurisdicción y competencia* (Buenos Aires, 1941), libro funda-

⁸ En sus *Principi di diritto processuale penale* (Torino, 1927), pp. 119-23.

⁴ En su libro *Il processo penale nella nuova legislazione italiana* (Napoli, 1934). La influencia de MASSARI se percibe con anterioridad en otra producción de FRANCO SODI: en su libro *El procedimiento penal mexicano* (2ª ed., México, 1939) —cfr. pp. 20 y ss.—, según indicamos al comentarlo en “Rev. Der. Proc.”, 1945, 2ª parte, pp. 85-7.

mental para el conocimiento de dos materias que tan extraordinaria importancia tienen en la Argentina, a causa del doble orden jurisdiccional (federal y provincial) y de la pluralidad de códigos procesales en ella imperantes, y que si bien no se refiere concretamente a la acción, ha de ser muy tenido en cuenta, por ser la concepción que hemos denominado jurisdiccionalista,⁵ la dominante acerca del tema en los autores incluidos en esta relación; m) Liebman (Enrico Tullio), *Execução e ação executiva* (separado de la "Revista Forense", Río Janeiro, mayo de 1943, págs. 214-27), admirable artículo del insigne profesor italiano, que si bien se inspira en la terminología brasileña, en la que *ação* tiene asimismo el significado de *juicio*, nos ha suministrado enseñanzas de gran valor para nuestra labor; n) Loreto (Luis), *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de cualidad* (publicada primero en Caracas e inserta poco después en los cuadernos de "Antología Jurídica", Buenos Aires, 1940); ñ) Idem, *La sentencia constitutiva* (en "Cultura Jurídica" de Caracas, abril-junio de 1942, págs. 135-57; reproducida por la "Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración" de Montevideo, 1943, págs. 289 y ss. y por "Revista de Derecho Procesal", 1944, I, págs. 1-17): ambos trabajos del procesalista venezolano pertenecen a lo mejor y más característico de su inconfundible producción; o) Machado Guimarães (Luis de M.S.), *A instancia e a relação processual* (Río, 1939), folleto de setenta páginas, en el que arrancando del Código Filipino y de los prácticos que lo interpretaron, se somete el concepto de instancia a un análisis y reelaboración tan penetrantes, que hacen de esta obrita, poco conocida, una de las más valiosas joyas de la literatura procesal americana; p) Idem, *Relatório* presentado en la Segunda Conferencia Interamericana de Abogados celebrada en Río de Janeiro en 1943, acerca del tema *Qual o melhor critério definidor da ação declaratória, atentas às divergências de sua fisonomia jurídica processual nas diversas legislações?*;⁶ q) Malaver (Antonio M.), *Acción de jactancia y acción declarativa* (Buenos Aires, 1944); r) Mercader (Amílcar A.), *La acción: su naturaleza dentro del orden jurídico* (Buenos Aires, 1944): dos libros de unas doscientas páginas cada uno, más nervioso y personal el de Mercader, más rectilíneo e informativo el de Malaver, pero ambos demostrativos del grado de madurez alcanzado por la ciencia procesal argentina, que le ha permitido lanzar casi simultáneamente dos volúmenes consagrados por entero a nuestro tema,

⁵ Por primera vez al comentar en "Rev. Der. Proc." (cfr. 1944, 2ª parte, p. 284) el libro de MERCADER que luego se cita *sub r.* Expresé entonces que si la trilogía procesal de que habla PODERTI (cfr. *infra*, núm. 4), la tradujésemos mediante un triángulo, "el que refleje la posición de MERCADER (y añadimos ahora, de los jurisdiccionalistas en general) no será equilátero, sino isósceles, con base constituida por la jurisdicción y la acción, a corta distancia entre sí y, alejado de ellas por altura considerable, en el vértice opuesto, el proceso". Véase *infra*, nota 60.

⁶ El tema fue propuesto por el profesor Óscar DA CUNHA, y el *Relatório* de MACHADO GUIMARÃES debió publicarse en la revista brasileña "Direito", que no hemos tenido a mano, en marzo de 1944. Véase *infra*, nota 80.

el uno a su planteamiento general y el otro a una de sus más interesantes y discutidas especies; s) Podetti (J. Ramiro), *Teoría y técnica del proceso civil* (Buenos Aires, 1942), en cuyas páginas 133-8 se consigna la más original, sugestiva y revolucionaria doctrina acerca de la acción que se haya formulado en lengua castellana;⁷ Idem, *Trilogía estructural de la ciencia del proceso* (separado de la "Revista de Derecho Procesal", 1944, I, págs. 113-70), en cuyos números 10-19 se amplía y perfila la concepción sustentada en *Teoría y técnica*,⁸ u) Sentís Melendo (Santiago), *Reseña bibliográfica del Tratado de Alsina* (en "Mundo Forense" de 7 de noviembre de 1941); v) Idem, *Los conceptos de "acción" y de "proceso" en la doctrina del profesor Hugo Alsina: su situación dentro del panorama procesal de nuestra época* (en "Jurisprudencia Argentina" de 3 de diciembre de 1941): aun cuando giren en torno a la obra comentada, el primero en conjunto y el segundo en cuanto a los dos extremos mencionados, estos dos trabajos rebasan con mucho el molde estrecho de una nota crítica y constituyen trabajos autónomos, en que con frecuencia el comentarista fija su posición respecto a importantísimas cuestiones procesales; x) Idem, *La ciencia procesal argentina: manifestaciones actuales* (en "Revista de Derecho Procesal", 1943, II, págs. 23-56), especialmente las páginas 41-8, en que el autor expone consecutiva y comparativamente las ideas de Alsina (*Tratado*), Couture (*Fundamentos*) y Podetti (*Teoría y técnica*) acerca de la acción y de la excepción; y) Idem, *El juicio de jactancia (Ensayo de sistematización bibliográfica y jurisprudencia)* (en revista antes citada, 1943, II, págs. 113-72): el asunto es el mismo del libro de Malaver mencionado *sub q*, las fuentes informativas en buena parte comunes, pero pese a tales factores y a haberse gestado por el mismo tiempo, son ensayos completamente independientes entre sí y de desarrollo muy distinto.

3) En la lista precedente figuran cuatro nombres que a primera vista se salen del título de nuestro trabajo, puesto que no son sudamericanos. En efecto, tres de ellos —el alemán Goldschmidt, el italiano Liebman y el español Sentís— no son

⁷ Dentro de la acción como *elemento dinámico* del derecho material, PODETTI diferencia dos lados o momentos (cfr. pp. 133-7): la *facultad de poner en movimiento el poder jurisdiccional*, que corresponde al titular (efectivo o supuesto) del derecho material, y el *ejercicio de la acción para restablecer el derecho violado o amenazado*, que incumbe al Estado mediante el órgano jurisdiccional. Hasta aquí PODETTI, con quien coincidimos en cuanto al carácter dinámico que atribuye a la acción; pero disentimos de él en que no la contemplamos como elemento del derecho material y en que, un poco en plan de Pero Grullo, creemos que lo que el órgano jurisdiccional ejercita es... la jurisdicción, y que comenzando por el aspecto terminológico, induce a confusión ese desdoblamiento de la acción, con reserva del nombre para la actividad desenvuelta por el juzgador y no por la parte accionante.

⁸ Algún complemento se encuentra también en su artículo *Abreviación convencional de la prescripción liberatoria (Aspecto procesal)*, publicado en el boletín semanal de "Jurisprudencia de Mendoza" el 3-II-1945.

ni siquiera americanos y el cuarto —Franco Sodi— es mejicano; pero no menos cierto es que los artículos de ellos a que nos referimos se han publicado todos en revistas sudamericanas y que los tres autores europeos se desenvuelven desde hace varios años en el ambiente jurídico de la mitad meridional del continente, a la que nos hemos circunscrito, porque la toma en consideración de la mitad septentrional, además de suscitar mayores dificultades informativas, nos habría obligado a afrontar sistemas jurídicos, cual los de Estados Unidos y Canadá (ambos a la vez multiformes) y aunque en menor escala los de Haití y República Dominicana, muy distanciados de los tenidos en cuenta por nosotros.⁹

El conjunto de obras anotadas en la relación anterior, se encuentra de manera principal y directa bajo el signo de la moderna doctrina italiana (Chiovenda, ante todo; Carnelutti, en segundo lugar; Florian y Massari respecto del proceso penal), que además, en la mayoría de los casos, o sea exceptuados Buzaid, Couture, Fontecilla, Goldschmidt, Liebman y Loreto, ha sido el vehículo para la recepción de la alemana, cuando ésta no ha penetrado a través de traducciones españolas (Goldschmidt y Kisch, principalmente). Pero en la adopción o adaptación de esas dos corrientes doctrinales; en su combinación con otras influencias fuertemente arraigadas, como la española, la francesa o la portuguesa (en el Brasil), y en la crítica de escuelas e hipótesis, los procesalistas sudamericanos incluidos en la lista a que nos venimos refiriendo, han puesto mucho de su propia cosecha, comenzando por una nitidez expositiva que ojalá hubiera servido de modelo a un gran número de torturantes obras del procesalismo europeo.

4) *C) La acción, como uno de los tres conceptos fundamentales del derecho procesal: obstáculos opuestos a su definitiva elaboración.* Con gran acierto Po-detti ha asociado las nociones de jurisdicción, acción y proceso, que examina por este mismo orden,¹⁰ bajo el epígrafe *trilogía estructural [de la ciencia] del pro-*

⁹ Sin ignorar por ello que, verbigracia, en México se ha producido acerca de la acción trabajo de la categoría del de GARCÍA MAYNEZ, *El derecho de acción* (en "Anales de Jurisprudencia", México, 1941).

¹⁰ Cfr. "Rev. Der. Proc.", 1ª parte, 1944, pp. 115-6, 133 y 151. Lógicamente el orden debiera ser acción (arranque), proceso (recorrido) y jurisdicción (destino); pero por motivos metodológicos, conviene comenzar por la jurisdicción, que es la razón de ser de la acción, seguir después por ésta, que es uno de los motores del proceso, y terminar con éste, que exige ejercicio de la una y funcionamiento de la otra. Así lo ha hecho PODETTI en su estudio citado y así lo hemos entendido también nosotros, primero en nuestro *Programa de Derecho Procesal* (1ª ed., Santiago, 1933), pp. 13, 23 y 25, en que se inician los capítulos IV, IX y X, destinados a cada una de esas materias, y últimamente en el *Derecho Procesal Penal* que hemos redactado con el Dr. LEVENE (h). —Buenos Aires, 1945—, según puede verse en sus capítulos IV (vol. I, pp. 183 y ss.), X (vol. II, pp. 59 y ss.) y XI (vol. II, pp. 101 y ss.). De lo expuesto se infiere, a nuestro entender, que para dilucidar cuál sea la naturaleza jurídica del proceso, habrá que empezar por fijar de manera definitiva los conceptos de jurisdicción y de acción y sus repercusiones sobre aquél.

ceso [civil]; con expresión menos elegante, pero que responde al estado actual de las investigaciones acerca de tales conceptos, habíamos hablado nosotros de *trípode desvenecijado*, a causa de no haber alcanzado ninguno de ellos todavía una elaboración definitiva y convincente.¹¹ De cualquier modo, como trilogía o como trípode, o como triángulo (la figura geométrica más ligada al proceso), “la idea fluye del derecho procesal moderno y de sus principales expositores”¹² y además, no se reduce al proceso civil, único contemplado por Podetti, sino que se extiende sin inconveniente alguno a cada una de las ramas en que el derecho procesal se descompone.

Ahora bien: si la acción es realmente, como creemos, uno de los tres conceptos fundamentales de nuestra disciplina, ello habrá de traducirse necesariamente en que sea un elemento constructivo a la vez esencial, útil y trascendente. Si, en contra de lo que entendemos, en la acción concurren caracteres opuestos a los que acabamos de señalar; si sólo hubiese servido para producir, a partir de Windscheid, una literatura brillante, pero también en ocasiones logomáquica y confusa, sin más repercusión que la de reservársele un capítulo-homenaje en las obras doctrinales,¹³ probablemente habría llegado la hora de que los procesalistas, agradecidos a la elevación científica que merced a los estudios sobre ella ha logrado el derecho procesal en los últimos noventa años, pero al mismo tiempo convencidos de su infructuosidad, le organizásemos unos solemnes funerales. . . y concentrásemos nuestros esfuerzos en otras direcciones. Porque se da el caso singular de que los trabajos acerca de la acción, entre los cuales acaso se cuente

Tanto en esta nota como en algunas otras después, las citas del *Derecho Procesal Penal* corresponden a pasajes del mismo redactados exclusivamente por el autor del presente trabajo.

¹¹ Cfr. *Ensayos*, pp. 658-9. Jugando con los verbos *ser* y *estar*, podríamos afirmar que del proceso sabemos donde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.); de la jurisdicción sabemos lo que es, pero no donde está (si en el derecho procesal o en el constitucional: véase nota 12), y de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) ni donde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal). Como es natural, nuestras palabras no deben ser tomadas al pie de la letra, sino únicamente como una forma llamativa de reflejar la incertidumbre doctrinal o, si se quiere, la falta de definitividad en torno a esos conceptos.

¹² PODETTI, *Trilogía*, núm. 1, donde recuerda, entre otros, los nombres de CHIOVENDA y de CALAMANDREI. En cambio, COUTURE deja fuera de sus *Fundamentos* el concepto de jurisdicción, pese a su visión jurisdiccionalista de la acción (cfr. *supra*, nota 5 e *infra*, núm. 12), sin duda por reputar aquél como de índole constitucional (cfr. en este mismo volumen —es decir, en el de homenaje a Alsina, pp. 151-213— los capítulos IV y V de su estudio *Las garantías constitucionales del proceso civil*), lo cual es exacto en parte, pero no en todo, ya que son aspectos distintos los que constitucionalista y procesalista exponen acerca de la misma (cfr. nuestro *Derecho Procesal Penal*, vol. I, p. 26).

¹³ Como respecto de la relación jurídica procesal sostiene GOLDSCHMIDT que se contentaron con hacer tratadistas de la talla de KLEINFELLER, R. SCHMIDT, BELING, BENNECKE, BIRKMEYER, GRAF ZU DOHNA, VON KRIES, ROSENFELD y ULLMANN. Cfr. *Der Prozess als Rechtslage* (Berlín, 1925), p. 149. [2ª ed., Aalen, 1962].

la mayor cifra de obras capitales de la literatura procesal —desde Windscheid y Muther a Pekelis, pasando por Wach, Degenkolb, Weismann, Chioventa o Binder— han contribuido al avance general de las instituciones y del pensamiento procesales, en medida incomparablemente superior que a la del progreso específico del concepto en cuestión.

¿A qué se debe tan extraño como, a nuestro entender, indiscutible resultado? Vamos a intentar una respuesta; pero previamente pedimos al lector que antes de llevarse las manos a la cabeza o de llamarnos heresiarca, se fije en lo que vamos a decir, y rogamos muy especialmente a los eventuales críticos, que no mutilen o tergiversen lo que a renglón seguido sostenemos.

5) a) *La gravitación excesiva del derecho romano. En gran parte, a ella obedece la falta de éxito rotundo de las investigaciones en torno a la acción. Somos tan partidarios como el que más, de los estudios histórico-jurídicos, indispensables como cimiento de toda posible ciencia nacional (no nacionalista) y sin los cuales no es posible alzar sólidas construcciones doctrinales;*¹⁴ sentimos hacia el derecho romano y sus grandes cultivadores de todas las épocas la más ferviente admiración; reconocemos la raíz romana de la inmensa mayoría de las instituciones procesales vigentes en los países de civilización occidental, sobre todo en los de régimen continental europeo, así como el magnífico fruto obtenido de su formación y de sus investigaciones romanistas por varios de los más grandes procesalistas modernos; pero al mismo tiempo, sería negar la evidencia desconocer que ese inmenso y merecido prestigio del derecho romano ha sido nocivo para el derecho procesal en particulares extremos. Así, por ejemplo, bajo el influjo de la división personas, cosas, acciones, erigida poco menos que en dogma jurídico de la Santísima Trinidad, la independización del derecho procesal, institucionalmente recludo o vinculado al último sector, se retrasó durante siglos y más siglos; también el predicamento de que gozaron las teorías privatistas acerca de la naturaleza jurídica del proceso —a saber: la contractualista, abandonada no hace aún mucho, y la cuasicontractualista, todavía con adeptos—,¹⁵ basadas en erróneas interpretaciones del derecho romano o, mejor dicho manifiestamente inadaptables a la mecánica de un proceso distinto del *ordo iudiciorum privatorum* (*legis actiones* y *per formulas*),¹⁶ sólo puede explicarse merced a su real o supuesto entronque romanista; finalmente, la verdadera índole de la acción quizás 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. ¿Por qué? Sencillamente, porque la acción no es una

¹⁴ Cfr. lo que a propósito de los estudios histórico-jurídicos afirma COUTURE en su nota bibliográfica sobre nuestros *Ensayos* (publicada en "La Ley" de 8-XII-1944).

¹⁵ Acerca de estas doctrinas, cfr. ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 239-41; COUTURE, *Fundamentos*, pp. 62-6, y ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Procesal Penal*, vol. II, pp. 102-9.

¹⁶ Cfr. WENGER, *Institutionen des Römischen Zivilprozessrechts* (München, 1952), pp. 118-32.

figura perteneciente a la arqueología jurídica, para cuyo conocimiento haya que remontarse a sistemas pretéritos, ni tampoco una institución que actualmente surja en rarísimas ocasiones, sino un fenómeno que a diario se ofrece en todos los países con un *mínimum* de organización de justicia, no ya en millares, sino en millones de procesos de los más diversos géneros y especies. Entonces, al no faltar el material viviente, por decirlo así, para la observación directa, ha debido prestársele por parte de los procesalistas una atención muchísimo mayor de la que le han dedicado. Es decir, que si no se hubiese involucrado el *estudio histórico* de lo que *la acción fue*, con el *estudio dogmático* de lo que *la acción es*, o en otros términos: si la primera indagación se hubiese reservado a romanistas e historiadores del derecho y a la segunda hubiesen consagrado sus energías los procesalistas, probablemente el avance habría sido más profundo y más firme en ambas direcciones, no sólo por razones de especialización (aun siendo excelentes romanistas muchos de los procesalistas que sobre la acción han trabajado), sino por las incertidumbres que en torno a ciertos textos del derecho romano suscitan sus lagunas o la crítica interpolacionista¹⁷ y, sobre todo, porque como antes dijimos a propósito de las interpretaciones privatistas acerca de la naturaleza del proceso, la marcha del proceso romano clásico era distinta de la del tipo normal de enjuiciamiento en nuestros días. La gravitación romanista respecto de la acción se advierte, además, en otros sentidos: por ejemplo, en la persistencia con que se sigue hablando de *acción*, en hipótesis donde el término correcto a emplear sería *pretensión*, o bien en la casi inconmovible fidelidad con que legisladores y prácticos —y hasta algunos docentes— siguen estimando como clasificación *procesal* de las acciones, la que las divide en personales, reales y mixtas, o en mobiliarias e inmobiliarias.

6) b) *La multiplicidad de acepciones del vocablo*. Otros dos factores han contribuido asimismo a que el concepto de acción no esté todavía definitivamente elaborado. Uno de ellos, ya destacado por Couture, es el de las *múltiples acepciones del vocablo*,¹⁸ hasta el extremo de que, verbigracia, respecto de la legislación italiana han sido registrados por Pekelis nada menos que quince significados diferentes,¹⁹ y por nuestra parte, tras recordar el distinto sentido de la palabra acción en derecho mercantil, penal o procesal, hubimos de llamar la atención acerca de una singular anomalía: la de que la denominada acción penal —*rectius*, acción procesal penal— no pertenezca al derecho penal y no deba, por tanto, confundirse con la acción punible o delictiva.²⁰ Pero aun limi-

¹⁷ Aun cuando lo mismo que los interpolacionistas de la Biblia, pequen a veces por exceso y hagan que la crítica degeneren en manía.

¹⁸ Cfr. *Fundamentos*, pp. 15.

¹⁹ Ob. y vol. cit. en nota 2, p. 92. Cfr. también CHIOVENDA, *L'azioni*, nota 10.

²⁰ Cfr. nuestro *Derecho Procesal Penal*, vol. 1, p. 13. Tan no deben confundirse, que el sujeto activo de la acción punible (culpable) es o debe ser el sujeto pasivo de la acción

tando la observación al campo del derecho procesal, siempre encontraríamos en él, según Couture, “tres sentidos principales” del concepto, sinónimos respectivamente de *derecho*, de *demanda* en sentido formal y de *facultad* de provocar la actividad del poder judicial.²¹ De esos tres sentidos, el segundo, a todas luces procesal y, por añadidura, el de menor relieve, no provoca grandes quebraderos de cabeza; pero los otros dos han hecho fluir ríos de tinta y en torno a su identificación, confusión o deslinde tajante gira precisamente la literatura sobre el tema. Sin que creamos a ciegas en aquello de pequeñas causas, grandes efectos, es muy probable que si los procesalistas se hubiesen puesto de acuerdo para reemplazar la palabra acción, en el tercero de los significados que recoge Couture, por otra distinta, haciendo donación total, perpetua e irrevocable de aquélla a los civilistas —o viceversa: si éstos hubiesen ideado o adoptado alguna otra voz para la primera de esas tres acepciones, con renuncia solemne también del término en cuestión a favor del derecho procesal—, el horizonte se habría despejado por completo y, en todo caso, se habría evitado que la misma palabra se siga empleando para designar no ya dos aspectos diversos de una misma institución, sino lo que es más grave: dos instituciones esencialmente diferentes.

7) *c) La moderna hipertrofia procesal.* El segundo de los factores a que hemos aludido, lo constituye la que Roberto Goldschmidt llama, y con razón, “la moderna hipertrofia procesal”,²² frase que, en nuestra opinión, puede entenderse en sentido material y formal y que en ambos expresa la natural aunque peligrosa reacción de quien habiendo vivido hasta ayer en estado de servidumbre respecto del derecho sustantivo,²³ ha logrado sacudirse su yugo e independizarse por completo. Es el caso de los revolucionarios que al triunfar incurren en los mismos excesos del despotismo derribado, o el de la persona víctima de la usura, que, cuando se rehace, dedica su dinero al préstamo usurario. La *hipertrofia material*, que sin duda es a la que se refiere Goldschmidt, consiste en rebasar el área estricta del derecho procesal para invadir terrenos colindantes: explicable por la serie de incursiones y despojos que él mismo ha sufrido, principal aunque no exclusivamente por parte de los civilistas, bien está que defendamos con el máximo celo nuestro territorio (por ejemplo, frente a la ingerencia de los mercantilistas en cuanto a los problemas procesales de la quiebra) e incluso que reivindicemos zonas de discutible propiedad, como la jurisdicción voluntaria (por motivos tradicionales y de afinidad); pero no tiene, en cambio, justificación de

procesal penal (acusado), y viceversa sucede en delitos privados o donde se admita acción particular: el acusador, sujeto procesal activo, actúa en nombre o representación del ofendido, sujeto pasivo del delito.

²¹ Cfr. *Fundamentos*, p. 16.

²² *La sentencia declarativa* (en “Rev. Der. Proc.”, 1943, I), p. 383, nota 13.

²³ Según la conocida frase de SPERL: cfr. su trabajo *Il processo civile nel sistema del diritto* (en “Studi in onore di Chiovenda”, Padova, 1927), p. 809.

ningún género que cual si careciésemos de espacio vital —¡cuando la materia procesal tiene tan enorme extensión!—, tratemos de instalarnos en fondos ajenos, sin otro resultado que el de perturbar y confundir.²⁴ Con especial referencia a la acción, la hipertrofia material se manifiesta en las clasificaciones de que ha sido objeto la de orden civil en libros procesales, cuando lo mismo la tradicional —o sea la basada en la naturaleza de los bienes garantizados por las normas que hayan de actuar— que la moderna —es decir, la que atiende a la naturaleza de la resolución a cuya producción se dirigen—²⁵ son, la primera en su totalidad y la segunda por lo menos en su sector más característico y difundido (acciones declarativas, o de accertamiento, constitutivas y de condena), divisiones asentadas en criterios iusmaterialistas y no procesales, según luego veremos (cfr. *infra*, número 16).

8) En cuanto a la *hipertrofia formal*, por tal entendemos no tanto la relativa al estilo (aun cuando la enrevesada redacción de algunos trabajos procesales produzca a un tiempo, por contradictorio que parezca, somnolencia e insomnio), como la referente al planteamiento y desarrollo de no pocos ensayos. Con espíritu de nuevo rico, que quisiera, rodeándose de blasones, pergaminos y escudos, hacer olvidar su humilde origen, ciertos procesalistas —por fortuna, ni la mayoría ni los mejores— han creído que la manera más eficaz de ocultar la ascendencia procedimentalista y practicista de nuestra ciencia era desconectarla de la realidad forense y construir una doctrina sobremanera abstrusa. Al expresarme así, no añoro la resurrección de practicismo y procedimentalismo,²⁶ que cumplieron hace mucho tiempo su jornada; y tampoco soy partidario del desnudismo procesal que Carnelutti reprochó a Satta con ocasión de un endeblísimo trabajo de éste,²⁷ aunque con igual cuidado haya de evitarse el extremo opuesto,

²⁴ No vemos, por ejemplo, las ventajas que puedan derivar de contemplar la prenda y la hipoteca como instituciones procesales, según propone CARNELUTTI (*Sistema di diritto proce suale civile*, vol. I —Padova, 1936—, núm. 358, y vol. II —Padova, 1938—, núm. 420). Más acertado me parece el insigne maestro cuando a propósito de la cosa juzgada (cfr. *ob. cit.*, núm. 102 d), fija límites al derecho procesal.

²⁵ Seguimos la catalogación de CHIOVENDA: cfr. *Principios de derecho procesal civil*, vol. I —Madrid, 1922—, pp. 73-4; véase también: *Istituzioni di diritto processuale civile*, vol. I —Napoli, 1933—, p. 29. Huelga decir que la clasificación tradicional no sólo puede, sino que debe recogerse en las exposiciones procesales, por las repercusiones de esta índole que puede tener (por ejemplo, en orden a la competencia), pero cuidándose de destacar, como hace CHIOVENDA, que responde a un criterio de derecho sustantivo.

²⁶ Para la distinción entre ambas tendencias, véase mi *Adición al núm. 1 del Sistema de Carnelutti* (vol. I, Buenos Aires, 1944), y como antecedente suyo, los trabajos míos mencionados en *Ensayos*, p. 641, nota 10. El practicismo, con frecuencia farragoso, es, sin embargo —al menos en España—, más rico en ideas que el procedimentalismo, con excepción de CARAVANTES.

²⁷ El titulado *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, en "Rivista di Diritto Processuale Civile", 1937, 1ª parte, pp. 32-49. La arremetida de CARNELUTTI figura

es decir, la exhibición del derecho procesal en traje de esquimal o con escafandra de buzo. Pero sí estimo que la literatura procesal, en mayor medida que la de cualquier otra rama de la producción jurídica, debe resultar siempre accesible a los prácticos, o aplicadores del derecho (jueces, abogados, secretarios judiciales, etc.), que son sus destinatarios naturales y a quienes por diversas razones (y como fundamental, la de falta de tiempo) no cabe suponer con igual versación que las tres o cuatro centenas —si a dicha cifra llegan— de procesalistas especializados que en el mundo existan. La obtención de una mejor justicia, que debe ser el fin supremo a que todo procesalista se consagre, se frustra o se complica cuando las investigaciones doctrinales, destinadas a allanarle el camino y a capacitar a los prácticos para el manejo del nuevo instrumental, se pierden en nebulosidades o se entretienen en la contemplación de minucias, en vez de resolver urgentes y fundamentales problemas. Por lo que respecta a la acción, la hipertrofia formal se ha manifestado en el carácter exageradamente historicista y teórico de un buen número de ensayos, con todo el brillo y toda la intrascendencia de los fuegos de artificio, como si fuese coto de caza vedado a los prácticos o materia carente de repercusiones de esta índole. Se da así el caso curioso y hasta paradójico de que probablemente el aspecto de la doctrina de la acción que más ha penetrado en el terreno de los prácticos sea el relativo a su clasificación, que como ya apuntamos (cfr. *supra*, núm. 7) y luego expondremos (cfr. *infra*, núm. 16), debe reputarse ajeno al derecho procesal y al concepto estricto de la misma.

En definitiva, si merecida es la censura que se dirige contra los prácticos en cuerpo y alma abandonados a la rutina profesional y ayunos de curiosidad científica, no menos justificado se halla el reproche hacia aquellos procesalistas que cultivan la disciplina como si nada tuviese que ver con los procesos pendientes ante los tribunales.

9) D) *Origen del proceso y nacimiento de la acción.* a) *Planteamiento.* Señalados, *grosso modo*, los obstáculos que, en nuestra opinión, vienen retardando la definitiva elaboración del concepto que nos ocupa, intentaremos aportar algo de luz, mediante la observación directa del fenómeno procesal.

“Es evidente —hemos dicho en otro lugar—,²⁸ so pena de encerrarnos en un círculo vicioso, que el proceso no surge del proceso, sino de una situación *extra* y *meta* procesal,²⁹ que él está llamado a canalizar y resolver. Esa situación de

en la rev., año y parte cit., p. 201, al comentar el libro *L'esecuzione forzata* (Milano, 1937), en el que SATTI extiende al proceso de ejecución la doctrina de la modificación jurídica en aquel artículo trazada.

²⁸ Todo este número y las notas 29, 31-4 y 36-40 provienen o son adaptación del capítulo I, pp. 7-11, del vol. I de nuestro *Deracho Procesal Penal*.

²⁹ Cfr. ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *Francisco Carnelutti*, en “Ensayos”, p. 713.

conflicto, originadora del proceso, puede ser denominada *litigio*,³⁰ entendida la palabra en la misma dirección que Carnelutti,³¹ pero en términos más amplios [o sea —añadimos ahora— como conflicto jurídicamente trascendente³² y susceptible de solución, asimismo jurídica, mediante alguno de los tres expedientes mencionados más abajo], que permitan sin dificultad su extensión a los distintos órdenes del enjuiciamiento (civil, penal, administrativo, etc.), en todos los cuales hay que arrancar de un estadio que no sea aún procesal. Producido el litigio o conflicto entre *dos* esferas contrapuestas de intereses,³³ cabe que se solvente

³⁰ La traducción de *lite* por *litigio*, que constante y deliberadamente hemos empleado en la versión castellana del *Sistema* de CARNELUTTI, ha sido objetada por el profesor ALSINA (cfr. "Rev. Der. Proc.", 1945, 2ª parte, p. 187), con olvido no tanto de las razones que aducimos en la *Adición al núm. 14* de dicha obra, como de su propio criterio en el *Tratado*, en cuyo vol. I, p. 317, el profesor de Buenos Aires se vale de *litigio* como sinónimo de *lite*.

³¹ Cfr. el núm. 14 de su *Sistema*, donde se define el litigio como "el conflicto de intereses cualificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro". el propio CARNELUTTI admite la posibilidad excepcional de un proceso sin litigio [cfr. *Lezioni di diritto processuale civile*, vol. II (Padova, 1922), núm. 89; idem, *Sistema*, núm. 80; véanse, además, DI SEREGO, *Il processo senza lite* (Padova, 1930), y COUTURE, *El divorcio por voluntad de la mujer* (Montevideo, 1931); pero a nuestro entender, en tales casos, o se trata de jurisdicción voluntaria o existe en realidad litigio.

³² Naturalmente, el conflicto de intereses determinante del proceso, ha de implicar trascendencia jurídica: v. gr., una discusión científica o una competición deportiva, por apasionadas que resulten, no constituyen materia procesal, a menos que con ocasión de ellas se produzcan hechos que reclamen la reacción jurisdiccional (por ejemplo: en la primera se ha llegado a la injuria o la segunda ha degenerado en riña sangrienta).

El propio CARNELUTTI ha referido su teoría al proceso penal, tanto en algunos artículos de revista (su *nómina* y la de los trabajos en que CALAMANDREI critica la noción-clave del pensamiento carneluttiano puede verse en la nota 10 de nuestro ensayo citado en la nota 29), como luego en los núms. 76, 79, 89 y 120 del *Sistema*. Pero la visión que CARNELUTTI tiene del litigio penal, adolece del defecto de ser iusprivatista a todas luces, llegando a sostener que "si el delito es la violación de una obligación, no puede existir duda de que el fondo del proceso penal está constituido por el conflicto de intereses entre el imputado y la parte lesionada" (*Sistema*, núm. 79 j), lo que está en pugna con la verdadera naturaleza del proceso penal contemporáneo, máxime en un país como Italia, cuyo código reconoce a la víctima o a sus representantes, menores derechos procesales que, por ejemplo, la legislación española y las que en ellas se inspiran. Por otro lado, en los casos de homicidio en que la víctima no deje causahabientes, ¿nos encontraríamos quizás ante un proceso "sin fondo", es decir, sin litigio? Creemos por ello que el concepto de éste ha de dilatarse, en el sentido de rehuir especificaciones contrarias a su verdadero alcance, y, por tanto, que por litigio debe entenderse el conflicto jurídicamente trascendente, que constituya el punto de partida o causa determinante del proceso.

³³ De ahí que la *confusión de derechos* sea uno de los modos de extinción del proceso (civil), y de ahí también que sea erróneo, refiriéndose al enjuiciamiento penal inquisitivo, hablar de proceso con una sola parte: cierto que cuando el juez hace a la vez de acusador, en semejante proceso no se contraponen dos partes en sentido formal, pero no

por obra de los propios litigantes, o mediante la decisión imperativa de un tercero. La solución *parcial* (el calificativo se opone aquí a imparcial, no a total) del litigio ofrece, a la vez, dos perspectivas: o bien uno de los litigantes *consiente* el sacrificio de su *propio* interés, o bien *impone* el sacrificio del interés *ajeno*. En la primera hipótesis, tenemos la figura que, también de acuerdo con la terminología de Carnelutti, llamaremos *autocomposición*;³⁴ en el segundo supuesto, nos hallamos ante la *autodefensa*. Conviene aclarar que el sacrificio, consentido o impuesto, que autocomposición y autodefensa implican, puede ser, tanto *unilateral* (por ejemplo: en el allanamiento o en la legítima defensa), como *bilateral* (verbigracia: en la transacción o en el duelo), y, por lo mismo, la diferencia esencial entre una y otra radica en la dirección del impulso subjetivo que las determina, lo que nos permitiría caracterizar de *altruista* y de *egoísta*,³⁵ respectivamente, a los dos subtipos en que se divide la solución *parcial* de los litigios. En cuanto a la solución *imparcial*, y prescindiendo de la legítima defensa efectuada por un tercero, porque representa una cantidad insignificante,³⁶ prácticamente se reduce a la que se obtiene mediante el *proceso*: dentro de él cabe, en este sentido, el *arbitraje* y fuera de él ha de quedar la *mediación*.³⁷ *Proceso*, *autocomposición* y *autodefensa* se nos presentan, pues, como las tres posibles desembocaduras del litigio; pero ello no quiere decir que se encuentren en el mismo plano, ni que presenten las mismas ventajas, ni que necesariamente se repelan.

por ello dejará de existir pugna en sentido material entre el interés individual de la defensa y el interés estatal de la acusación.

³⁴ Cfr. *Sistema*, vol. I, núms. 55-8.

³⁵ De sustitución del *giudizio egoistico* por el *giudizio imparziale* habla incidentalmente CHIOVENDA en la nota 7, ap. 2º, del ensayo citado en nota 2.

³⁶ La legítima defensa del tercero (cfr. art. 34, núm. 7, cód. pen. arg.), cuando se ejerce en beneficio de persona desvinculada de su ocasional defensor, es la modalidad de autodefensa que más se aproxima, sin duda, al esquema de proceso que aquí consideramos: no sólo es justa y altruista, sino que se realiza por un sujeto imparcial e irrecusable, hasta el extremo de que, abstracción hecha del aspecto formal, casi podría decirse que aquél se conduce como juzgador, si bien instantáneo o circunstancial y no permanente. (Por consiguiente, en esta hipótesis, quizá fuese más exacto hablar de legítimo *juzgamiento* o *decisión*, que no de legítima *defensa*). A su vez, el proceso inquisitivo y más aún ciertas formas ultraexpeditivas de condena (históricas unas y actuales otras: cfr. MANZINI, *Istituzioni di diritto processuale penale*, 3ª ed., Padova, 1929, p. 11, y ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO, *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano*, núm. 61, en *Ensayos*, p. 47), vienen a ser la contrafigura de la autodefensa: en aquéllos, el juez es o desciende a la categoría de parte, mientras que en ésta, la parte se erige en juez (parcial) del conflicto.

³⁷ La diferencia esencial entre arbitraje y mediación, consiste en que el primero conduce a la decisión del litigio y la segunda se reduce a una propuesta de solución, que las partes pueden aceptar, modificar o rechazar. En el arbitraje, es la voluntad de los árbitros quien decide, mientras que en la mediación es la de las partes y, por tanto, si prospera, se tratará de autocomposición, aunque no obtenida directamente por las partes, sino facilitada por los intermediarios.

La *autodefensa*, que combina la parcialidad y el egoísmo, aparece desde el primer momento como una solución deficiente y peligrosa en grado superlativo,³⁸ y de ahí que explícita o implícitamente³⁹ los ordenamientos jurídicos de los Estados mercedores de este nombre la prohíban como *regla*, aunque la consientan en situaciones *excepcionales*, y aun en ellas suele ser necesario un proceso ulterior, precisamente para declarar la licitud de la misma en el caso concreto. La *auto-composición*, tenga lugar antes o después de surgido el proceso,⁴⁰ parece, a primera vista, si no la mejor de las tres, sí una fórmula satisfactoria, especialmente por su economía de costo; pero con frecuencia la espontaneidad del sacrificio es sólo aparente, y en realidad envuelve una capitulación del litigante de menor resistencia,⁴¹ e incluso cabe que la renuncia del propio interés obedezca a una errónea representación del mismo por parte de su titular, que le lleve a considerar su posición más desfavorable de lo que en verdad es. Resulta, pues, que en principio, aunque luego su éxito en concreto dependa de otros muchos factores (organización judicial y política, nivel ético de las profesiones forenses, eficiencia de la legislación procesal, etc.), el proceso se presenta como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica al conflicto. Pero para que el proceso rinda esos frutos, es preciso que ese tercero imparcial que mediante él decide el conflicto, sea más fuerte que las partes entre sí enfrentadas, para que, llegado el caso, pueda imponer su voluntad coactivamente, frente a todo intento de desobediencia o alzamiento que de aquéllas provenga. Se comprende, por ello, que la jurisdicción, que históricamente o en países menos evolucionados tuvo o mantiene otros titulares u orígenes, en los pueblos cultos de

³⁸ No sólo porque implicaría, de generalizarse, la quiebra del Estado, incapaz de mantener el orden jurídico en su territorio, sino por el riesgo de que el ofendido que aspire a tomarse la justicia por su mano —suponiendo, y ya es mucho, que no peque en ello por exceso— sea más débil que el autor del ataque, y lejos de obtener la reparación del delito o del daño sufrido, no experimente uno nuevo y más grave. Además, en el caso de que la víctima quedase en la imposibilidad de reaccionar, y nadie asumiese su defensa-venganza, la justicia privada se traduciría en impunidad.

³⁹ Véase, por ejemplo, el código penal italiano de 1930, que precisamente entre los delitos contra la administración de justicia (lib. II, tít. III), castiga los que signifiquen “*tutela arbitraria delle private ragioni*” (cap. III, arts. 392-401). A propósito análogo, por lo menos en su raíz histórica (cfr. WENGER, *Institutionen*, pp. 237 y ss.), responde el régimen de los interdictos, y aún hoy se advierte esa fundamental preocupación en los posesorios (cfr. Raymundo L. FERNÁNDEZ, *Código de procedimiento civil y comercial*, etc., 2ª ed., Buenos Aires, 1942, p. 491).

⁴⁰ Muy característica en este sentido es la transacción, según que mediante ella se evite el nacimiento del proceso o se ponga término al mismo (cfr. arts. 832 y 838 cód. civ. arg.).

⁴¹ Esta consideración es la que ha llevado a prohibir la transacción en ciertos casos o a exigir que sea autorizada u homologada. Acerca de la cuestión, cfr. CABANELLAS, *La transacción en derecho del trabajo* (en la revista “Derecho del Trabajo”, noviembre de 1945, pp. 539-48); véanse también los arts. 2025-29 de la ley de enjuiciamiento civil española.

nuestros días se vincule al Estado, así como que éste la ejerza por medio de los correspondientes órganos y que se la repunte como un atributo de la soberanía”.

10) b) *Deducciones: a') La acción y la noción de carga.*—Conforme al anterior planteamiento, el proceso y, como generadora o elemento de él, la acción son consecuencia de la prohibición estatal (cfr. nota 39) de emplear la autodefensa,⁴² salvo en los casos expresamente consentidos, y aun en ellos, según dijimos, suele ser indispensable la comprobación u homologación procesal de los hechos constitutivos y requisitos condicionantes de su efectiva existencia.⁴³ De lo expuesto se desprende a la vez, que sea cual fuere la naturaleza jurídica (cfr. *infra*, núms. 18-19) atribuible a la acción, presenta caracteres de *carga jurídica*, siendo extraño que a procesalistas de la talla de Goldschmidt y de Carnelutti, en cuyos libros tanto relieve alcanza el mencionado concepto, les haya pasado inadvertido ese fundamental aspecto.⁴⁴ En efecto, si por carga entendemos “imperativos del propio interés” para prevenir un perjuicio,⁴⁵ o bien “una facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecución de un interés”,⁴⁶ y si el Estado prohíbe, verbigracia, al acreedor apoderarse de bienes del deudor para cobrar su crédito, y es más: si se prohíbe a sí mismo el castigo directo (autodefensa estatal) de los delincuentes (en virtud del principio *nullum crimen nulla poena sine previa lege et iudicio*), pese a ser dueño de la potestad punitiva, es indudable que, como regla, el único camino que deja expedito para resolver el litigio o conflicto surgido —o en otros términos: para que el interés lesionado obtenga satisfacción— es acudir ante los tribunales de justicia deduciendo ante ellos la correspondiente pretensión. El olvido que comentamos sorprende tanto más, cuanto que generalizado hoy día el concepto de carga dentro y aun fuera de los dominios proce-

⁴² En este sentido se manifiestan ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 185 y 543; COUTURE, *Fundamentos*, p. 30; LASCANO, *Jurisdicción y competencia*, pp. 9-13, 34, 45, 85, 126, 207 y 209, y PODETTI, *Teoría y técnica*, p. 134.

⁴³ No basta, naturalmente, con que *A* afirme haber matado a *B* en legítima defensa, o con que sostenga que ha hurtado alimentos para saciar su hambre, sino que habrán de ser judicialmente verificados tales extremos, salvo, claro está, el caso de que, por cualquier causa, los tribunales no lleguen a tener conocimiento de los hechos determinantes de la autodefensa. Más datos acerca de la cuestión, en el cursillo *Proceso, autocomposición y autodefensa*, que actualmente preparo para la Universidad de Méjico.

⁴⁴ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, pp. 335-62; *Derecho procesal civil* (trad. española, Barcelona, 1936), pp. 201-13; *Teoría general del proceso* (Barcelona, 1936), pp. 82-100; CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 21, 158-66, 183 y 350. Sin embargo, CARNELUTTI, al ocuparse de la carga de la demanda en el núm. 159, se aproxima a la idea que exponemos en el texto, especialmente cuando afirma que “el pleno rendimiento de la carga de la demanda se favorece por las normas que prohíben o en general paralizan la reacción privada contra el acto ilícito e impiden así al interés de la parte desahogarse por vía distinta de la del proceso...”.

⁴⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría general*, p. 82.

⁴⁶ CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 21 c. Cfr. también ALSINA, *Tratado*, vol. I, p. 37.

sales, una de sus manifestaciones más típicas está constituida, y así lo proclaman, entre otros, precisamente Goldschmidt y Carnelutti,⁴⁷ por la de impugnación, que a fin de cuentas deriva su energía y es reflejo del ejercicio de la acción (cfr. *infra*, número 27).

11) b') *Destinatario de la acción*.—Una segunda enseñanza que se extrae de que la acción nazca “históricamente como una supresión de la violencia privada, sustituida por obra de la colectividad organizada”,⁴⁸ es la de que el proceso representa la sustitución de la *acción física*, propia de la autodefensa (aunque luego se homologue en ciertas condiciones y casos: cfr. *supra*, núm. 9), por la *acción jurídica*, o si queremos decirlo de otro modo: la sustitución de la *acción directa contra el adversario*,⁴⁹ por la *acción dirigida hacia el Estado: A*, lesionado por *B*, en su patrimonio o en su persona, en vez de reaccionar frente a éste, acude a los tribunales pidiendo la condena, civil o penal, del transgresor. El Estado es, por tanto, en todos los órdenes del enjuiciamiento, e incluso cuando el proceso se encomiende a jueces privados (árbitros o amigables componedores), el *único destinatario de la acción*,⁵⁰ en el sentido jurídico procesal del concepto. Y es el único destinatario, porque al prohibir la autodefensa e implantar a su favor el monopolio jurisdiccional, contrae de rechazo (con independencia de que las partes en conflicto puedan eludir o apartarse del proceso mediante las formas de autocomposición autorizadas) la obligación de proveer a las reclamaciones que eleven ante él los justiciables. Cumple así el proceso una doble finalidad, que cabría llamar *represiva* y *preventiva*: “restaurar el orden (jurídico) perturbado y evitar que se perturbe el orden (público) por obra de la autodefensa”.⁵¹

Las consideraciones precedentes sirven además para dilucidar el debatido *problema de las preposiciones*, es decir, cuál de ellas (*contra*, *frente* —adver-

⁴⁷ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría general*, p. 99; CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 164.

⁴⁸ COUTURE, *Fundamentos*, p. 30.

⁴⁹ Bien entendido que, dadas las formas tan variadas de autodefensa, por adversario no entendemos necesariamente agresor (lo es, desde luego en la legítima defensa; pero no, en cambio en el estado de necesidad, donde resulta víctima), sino el titular del interés sacrificado. Como ampliación de lo que acabamos de decir, véase nuestro citado cursillo sobre *Proceso, autocomposición y autodefensa*.

⁵⁰ Que el Estado es el destinatario de la acción, aparece ya en la ley 1^a, título I, de la *Partida VII*, donde la acusación presenta los caracteres de una petición de venganza formulada al juzgador y dirigida contra el adversario.

Acerca de la índole jurisdiccional o no del arbitraje, cfr. las indicaciones que consignamos en *Derecho Procesal Penal*, vol. I, pp. 208-9, y especialmente, OTTOLENGHI, *Conceptos fundamentales para una construcción del instituto arbitral* (en “Rev. Der. Proc.”, 1943, 1^a parte, pp. 154-204), estudio en que adhiere (como también nosotros) a la tesis jurisdiccionalista de MORTARA, frente a la contractualista de CHIOVENDA.

⁵¹ ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho Procesal Penal*, vol. I, p. 15.

bio—, *ante* o *hacia*) expresa mejor el sentido en que la acción se mueve.⁵² 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. Consciente o casualmente, las expresiones *Al Juzgado* o *A la Sala* (cuando se trata de tribunales colegiados) con que en la práctica forense española se encabezan las demandas, solicitudes y pedimentos formulados en juicio, y a través de todos los cuales fluye la energía proveniente de la acción, confirman nuestra tesis y revelan, además, que el destinatario de aquélla no es la contraparte, sino el órgano jurisdiccional establecido por el Estado.

Aun aceptando los tres, bien que con diferente preposición (*contra* en ellos y *hacia* en nosotros), que el Estado es el destinatario de la acción, existe un punto en que discrepamos de Alsina y de Sentís, o sea el relativo a la obligación u obligaciones estatales inherentes al ejercicio de aquélla. Para Alsina, y de manera más categórica para Sentís,⁵³ el proceso determina *una* obligación concreta del Estado respecto de las partes de un determinado litigio; en cambio, en nuestra opinión, las obligaciones, del órgano jurisdiccional, serían *dos*: una, de índole orgánica y administrativa, del o los *jueces* que lo integren, a la prestación de sus servicios al Estado que los ha instituido y en cuyo nombre actúan, y otra, emanada de la anterior o, si se prefiere, del monopolio jurisdiccional de que antes hablamos, del *juzgador* hacia los justiciables. Esta segunda, de carácter funcional y abstracto, no deriva de la cualidad de *litigante*, es decir, de la de sujeto del litigio *X* entre *A* y *B* (del cual resulta anómalo que brote una obligación para el tribunal *J*, extraño al mismo), sino de la condición de *justiciable*,

⁵² Así, mientras CHIOVENDA (*Principios*, vol. I, p. 61; *Istituzioni*, vol. I, p. 21) sostiene que “la acción es un poder que corresponde *frente* al adversario”, ALSINA (*Tratado*, vol. I, p. 186) entiende que es “un derecho que se ejerce *contra* el Estado”; COUTURE, por su parte, se refiere de pasada a ambas preposiciones (cfr. *Fundamentos*, p. 34), y SENTÍS MELENDO (*Los conceptos de “acción” y de “proceso” en la doctrina del profesor Hugo Alsina*, en “Jurisprudencia Argentina”, de 3-XII-1941, p. 4, columnas 2^a y 3^a), tras destacar el distinto significado de la expresión “ejercitar un derecho” según vaya seguida de las preposiciones *contra*, *frente* —adverbio— o *ante*, se pronuncia a favor de la primera.

⁵³ Cfr. ALSINA, *Tratado*, vol. I, p. 186; SENTÍS, *Los conceptos de “acción” y de “proceso”*, etc., p. 4, col. 3^a. Por cierto que SENTÍS, tan entusiasta y hasta casi diríamos tan fanático chiovendiano y que, en cambio, siente muchísimo menos fervor por CARNE-LUTTI, habla en las citadas columnas de “litigantes”, para designar a los sujetos de la acción, con olvido no sólo de que dicha noción carnelluttiana ha sido rechazada por CHIOVENDA (cfr. *L'azione*, etc., nota 6, ap. 2) —aunque, a decir verdad, con argumentos que distan mucho de ser irrefutables—, sino de que siempre existe coincidencia entre *sujeto del litigio* y *sujeto de la acción*. Cuando se quiera, pues, marcar la distinción, bueno será llamar al primero, *litigante* y al segundo, *parte* o *accionante* (cfr. *infra*, nota 98).

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 aquél el ejercicio de la función jurisdicente. Sólo cuando el proceso se desenvuelva ante jueces privados, podrá hablarse de obligación suya respecto de las partes, no en cuanto al tenor de su laudo, que deberá ser imparcial (cfr. *supra*, núm. 9) —aunque, eso sí, pueda ser según equidad y no según derecho—,⁵⁴ sino acerca de la prestación de su servicio;⁵⁵ pero es que entonces, el órgano jurisdiccional, consentido por el Estado, es objeto de nombramiento por los litigantes.⁵⁶ Excepcuata esta hipótesis, que, además, se circunscribe a la primera de las dos obligaciones constitutivas de la función judicial, en todos los otros casos la tesis de la obligación entre juzgador y justiciables suministra una explicación mucho más lógica y jurídica que la de la suprema vinculación del primero con los litigantes, ya que sería subversivo admitir que los jueces queden obligados respecto de los litigantes temerarios, de mala fe o desprovistos en absoluto de derecho, que ante ellos acudan: si proveen acerca de sus pedimentos, no es porque la conducta infundada o dolosa de los mismos determine ninguna obligación judicial, sino porque pese a su comportamiento, son miembros de la comunidad de justiciables.

12) *c'*) *División de las teorías acerca de la acción, en obligacionistas y jurisdiccionalistas.*—En íntima relación con el problema de quién sea el destinatario de la acción, a saber: si el demandado o el Estado,⁵⁷ se presenta la clasificación que en estas líneas esbozamos. Las teorías *obligacionistas* se fijan en el punto de partida o presunto origen de la acción; las teorías *jurisdiccionalistas*, por el contrario, en el punto de llegada o de definición del proceso. Las primeras responden a una concepción iusmaterialista, incluso en aquellas doctrinas que si bien proclaman la autonomía y la índole pública de la acción, le asignan un

⁵⁴ A esa diferencia obedece el deslinde español entre el arbitraje *stricto sensu* y la amigable composición (cfr. arts. 816 y 833 de la ley de enjuiciamiento civil; en idéntico sentido, por ser la misma la ascendencia, los códigos argentinos: cfr. Raymundo L. FERNÁNDEZ, *Código de procedimiento civil*, etc., 2ª ed., pp. 629 y 634), y en el nuevo código italiano, la autorización que las partes pueden conferir a los árbitros para que fallen conforme a equidad y no según derecho (cfr. art. 822). Véase también CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 40, donde al juzgamiento según equidad le da el nombre de proceso dispositivo (en realidad, lo que será dispositivo es la sentencia).

⁵⁵ Quedando sujetos a responsabilidad por los daños y perjuicios derivados del incumplimiento de su encargo (cfr., v. gr., arts. 796 y 800 de la ley española o 778, 781 y concordantes del código argentino para la Capital).

⁵⁶ Excepcionalmente por el tribunal: cfr., v. gr. § 1031 de la *Zivilprozessordnung* alemana (texto de 1934), y arts. 810 del código italiano y 2175-7 de la ley española (incluidos como normas de jurisdicción voluntaria, pero que debieran aplicarse por la jurisprudencia con criterio más amplio del que ha prevalecido: cfr. mis *Ensayos*, p. 127).

⁵⁷ Cfr. ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 185-6.

carácter concreto; las segundas, en cambio, al desconectar la acción de la existencia de una obligación entre las partes o de una de las partes, atienden a una contemplación estrictamente procesal de la figura.

La noción de teoría obligacionista se extiende sin la menor dificultad al área del proceso penal, puesto que el delito es una de las fuentes de las obligaciones. De ahí que cuando, por ejemplo, el artículo 100 de la ley de enjuiciamiento criminal española afirma que “de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable”, se alinee en las filas obligacionistas, ya que para incorporarse a las jurisdiccionalistas, habría debido decir, sobre poco más o menos, lo siguiente: “todo acto con apariencias delictivas autoriza para pedir su castigo ante el juzgador competente”.

No estará de más puntualizar que la clasificación por nosotros propuesta, no coincide exactamente con los grupos de doctrinas que recoge Couture, a saber: las que asocian acción y derecho subjetivo (bien entendido, material, puesto que el derecho subjetivo procesal sería la propia acción desconectada de aquél, según el criterio de Carnelutti),⁶⁸ las que imaginan la acción como derecho concreto a la tutela jurídica, y las que la muestran como derecho abstracto de obrar.⁶⁹ Las teorías jurisdiccionalistas,⁶⁰ se corresponden, desde luego, con el último de los sectores tenidos en cuenta por Couture, al cual él⁶¹ y nosotros adherimos resueltamente (cfr. *infra*, núm. 19); en cambio, las teorías obligacionistas abarcarían los otros dos grupos, y a lo sumo podría sostenerse que el segundo, al reconocer la autonomía de la acción y su carácter público, ocupa una posición intermedia o de tránsito, con rasgos de teoría mixta o ecléctica.

⁶⁸ Cfr. *Sistema*, núm. 356.

⁶⁹ Cfr. COUTURE, *Fundamentos*, pp. 18, 23 y 27.

⁶⁰ Véase acerca de esta denominación la nota 5. Además de ALSINA, CARLOS, COUTURE y MERCADER, cuya posición jurisdiccionalista se recoge en el apartado siguiente (texto de las notas 63-6), deben incluirse en este sector a BARTOLONI FERRO, cuando afirma que la acción es “el derecho a provocar el ejercicio de la jurisdicción para la constitución y desenvolvimiento del proceso” (*El proceso penal*, etc., 2ª ed., p. 10; véase también su *Unidad de la acción*, *passim*, y a LORETO, aunque con reservas, ya que, por un lado, niega “la existencia de un derecho abstracto de obrar, tal como lo sostuvo un tiempo DEGENKOLB” y, por otro, adhiere a la doctrina de BETTI, “según la cual la acción no es otra cosa que el poder jurídico de provocar la actuación jurisdiccional de la ley, en orden a un determinado interés jurídico que se hace valer en el proceso” (*La excepción de inadmisibilidad*, etc., pp. 25-6, en relación con BETTI, *Ragione e azione*, en “*Rivista di Diritto Processuale Civile*”, 1932, I, pp. 217 y ss.).

La concepción jurisdiccionalista se encuentra formulada con toda nitidez en procesalistas italianos como BETTI, según acabamos de indicar, ROCCO (*La sentencia civil*, trad. española, Madrid, sin fecha, p. 31) o CALAMANDREI, cuando habla de la acción como condición para el ejercicio de la jurisdicción (cfr. p. 153 de la traducción de sus *Instituciones de Derecho procesal civil según el nuevo Código*, Buenos Aires, 1943).

⁶¹ Cfr. *Fundamentos*, p. 30.

Aclaremos también que al hablar de teorías obligacionistas no confundimos *acción* y *obligación*,⁶² sino que nos fijamos únicamente en ésta como causa determinante o invocada de aquélla. En cuanto a la denominación teorías jurisdiccionalistas, nos ha sido sugerida, precisamente, por el procesalismo sudamericano, sobre todo por Alsina cuando afirma que acción y jurisdicción son “conceptos que se corresponden”,⁶³ por Carlos cuando dice que en el *Tratado* de aquél “la acción queda configurada como un derecho a la jurisdicción”,⁶⁴ por Couture cuando condensa su posición en el epígrafe “la acción como derecho a la jurisdicción”,⁶⁵ y por Mercader cuando expresa que “el derecho del accionante, en una nueva reversión, aparecería siempre compensado por la idea del correlativo deber de recurrir a la jurisdicción para provocar el amparo del orden jurídico”.⁶⁶

13) *E) Naturaleza y elementos de la acción.* Expuesto antes *cómo nace* la acción (o sea de la prohibición estatal de la autodefensa) y *de dónde brota* (es decir, de la existencia de un litigio), trataremos ahora de explicar lo que es y cuáles son sus elementos integrantes.

a) *Acción, derecho material y litigio*

Dados los reducidos límites de espacio y de propósito que encuadran nuestro estudio, prescindiremos de examinar el discutido extremo de la *prioridad de la acción sobre el derecho subjetivo material*, o viceversa, de interés en gran parte histórico;⁶⁷ pero no sin advertir que, en nuestra opinión, lo primero cronológi-

⁶² Acerca de la distinción entre una y otra, véase CHIOVENDA, *Principios*, vol. I, pp. 62-3, donde, sin embargo, reconoce “la existencia de un estrechísimo lazo entre la acción y la obligación, puesto que ambas se dirigen... a la misma voluntad concreta de ley que garantiza un bien determinado y tienden a la consecución de este mismo bien, aunque por caminos y medios diferentes”.

⁶³ *Tratado*, vol. I, p. 185.

⁶⁴ Comentario bibliográfico acerca del *Tratado* de ALSINA, en “Jur. Arg.”, de 3-XII-1941.

⁶⁵ *Fundamentos*, p. 30; véase también la 32.

⁶⁶ *La acción*, p. 163.

⁶⁷ Acerca de esta cuestión, COUTURE, *Fundamentos*, p. 31, y especialmente BINDER, *Prozess und Recht: Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch* (Leipzig, 1927), pp. V, 9, 17, 23, *passim*. La obra de BINDER constituye, sin duda, el más poderoso intento reivindicatorio del *Klagerrecht* (*diritto di agire*, como han traducido los italianos; *derecho de obrar*, como han subtraducido al castellano, cuando tan sencillo habría sido decir *derecho de accionar*: cfr. *infra*, nota 98) para el derecho privado, hasta el punto de que el autor estima que el derecho procesal debe reducirse a la doctrina de la relación jurídica, a la forma y marcha del procedimiento y a los presupuestos procesales de la sentencia (p. 395). Pero no obstante su valía, la tentativa de BINDER, si bien merece la más atenta consideración por parte del procesalista y constituye una oportuna llamada