

D) ACCIÓN

<i>E) Naturaleza y elementos de la acción:</i>	337
a) Acción, derecho material y litigio;	337
b) Índole y caracteres de la acción:	340
a') Su pretendida relatividad;	341
b') Unidad o diversidad del concepto en las diversas ramas procesales;	343
c') Categoría jurídica a que pertenece: ¿derecho o posibilidad?;	346
d') Concepción dinámica de la misma: acción, reacción e inacción;	350
c) Elementos de la acción: capacidad, instancia y pretensión; ...	353
d) Dualidad de pertenencia y duplicidad de elementos objetivos;	356
e) Extinción de la acción.	361
<i>F) Conceptos afines al de acción.</i>	364
<i>G) Palabras finales.</i>	367
<i>Addenda et Corrigenda</i>	368

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

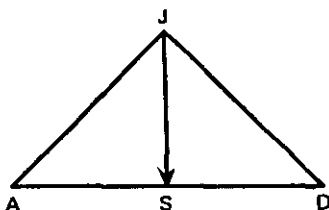
camente no es ni la acción ni el derecho subjetivo, sino el litigio, que puede surgir sin que éste exista (como cuando se aduzca una pretensión infundada o agotada) y arrastrar, sin embargo, un proceso a través de todos sus actos hasta sus etapas finales inclusive. Este modo de ver las cosas, quizás ayude a comprender el fenómeno conocido por *transformación del derecho material*. En realidad, el derecho material no se transforma a causa del proceso, que por definición supone una situación transitoria, de la que si bien derivan determinadas consecuencias y medidas respecto de aquél (verbigracia, efecto interruptivo sobre la prescripción)⁶⁸ o de las partes (por ejemplo, restricciones a su facultad de administrar o en su libertad personal), no llegan a modificar en su esencia el contenido del primero, a menos que durante el proceso sobrevengan mutaciones asimismo de derecho material, que trasciendan al litigio pendiente de la decisión judicial. Entre la norma jurídica preestablecida (llámese ley, costumbre, contrato, precedente jurisprudencial, pacto colectivo del trabajo, etc.) y la sentencia que decreta su aplicabilidad al caso concreto debatido, no se produce cambio alguno en el derecho material: se intercala, sencillamente, un litigio, que el proceso se encarga de conducir hacia la decisión; pero el litigio no es otra cosa que la suma de dos apreciaciones divergentes (cuando uno no quiere, dos no riñen) acerca de una real o supuesta relación jurídica sustantiva. En síntesis: la transformación del derecho material, so pena de indentificarla con esas repercusiones jurídico-sustantivas de que hace poco hablamos, no puede emanar de la promoción y tramitación del proceso, sino de unas de estas dos fuentes: a) del ataque o discrepancia determinante del litigio, el cual se encuentra *antes* del proceso; b) del pronunciamiento contenido en la sentencia de fondo, el cual no puede reputarse de índole procesal y que se proyecta *después* de fenecido el proceso.

Como se ve, el litigio constituye para nosotros la *base* del proceso (incluso en sentido geométrico: véase la figura 2) y, por consiguiente, será punto de referencia obligado en el examen de la acción. A reserva de completarlo luego, cuando exponamos los elementos de la acción y su dualidad y duplicidad, el esquema del proceso puede representarse así:

de atención para evitar que el siervo antaño del derecho civil (cfr. *supra*, nota 23) llegue hogaño a instalarse como usurpador en los dominios de éste (peligro de hipertrofia de que en los núms. 7-8 se habló), resulta insuficiente, como lo son todas las teorías monistas, para hacer retornar la acción al campo del derecho sustantivo, ya que tropieza con el infranqueable obstáculo de las acciones desprovistas de derecho subjetivo y no brinda, además, explicación satisfactoria al nacimiento de la relación jurídica procesal.

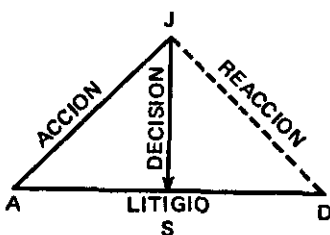
⁶⁸ Cfr. mis *Adiciones* al GOLDSCHMIDT, pp. 339-40. En cuanto al singular régimen de la prescripción penal en la Argentina (cfr. arts. 63 y 67 cód. pen.), acaso sólo ofrezca un lado bueno, y es que precisamente al no atribuir efecto interruptivo a los actos de procedimiento, revela que aquélla no es una institución procesal, y sí únicamente una excepción de fondo, oponible en el momento procesal oportuno (cfr. arts. 443, núm. 8, 444 y 456, cód. proc. pen. de la Capital).

Fig. 1



La línea *A-D*, base del triángulo, significa el *litigio* entre las partes; los lados *A-J* y *D-J*, la *acción* (indispensable) y la *reacción* (eventual) mediante la que aquéllas se dirigen al juzgador; por último, la línea *J-S*, o sea la altura, corresponde a la *decisión*, y el punto de incidencia *S*, expresa no equidistancia respecto de las encontradas pretensiones jurídico-materiales de los contendientes,⁶⁹ sino la *imparcialidad* (cfr. *supra*, núm. 9) con que el juez debe pronunciar sobre el litigio, entendido éste según la desviación del concepto carneltuttiano que en el citado número expusimos y que permite referirlo al proceso penal, no como “conflicto de intereses entre el imputado y la parte lesionada” (cfr. *supra*, nota 32), sino como pugna entre acusado y acusación, sea cual fuere el sistema que para el ejercicio de ésta se siga, inclusive el inquisitivo puro.⁷⁰ Si incorporamos a la figura 1 la precedente explicación, y mediante la línea discontinua *D-J* reflejamos el carácter eventual de la reacción, quedaría convertida en la siguiente:

Fig. 2



⁶⁹ Entre otras razones, porque sólo cuando se trate de pretensiones divisibles existe posibilidad de una resolución equidistante (v. gr., si el actor reclama mil pesos y el demandado niega en absoluto la deuda, o si el acusador solicita treinta años de reclusión y el acusado pide la absolución, el tribunal podría acordar quinientos pesos o quince años; pero si *A* pretende que se le declare hijo de *B*, no hay margen para término medio). Esta consideración nos ha llevado a realizar una clasificación trimembre de las sentencias desde el punto de vista de la pretensión del actor: *estimatorias*, *desestimatorias* y *parcialmente estimatorias* (cfr. *Derecho Procesal Penal*, vol. III, p. 239).

⁷⁰ En el cual, claro está, no falta acusación y si tan solo acusador diferente del juez, como sucede hoy día en el procedimiento ante el pretor italiano: cfr. arts. 74 y 409 cód. proc. pen. de 1930.

Y si ahora quisiéramos darle una traducción procesal al término geométrico *base*, la única posible sería *presupuesto*. Llegaríamos, por tanto, a la conclusión de que el presupuesto procesal por antonomasia y el que se ajusta mejor al significado estricto del concepto, es el litigio: los demás, o no son presupuestos procesales, sino de la resolución de fondo,⁷¹ o están más o menos directamente relacionados con el litigio.⁷²

14) b) *Indole y caracteres de la acción*. Cuando Alsina considera la acción como “la facultad que corresponde a una persona para requerir la intervención del Estado a efecto de tutelar una situación jurídica material”, idea que en otros lugares de su *Tratado* repite, pero sustituyendo “facultad” por “derecho”,⁷³ o cuando Couture, tras definirla como “un poder jurídico distinto del derecho y de la demanda en sentido formal, dirigido a lograr la actividad estatal, por medio de sus órganos competentes, para la declaración coactiva de un derecho”, la concibe luego como “derecho a la jurisdicción”⁷⁴ nos colocan frente a una de las dudas capitales que suscita el examen del concepto, o sea la de saber la categoría jurídica a que pertenece la acción y si, en concreto, no estarán más en lo cierto Alsina y Couture cuando hablan, respectivamente, de *facultad* y *poder jurídico* que no cuando lo hacen de *derecho*. Recordaremos a este propósito que si bien en el lenguaje jurídico usual, *facultad* y *derecho* suelen emplearse como términos intercambiables, en el pensamiento de Carnelutti, que ha ejercido manifiesto influjo sobre Alsina acerca de la acción, según reconoce Sentís,⁷⁵ tienen significado distinto.⁷⁶

Antes de seguir adelante, bueno será, sin embargo, que despejemos dos cuestiones previas: la referente al carácter absoluto o relativo de la acción y la concerniente a la unidad o diversidad del concepto en los distintos campos procesales, ya que de la respuesta a las mismas, dependerá la posibilidad de formular una noción única o, por el contrario, la necesidad de emitir varias definiciones diferentes.

⁷¹ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Teoría general*, pp. 15-20; COUTURE, *Fundamentos*, pp. 48-53; CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 411 y 543.

⁷² Como sucede con la competencia por razón de la materia, de la cuantía, del lugar y de la persona. En cambio, la jurisdicción no tiene que ver con el contenido de un litigio en concreto, sino con la *calidad* de litigio en abstracto.

⁷³ La definición de ALSINA corresponde al vol. I, p. 185; con ligeros cambios de redacción, salvo el que se indica en el texto, reaparece en las pp. 543 y 551 del propio volumen.

⁷⁴ Cfr. *Fundamentos*, pp. 16 y 30.

⁷⁵ Cfr. *Los conceptos de “acción” y de “proceso”, etc.*, núm. 23.

⁷⁶ Si bien existe parentesco entre ellos, ya que el derecho subjetivo no es más que un interés protegido mediante una facultad. La analogía entre ésta y aquél consiste en que ambos representan un fenómeno de libertad, pero mientras la (mera) facultad contempla un interés considerado con independencia del conflicto, el derecho subjetivo, en cambio, se refiere a un interés tutelado en el conflicto: CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 21.

15) a') *Su pretendida relatividad.*—*La relatività del concetto di azione*, ha titulado Calamandrei uno de sus admirables ensayos, en el que después de pasar revista a las teorías fundamentales acerca de la acción y de comprobar la debilitación del derecho subjetivo en algunos aspectos procesales y la evolución de aquélla desde mero derecho privado a poder público,⁷⁷ condensa su posición afirmativa en los siguientes términos: “Non sembra, dunque, che sia troppo ardita la conclusione di chi ritiene che, quantunque così discordanti tra loro, tutte le teorie sull'azione possono trovare la loro giustificazione e la loro corrispondenza in uno dei mutevoli aspetti della realtà storica, così ricca e complessa, che si muove 'd'intorno a noi'”.⁷⁸ Frente al opúsculo de Calamandrei, nuestra actitud podrá parecer contradictoria: estamos sustancialmente conformes con él en la mayor parte del trabajo, pero discrepamos de la conclusión a que llega, o más exactamente, incluso aceptaríamos ésta, si no la refiriese a la acción. En otras palabras: el influjo de la realidad histórica (política, económica, social, etc.) sobre el derecho en general y sobre el proceso en particular pertenece a la esfera de lo indiscutible, y precisamente el talón de Aquiles del kelsenismo ha sido concebir el derecho como una especie de Geometría; pero la contradicción cesa cuando se piensa que la relatividad —o si se prefiere, la variabilidad— no se extiende en rigor al concepto de acción, sino al de jurisdicción. Como suele decirse, en el pedir, no hay engaño; y a diario se deducen ante los tribunales acciones acompañadas de pretensiones temerarias, agotadas, absurdas o improcedentes. La excepción de incompetencia por razón de la materia (entendida en su estricto sentido y en el más amplio de inadecuación de la vía jurisdiccional, como cuando se trata de asunto reservado a la Administración), si bien impide, al prosperar, el éxito de pretensiones que la desconozcan, no logra evitar (cfr. *infra*, núm. 29), dada su índole de instrumento posterior en su empleo, que la acción (del actor) se haya esgrimido y haya originado un proceso más o menos largo y una decisión jurisdiccional sobre la contrapretensión del excepcionante. Luego, la relatividad no es de la acción, que en su genuina acepción procesal es el continente, pero no el contenido, sino de la jurisdicción, o sea de la posibilidad de acordar o no la tutela jurídica estatal a la pretensión que acompañe a la acción del actor. El tema de la llamada acción (en realidad, pretensión) declarativa o de accertamiento⁷⁹ suministra una demostración elocuente: las dudas y

⁷⁷ Cfr. *La relatività*, etc., núm. 9 (p. 21 del folleto que en tirada aparte recoge la contribución de CALAMANDREI al homenaje a SANTI ROMANO —Padova, 1939—).

⁷⁸ *La relatività*, etc., núm. 10, p. 23.

⁷⁹ Acerca de esta traducción, cfr. mi *Adición* a los núms. 45 y 46 del CARNELUTTI. Véanse además, en relación con la traducción empleada por SENTÍS MELENDO (“declaración de mera certeza”), las palabras de ALSINA en el Prólogo a la edición castellana de las *Instituciones* de CALAMANDREI (cfr. p. XIX) y especialmente el trabajo *ad hoc* del Dr. LORETO que bajo el título *La sentencia de “declaración de simple o de mera certeza”*, figura en este mismo volumen (es decir, en el de homenaje a ALSINA, pp. 409-38).

resistencias que en ocasiones ha suscitado su reconocimiento,⁸⁰ no obedecen tanto a que se discuta el derecho o por lo menos el interés de las partes a promoverlas, como a la creencia —no examinamos aquí si acertada o errónea— de que no encaja en los fines peculiares de la jurisdicción, definir semejantes litigios.

Aspecto muy distinto del anterior es que se administre justicia sin que inter venga acción propiamente dicha, o sea, según expresa Calamandrei, que se produzcan “casos excepcionales de jurisdicción sin acción”, como lo serían “el proceso penal inquisitorio de la época intermedia (recordado por el procesalista florentino), en que el juez penal acumulaba en sí el oficio de acusador”,⁸¹ o bien —agregamos— la sustitución propuesta por Baumbach del proceso civil por la jurisdicción voluntaria y, correlativamente, el reemplazo de la acción por una mera denuncia;⁸² pero aun prescindiendo del discutible carácter *procesal* del llamado proceso inquisitivo,⁸³ y de la índole administrativa o a lo sumo *semi-procesal* de la jurisdicción voluntaria,⁸⁴ tales hipótesis representarán únicamente *ausencia* de acción, mas no relatividad de un concepto, que en ellas no entraría en juego para nada y que, por el contrario, cuando funciona, responde a una esencial y permanente preocupación, derivada de la existencia misma del Estado y de la subsiguiente prohibición de la autodefensa.⁸⁵

⁸⁰ Cfr. Roberto GOLDSCHMIDT, *La sentencia declarativa*, pp. 384 y ss. Bueno será destacar la posición, por decirlo así, intermedia que la acción declarativa ocupa tanto desde el punto de vista de su finalidad como en orden a su adscripción jurídica. En el primer sentido, la acción declarativa desempeña una función preventiva que la aproxima sobremanera al proceso cautelar (cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 79 h, y aunque no compare la tesis, MACHADO GUIMARÃES, *Relatório*, nota 6, en relación con núm. XII, ap. b); en la segunda dirección, entendemos que “la acción declarativa, cuyo estudio científico ha ensanchado el panorama de la actuación judicial y que ha aclarado no pocos fenómenos procesales, lejos de agudizar el contraste entre la jurisdicción contenciosa (vista a través de la acción de condena) y la voluntaria, lo ha suavizado bastante” (cfr. nuestros *Ensayos*, pp. 648-9, en relación con el folleto de COURTURE sobre *La acción declarativa de la prescripción*): en contra, MACHADO, *ob. cit.*, núm. XII, b.

⁸¹ *Instituciones*, p. 154; véase, además, *supra*, nota 70.

⁸² Cfr. su artículo *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en “*Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht*”, año 1938, pp. 583 y ss.). Sobre las relaciones entre acción y denuncia, véase *infra*, núms. 32 y 33.

⁸³ El proceso inquisitivo puro, con el juez de acusador, es más bien una forma auto-defensiva de administración de justicia que no un genuino proceso, y otro tanto sucede, sean o no derivación de aquél, con los denominados procesos con una sola parte. (Para más datos acerca de las cuestiones aquí abordadas, cfr. *Ensayos*, p. 208, *Derecho procesal penal*, vol. II, pp. 219-20, y nuestro anunciado cursillo sobre *Proceso, autocomposición y autodefensa*).

⁸⁴ Cfr. mis *Ensayos*, pp. 126-8, 603, nota b, 647-9 y 675-6.

⁸⁵ Cfr. CALAMANDREI, *Instituciones*, pp. 143-51, que es uno de los pocos procesalistas que tratan el tema con cierta amplitud. En lo penal, no sólo se sustituye la autodefensa por la jurisdicción, sino que en reemplazo (monopolio acusador estatal) o en concurrencia con la del ofendido se instituye una acción pública u oficial. Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. II, pp. 24-30 y 75-9.

16) b') *Unidad o diversidad del concepto en las diferentes ramas procesales.* Ahora bien: esa preocupación —que establece “un vínculo muy estrecho” entre la acción y el “derecho constitucional de petición, por virtud del cual cualquier ciudadano (cualquier justiciable, diríamos desde nuestro punto de vista: cfr. *supra*, núm. 11) puede dirigirse a los órganos del poder público expresando sus reclamaciones—,⁸⁶ ¿satisface una misma finalidad en los distintos campos procesales? En otros términos: ¿el concepto de acción es único o, por el contrario, diferente en cada zona del enjuiciamiento? Para nosotros, fervientes adeptos de la *unidad del derecho procesal*,⁸⁷ la respuesta ha de darse en la primera dirección, es decir, en la de postular a la vez, como dice Bartoloni Ferro, *la unidad de la acción*,⁸⁸ ya que al aceptar ésta como uno de los tres conceptos fundamentales de aquél (junto a los de jurisdicción y proceso: cfr. *supra*, núm. 4), incurriríamos en flagrante contradicción si sustentásemos opinión contraria. ¿Cabe, sin embargo, propugnar sin más ni más la unidad teleológica de la acción civil y de las que se manifiestan en los procesos penales,⁸⁹ del trabajo, administrativos o constitucionales? A nuestro entender, desde luego, siempre que imaginemos la acción como un puro concepto procesal, al margen —aunque no desligado— de toda contaminación iusmaterialista, o sea si la diferenciamos de la pretensión, que viene a ser como el cordón umbilical que la uniese al derecho sustantivo. En este sentido, cuando los procesalistas penales afirman que la *acción* (penal) *es única*,⁹⁰ por ser su finalidad idéntica sea cual fuere el delito enjuici-

⁸⁶ COUTURE, *Fundamentos*, pp. 32-33.

⁸⁷ Acerca de este importantísimo aspecto, cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. I, pp. 37-47, y con más amplitud, nuestro trabajo *Concepto y enseñanza del Derecho procesal* (próximo a publicarse).

⁸⁸ En su trabajo así titulado (en “Rev. Der. Proc.”, 1943, 1ª parte, pp. 334-45), si bien la frase tiene en él distinto significado del que nosotros le damos en el texto: para el profesor de Santa Fe, unidad de la acción supone la reabsorción del concepto de excepción dentro de ella (“...no puede aceptarse un derecho a la acción del demandante y un derecho a la acción del demandado, ...sino un único derecho a la acción, que comprende y lleva involucrado en sí a la excepción, con la que se completa e integra, como derecho a la jurisdicción...”; rev. cit., núm. 7, p. 342), mientras que para nosotros, significa identidad esencial en las distintas ramas procesales.

⁸⁹ La tesis que ahora propugnamos rectifica la que en nuestro trabajo *El sistema procesal de la ley relativa a vagos y maleantes* sostuvimos acerca de la existencia de una acción de peligrosidad, que contrapusimos a la de carácter penal *stricto sensu* (la una como preventiva frente a conductas reveladoras de peligrosidad sin delito y la otra como represiva frente a hechos delictivos), o mejor dicho, la relega a la categoría de clasificación iusmaterialista de pretensiones (cfr. el núm. 18 de mi citado artículo —primera y parcialmente publicado en la “Rivista Italiana di Diritto Penale”, 1937, p. 526-42; véase núm. 1—, en las pp. 199-200 de mis *Ensayos*, así como también nuestro *Derecho procesal penal*, vol. I, pp. 51-2).

⁹⁰ Cfr. v. gr., FLORIAN, *Elementos de Derecho procesal penal* (trad. española, Barcelona, 1934), p. 177, o FONTECILLA, *Derecho procesal penal*, tomo II (Santiago de Chile, 1943), p. 6.

ciado (no hay una acción de homicidio, una acción de estupro o una acción de estafa, sino una acción penal para perseguir las diferentes categorías de actos delictivos)⁹¹ enuncian una gran verdad, olvidada o ignorada por la generalidad de los procesalistas civiles cuando tras rechazar —y con razón— como ajena al derecho procesal la clasificación tradicional de las acciones según la naturaleza de los bienes garantizados por las normas que hayan de actuar (cfr. *supra*, núm. 7, nota 25), la sustituyen, como regla —e incluso la extienden al proceso—⁹² por la división en declarativas, constitutivas y de condena.⁹³ Basta, sin embargo, una ojeada a la lista ejemplificadora que de esas supuestas acciones figura en los más conocidos tratados y manuales,⁹⁴ para cerciorarse de que semejante clasificación es tan de derecho material como la que intenta reemplazar⁹⁵ y que, por tanto, no puede ser referida a la acción

⁹¹ Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. II, p. 69.

⁹² Como ha hecho, aunque modificándola, CARNELUTTI en su *Sistema*, cuando tras dividir los procesos en *declarativos* y *dispositivos*, subdivide los primeros en de *condena*, de *mero accertamiento* y de *accertamiento constitutivo* (cfr. núms. 40-6), sin percatarse de que, sean o no exactos los términos de su clasificación, no repercuten para nada sobre la índole del proceso. Por tanto, lo que será dispositivo o declarativo (en cualquiera de las tres hipótesis que el autor admite) es, por un lado, la pretensión y, por otro, el pronunciamiento de la sentencia (cfr. *infra*, cuadro que figura en el núm. 28).

⁹³ Aceptada en el orden penal por MASSARI: cfr. *Il processo penale*, etc., pp. 21-2 y 347-8. Por nuestra parte, hemos sostenido el carácter constitutivo de la acción (léase, de la pretensión) de revisión (cfr. *Derecho procesal criminal*, Madrid, 1935, pp. 80-1; *Ensayos*, p. 250, y *Derecho procesal penal*, vol. II, pp. 70-1). Además, al corresponder también la acción al sujeto pasivo (cfr. *infra*, núms. 26-7), su reacción en el orden penal irá normalmente acompañada de una pretensión declarativa: que se le reconozca inocente, o prescripta la llamada acción, o que ha actuado en legítima defensa, etc. En todo caso, tanto en lo civil (cfr. CHIOVENDA, *Azioni e sentenze di mero accertamento*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1933, 1ª parte, p. 4) como en lo penal (cfr. MASSARI, *ob. y lug. cit.*), las sentencias absolutorias tienen carácter declarativo.

⁹⁴ Cfr. v. gr., CHIOVENDA, *Principios*, vol. I, pp. 194-227; GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, pp. 104-9; ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 198-202, etc., y se comprobará con sólo fijarse en que las referencias provienen en su inmensa mayoría de los códigos civiles y no de los procesales civiles (y aun las de éstos, suelen implicar remisión a aquéllos), que las supuestas acciones declarativas o constitutivas pertenecen, por su naturaleza y contenido, al derecho material y no formal (así lo proclama, con tanto acierto como rotundidad, MACHADO GUIMARÃES, en el núm. X de su *Relatório*). Para que correspondiesen a éste, haría falta que de la noche a la mañana se convirtiesen en instituciones procesales, por ejemplo, el divorcio, la nulidad del matrimonio, la adquisición o conservación de la posesión, la constitución de servidumbres, la falsedad de un hecho o de un documento, etc. Añadamos que tampoco es procesal la prestación o la sanción objeto de la acción de condena. En este punto, los procesalistas penales —acaso porque suelen ser en primer término penalistas y no han querido despojar a su disciplina principal en beneficio de la que reputan accesoria— han visto más claro que los procesalistas civiles.

⁹⁵ Discrepamos en este punto de SENTÍS (*Los conceptos de "acción" y de "proceso"*, núm. 25), cuando entiende que la división de las acciones en de condena, declarativas,

en su neta acepción procesal, sino, por un lado, a la pretensión, que la sigue como la sombra al cuerpo, pero sin ser el cuerpo, y por otro, conforme expusimos al ocuparnos de la supuesta relatividad de aquélla (*supra*, núm. 15), a los fines atribuidos o atribuibles a la jurisdicción de un Estado. En resumen: que para ver claro en el problema de la acción hay que mantener diferenciada su noción y la de pretensión, aun hallándose ambas indisolublemente unidas, como pronto veremos (cfr. *infra*, núms. 23-4).

17) La unidad de la acción podría, sin embargo, ser negada en otra dirección: no en la de su *clasificación*, sino en la de su *calificación jurídica* en las distintas ramas procesales y más concretamente en cuanto a la naturaleza del *poder* que su ejercicio implica. En relación, claro está, con el derecho italiano, donde el monopolio acusador del ministerio público alcanza máxima intensidad, Carnelutti sostuvo que la acción penal era un *poder-deber*, mientras que la acción civil sería un *poder-derecho*.⁹⁶ La distinción de Carnelutti es exacta, siempre que se la aplique no al *proceso* en que la acción se deduzca, sino al *titular*, (actor o accionante) que la ejercite. O dicho de otro modo: la acción promovida

constitutivas, ejecutivas y precautorias, adoptada por ALSINA (cfr. *Tratado*, vol. I, pp. 196-203), supone la “clasificación por razón del elemento procesal”, que, francamente (al menos por lo que se refiere a los tres primeros sectores), no vemos por parte alguna. En lo que sí estamos de acuerdo con SENTÍTS es en que ALSINA ha asociado dos criterios distintos; el segundo de los cuales —o sea por razón del proceso que originan (de declaración o conocimiento —o jurisdiccional, como le llama CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 38-40— qué abarcaría las tres primeras clases; ejecutivo y precautorio, o cautelar, que comprenderían las otras dos), sí podría motivar una clasificación procesal (y así lo ha efectuado CARNELUTTI núm. 358; véase también CHIOVENDA, *L'azione*, nota 7, ap. d); pero aun en este caso, habría que tener presente: a) que la esencia de la acción seguiría siendo la misma en todas las hipótesis y que la diferencia, por tanto, habría de buscarse por el lado de la pretensión; b) que acaso no deba hablarse de proceso de ejecución y de proceso cautelar, sino, simplemente, de ejecución y prevención procesales (cfr. a este propósito, a favor de la primera fórmula, LIEBMAN, *Execução e ação executiva* —en “Revista Forense”, 1943, p. 216—, y en pro de la segunda, nosotros en la crítica a dicho artículo en “Rev. Der. Proc.”, 1944, 2ª parte, pp. 95-6). Más en lo cierto está ALSINA cuando inmediatamente antes de trazar su mencionada clasificación, afirma: “Si nos atenemos a la definición que hemos dado de la acción, parecería que ésta no podría ser sino una sola”, ya que “...el derecho de reclamar la intervención del Estado en presencia de una lesión, es siempre de igual naturaleza, pero [y el *pero* le hizo abandonar su primitiva posición, más firme] no en todos los casos su objeto [léase, la pretensión, que es elemento aparte] es el mismo, ...” (*Tratado*, vol. I, pp. 195). Es más: en particulares aspectos, como la competencia, la clasificación tradicional de las acciones (especialmente su división en reales y personales, mobiliarias e inmobiliarias —cfr. ALSINA, *ob. cit.*, pp. 208-9—) resulta de mayor trascendencia procesal que la presentada como de esta naturaleza.

⁹⁶ Cfr. nota bibliográfica suya acerca del libro de TOLOMEI, en “Riv. Dir. Proc. Civ.”, 1931, 1ª parte, p. 383.

por el ministerio público será, por lo general,⁹⁷ un poder-deber, incluso cuando por cualquier causa esté llamado a actuar en procesos civiles; por el contrario, la acción conferida a los particulares será siempre un poder-derecho, incluso cuando se les reconozca intervención acusadora en procesos penales (por ejemplo: con la amplitud acusadora que la triple fórmula acusación popular, particular y privada consiente en el derecho español y en los códigos americanos por él influidos en este punto en mayor o menor escala). Así, pues, el deslinde efectuado por Carnelutti, al tener carácter *subjetivo* y no *objetivo*, y al ser dentro de cada campo procesal *relativo* y no *absoluto*, respeta la unidad teleológica de la acción y se limita a diferenciar dos modalidades de su ejercicio.

18) c') *Categoría jurídica a que pertenece: ¿derecho o posibilidad?*—Cerrado el paréntesis que abrimos para dilucidar las cuestiones previas acerca de la relatividad y de la unidad de la acción, retomamos el hilo de nuestra exposición, con el propósito de fijar la categoría jurídica a que pertenezca aquélla.

Sostener que la acción es un *derecho*, entendido éste según los cánones del derecho privado clásico, se nos antoja fórmula inaceptable. Cuando a diario estamos viendo *accionar*⁹⁸ ante los tribunales a litigantes temerarios, de mala fe, con pretensiones extinguidas, impulsados por deseos de molestar o de venganza, o llevados por el propósito de rendir a un adversario de menor resistencia económica, resulta anómalo hablar de que exista *derecho* a promover tales procesos, que, sin embargo, no es posible cortar *in limine litis* y que con frecuencia llegan hasta los supremos tribunales a lo largo de toda la jerarquía impugnativa. Pretender que en esos casos no se ha accionado, equivaldría a negar la evidencia, y entender que sólo hay acción cuando la sentencia sea estimatoria, significaría confundir *acción* y *razón*,⁹⁹ siendo así que la determinación de la segunda, a

⁹⁷ Salvo cuando intervenga el principio de oportunidad o discrecionalidad respecto a su ejercicio.

⁹⁸ Digamos, de paso, que es hora ya de que el verbo *accionar* se generalice en la terminología procesal hispanoamericana. Así se ha hecho, tanto por los Dres. DE CILLIS y DASSEN como por nosotros en la doble y casi simultánea traducción del *Código de procedimiento civil* italiano (la de ellos, en volumen independiente —Buenos Aires, 1944— y la nuestra, como apéndice al primer tomo del *Sistema* de CARNELUTTI; cfr. en ambas los arts. 100-3). A su vez MERCADER habla de *accionante*, con todo acierto (cfr. *La acción*, p. 163). La nueva terminología permitiría prescindir de la nada feliz subtraducción de *Klagerrecht* (cfr. *supra*, nota 67), que a su vez está influida por una concepción civilista, en virtud de la cual se ha establecido la equivalencia o sinonimia entre capacidad de obrar (*agire*) y capacidad procesal. Esta última, circunscrita a las partes (puesto que además existe la del juzgador), no sería otra cosa sino *capacidad de accionar*.

⁹⁹ Cfr. el trabajo de BETTI citado en la nota 60. Además, dadas las posibles alternativas de la vía impugnativa, la segunda hipótesis de las que contemplamos, llevaría a la conclusión de que en un mismo proceso habría y dejaría de haber acción según el éxito o el fracaso de la misma en las sucesivas sentencias provocadas por la demanda inicial y los ulteriores recursos.

menos de incurrir en prejuzgamiento, corresponde al momento final y no al inicial del proceso de conocimiento. Por otro lado, no es fácil descubrir la obligación inherente a ese derecho:¹⁰⁰ en el número 11 expusimos ya que el juzgador queda sujeto a dos obligaciones, pero ninguna de ellas lo vincula a un litigante concreto, máxime si éste sustenta pretensiones improspereables; por lo que hace a la contraparte, tampoco será factible demostrar en virtud de qué regla de tres el acusado inocente, el deudor que haya pagado antes de la demanda o, en general, las personas carentes de legitimación pasiva deban quedar sometidas a una obligación —y cuál haya de ser la correspondiente sanción— respecto de quien infundada y aun caprichosamente les promueva un proceso: bastante es con que tengan que soportar las cargas del mismo (en el sentido procesal y en el económico del concepto). Y puesto que las cargas han salido a relucir, recordemos, como un nuevo argumento en contra de la acción contemplada cual simple derecho, el aspecto de carga que en ella concurre,¹⁰¹ al derivar de la prohibición estatal de emplear la autodefensa (cfr. *supra*, núms. 9-11 y 13).

De ahí que incluso quienes siguen considerando a la acción como derecho, se vean forzados a añadir algo a esta noción a fin de reflejar que, en todo caso, se trata de un derecho singularísimo; y así Plösz habla de derecho *abstracto de obrar*,¹⁰² Chiovenda de derecho *potestativo autónomo*¹⁰³ y Carnelutti de derecho *subjetivo procesal*.¹⁰⁴ Pero si la acción es un derecho *sui generis*; si carece

¹⁰⁰ El propio CHIOVENDA reconoce que frente al “poder” del actor se encuentran una o más personas “che non sono tenute ad alcuna prestazione verso di lui, ma sono soltanto *soggette*, così da non potervisi sottrarre, all’effetto giuridico prodotto” (*L’azione*, p. 21). Ahora bien: la *sujección* es categoría distinta y, por decirlo así, más tenue que la obligación. (Para el deslinde, véase CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 20).

¹⁰¹ Es esta noción (cfr. *supra*, núm. 10) —y no la de obligación (como lo fue en el proceso romano clásico)— la que explica la comparecencia del demandado (o sea su interés en reaccionar: cfr. *infra*, núm. 21) y la que luego inspira la distribución de la prueba entre las partes y la legitimación para impugnar las resoluciones judiciales.

¹⁰² Según informa CHIOVENDA (cfr. *L’azione*, p. 64, nota 35), si bien el libro de DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm* (Leipzig, 1877), es anterior a los *Beiträge zur Theorie des Klagerechts* (Leipzig, 1880) de Plösz, éste había manifestado su opinión por primera vez en 1876 en un trabajo escrito en húngaro e incorporado en alemán a su citada obra de 1880. La prioridad le corresponde, pues, al húngaro, aunque a la difusión haya contribuido más el alemán.

¹⁰³ Cfr. *L’azione*, núm. 12, pp. 23-4, y notas 111-7, pp. 95-6; *Principios*, vol. I, pp. 57-64; *Istituzioni*, vol. I, pp. 17-25. Para la crítica, áspera en demasía de esta concepción de CHIOVENDA, a quien, por otra parte, no menciona, cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 21 y 336. A nuestro entender, el error de CHIOVENDA no está en concebir la acción como un derecho potestativo, idea que él mismo hace equivalente de “poder jurídico” (cfr. *L’azione*, núms. 8 y 11, pp. 15 y 21), sino en no desconectarla del derecho material y en imaginarla como dirigida frente al adversario, o sea en el carácter concreto y no abstracto de su doctrina.

¹⁰⁴ Cfr. *Sistema*, núm. 356.

de obligación correlativa o si ésta es también *sui generis*,¹⁰⁵ si por razón del titular puede constituir ella misma una obligación funcional (deber, como le llama Carnelutti: cfr. *supra*, número 17), y si no es ajena a la idea de carga, parece preferible buscar su caracterización por uno de estos dos caminos: o el de entender que la acción integra una categoría jurídica aparte, o bien el de estimar que pertenece a un género menos enérgico y más elástico que el de derecho. Es en esta dirección en la que marchan varios de los más ilustres procesalistas contemporáneos,¹⁰⁶ y hasta el mismo Chiovenda podría ser incorporado a la lista, si dentro de su tesis damos preferencia a los adjetivos (*potestativo, autónomo*) sobre el sustantivo (*derecho*).¹⁰⁷

19) En definitiva, creemos más acertado reputar a la acción como *facultad, poder, potestad* o *posibilidad* que como derecho; pero de las cuatro denominaciones propuestas, ¿cuál debemos estimar preferible? En nuestra opinión, la última: *facultad*, además de emplearse usualmente como sinónimo de derecho subjetivo, tiene significado distinto de *poder*,¹⁰⁸ a su vez este término y *potestad* presentan más de una acepción jurídica y en ambos la idea de dominio prevalece sobre la de *posibilidad*¹⁰⁹ de actuar y de peticionar, que es, para nosotros, el rasgo distintivo de la acción. Insistiendo ahora en dos de los estribillos del

¹⁰⁵ Cfr. GOLDSCHMIDT, *Prozess als Rechtslage*, p. 4, y KISCH, cuando niega la existencia en el proceso de verdaderas obligaciones y entiende que tan sólo determina estados de ligamen (*Deutsches Zivilprozessrecht*, vol. I —Berlín, 1909—, p. 16, o bien p. 21 de la traducción española, 1ª ed., Madrid, 1932).

¹⁰⁶ Así, de *poder*, además de CARNELUTTI (cfr. *supra*, núm. 17), hablan MANZINI (cfr. *Tratato di diritto processuale penale*, vol. IV, Padova, 1932, p. 121), MASSARI (*Il processo penale*, etc., pág. 7) y BETTI, a quien sigue LORETO (cfr. *supra*, nota 60); de *potestad* lo hace SANTI ROMANO (*Corso di diritto costituzionale*, p. 339, cit. por CALAMANDREI, *La relatività*, p. 14); de *posibilidad*, HELLWIG (cfr. nota 109). Más datos, en CHIOVENDA, *L'azione*, nota 65.

¹⁰⁷ Sin contar con que expresa y destacadamente habla CHIOVENDA de que la acción es un "poder jurídico": cfr. *supra*, notas 100 y 103.

¹⁰⁸ Para la distinción, véase CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 20 y 21 (el poder es posibilidad de mandar para la composición de un conflicto de intereses, mientras que la facultad es posibilidad de obrar en el campo de la libertad); véase también CHIOVENDA, *L'azione*, p. 20.

¹⁰⁹ *Klagerecht und Klagmöglichkeit* (que conforme a nuestro criterio —cfr. notas 67 y 98— traduciríamos como "derecho y posibilidad de accionar") tituló Konrad HELLWIG uno de sus mejores trabajos (impreso en Leipzig, 1905), en el que sostiene que esa posibilidad de accionar, con su resultante de provocar la actuación del poder jurisdiccional y de motivar su obligación de pronunciar, no debe considerarse como un derecho procesal especial. (No habiendo tenido la citada obra de HELLWIG a nuestra disposición, tomamos la referencia del vol. II, p. 9, de su *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts* —Leipzig, 1907—, que aunque incompleto, es una de las obras maestras de la literatura procesal alemana). Acerca de la *Klagmöglichkeit*, cfr. también GOLDSCHMIDT, *Der Prozess als Rechtslage*, pp. 278-80.

presente artículo —a saber: la necesidad de librar el concepto de acción de contaminaciones iusmaterialistas, y la de mantenerlo diferenciado, aunque unido, con el de pretensión—, llegaríamos al resultado, que no quiere ser una definición, de que la acción es tan sólo *la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución, respecto de una pretensión litigiosa*. Con propósito deliberado hemos eludido toda referencia al debatido problema de si la acción tiene como contenido alcanzar una sentencia *favorable* o una sentencia *justa*, no sólo por considerar superadas ambas teorías, según opina Carnelutti, que le atribuye como contenido la sentencia, sin calificativo alguno,¹¹⁰ sino por entender que aquellas posiciones, lejos de oponerse, se pueden combinar, aunque enfocándolas desde puntos distintos: para la comunidad de justiciables (cfr. *supra*, núm. 11), de donde surgen los litigantes en concreto, el objetivo de la acción no puede ser otro que la sentencia justa, porque sólo así se logrará esa fórmula de *paz con justicia* que el propio Carnelutti señala como lema del derecho procesal;¹¹¹ para los accionantes, en cambio (véase *infra*, núm. 21 por qué decimos accionantes y no actores), es indudable también que, salvo algún caso de quijotismo procesal y el deber de imparcialidad que incumbe al ministerio público, la meta procesal la representa la sentencia favorable, y las malas artes curialescas en pro o en contra, no reconocen, a fin de cuentas, otra razón de ser. En compensación de ese silencio acerca del carácter de la sentencia perseguida por los accionantes, hablamos explícitamente, y en plural, de “proveimientos jurisdiccionales para obtener el pronunciamiento de fondo”, ya que por rápido y sencillo que sea el procedimiento mediante el que se sustancie un proceso, será, si no imposible, sí excepcionalísimo que se reduzca a demanda y sentencia y, por consiguiente, entre ambas —e incluso antes de la primera y después de la segunda—¹¹² recaen proveimientos de trámite o incidentales, que, salvo cuando se emitan de oficio, serán provocados por la acción de las partes, según expondremos en el epígrafe siguiente. Pero antes de penetrar en él, recogeremos una postrera deducción que se desprende de la noción líneas atrás suministrada, o sea la de que *la acción* (cfr. *infra*, núm. 23 *in fine*) *viene a ser al proceso, lo que la pretensión es al litigio*, aunque históricamente la sucesión sea ésta:



¹¹⁰ Cfr. *Sistema*, núm. 356 *d a cc.*

¹¹¹ Cfr. *Sistema*, núm. 83.

¹¹² Antes de la primera, actos preliminares (cfr. *infra*, núm. 34); después de la segunda, actos de ejecución, unos y otros determinantes de proveimientos del juzgador o de los auxiliares que lo reemplacen.

20) *d') Concepción dinámica de la misma: acción, reacción e inacción.*—Circunscribir, identificar o recluir la acción en la demanda principal del proceso civil, o en la acusación del plenario penal (acerca de la querrela, véase *infra*, núms. 32-4), supone tener una visión limitadísima de la misma, sólo explicable en el cuadro de las teorías obligacionistas, en que aquélla aparece involucrada con la pretensión de derecho material.¹¹³ Valiéndonos de una metáfora, diríamos que la acción no es un empujón que se le dé a la pretensión litigiosa para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración continuada para que llegue a su destino (pronunciamiento de fondo), ya que el procedimiento no se mueve en virtud de la inercia, sino por obra del impulso procesal, del juez o de las partes. Cuando, verbigracia, una de las partes promueve una cuestión de competencia, recusa a un juez, pide reposición de una providencia, impugna una sentencia, recaba medidas cautelares o insta la ejecución del fallo, no hace otra cosa que accionar: podrá discutirse si ejercita entonces acciones que cabría denominar *secundarias* o bien si todas ellas son simples proyecciones de la acción *principal* (*rectius*, única); pero lo indudable es que tales actividades se hallan colocadas bajo el signo de la acción procesal, que sólo así se conduce como ese elemento *dinámico* del proceso, de que se suele hablar. De ese modo, además, los dos sentidos de la palabra *acción* que Carnelutti recoge en su *Sistema*, es decir, como derecho subjetivo procesal y como actuación,¹¹⁴ se conjugan sin la menor dificultad, viniendo a ser el segundo, cuando se le refiera a las partes, la natural desembocadura o desenvolvimiento del primero. Dicho de otra manera: la energía o principio anímico de la actividad procesal realizada por las partes, proviene de la acción, que únicamente así, y no recluida en la demanda, alcanza su pleno desarrollo y se erige, por su trascendencia, en uno de los tres conceptos fundamentales de nuestra disciplina (cfr. *supra*, núm. 4).

21) Conforme a la concepción dinámica que propugnamos, *a la acción se opone la reacción y se contrapone la inacción.*¹¹⁵ Glosemos las dos afirmaciones de la frase.

¹¹³ Así, en el art. 524 de la ley de enjuiciamiento civil española, cuando exige que se indique la clase de acción (léase, de pretensión) ejercitada, siempre que en atención a ella deba determinarse la competencia.

¹¹⁴ Cfr. *Sistema*, núms. 356 y 455-8. Para CARNELUTTI, la acción, en el segundo sentido, representa "el momento dinámico de la forma" (núm. 456). El carácter *dinámico* de la acción hace que, a nuestro entender, resulte en castellano más expresivo hablar de *actuaciones* (como hace la legislación procesal española) —si bien *procesales* y no *judiciales*, a fin de extender el concepto a todos los sujetos del proceso— que no de *actos* (sin desconocer por ello el antiguo significado forense de esta palabra, equivalente a *autos* o *actuaciones*). El dinamismo procesal se refleja todavía con mayor intensidad en otra palabra de la terminología procesal española, con frecuencia empleada como sinónimo de *actuaciones*: nos referimos a *diligencias*.

¹¹⁵ De "acciones" y "reacciones" habla incidentalmente CALAMANDREI, cuando afirma

A la acción se opone la reacción: el enunciado recuerda la famosa ley mecánica de Newton, y la semejanza podría acentuarse si trayendo a colación el principio de igualdad procesal entre las partes, lo expresásemos de este otro modo: a toda acción *puede* corresponder una reacción igual y opuesta (el físico diría *corresponde*, en forma absoluta; pero el procesalista ha de prever que frente a la acción surja tan sólo la inacción). De esta manera de imaginar la acción fluyen dos enseñanzas: la primera, la de que siendo la reacción de igual entidad que la acción, en el proceso hay *dos partes accionantes y no una sola*, sin más diferencia —aparte del contenido de sus respectivas pretensiones, atacante una y defensiva otra— que la de la prioridad cronológica en cuanto al ejercicio de la acción: *actor* es el primero, pero no el único accionante, ya que ambos pertenecen a la comunidad de justiciables y se hallan en el mismo plano respecto de la jurisdicción; la segunda, que puede parecer más audaz, la de que la figura paralela y opuesta a la acción no es, en realidad, la *excepción*,¹¹⁶ sino, como acabamos de decir, la *reacción*. Dejando para más adelante la cuestión relativa a la dualidad de titulares de la acción (cfr. *infra*, núms. 26-7), abordaremos ahora el otro extremo.

Frente a la *acción* del actor, la parte atacada o demandada puede situarse en dos actitudes distintas: de *reacción* o de *inacción*. Pero el contenido de la reacción (entendiendo por tal la réplica a la acción) no es uniforme: puede consistir, ante todo, yendo de menos a más en la resistencia, en el allanamiento,¹¹⁷ en el que hay reacción, pero no contrapretensión (cfr. *infra*, núm. 24), o mejor dicho, en el que la segunda se reemplaza por adhesión o aceptación de la pretensión del actor; en segundo lugar, en la simple defensa negativa, con la esperanza puesta en el fracaso probatorio de la parte contraria (*actore non probante, reus absolvitur*); y finalmente,¹¹⁸ en el empleo de excepciones, término éste casi

que “el proceso se desarrolla como una lucha de acciones y de reacciones, de ataques y de defensas, en la cual cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y espera, después, de ellos un nuevo movimiento para ponerse en movimiento a su vez” (*Instituciones*, p. 258); de “acción” e “inacción” lo hace, a su vez, CARNELUTTI, como términos sinónimos de comisión y omisión, al ocuparse del elemento formal de los actos procesales (*Sistema*, núm. 456, a, ap. 2°); a “inacción” de los litigantes, como uno de los modos de extinguirse la relación procesal, se refiere, por último, ALSINA (*Tratado*, vol. I, p. 259). Los pasajes transcritos o citados son suficientes para que el lector se dé cuenta de la medida en que coinciden o discrepan de nuestra posición.

¹¹⁶ En contra de lo que entiende COUTURE, *Fundamentos*, pp. 37-8, y *Las garantías constitucionales del proceso civil*, núm. 9.

¹¹⁷ Acerca del mismo, en lo penal, cfr. mi trabajo *El juicio penal truncado del derecho hispano-cubano* (en “Ensayos”, pp. 411-500), y en lo civil el del Dr. SENTÍS MELENDO, *El allanamiento a la demanda*, que figura en este volumen, [es decir, en el de homenaje a Alsina, pp. 607-51].

¹¹⁸ No mencionamos la reconvencción, porque en ella el demandado se comporta como actor, según opinión unánime, y lo único que determina es acumulación de pretensiones esgrimidas por ambas partes y no por una sola. En otros términos: mediante la recon-

tan infortunado como el de acción, comenzando porque excepción es, en su significado más extendido, lo contrario de regla, y lo normal, una vez promovido el proceso, es que el demandado excepciones,¹¹⁹ con fundamento o con temeridad, porque el carácter abstracto de la institución¹²⁰ y la falta frecuente de medidas para cortar su empleo abusivo, impiden su canalización adecuada.

22) *A la acción se contraponen la inacción*: ésta puede ser unilateral o parcial, es decir de una de las partes, por lo general del demandado, que es además la que aquí nos interesa, en contraste con la acción inicial del actor, y entonces nos hallamos ante la *contumacia* o *rebeldía*, sea cual fuere la causa a que obedezca, o bien *bilateral* o *total*, es decir de ambas partes, que puede originar la *caducidad*, la *extinción por inactividad* y la *suspensión concertada*.¹²¹ Cuando la contumacia del demandado se manifiesta desde su primera oportunidad de actuación procesal¹²² y persiste hasta el fin del proceso, su inacción es absoluta, puesto que no media por su parte ni reacción ni contrapretensión; en cambio, cuando llega a tener alguna intervención, aunque *antes* haya rehuído el proceso

vención, el demandado, en lugar de accionar en un nuevo proceso, lo hace en el promovido por el actor inicial.

¹¹⁹ Sólo desde el punto de vista estadístico, por vencer, como regla, el actor o acusador, tendría sentido el término excepción como arma del demandado o acusado (si bien las excepciones se utilizan a veces por la parte atacante: así lo ha entendido, al menos, la doctrina española respecto de los artículos de previo pronunciamiento en el enjuiciamiento criminal —cfr. nuestros “Ensayos”, p. 164—, no ya en cuanto al ministerio público, quien al fin y al cabo, como representante de la ley debe conducirse con imparcialidad, sino incluso por lo que concierne a las acusaciones no estatales que aquél reconoce: privada, particular o popular).

¹²⁰ Aquí sí estamos de acuerdo con COUTURE (*Fundamentos*, pp. 38, 40 y 45-8), máxime si se tiene en cuenta que desde nuestro punto de vista, el contenido de la excepción, sea sustancial o procesal, se localizaría en la contrapretensión y no en la reacción en estricto sentido.

¹²¹ Las tres figuras parecen propias del proceso civil, tanto por prevalecer en él el principio dispositivo, a diferencia del de oficialidad que predomina en el enjuiciamiento criminal, como porque la normal intervención en éste de un acusador oficial, a quien incumben deberes funcionales en cuanto a la impulsión del proceso, impide que la doble inactividad se produzca. Sin embargo, en torno al abandono de la querrela por el particular, puede surgir una manifestación próxima a la caducidad: cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. III, pp. 204 y 223. Nada hemos de decir acerca de la caducidad, o perención, conocida en la legislación argentina, donde incluso es objeto de una ley especial, la núm. 4550; pero sí de las otras dos formas de inacción: la extinción por inactividad de las partes ha sido introducida por los arts. 307-9 del código de procedimiento civil italiano de 1940 en reemplazo de la caducidad; la suspensión concertada entre las partes, la encontramos en el r. d. español de 2-IV-1924 y ha sido acogida por el art. 296 del citado código italiano.

¹²² O sea en el derecho español, al dársele traslado de la demanda para contestación y oposición de excepciones dilatorias: cfr. arts. 525, 530 y 532 de la ley de enjuiciamiento civil y 72 y 85 del código argentino para la Capital.

o *después* lo abandone, se combinan reacción e inacción. Por el contrario, resulta axiomático que no hay posibilidad de inacción absoluta del actor, aunque sí de inacción suya posterior a la promoción del proceso, la cual suele interpretarse como desistimiento.¹²³

23) c) *Elementos de la acción: capacidad, instancia y pretensión.* A diferencia de la concepción civilista de Savigny, desarrollada luego por la doctrina francesa y seguida por la española, conforme a la cual los elementos de la acción eran cuatro —a saber: *derecho, interés, calidad y capacidad*—,¹²⁴ en nuestra opinión son sólo tres: uno *subjetivo* y dos *objetivos*. El de carácter subjetivo está constituido por la *capacidad de accionar*,¹²⁵ según dijimos en la nota 98; en cambio, la legitimación, o calidad, no se relaciona con la acción, sino con la pretensión.¹²⁶ En cuanto a los dos elementos objetivos, uno representa la energía dinámica que permite recabar los proveimientos reputados necesarios por las partes para la marcha del proceso, desde providencias de trámite hasta la sentencia final; el otro es, a su vez, la carga o peso que aquélla arrastra hacia el pronunciamiento de fondo. El primero es el elemento estrictamente procesal, y como su esencia consiste en *instar* el curso del procedimiento,¹²⁷ creemos que puede y debe denominársele *instancia*; el segundo es la *pretensión*, que como en otra ocasión dijimos, “transporta al proceso la visión que del litigio se ha formado el actor”.¹²⁸ Ambos conceptos requieren por parte nuestra algunas aclaraciones, que iniciaremos por el segundo de ellos, mas no sin destacar que si en el análisis se prescindiese de la instancia, habría, o que atribuir a acción un doble significado —extensivo a la parte (instancia), como al final del número 19, dijimos, y al todo (conjunto de ella y de la pretensión)—, del cual resultaría confusión, o que imaginar a la pretensión como figura paralela (cfr. *infra*,

¹²³ Cfr. mis *Adiciones* a los tratados de GOLDSCHMIDT (pp. 355-6) y CARNELUTTI (núm. 649).

¹²⁴ Cfr. ALSINA, *Tratado*, vol. I, pp. 177-8, que los expone, pero disintiendo de tal punto de vista.

¹²⁵ En contra ALSINA, *ob. y vol. cit.*, pp. 177, 186 y 221, por entender que “la capacidad no es un elemento de la acción, sino una condición requerida en el sujeto para su ejercicio”. Exacto —replicamos—, pero como sin esa condición, aquélla no funciona, es también elemento inseparable de la misma.

¹²⁶ Cfr. LORETO, *Contribución al estudio de la excepción de inadmisibilidad por falta de calidad*, pp. 17-8 de la ed. de “Antología Jurídica” (Buenos Aires, 1940); ALCALÁ-ZAMORA, *Acercas de la “falta de calidad” de los litigantes* (primero en “Cultura Jurídica” de Caracas, enero-marzo de 1942; luego en *Ensayos*), núm. 3.

¹²⁷ Cfr. arts. 412 y 414 (véanse también el 418 y el 420) de la ley de enjuiciamiento civil española o bien art. 1 de la ley argentina núm. 4550, aquéllos y éste relativos a la caducidad de la instancia.

¹²⁸ ALCALÁ-ZAMORA, *Ensayos*, p. 170. Por lo mismo, la cuantía litigiosa se manifiesta como cuantía de la pretensión: cfr. arts. 490-2 de la ley española.

cuadro inserto en el núm. 28) e independiente de la acción, con lo que aquélla quedaría sin energía y ésta sin contenido.

24) No intentamos descubrir la *pretensión*, concepto de sobra conocido, pero sí puntualizar el alcance que le damos. Dijimos más atrás (cfr. núm. 16) que la pretensión era el cordón umbilical que unía a la acción con el derecho material en litigio; ahora debemos precisar que la frase la aplicábamos a la pretensión principal o de fondo, pero que junto a ella se suceden en el proceso pretensiones secundarias o de trámite, para las que acaso conviniese habilitar un nombre diferenciativo (solicitudes o pedimentos, por ejemplo). En segundo lugar, una misma acción puede ir acompañada de varias pretensiones de fondo, de igual o de distinta importancia, conexas o independientes (siempre que no sean incompatibles), fenómeno que en la terminología hispanoamericana, fiel a la vinculación de acción y derecho, se denomina *acumulación de acciones*, cuando en realidad lo es de pretensiones, de la misma manera que la que llama *acumulación de autos* lo es de procesos o, más exactamente, de acciones,¹²⁹ en el sentido que en este trabajo le damos al vocablo. En tercer término, así como a la acción se opone la reacción, frente a la pretensión se alza la *contrapretensión*, nombre que tomamos de Carnelutti, pero que utilizamos con significado diferente: mientras para nosotros la contrapretensión expresa la actitud del demandado en contra de la pretensión del actor, para el profesor de Milán aquélla representa una pretensión de la contraparte, o sea una *pretensión reconvenzional*, como creemos que debiera llamarse.¹³⁰ Finalmente, para que el juez provea, basta con que la pretensión sea jurídicamente posible conforme al grado de cultura y de adelanto técnico de la época y lugar en que se deduzca y deberá, además, formularse con propósito de seriedad: una pretensión absurda o en tono de burla o broma, no obliga al tribunal a proveer;¹³¹ pero sí, en cambio, una que desconozca la com-

¹²⁹ Cfr. mis *Adiciones* a los números 255, 369, 629 y 672 del *Sistema* de CARNELUTTI. Como consecuencia de la rectificación terminológica consignada en el texto, resulta que, en contra de la jurisprudencia recogida por ALSINA (*Tratado*, vol. I, pp. 323-4), la acumulación indebida de acciones (según la habitual denominación hispánica) no debiera oponerse como defecto legal de la demanda, sino como excepción sustancial relativa a las pretensiones (por ejemplo, a causa de su incompatibilidad) y no a las acciones, puesto que salvo el caso de reconvencción (cfr. *supra*, nota 118), la acción ejercitada sería una sola.

¹³⁰ Cfr. *Sistema*, núm. 128.

¹³¹ Esta afirmación no tiene un valor cronológico absoluto, ya que hasta épocas recientes se han seguido procesos contra animales y objetos inanimados (cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. II, p. 11). Por otra parte, hechos que hoy no son posibles, cabe que lo sean en un mañana más o menos próximos (por ejemplo: los viajes interplanetarios). En caso de proceso absurdo (v. gr., A sujeto de treinta años de edad, pretende que se le declare hijo de B muerto hace cincuenta) o carente de seriedad, el juez podrá castigar la falta de respeto hacia la justicia o bien adoptar o recabar medidas contra el pseudoaccionante, si su conducta fuese reveladora de enajenación mental, por ejemplo; pero no tiene por qué proveer acerca de una pretensión, que debe reputar inexistente. Cosa distinta es que

potencia *ratione materiae*, puesto que provoca la oportuna declaración de incompetencia, o bien la que parezca a primera vista temeraria, ya que existe alguna posibilidad de que sea cierta, y aun no siéndolo, habrá de ser desestimada.

25) La palabra *instancia*, con que designamos el elemento dinámico de la acción, tiene procesalmente más de un significado.¹³² La hemos escogido, no obstante, porque es la que mejor expresa la función impelente de la acción —su carácter *provocativo* de un acto ajeno, como diría Carnelutti—,¹³³ según revelan frases de tan corriente empleo procesal, como la de *instar el curso de las actuaciones, pleitos o juicios* (cfr. *supra*, nota 127), o bien la de *proceder a instancia de parte*, que reflejan precisamente el impulso ejercido en el proceso por los contendientes, en contraste con el que de oficio compete al juzgador. Por otro lado, las demás acepciones de instancia —al menos, las más generalizadas dentro del derecho español— se pueden sin dificultad reemplazar por otros términos,¹³⁴ a fin de adscribir el vocablo al uso que le destinamos y que entronca con el alcance que es fácil inferir en pasajes de algunos grandes prácticos españoles, como Cristóbal de Paz, para quien “instancia es la ejercitación de la acción en juicio, después de la contestación, hasta la sentencia definitiva, con cierto término coartada”,¹³⁵ o como Lucas Gómez y Negro, tan injustamente olvidado, cuando definiendo al actor según una concepción publicista de la acción que supone

la pretensión sea inverosímil (cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 701 g, ap. 3º), siempre que exista una sola posibilidad a su favor, en cuyo caso el juez habrá de proveer.

¹³² Como ya indicamos (*supra*, núm. 2), el concepto ha sido sometido a reelaboración por MACHADO GUIMARÃES, quien recoge las diferentes acepciones del vocablo (como sinónimo: de juicio, de demanda propuesta ante un tribunal, de grado de jurisdicción, de periodo comprendido entre la iniciación del proceso y la sentencia definitiva, etc.: cfr. pp. 15-21 de su folleto *A instancia e a relação processual*), para, superando la que considera superficial distinción entre instancia como discusión de la causa e instancia como grado de jurisdicción, proclamar la unidad conceptual de la institución, ya atisbada por TEXEIRA DE FREITAS, y llegar a la equiparación de la misma con la relación procesal (cfr. pp. 20 y 69). Nuestra posición, al atribuir a la instancia una actuación permanente a todo lo largo del proceso, si bien no coincide exactamente con la del procesalista brasileño, se le aproxima desde luego, y ambas contribuyen a la vitalización de este tradicional y luego aletargado concepto. Sobre las acepciones de instancia en el derecho español, cfr. nuestra *Adición* al núm. 398 del *Sistema* de CARNELUTTI.

¹³³ Cfr. *Sistema*, núms. 395 b y 398.

¹³⁴ Por ejemplo, por *grado* (cfr. art. 1801 ley procesal civil española) cuando se trate de designar el peldaño jurisdiccional; por *solicitud*, cuando equivalga a petición; por *pedido* o *requerimiento*, cuando se refiera al impulso procesal de las partes; por *procedimiento*, acompañado de grado, cuando designe una etapa o fase procesal.

¹³⁵ Tomamos la cita de Hevia BOLAÑOS, *Curia Philipica* (ed. príncipe, Lima, 1603; ed. utilizada, Madrid, 1790), folio 49, que expresamente menciona al autor, a diferencia de FEBRERO, que transmite el pasaje de Cristóbal de Paz, pero silenciando su nombre: cfr. *Librería de escribanos*, 2ª parte (*Cinco juicios*), tomo III (Madrid, 1786), p. 28. La referencia que PAZ hace a la contestación, refleja su concepción cuasicontractualista del proceso.

anticipación de decenios sobre teorías que luego resonarían en Alemania, lo presenta cual “ciudadano que pide, reclama o insta por el auxilio o protección de la pública autoridad”, o sea del juez, “depositario” de la misma, “que dirige el orden de la controversia por su decretos” y “la termina por su decisión y fallo”.¹⁸⁶

26) d) *Dualidad de pertenencia y duplicidad de elementos objetivos.* Bueno será advertir que ni la una, al enfrentar *acción y reacción*, ni la otra al diferenciar *instancia y pretensión*, destruyen la unidad teleológica de la institución que estudiamos, siempre dirigida al juzgador, por efecto de la prohibición estatal de la autodefensa (cfr. *supra*, núms. 9-11 y 13).

La *pertenencia de la acción a ambas partes*, tesis ya sustentada por Podetti,¹⁸⁷ además de brindar un nuevo argumento en contra de las teorías que la asocian al derecho material, ya que en todo caso uno de los contendientes carecería del segundo y, sin embargo, accionaría, sirve para darle explicación satisfactoria a toda una serie de fenómenos procesales. Tal sucede, en primer término, con la promoción de cuestiones de competencia por el demandado acudiendo a la *inhibitoria*, sin efectuar ante el tribunal elegido por el actor gestión alguna que lo introduzca en el proceso de éste y sin que, por de pronto, pueda reputársele rebelde: es evidente que cuando ese demandado comparece con su *inhibitoria* ante el juzgado B, en vez de plantear la *declinatoria* ante el juzgado A, ejercita una acción, que no le ha sido cedida *en préstamo y arriendo* por el actor, sino que le pertenece en propiedad. Análogo razonamiento resulta aplicable a los *procesos con contradictorio postpuesto* o, mejor dicho, a la fase de ellos en que mediante recurso u oposición de la parte no oída, entra en juego el principio *audiatur et altera pars*.¹⁸⁸ También la *reconvención* requiere atribuir al demandado la cua-

¹⁸⁶ *Elementos de práctica forense*, 3ª ed. (Valladolid, 1830), pp. 23 y 24. Emparejado entre las dos grandes figuras que fueron el CONDE DE LA CAÑADA Y CARAVANTES; anterior a la ley de enjuiciamiento civil de 1855, base de la codificación americana y escritor de los años acaso de máximo distanciamiento, por efecto de las luchas por la independencia, entre América y España, GÓMEZ Y NEGRO —como en el terreno de las reformas legislativas el MARQUÉS DE GERONA en quien concurren parecidas circunstancias— no es conocido por los procesalistas americanos y españoles en la medida que el mérito extraordinario de su pequeño libro merece.

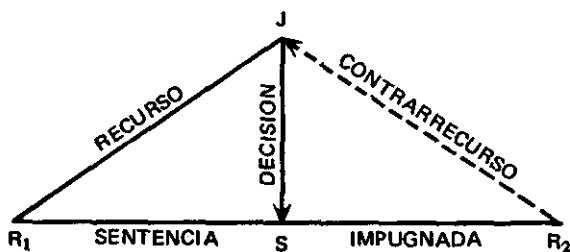
¹⁸⁷ En su artículo *Abreviación convencional de la prescripción liberatoria (Aspecto procesal)*, en “Jurisprudencia de Mendoza” de 3-II-1945, p. 2, col. 1ª La *bilateralidad* en cuanto a la pertenencia del “poder de acción”, aparece ya proclamada por CARNELUTTI en sus *Lezioni*, vol. II, núm. 94, y se refleja en el contradictorio. De ella se hace eco BARTOLONI FERRO en su *Unidad de la acción*, p. 342.

¹⁸⁸ Como sucede en el juicio ejecutivo, en el contumacial y en el monitorio, los dos últimos con manifestaciones tanto en el enjuiciamiento civil como en el penal, o en el embargo preventivo. Acerca de estos tipos de juicio, cfr. mis *Ensayos*, pp. 235-51 y 456-8; y como razones a favor de la implantación del contumacial penal en la Argentina —en contra de la que reputamos errónea interpretación constitucional imperante—, las del

lidad de accionante en el proceso iniciado por el actor y con el cual se va a acumular: la doctrina no ha vacilado aquí en reputar actor al reconventionante, pero no ha sabido extraer de ella la regla de que, salvo en la hipótesis de inacción absoluta (cfr. *supra*, núm. 22), el demandado es tan accionante como su antagonista procesal. La tesis que defendemos se halla asimismo confirmada, desde el punto de vista negativo, por las tres formas de inacción que en el número 22 mencionamos, puesto que de manera expresa en el caso de suspensión concordada, y sin mediar acuerdo en los de caducidad y extinción por inactividad, no basta para que se produzcan con que el actor permanezca inactivo, sino que se requiere asimismo idéntica actitud en el demandado. La propia *renuncia a los actos del juicio* en primera instancia, que podríamos presentar como renuncia a la acción sin renunciar a la renovación de la pretensión,¹³⁹ se encuentra, al exigir la aceptación de la contraparte, en situación análoga.

27) La *dualidad de la acción* explica también la *vía impugnativa*, que como indicamos (cfr. núm. 10 *in fine*), deriva su energía y es reflejo del ejercicio de la acción, hasta el punto de que la representación gráfica de aquella, cuando ataca sentencias de fondo, se puede calcar sobre la que ya dimos del proceso (cfr. *supra*, núm. 13, fig. 2), sustituyendo las palabras *acción* y *reacción* por *recurso* y *contrarrecurso*,¹⁴⁰ que harían sus veces, y colocando como base, en lugar del *litigio*, la *sentencia impugnada*, o sea la visión del litigio desde el punto de vista del juzgador *a quo*; en cuanto a la línea *J-S*, expresaría la decisión imparcial del tribunal *ad quem*, las letras *R₁* y *R₂* designarían respectivamente al recurrente y al recurrido, y la línea discontinua *R₂-J* indicaría el carácter eventual del *contrarrecurso*. La figura quedaría, pues, así:

Fig. 3



núm. 26 de nuestro artículo *La reforma del enjuiciamiento penal argentino* (en "Rev. Der. Proc.", 1945, 1ª parte).

¹³⁹ La *renuncia a los actos del juicio* es institución propia del derecho italiano: cfr. arts. 343-5 del código de procedimiento civil de 1865 y 306 del vigente de 1940. Acerca de ella, véase nuestro *Derecho procesal penal*, vol. III, pp. 222-3.

¹⁴⁰ El término *contrarrecurso* lo tomamos del derecho italiano (cfr. arts. 531 cód. proc. civ. de 1865 y 370 del de 1940), y por tal entendemos la oposición al recurso inicial y

Supongamos ahora que, como con frecuencia sucede, sea recurrente el demandado (la hipótesis de recurso interpuesto por el actor no nos interesa, ya que sería tan sólo una prosecución de su acción): ¿de dónde proviene la energía que le va a permitir instar el curso del proceso hasta el pronunciamiento de la sentencia *ad quem*? Cuatro respuestas son posibles, pero júzguese lo ilógico de las tres primeras: a) *la acción impugnativa del demandado recurrente brota de la sentencia impugnada*: es tesis inaceptable, porque significaría que la decisión atacada suministraría el arma con que se la va a combatir; b) *el demandado recurrente obtiene la acción impugnativa en virtud de generosa y suicida cesión que le hace el actor recurrido*, que incluso podría ser totalmente ajeno al desarrollo de la segunda o ulterior instancia:¹⁴¹ al supuesto le es aplicable una crítica análoga a la que efectuamos del anterior; c) *la impugnación del demandado implica una nueva acción*: pero ésta no puede surgir de la sentencia impugnada, porque entonces estaríamos en el caso a, ni tampoco del litigio sometido a proceso en primera instancia, porque sería tanto como reconocer que el demandado recurrente tenía la cualidad de accionante antes de interponer su recurso, y entonces nos hallaríamos ante el caso d, y cerradas sus dos posibles fuentes, tendríamos que admitir una acción que brota de la nada; además, semejante parecer rompería la unidad procesal, que se vería sustituida por una suma o sucesión de procesos,¹⁴² y resultaría inaplicable al recurso del actor, que se

no el recurso que a su vez pueda promover el recurrido (cfr. arts. 849, 858 y 1788 de la l. enjto. civ. española).

¹⁴¹ Al menos en la práctica española, no es raro que cuando la sentencia de primer grado sea muy sólida en sus fundamentos y el actor triunfante en ella desee economizar gastos, no comparezca en apelación (hipótesis prevista con carácter general respecto del apelado, por el art. 843 de la ley de enjuiciamiento civil).

A su vez, el recurso de casación en interés de ley, tal como se halla planteado en la citada ley española (cfr. art. 1782), o sea interpuesto por el ministerio fiscal en "pleitos en que no haya sido parte", revela dos cosas: a) la independencia de la acción (instancia) respecto del derecho subjetivo material, puesto que la sentencia que en tal caso se dicte, no alterará la ejecutoria ni afectará al derecho de las partes (art. cit., ap. 2°), y b) la pertenencia de la acción, no sólo al demandado, sino incluso a quien, como el ministerio fiscal, recibe su legitimación de la ley y no de su vinculación con un litigio en el que ni siquiera fue parte.

¹⁴² La tesis de que la impugnación constituye una nueva acción, sólo es admisible en dos casos: en el del recurso de audiencia interpuesto por el demandado rebelde (cfr. arts. 773 y ss. de la ley española y 191 y ss. del código argentino para la Capital) y en el del recurso de revisión, sea cual fuere la posición que el recurrente hubiese ocupado en el proceso fenecido; pero ninguna de las dos hipótesis constituyen excepciones a la regla, ya que en ambas se trata de verdaderos procesos nuevos y de remedios excepcionales frente a sentencias firmes y no meramente definitivas. No son, en realidad, verdaderos recursos, sino acciones autónomas, según al comparar la revisión con la *revocazione* del proceso civil italiano hemos indicado más de una vez (cfr. *Estudios de Derecho Procesal* —Madrid, 1934—, p. 248, y *Adición a los núms. 594-7 del Sistema de CARNELUTTI*). El recurso de audiencia suministra, por su parte, un poderoso argumento a favor de las

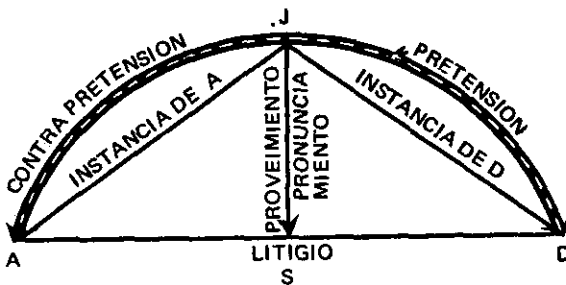
limitaría a proseguir su acción; d) por último, la única solución aceptable, o sea la de que *el demandado es accionante desde que comparece en primera instancia*, y al recurrir, no hace otra cosa que seguir accionando.

28) Examinaremos ahora algunas cuestiones relacionadas con la duplicidad de elementos objetivos de la acción (instancia y pretensión). Dicha duplicidad no es más que una de las numerosas aplicaciones del fecundo contraste carneltuttiano entre *litigio* y *proceso*. Alineados bajo el signo de cada uno de ellos podemos colocar con perfecto paralelismo los siguientes conceptos, algunos estudiados en este trabajo y otros de sobra conocidos:¹⁴³

LITIGIO	{	Pretensión.—Legitimación.—Fundabilidad.
		Pronunciamiento.— Cosa juzgada material.— Prescripción.
PROCESO	{	Instancia.— Capacidad.— Admisibilidad.
		Proveimiento.— Cosa juzgada formal.— Caducidad.

La duplicidad *instancia-pretensión* y la correlativa entre el *proveimiento* y el *pronunciamiento* permiten ahora completar la representación gráfica del proceso (cfr. *supra*, núm. 13, fig. 2) en esta forma:

Fig. 4



teorías abstractas y jurisdiccionalistas, puesto que, como su nombre revela, el demandado rebelde pide tan sólo que se le oiga, a fin de integrar el contradictorio, pero sin invocar —al menos de momento— un pretendido derecho material.

¹⁴³ Aclaraciones al cuadro que figura en el texto: a) dentro de la pretensión incluimos la contrapretensión, y en la instancia, tanto la del actor como la del demandado; b) mientras para CARNELUTTI el pronunciamiento es una fase (cfr. *Sistema*, núms. 616 y 698 y ss.), para nosotros es el elemento o lado del proveimiento que desde el punto de vista jurisdiccional se corresponde con la pretensión. (En realidad, y éste es uno de los tantos

Los semicírculos *A-D* (continuo, por ser indispensable que la acción del actor lleve aneja una pretensión) y *D-A* (discontinuo, por ser eventual la reacción del demandado —faltaría en caso de inacción— y porque aun mediando, podría carecer de contrapretensión —en el caso de allanamiento—) pasan a través del punto *J*, pero no se detienen en él, porque así como las instancias (*A-J* y *D-J*) se dirigen al juzgador, la pretensión y la contrapretensión tienen por destinatario a la parte contraria.¹⁴⁴

Debemos advertir ahora que el paralelismo entre instancia y pretensión y, correlativamente, entre proveimiento y pronunciamiento, no supone coincidencia y ni siquiera semejanza de caracteres entre los miembros de las dos parejas. Así, mientras la instancia y el proveimiento son, como expresiones de actividad procesal de las partes y del juez, elementos abstractamente invariables, la pretensión y el pronunciamiento se corresponden con el contenido sustantivo del proceso y son, por tanto, elementos concretamente variables. En otro sentido, mientras que la acción (*rectius*, la instancia) es, en realidad, única e inalterable para cada proceso, en un mismo juicio puede haber una pluralidad de pretensiones (acumuladas: *supra*, núm. 24), y, además, éstas son susceptibles de reforma, principalmente como consecuencia de la prueba,¹⁴⁵ así como también son modificables los pronunciamientos, en virtud de las impugnaciones.

29) Dentro ya de un terreno más circunscrito, la duplicidad de elementos objetivos de la acción, sirve para explicar el *mecanismo de algunas instituciones en particular*. Por ejemplo, la *absolución de la instancia*, en el sentido del enjuiciamiento criminal de raíz española, cuya huella se percibe aún en el sobreseimiento provisional,¹⁴⁶ supondría paralización indefinida de la instancia (bajo

descuidos de un trabajo redactado en circunstancias anómalas y que premuras de tiempo me han impedido subsanar, para que hubiese perfecto paralelismo entre los elementos en que se desdobra la acción —a saber: instancia y pretensión— y aquellos que expresan la actuación jurisdiccional —es decir, el proveimiento y el pronunciamiento—, habría tenido que englobar a estos dos dentro de otro concepto, como resolución o decisión: véanse *supra*, figuras 2ª y 3ª).

¹⁴⁴ O acaso cupiese establecer entre estas dos últimas la siguiente diferencia: la pretensión (ya sea inicial o reconvenicional) se dirige al adversario, mientras que la contrapretensión se alza frente a la pretensión.

¹⁴⁵ Cfr. art. 670 de la ley de enjuiciamiento civil (escritos de conclusión) y 732 de la procesal penal españolas (modificación de las conclusiones consignadas en la calificación provisional). Ténganse, además, en cuenta los cambios introducidos mediante los escritos de réplica, dúplica y ampliación (arts. 546-9 y 563 de la primera de las leyes citadas).

¹⁴⁶ La absolución de la instancia, como en el sentido en que aquí la tomamos, se halla actualmente prohibida, tanto en España como en la Argentina (cfr. arts. 144 y 742 del código procesal penal español y 497 del argentino para la Capital). La frase tiene, sin embargo un significado no distinto, pero sí más amplio, en relación con el contenido de las sentencias, y entonces se contraponen, en cualquier orden del enjuiciamiento, a absolución de la acción (entendida ésta en el sentido de pretensión; cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Deracho*

la forma de suspensión judicial) sin pronunciamiento sobre la pretensión, aunque con la perspectiva (remota o nula en la práctica) de que se emita éste, en el caso de reanudarse aquélla y no haberse producido mientras tanto la prescripción. En dirección distinta, el deslinde entre sujeto de la instancia y sujeto de la pretensión, cualidades que normalmente concurren en una misma parte, aclara el papel que desempeñan algunas figuras procesales, como el *interventor adhesivo* (coadyuvante), que acciona o, mejor dicho, insta al servicio de una pretensión ajena, en cuyo éxito está interesado; como el *ministerio público* cuando insta procesos en nombre de menores, desvalidos, etc. cuyas pretensiones sostiene,¹⁴⁷ o como la del *sustituto procesal*, que sería el sujeto de la instancia, mientras que el sustituido lo sería de la pretensión.¹⁴⁸ Por último, la *indole de ciertas excepciones*, como las de litispendencia, incompetencia por razón de la materia (cfr. *supra*, núm. 15) y cosa juzgada material, se dilucida cuando se les aplica la distinción que nos ocupa: las tres son excepciones relacionadas con el litigio, que, por tanto, no se refieren al elemento procesal (instancia) de la acción, sino a su elemento sustancial (pretensión); por lo que concierne a la primera y a la tercera (ambas basadas en el principio *non bis in idem*), no impiden que se accione, sino que tienden a evitar un nuevo pronunciamiento sobre la pretensión deducida o juzgada, que es a la que se refieren las identidades que su funcionamiento exige.

30) e) Extinción de la acción. La doctrina dominante —e influidos por ella, nosotros mismos en precedentes obras—¹⁴⁹ señala entre los modos de extinguirse la acción, dos que conforme a nuestra opinión actual no lo serían, a saber: la prescripción y la cosa juzgada material (de la que hace un instante hablamos y que equivale a indiscutibilidad ulterior del pronunciamiento de fondo). Y no lo

procesal criminal, pp. 142-3; idem, *Derecho procesal penal*, vol. III, pp. 239-40). Ese contraste entre instancia y pretensión (bajo el nombre de acción) confirma nuestra tesis de que ellas son los elementos objetivos de la acción. En cuanto a las razones que justifican la subsistencia del sobreseimiento provisional, en tanto no se implante la revisión en contra del injustamente absuelto, cfr. el núm. 37 de nuestro artículo *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*.

¹⁴⁷ En el derecho español, véase el art. 2, núm. 5, del Estatuto del Ministerio Fiscal; en el derecho argentino, téngase en cuenta la existencia de instituciones peculiares, como el Ministerio Público Pupilar y la Defensoría de Pobres y Ausentes. Conviene advertir que, dada la índole del litigio penal, que debemos concebir como conflicto entre el interés punitivo estatal y el interés defensivo individual, o sea como pugna entre acusación y acusado, el ministerio público es verdadero sujeto de la pretensión (quien no lo será, naturalmente, es el funcionario del Cuerpo, que la formule en cada caso).

¹⁴⁸ Acerca de esta cuestión, cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 142; ALSINA, *Tratado*, volumen I, p. 349.

¹⁴⁹ Primero en *Derecho procesal criminal*, pp. 96-7, y luego, pese a tener en preparación el actual trabajo, pero llevados por el deseo de no anticipar su contenido, en *Derecho procesal penal*, vol. II, pp. 89-92 y 98-99.

son, porque ni la una ni la otra se refieren al elemento típicamente procesal de la acción, es decir, la instancia, sino que afectan a su contenido material, o sea a la pretensión. Por eso, en el cuadro de conceptos paralelos que establecimos en el número 28, colocamos estas dos excepciones bajo el signo del litigio y no del proceso. La prueba más concluyente de que ni prescripción ni cosa juzgada material extinguen la acción, es que... las correspondientes excepciones no impiden el ejercicio de una acción con pretensión contraria a ellas. El ordenamiento positivo podrá, eso sí, habilitar para tales hipótesis un procedimiento más rápido que el ordinario, a fin de frenar lo antes posible la marcha de esas insostenibles pretensiones;¹⁵⁰ pero no logrará evitar ni que se hayan deducido ni que el juzgador tenga que proveer sobre ellas para desestimarlas, con lo cual basta para que nos encontremos ante un proceso, cuya existencia no depende de una cifra prefijada de actos o de una determinada duración: los juicios sumarísimos, que en lo militar llegan a sustanciarse en horas, son tan procesos como los que se prolongan durante decenios y consumen montañas de papel. A diario se llevan ante los tribunales demandas que desconocen la autoridad de la cosa juzgada, o interpuestas después de prescrito el pretendido derecho material, y que, sin embargo, más o menos hábilmente *camufladas* para eludir los ataques de la excepción oportuna, originan procesos prolongados e incluso consiguen triunfar en ocasiones.¹⁵¹ De ahí esa *perpetuidad de la acción* de que, por ejemplo, se hacía ya eco Dolz, quizás en sentido diferente del nuestro,¹⁵² pero sentando una caracterización que sin dificultad se adapta a nuestro punto de vista.

¹⁵⁰ Como, por ejemplo, hace la ley de enjuiciamiento civil española respecto de la cosa juzgada cuando sea la única excepción que se objete a la demanda, en cuyo caso permite que se sustancie por los trámites de los incidentes (art. 544), o como se acordó en el *Primer Congreso Argentino sobre Oralidad en los Juicios*, al estimar que las excepciones procesales y las de cosa juzgada y transacción debían ser resueltas en una audiencia preliminar (cfr. pp. 54, 101 y 141 del folleto conteniendo sus deliberaciones—La Plata, 1942—).

¹⁵¹ Como lo revela la existencia de motivos impugnativos específicos para resolver el conflicto, a saber: de casación, como en España (cfr. art. 1692, núm. 5, l. enjto. civ.), de revisión, como en Córdoba (cfr. art. 519, núm. 1, cód. proc. pen.) o de una y otra especie, como en el procedimiento civil italiano antes de 1940 (cfr. arts. 494, núm. 5 —revocación— y 517, núm. 8 —casación—), todos ellos en relación con la cosa juzgada.

¹⁵² Cfr. su *Programa de Derecho procesal*, etc. (Habana, 1896), p. 89, al ocuparse precisamente de la caducidad de la instancia. La índole de la obra mencionada, en que sólo se consignan preguntas y epígrafes, impide conocer el desarrollo que el autor daría al correspondiente enunciado.

A su vez, FRANCO SODI, siguiendo a MASSARI, entiende que *la acción no se extingue* (cfr. su artículo *La teoría de la acción penal*, etc. en "Rev. Der. Proc.", 1944, 1ª parte, pp. 431-2), afirmación que reputamos demasiado absoluta, ya que entendemos que se extingue por consumación (cosa juzgada formal) o por inacción, aunque sí estamos conformes con él en que la prescripción afecta a la pretensión punitiva.

31) Entonces —se preguntará—, ¿cómo se extingue la acción? De acuerdo con nuestra concepción dinámica de la misma, la respuesta no puede ser más que ésta: *por cuantos medios supongan la consunción de la instancia*. A la cabeza de ellos debemos colocar la *cosa juzgada formal*, íntimamente ligada con la preclusión,¹⁵³ hasta el extremo de que podríamos llamarla preclusión suma o máxima, y que equivale a inimpugnabilidad, por haber alcanzado su meta la energía accionante de las partes y no brindar ya el proceso pendiente, posibilidades ulteriores.¹⁵⁴ En segundo lugar, encontramos la *inacción o inercia de las partes*, determinante de la caducidad¹⁵⁵ y también de la extinción por inactividad (cfr. *supra*, nota 121). A propósito de la primera, se impone una rectificación terminológica fundamental: desde el momento en que la caducidad de la instancia lo es a la vez, e indisolublemente, de la acción a que pertenece, no es posible seguir hablando de que aquélla *no extingue la acción* y que ésta podrá ejercitarse en un nuevo juicio, si mientras tanto no hubiese prescrito: lo que en rigor podrá deducirse en un nuevo juicio, mediante nueva acción, puesto que la primitiva caducó, es la pretensión de derecho material.¹⁵⁶ En tercer lugar, la acción se extingue por *renuncia de la misma sin renuncia a la pretensión*, como en la renuncia a los actos del juicio (cfr. *supra*, nota 139), o en el apartamiento de la vía procesal para llegar a una solución autocompositiva (una transacción, por ejemplo). No creemos, en cambio, que se extinga la acción ni en el caso de que jueces privados continúen procesos civiles promovidos ante jueces públicos,¹⁵⁷ puesto que si bien varía el destinatario, no se consume la instancia en el traspaso, ni tampoco en los supuestos de paralización más o menos prolongada del procedimiento,¹⁵⁸ tras la cual éste pueda reanudar su curso: por ello, no incluimos como formas de extinción de la acción la suspensión concertada (cfr. *supra*, nota 121) y el sobreseimiento provisional (cfr. *supra*, núm. 29), al menos, por lo

¹⁵³ Cfr. CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 104 f.

¹⁵⁴ Ello explica, por ejemplo, el mecanismo del juicio ejecutivo, cuyo fallo final no alcanza autoridad de cosa juzgada en sentido material, ya que tras él cabe acudir al declarativo (cfr. arts. 1479 y 1558 de la l. enjto. civ. española y 500 del cód. argentino para la Capital), pero que se agota al dictarse la sentencia de apelación, si a ella se acudió.

¹⁵⁵ De *inacción*, como es natural, de ambas partes, habla ALSINA (*Tratado*, vol. I, p. 259); de *inercia*, CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 763 a.

¹⁵⁶ Véanse, como incursos en el defecto señalado, los arts. 419 de la ley de enjuiciamiento civil española (así como la jurisprudencia correspondiente) y 4 de la ley argentina sobre la materia, núm. 4.550. Sobre la distinción entre caducidad y prescripción, cfr. ALSINA, *Tratado*, vol. I, p. 193, nota 13; CARNELUTTI, *Sistema*, núm. 524 d, y DÍAZ PAIRÓ, *Introducción al derecho de obligaciones*, vol. II (La Habana, 1943), pp. 150-2.

¹⁵⁷ Cfr. arts. 487 y 825 de la ley de enjuiciamiento civil española y 767 del código argentino para la Capital.

¹⁵⁸ Acerca del tema, ROSENBERG, *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 2ª ed. (Berlín, 1929), pp. 407-16; CARNELUTTI, *Sistema*, núms. 753-765 (cesación del procedimiento); ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, vol. III, pp. 199-210.

que atañe a éste, mientras no prescriba la acción (léase, la pretensión punitiva), que convierte en muerte, lo que hasta entonces había sido letargo. Por último, la acción se extingue por *incapacitación de su titular para acionar*, dado que para nosotros (cfr. *supra*, núm. 23), la capacidad es un elemento de la misma: creemos, por consiguiente, que cuando en un proceso se incapacite una de las partes, podrá haber sucesión en la pretensión, pero no en la instancia: si ésta, a partir de un momento *X*, la prosigue *B*, en vez de *A*, sin retroceder hasta el momento inicial del proceso, ello se debe a razones de economía procesal, pero no a que exista asimismo una sucesión en la instancia, ya que esta posibilidad no la recibe *B*, de *A*, sino que le pertenece como miembro de la comunidad de justiciables (cfr. *supra*, núm. 11). A la *sucesión en la pretensión* corresponde, por tanto, la *prosecución de la instancia*.

32) F) Conceptos afines al de acción. Existen dos figuras, principal aunque no exclusivamente adscritas al proceso penal,¹⁵⁹ cuyo parentesco con la acción interesa puntualizar. Tan estrecha es la afinidad, que aunque la ordenación de un código no sea artículo de fe para la sistemática doctrinal, el de procedimiento penal italiano incluye la *denuncia* y la *querrela*, que son las instituciones a que nos venimos refiriendo, en el título dedicado a las acciones (art. 7-14 del título I), y a su vez Baumbach propone el reemplazo de la acción por la denuncia, dentro de una construcción que reputamos inaceptable (cfr. *supra*, núm. 15), pero que revela interferencias entre los dos conceptos.

Nota común a denuncia, querrela y acción es la de ser actos provocatorios de actuación judicial. Ello no ofrece duda alguna en cuanto a la querrela y a la acción, que contienen declaraciones de voluntad, pero puede parecer discutible respecto de la denuncia, al encerrar una mera participación de conocimiento. Sin embargo, el denunciante, sea cual fuere la especie de denuncia que presente,¹⁶⁰ no da a conocer unos hechos al solo efecto de que brinden información privada al juez, sino para que éste provea acerca de ellos, sin perjuicio de que el proveimiento consista luego en el archivamiento de la denuncia y sin que debamos considerar aquí el problema de si el instructor penal es o no, funcionalmente, un verdadero juzgador.¹⁶¹

¹⁵⁹ Puesto que prescindiendo del significado procesal civil que querrela tuvo en el derecho histórico español, en el vigente enjuiciamiento italiano hallamos una querrela civil de falsedad y unas denuncias, también civiles, de obra nueva y de daño temido (cfr., respectivamente, los arts. 221-7 y 688-91 del código procesal de 1940).

¹⁶⁰ A saber: una denuncia obligatoria, una denuncia facultativa o una denuncia deber: acerca de ellas, ALCALÁ-ZAMORA, *Estudios*, pp. 92-3; *Derecho procesal criminal*, p. 185; *Ensayos*, pp. 201 y 346. *Derecho procesal penal*, vol. II, pp. 321-3, y *La reforma del enjuiciamiento penal argentino*, núm. 33.

¹⁶¹ Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. II, pp. 199 y 362.

33) La busca de rasgos diferenciativos ha de orientarse, pues, en otra dirección, y acaso ninguna sea tan conveniente como la de cotejar sus elementos integrantes, o mejor dicho, los dos objetivos de la acción (ya que la capacidad es asimismo característica común) y los de igual o similar naturaleza que presenten denuncia y querrela. A primera vista, la denuncia no contiene pretensión; sin embargo, quizás sea más exacto sostener que envuelve una especie de pretensión tácita o en blanco, para que el juez provea según deba hacerlo: el argumento aumenta su fuerza en los países con monopolio acusador a cargo del ministerio público, donde, por consiguiente, al ofendido por el delito o a sus representantes, sólo se les brindan dos restringidas posibilidades: la de denunciar la infracción punible (cfr. *infra*, nota 163) y la de comparecer como actor civil. De cualquier modo, como acto provocatorio meramente informativo, es decir, carente de pretensión, o bien como acompañado de pretensión implícita, hay una diferencia indudable entre la denuncia *stricto sensu*,¹⁶² por un lado, y la querrela y la acción, por otro, en las que la pretensión aparece netamente delineada, aunque no con idéntica finalidad, según pronto veremos. Pero volviendo a la denuncia, la nota distintiva entre ella y las otras dos figuras se encuentra, a nuestro entender, por el lado de la instancia: desde el momento en que el denunciante *no es parte* en el procedimiento¹⁶³ y carece, por tanto, de la posibilidad de impulsarlo (a menos de convertirse, en querellante o acusador, en las legislaciones que lo consienten), la denuncia es un acto provocatorio desprovisto de instancia, o reducida ésta a un solo acto de impulso, esto es: como diríamos adoptando la frase que utilizamos en el número 20, se limita a dar un empujón para que determinados hechos franqueen la puerta jurisdiccional.

34) De lo expuesto se infiere que las semejanzas entre querrela y acción son mucho mayores que entre cualquiera de ellas y la denuncia, máxime si la querrela tenida en cuenta es la del derecho hispano-americano, que no se reduce a ser una condición de procedibilidad respecto de delitos privados, sino que se extiende asimismo a los públicos y que funciona a manera de prólogo de la acusación.¹⁶⁴ Y como es a esa querrela según el modelo español a la que nos referimos aquí, y como la misma muere cuando concluye el sumario, si no hubo abandono o desistimiento anterior, quiere decir que una vez abierto el plenario,

¹⁶² La denuncia interdictal (cfr. *supra*, nota 159) es una figura intermedia entre la denuncia propiamente tal y la acción, y por razón de la legitimación se halla muy cerca de la acción popular, hacia la que debiera orientarse: cfr. nuestros *Ensayos*, p. 126.

¹⁶³ Cfr. art. 264 l. enjto. crim. española y 168 cód. proc. pen. de la Capital argentina. Conviene, sin embargo, advertir que cuando el denunciante sea el ofendido, sobre todo en los países en que por haber monopolio acusador estatal, sólo le dejan dos portillos de intervención procesal (la denuncia y la comparecencia como actor civil), se encuentra, en realidad, en una posición intermedia entre la de parte y la de tercero.

¹⁶⁴ Acerca de la querrela española y de sus diferencias con la de tipo italiano, cfr. nuestro *Detacho procesal penal*, vol. II, pp. 329-30.

podrán discutirse las ventajas o inconvenientes de las acusaciones no estatales,¹⁶⁵ pero es indudable que suponen ejercicio de la acción penal. Pues bien: en esa querrela del sumario hay instancia y hay pretensión;¹⁶⁶ la primera sólo se distingue de la que acompaña a la acción, en un aspecto extrínseco, o sea en que el instructor (cfr. nota 161) no se comporta en realidad como órgano jurisdiccional; en cambio, la pretensión sí se diferencia considerablemente en ambas, y ello como consecuencia lógica de la diversa finalidad del sumario y del plenario. Creo sinceramente que en el sumario sólo excepcionalmente (cuando se anticipe la prueba) existe relación jurídica procesal y que, por tanto, constituye una fase pre-procesal, cuyo objeto estriba en determinar si ha de sobreseerse¹⁶⁷ o si se puede penetrar en el plenario, por resultar un hecho con apariencias delictivas y un presunto culpable. Ese carácter del sumario trasciende, como es natural, a la querrela, cuya pretensión es, por decirlo así, indagadora y precautoria, pero que no llega a ser punitiva hasta que, abierto el plenario, se transforma en acusación. Para extender al sumario la idea de proceso —lo que, claro está, permitiría una equiparación más plena entre querrela y acción— habría que elaborar la noción de *proceso preliminar*, cuyo fin consistiría en determinar la posibilidad o pertinencia de un proceso principal posterior, que es al que correspondería el pronunciamiento sobre la pretensión de fondo. Ese proceso preliminar, que, en rigor, implica una resolución de accertamiento acerca de la existencia o inexistencia de los hechos que condicionen la apertura del proceso principal, abarcaría además del sumario y del antejuicio¹⁶⁸ en materia penal, la práctica de diligencias preparatorias en lo civil y, en cierto sentido, el acto de conciliación en ambos órdenes del enjuiciamiento, siempre que sea anterior y no posterior al ejercicio de la acción principal. Pero la noción de proceso preliminar, que nos hemos limitado a esbozar, tropezaría con el

¹⁶⁵ Cfr. nuestro *Derecho procesal penal*, vol. II, pp. 24-30 y 75-9.

¹⁶⁶ Como lo revelan los preceptos enunciativos de sus requisitos, cual el art. 277 de la l. enjto. crim. española o el 176 del cód. proc. penal de la Capital argentina.

¹⁶⁷ Acerca del carácter preprocesal del sumario, cfr. RENDE, *L'unità fondamentale del processo civile e del processo penale* (en "Rivista di Diritto Pubblico", 1921, pp. 372-402) y ALCALÁ-ZAMORA, *Derecho procesal penal*, vol. I, pp. 43-4 y vol. II, pp. 118-20, 355-6 y 360-3. Naturalmente, nos referimos al sumario de los códigos pertenecientes al sistema mixto y no a la instrucción que pueda desenvolverse en audiencia con contradictorio. En cuanto al sobreseimiento, es una institución pésimamente regulada en el código argentino de la Capital: además de no pertenecer al sumario sino al procedimiento intermedio, no debiera ser acordado por el instructor y sí por el sentenciador (puesto que especialmente el definitivo equivale a una sentencia) ni venirle impuesto en algún caso al juzgador en virtud de apreciación del ministerio público (cfr., respectivamente, los arts. 432, 436 y 461), en un texto donde el principio acusatorio no se halla expresamente reconocido.

¹⁶⁸ O sea del procedimiento autónomo y previo acerca de la admisibilidad de una acusación, como el regulado por la l. enjto. española para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados. El llamado, con escasa fortuna, juicio político del derecho argentino, se encuentra en situación análoga a la del antejuicio.

obstáculo (mientras sea su doctrina explicativa dominante) de la relación jurídica procesal, que si bien existe en el antejuicio y, en apariencia, en la conciliación (que en sí es un negocio de jurisdicción voluntaria), falta, como dijimos, en el sumario y, además, en las diligencias preparatorias del proceso civil.

35) *G) Palabras finales.* La investigación precedente se remonta en sus orígenes a fines de 1942:¹⁶⁹ desde entonces, cada vez que se nos ocurría algo acerca del tema, lo anotábamos en una ficha y lo guardábamos en una carpeta, en espera de disponer del tiempo necesario para ensamblar los materiales y redactar el ensayo con la continuidad indispensable. Por desgracia, el trabajo abrumador que sobre mí ha pesado durante los cuatro últimos años, hizo que ese momento se retrasase, hasta el punto de que, habiendo sido yo el iniciador del presente homenaje,¹⁷⁰ mi contribución ha sido la última entregada a la imprenta, cuando ya gran parte del volumen se encontraba compuesto. Esa circunstancia me ha hecho escribir bajo la angustia de las linotipias que aguardan, y para colmo de males, cuando sobre poco más o menos tenía concluida la mitad del trabajo (a saber, los quince primeros números), una grave enfermedad interrumpió mi labor durante cerca de dos meses, con serio daño para la resultante final: ideas que se esfuman, notas cuyo alcance exacto no se consigue descifrar, datos sacrificados por falta de tiempo para verificarlos, texto que por la misma causa no se ha podido condensar, conceptos que, como contrapartida, habrían exigido desarrollo más amplio, etcétera. De todos modos, aun sin esos factores adversos, este ensayo, en el más estricto sentido del vocablo, no ha tenido nunca la pretensión de mostrarse como una elaboración definitiva: al contrario, aspiro a que la crítica, si fija su atención en él, señale en qué medida debo mantener o rectificar mis puntos de vista acerca de la acción, a fin de profundizar más en su análisis.

¹⁶⁹ En efecto, el propósito de redactar este trabajo, aparece ya mencionado en nuestros comentarios a los libros de COUTURE (*Fundamentos*) y de PODETTI (*Teoría y técnica*), publicados, respectivamente, en "Jurisprudencia Argentina" el 1-XI y el 24-XII-1942, si bien al principio pensé en que fuese un artículo para la "Revista de Derecho Procesal" (cfr. *Ensayos*, p. 676, nota d) y después decidí reservarlo para el homenaje a ALSINA.

¹⁷⁰ Véase la información publicada acerca del mismo en "Jurisprudencia Argentina" de 5 de agosto de 1944.

ADDENDA ET CORRIGENDA

A) *TEXTO: Núm. 1:* CARNELUTTI, tan propenso a redactar reseñas bibliográficas a base del mero *hojeo* u *ojeo* de las obras criticadas (véase *infra*, *Estudio Número 26*, punto 28) se dejó confundir por el título de mi presente artículo, que no leyó sino muy por encima, y lo mostró (cfr. su reseña en "Riv. Dir. Proc.", 1947, I, p. 296) poco menos que como un folleto informativo acerca de los estudios de derecho procesal en América latina (*sic*). Por tal razón, y con independencia de las consideraciones que estampa a continuación de esa apreciación inicial y que nada tienen que ver con el contenido y orientación de mi trabajo, estuve a punto de cambiarle el título a este ensayo, a fin de evitar que otras personas carnellutianas en cuanto a método (?) de lectura, llegasen también a suponer que se trataba de un resumen de ideas ajenas y no de una exposición de las propias. En definitiva, sin embargo, opté por conservar, como en los demás de la serie, el epígrafe originario, si bien llamando la atención acerca de la señalada equivocación de CARNELUTTI.— *Núm. 2: Actualización de referencias*, por el orden mismo en que los trabajos se mencionan en el texto primitivo: a) ALSINA, *Tratado*, 2ª ed., tomos I (caps. III-VII) y II (ambos en 1957) (caps. XI y XII); c) BARTOLONI, *El proc. pen. y los actos*: reseña mía, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, II, pp. 412-4; d) BUZARD, *Ação declaratória*: reseña mía en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 34, abril-junio de 1947, pp. 174-6, y ahora en mi "Miscelánea Procesal", tomo I (México, 1972), pp. 93-5; f) COUTURE, *Fundamentos*: reseña mía en "Jurisprudencia Argentina" de I-XI-1942, y luego en mis "Ensayos", cit., pp. 651-68; 3ª ed., póstuma, Buenos Aires, 1958; g) COUTURE, *La acción declarativa*: reseña mía en "La Ley" de 26-VI-1940, y después en "Ensayos", cit., pp. 643-9; i) FONTECILLA: *Der. proc. pen.*: reseñas mías en "Rev. Der. Proc." argentina, 1943, II, pp. 389-93, y 1944, II, pp. 91-2; l) LASCANO, *Jurisd. y compet.*: véase *supra*, *Estudio Número 3*; m) LIEBMAN, *Execução*: reseña mía en "Rev. Der. Proc." argentina, 1944, II, pp. 94-6; n) LORETO, *Excepción de falta de cualidad*: reseña mía en "Cultura Jurídica" de Caracas, enero-marzo de 1942, pp. 7-22, y luego en mis "Ensayos", cit., pp. 161-71; reproducido por el autor en sus "Estudios Der. Proc. Civ." (Caracas, 1956), pp. 65-126 y después en sus "Ensayos Jurídicos" (Caracas, 1970) pp. 15-76; ñ) LORETO, *La sentencia constitutiva*: reseña mía en "Rev. Der. Proc." argentina, 1943, I, pp. 310-1; reproducido por el autor en sus "Estudios" cit., pp. 163-81, y en sus "Ensayos", cit., pp. 77-95; o) MACHADO, *A instancia*: véase *infra*, adición a la nota 132; p) MACHADO: *Relatório*: véase *infra*, adición conjunta a las notas 6, 80 y 94; q) MALAVER, *Ação de jactancia*: reseña mía en "Jurisprudencia Argentina" de 5-XII-1944; r) PODETTI, *Teoría y técnica*: reseña mía en "Jurisp. Arg." de 24-XII-1942, y luego en mis "Ensayos", pp. 669-79; v) SENTÍS, "Acción" y "proceso" en Alsina, en su "Teoría y práctica del proceso: Ensayos de derecho procesal", vol. I (Buenos Aires, 1959), pp. 223-57; y) SENTÍS, *Juicio de jactancia*: reproducido en "Teoría y práctica", cit., vol. III, 1959, pp. 111-93.— *Núm. 4:* Añadiré, por orden alfabético de autores, algunos estudios fundamentales sobre la acción aparecidos en el cuarto de siglo largo transcurrido desde el homenaje a ALSINA (1946) hasta el momento (noviembre de 1972) de enviar a la imprenta esta recopilación de ensayos: AGUIRRE

GODOY, *La acción procesal*, en "Rev. de la Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales de Guatemala", enero-marzo de 1951, pp. 3-35; ALLORIO: véase *infra*, suplemento al número 23; ALSINA, *Naturaleza jurídica de la acción*, en "Rev. Der. Proc." argentina, 1952, I, pp. 187-211; CARLOS, *Introducción al estudio del derecho procesal* (Buenos Aires, 1959), capítulo XII, pp. 255-83; IDEM, *Acción (en general y civil)*, en "Enciclopedia Jurídica" OMEBA (Buenos Aires), tomo I, pp. 206 y ss.; CARNELLI, *La acción procesal*, en "La Ley" (Buenos Aires) de los días 20-23-XII-1946; reseña de R. GOLDSCHMIDT en "Rev. Der. Proc." argentina, 1947, II, pp. 30-2; CARNELUTTI, *Saggio di una teoria integrale dell'azione*, en "Riv. Dir. Proc." 1946, I, pp. 5-18, así como en sus "Questioni sul processo penale" (Bologna, 1950), pp. 117-32 (en la traducción —Buenos Aires, 1961—, pp. 23-39); FAIRÉN GUILLÉN, *Acción, derecho procesal y derecho político*, en "Estudios de Der. Proc." (Madrid, 1955), pp. 61-122; IDEM, *Acción*, sobretiro de 18 pp. procedente de la "Nueva Enciclopedia Jurídica" (Seix) (Barcelona, 1950): véase *infra*, *Estudio Número 8*, nota 310; GUASP, *La pretensión procesal*: véase *infra*, *Estudio Número 8*, puntos 34-7; LIEBMAN, *L'azione nella teoria del processo civile*, en "Riv. Trim. Dir. Proced. Civ.", 1950, pp. 47-71, y en los "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", vol. II (Padova, 1950), pp. 425-54; OÑATE LABORDE, *La acción procesal en la doctrina y en el derecho mexicano* (ed. provisional: México, 1972); PODETTI, *La concepción compleja de la acción*, en "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", vol. II (Padova, 1958), pp. 359-75; REIMUNDÍN, *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual* (Buenos Aires, 1966): reseña mía en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", 1967, pp. 284-91; SATTA, *L'esercizio dell'azione*, en "Riv. Italiana per le Scienze Giuridiche", 1947, pp. 212 y ss.; SENTÍS MELENDO, *Acción y pretensión* (Comentario del libro de Reimundín antes cit.), en "Rev. Iberoamericana de Der. Proc.", 1967, pp. 7-53; SERRA DOMÍNGUEZ, *Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción*, en "Rev. Der. Proc.", española, julio-septiembre de 1968, pp. 35-92; TORAL MORENO, *Naturaleza y finalidad de la acción*, en "Jus" (México), 1942, pp. 1-19; IDEM, *La teoría de la acción en Pekelis*, en "Rev. Fac. Der. Méx.", núms. 3-4, julio-diciembre de 1951, pp. 121-37. De igual modo que el primero de los trabajos mencionados de TORAL, que es de 1942, podría también haber incluido en la lista precedente el *Tratado de las acciones civiles* (2ª ed., México, 1945) de PALLARES, mas no sin advertir que, pese a alguna que otra referencia a procesalistas modernos, constituye una exposición ciento por ciento privatista y decimonónica del tema.— Núm. 5: Acerca del influjo plurisecular de la sistemática de GAYO, cfr. DEMELIUS, *Die Justizgesetze und das Privatrecht*, en el vol. "Festschrift zur Fünfzigjahrfeier der Osterreichischen Zivilprozessordnung 1898-1948" (Wien, 1948; pp. 17-34), pp. 17-9. Núm. 7: *Indole procesal de la quiebra*: cfr. PROVINCIALI, *Appartenenza didattica al processualista dell'insegnamento del diritto fallimentare*, en "Atti del Congresso Internazionale di Dir. Proc. Civ.: 30 settembre-3 ottobre 1950" (Padova, 1953), pp. 345-8. *Acciones de "acertamiento"*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Adición a los núms. 45 y 46 del "Sistema" de Carnelutti* (tomo I, p. 181) y *Cuestiones de terminología procesal* (México, 1972), núm. 44.— Núm. 9: Como se indica en la nota 28, proviene en su casi totalidad de mi *Derecho Proc. Pen.*, cit., y constituye, a su vez, el germen o punto de partida de mi libro *Proceso, autocomposición y autodefensa (Contribución al estudio de los fines del proceso)* (1ª ed., México, 1947; 2ª, 1970). Incluido por el profesor Ignacio MEDINA en su *Breve Antología Procesal* (de próxima publicación en México). Solución del litigio (conflicto dual) mediante la decisión imperativa de un tercero: en sus *Historias y Leyendas*, el Dr. Cristóbal LOZANO (1609-67), con referencia impuntualizada a PLUTARCO, recuerda que éste llamó tres a la justicia y dos al pleito (cfr. el volumen II de la citada obra, tomo 121 —Madrid, 1955— de "Clásicos Castellanos", p. 138). Sin más que un sencillo cambio terminológico, ese certero contraste concuerda con el que en el texto se establece entre

el proceso (tres) y el litigio (dos).— Núm. 13: La idea de que el litigio es el *presupuesto* del proceso, se encuentra también en BUZARD, *Do agravo de petição no sistema do código de processo civil* (São Paulo, 1945), p. 117; reseñas mías, de la 1ª ed., en "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", núm. 37, enero-marzo de 1947, pp. 209-11; idem de la 2ª (1956), en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 25-26, enero-junio de 1957, p. 383; ambas ahora en "Miscelánea", cit., tomo I, pp. 121-4 y 418, respectivamente.— Núms. 16 y 17: Una clasificación a la par funcional y segmentada, por decirlo así, de la acción (penal, pero analógicamente referible a otros campos del enjuiciamiento) ha sido llevada a cabo por CARNELUTTI en sus *Lezioni sul processo penale*, vol. II (Padova, 1947), núm. 168, al hablar de acciones *introdutiva*, *cautelar*, *consultiva* e *impugnativa*. Por mi parte, creo que cabría completar su lista agregando la *preliminar* (*infra*, Estudio Número 9) y la *ejecutiva* y reabsorbiendo la *introdutiva* y la *consultiva* en una que cabría denominar *cognoscitiva* y que abarcaría también, *lato sensu*, la *impugnativa*.— Núm. 19: Acerca del empleo del término *proveimiento* en lugar de *providencia* o de *resolución*, cfr. mi *Adición al núm. 191 del "Sistema de Carnelutti*, o bien el núm. 115 de mis *Cuestiones de terminología*, cit.— Núm. 23: Aun cuando el artículo 100 cód. proc. civ. italiano de 1940, que reitera el contenido del 36 del de 1865, sigue hablando de que "para proponer una demanda o para contradecirla es necesario tener interés en ella", INVREA estima que la mención de éste resulta *redundante* en orden a la acción, ya que no es sino eco del aforismo francés "*point d'intérêt, point d'action*" y del pseudoaxioma conforme al cual, "el interés es la medida de la acción", ambos carentes de sólido cimiento: cfr. su artículo *Interesse e azione*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1928, I (pp. 320-39), *passim*, especialmente pp. 320-30. De su opinión discrepan PINA y CASTILLO LARRAÑAGA, que permanecen fieles a la corriente tradicional (cfr. sus *Instituciones de Der. Proc. Civ.*, 1ª ed. —México, 1946—, p. 118 nota 18; 6ª, 1963, p. 139, nota 20). ALLORIO, a su vez, con quien coincido, considera el interés como un elemento implícito y sobrentendido; véase el núm. 3 de su artículo *Necesidad de tutela jurídica* (en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 14, abril-junio de 1954 —traducción y notas adicionales mías—, pp. 87-114; o bien en las versiones italiana —*Bisogno di tutela giuridica*, en "Jus", 1954, pp. 547-61— o alemana —*Rechtsschutzbedürfnis*, en "Zeitschrift für Zivilprozess", 1954, pp. 321-43—).— Núm. 27: Como expresión de *dualidad de pertenencia de la acción* en vía *impugnativa*, merece destacarse la mal llamada *adhesión a la apelación* del derecho hispánico (véase el núm. 96 de mis *Cuestiones de terminología*, cit.), cuando desista el apelante (inicial) y prosiga el recurso el adherido: cfr. art. 849 enjto. civ. española. Es dudoso, en cambio, el alcance del art. 690 cód. proc. civ. distrital mexicano: cfr. el núm. 273 de mi libro *Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua (Comparado con el del Distrito y Territorios Federales)* (Chihuahua, 1959). En otro sentido, la conclusión a que llego en la letra d de este número, la sustenta también VASSALLI (*Pubblico ministero e cause matrimoniali*, recordado por CARNAGINI en la nota 121 de su ensayo *Tutela giurisdizionale e tecnica del processo* —en "Studi Redenti", II, pp. 695-772; trad. en "Rev. Fac. Der. Méx.", núm. 12, octubre-diciembre de 1953, pp. 97-182—), cuando estima que la acción del ministerio público en vía *impugnativa* tiene el mismo fundamento que en primera instancia posee la acción, sea principal o accesoria. También en México, BERRÓN MUCEL, al acoger la afirmación de GLASSON de que quien "interpone una apelación no hace otra cosa que deducir una acción en justicia", marcha en la dirección señalada: cfr. su *Código de procedimientos civiles para el Distrito Federal y Territorios (Bibliografía, Concordancias, Jurisprudencia y Notas)* (México, 1934), p. 355. Por su parte, Ugo ROCCO, aunque refiriéndose no a la acción sino a la *pretensión*, afirma categóricamente que "la pretensión jurídica individual del demandado frente a los órganos jurisdiccionales se manifiesta paralelamente a la pretensión del actor, y constituye un

derecho análogo a la misma" —*idéntico*, habría debido decir—: *Teoría general del proceso civil*, trad. (México, 1961), p. 231. Véanse también las páginas, desde la 87 hasta la 99, consagradas por BETTI a estudiar el contradictorio entre las partes, en la 2ª ed. de su *Diritto Processuale Civile* (Roma, 1936).— *Núm. 28*: Acerca de los conceptos que le dan título a su obra, cfr. MONACCANI, *Azione e legittimazione* (Milano, 1951), en que muestra la segunda como el elemento que liga el proceso con el litigio: véase la reseña de CARNELUTTI en "Riv. Dir. Proc.", 1951, I, p. 281.— *Núm. 31*: Véase *infra*, adición a la nota 139.— *Núm. 34*: La separación entre instructor y sentenciador no la acogen todos los códigos del sistema mixto, e incluso en algunos de los más característicos del grupo, como la ley enjto. crim. española, se ha dado marcha atrás al respecto. Aludo a la reforma llevada a cabo por la ley de 8-IV-1967 en su libro IV, título III, capítulo II (arts. 790-2), que erige al juez de instrucción en juzgador de fondo frente a ciertos delitos. Véase también, en México, el nuevo capítulo II (1970) —que ahora se llama "Procedimiento ordinario" y no, como antes, "Proced. ante las cortes penales y jueces de primera instancia"— del título III cód. proc. pen. distrital de 1931. *Prueba anticipada*: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Prueba anticipada y prueba retardada en el proceso español*, en mis "Estudios Der. Probatorio" (Concepción, Chile, 1965), pp. 183-6, y *Cuestiones terminología*, cit., núm. 156. *Proceso preliminar*: véase *infra*, *Estudio Número 9*.

B) NOTAS: (1, 4, 5 y 95) Las reseñas en ellas citadas y no reproducidas en "Ensayos Der. Proc.", se recogerán en el tomo II de mi *Miscelánea Procesal*, que espero aparezca en el primer semestre de 1974.— (2) La monografía de CHIOVENDA se halla traducida en el vol. I, pp. 1-130 de sus *Ensayos de Derecho Procesal Civil* (Buenos Aires, 1949); así como el trabajo de PEKELIS, en "Rev. Der. Proc.", argentina, 1948, I, pp. 115-71.— (6, 80 y 94) El *Relatório* de MACHADO sobre la *Ação declaratoria* se reproduce, con este título, en sus "Estudios de Direito Processual Civil" (Río de Janeiro, São Paulo, 1969), pp. 170-7; reseña mía del volumen, en "Rev. Der. Proc. Iberoam", 1970, pp. 427-31.— (9) A Guillermo GARCÍA MÁYNEZ se debe, además, la traducción del estudio del portugués José Alberto DOS REIS, *Teoría de la acción* (México, D. F., 1944), un vol. de 155-4 pp., con prólogo de Virgilio DOMÍNGUEZ (pp. 9-15).— (12) En cambio, en la 3ª y póstuma ed. de sus *Fundamentos* (Buenos Aires, 1958), sí se ocupa COUTURE ampliamente de la jurisdicción, nada menos que en el capítulo I (pp. 27-55) de la parte primera, o sea a la cabeza y como cimiento de la obra.— (14) Acerca de la importancia de la Historia del Derecho para la formación del jurista, cfr. ZWIEGERT, *Ziele und Stoff der juristischen Ausbildung*, en "Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht", 1957, fasc. 1º, pp. 1-15; reseña mía en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", núm. 30, septiembre-diciembre de 1957, pp. 317-8.— (15) Como manifiesta MORTARA (*Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, 4ª ed., vol. II —Milano, 1923—, pp. 552, nota 1), CARLEVAL es quizás quien brinde "la más diligente exposición de la teoría del contrato judicial". Bueno será puntualizar que en contra de la gratuita afirmación de MANZINI (*Tratado de Der. Proc. Pen.*, tomo I —Buenos Aires, 1951—, p. 22), CARLEVAL no fue napolitano, aunque en Nápoles se imprimiese en 1934 su obra fundamental, sino español ciento por ciento: nacido en Baeza, actual provincia de Jaén.— (24) Contemplación procesal de la hipoteca: cfr. FENECH NAVARRO, *Recepción de la hipoteca en el derecho procesal*, en "Rev. Der. Proc." española, 1952, pp. 503-37; trad. italiana —*Recezione dell'ipoteca nel dir. proc.*— en "Jus", 1953, pp. 99-121.— (27) Acerca de la concepción del proceso como modificación jurídica, propugnada por SATTÀ, véase *infra*, *Estudio Número 8*, punto 22.— (30) El trabajo de ALSINA a que aludo es el titulado *La obra de Alcalá-Zamora* (a saber: como traductor y adicionador del "Sistema" de

CARNELUTTI), en "Rev. Der. Proc." argentina, 1945, II, pp. 180-91.— (31 y 32) Acerca de la concepción carneluttiana del proceso como mecanismo adscrito a la justa composición del litigio y de su tesis del enjuiciamiento criminal como un fenómeno de jurisdicción voluntaria, véase *infra*, *Estudio Número 8*, puntos 12-20, así como mi *Prólogo* a la traducción de sus *Lecciones sobre el proceso penal*, vol. I (Buenos Aires, 1950; pp. 1-29), núms. 3-9 (pp. 3-11).— (36, 43 y 49) En relación con los extremos suscitados en ellas, véanse ahora mis trabajos *Proceso, autocomposición*, cit., capítulo II, y *Legítima defensa y proceso* (*infra*, *Estudio Número 29*), *passim*.— (36 y 117) *El juicio penal truncado*, publicado por primera vez en mis "Ensayos", pp. 411-500, se ha reimpresso, ampliado, en volumen independiente, bajo el título de *El allanamiento en el proceso penal* (Buenos Aires, 1962).— (54 y 55) En lugar de los arts. 816 y 833 (nota 54) y de los 796 y 800 ley enjto. civ. española, véanse ahora los 27, norma 6a., y 29, por un lado, y 25 y 11, por otro, de la ley de 22-XII-1953 sobre arbitrajes de derecho privado.— (60 y 99) Completo la referencia a BETTI en orden a los nexos entre acción y razón: a) *Ragione e azione*, en "Riv. Dir. Proc. Civ.", 1932, I, pp. 205-37; b) *Diritto Proc. Civ.*, cit., pp. 63-86.— (69) Las sentencias *parcialmente estimatorias* —*rectius*: a un tiempo estimatorias y desestimatorias— brindan un nuevo argumento frente a las concepciones concretas, ya que conforme a ellas, habría que llegar a la sorprendente conclusión de que medió acción en parte sí y en parte no, sin que en el momento de deducirla se pueda vaticinar en qué medida, así como tampoco si la sentencia respectiva va a resultar plenamente estimatoria o totalmente desestimatoria.— (79) LORETO, *La sentencia de declaración*, reimpressa en sus "Estudios Der. Proc.", cit., pp. 133-61, y en sus "Ensayos", cit., pp. 143-71.— (83) Proceso inquisitivo puro y proceso con una sola parte: véanse ahora mis trabajos *Proceso, autocomposición*, cit. núms. 4, 29 y 87, y *supra*, *Estudio Número 6*, punto 8 y nota 173.— (89) a) La primera parte de mi artículo *El sistema procesal ley vagas* se publicó, en realidad, en la "Revista de Derecho Público" (Madrid), julio-agosto de 1936, pp. 201-14, aunque me enteré de ello, a causa de la guerra civil y del exilio, al cabo de más de treinta años; b) Véase CALVO BLANCO, *El juicio de peligrosidad*, en "Bol. Int. Der. Comp. Méx.", núm. 13, enero-abril de 1952, pp. 43-54; c) Acerca de la nueva ordenación española de la materia, cfr. FAIRÉN GUILLÉN, *Algunos aspectos procesales de la ley de peligrosidad y rehabilitación social de 4 de agosto de 1970*, en el volumen "Problemas actuales de derecho penal y procesal" (Salamanca, 1971), pp. 65-85; IDEM, *Algunas conclusiones sobre el proceso de la ley de peligrosidad y el reglamento para su aplicación*, en "Rev. Der. Proc. Iberoam.", 1971, pp. 641-7; d) El tema 3º de los debatidos en el "V Congreso Internacional de Derecho Procesal" (México, 12-18-III-1972) versó sobre "Enjuiciamiento de sujetos peligrosos no delincuentes", con ponencias nacionales de HABSCHIED (Alemania), VÉLEZ MARICONDE y CLARÍA OLMEDO (dos, Argentina), MARQUES (Brasil), VERGARA (Chile), MORÓN PALOMINO (España), REYNAUD (Francia), NAVARRO BATRES (Guatemala), BRICOLA (Italia), GELSI BIDART (Uruguay) y CHIOSSONE (Venezuela), y ponencia general de FAIRÉN, próximas a publicarse en las Actas de la reunión.— (96) Por error, en el texto publicado en los "Estudios en honor de Alsina" se hablaba de "libro de Florian", sin indicar, además, su título. Trátase, en rigor de TOLOMEI y de su obra *I principi fondamentali del processo penale* (Padova, 1931).— (98) También SENTÍS MELENDO y AYERRA REDÍN hablan de *accionar*, en la tercera traducción del cód. proc. civ. italiano aparecida en Argentina, o sea la que figura al final del tomo III del *Derecho Procesal Civil* de REDENTI (Buenos Aires, 1957): cfr. el texto de los referidos arts. 100-3.— (114) Acerca de *actos, actuaciones y diligencias*, cfr. el núm. 45 de mis *Cuestiones de terminología*, cit.— (117) El juicio penal truncado ha dejado de funcionar en Cuba: véase *supra*, *Estudio Número 6*, *addenda et corrigenda*, suplemento a las notas 106 y 227. Literatura sobre allanamiento

en lengua castellana (SENTÍS, CHAO LAURENTI, INFANTES, MUÑOZ ROJAS, BRISEÑO): véase la adición c (p. 89) al núm. 51 de la 2a. ed. de *Proceso, autocomposición*, cit.— (121) Los arts. 307-9, texto primitivo, del cód. proc. civ. italiano de 1940 fueron reformados por el decreto de 5-V-1948, ratificado mediante la ley de 14-VII-1950, los cuales, en rigor, restablecieron la caducidad de la instancia. A su vez, la reforma de 2-I-1964 ha incorporado ésta al cód. proc. civ. distrital mexicano, mediante el añadido de un art. 137 bis: véanse acerca de ella los trabajos de ALCALÁ-ZAMORA, BAZARTE CERDÁN y BECERRA BAUTISTA por mí citados en *Proceso, autocomposición*, 2ª ed., adición al núm. 59 (p. 100).— (121, 122, 127, 142, 146, 154, 156 y 157) El cód. proc. civ. argentino para la Capital, de 1880 y la ley 4.550, así como la ley 50, de 1863, sobre proced. federal, han sido reemplazados por el código procesal civil y comercial de 1967.— (131) Véase ahora, ampliamente mi estudio *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo xx*, sobretiro de “Rev. Fac. Der. Méx.”, 1970, pp. 987-1030, así como en el “libro homenaje a Amílcar A. Mercader” (La Plata, 1971), pp. 93-139. En cuanto a los viajes, no propiamente interplanetarios (puesto que la Luna no pasa de satélite), pero sí espaciales, se han convertido en realidad años después de escrito este artículo.— (132) El folleto de MACHADO se reproduce en sus “Estudios”, cit., pp. 33-75 y es objeto de examen por mí, *infra*, *Estudio Número 8*, punto 26.— (135) La fórmula de Cristóbal DE PAZ la recoge, casi con sus mismas palabras, el artículo 1º, párrafo 2º, del cód. de proced. civ. uruguayo de 7-I-1878: “Instancia en el juicio, es el ejercicio de la acción ante el mismo juez hasta la sentencia definitiva”. Véase también, *infra*, *Estudio Número 8, addenda et corrigenda*, suplemento a la nota 173.— (136) Véase ahora mi estudio *Ideario procesal de Lucas Gómez y Negro, “práctico” español de comienzos del siglo XIX*, escrito para el homenaje al jurista venezolano Luis LORETO (de próxima publicación).— (139) En verdad, la renuncia a los actos del juicio del derecho italiano se corresponde con el desistimiento mal llamado de la “demanda” (léase, de la instancia) de artículos como el 34 cód. proc. civ. distrital mexicano: cfr. ALCALÁ-ZAMORA, *Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mejicano*, en “Rev. Der. Proc. Iberoam.”, 1970 (pp. 475-525), *passim*, especialmente núms. 32-4, así como *Cuestiones terminología*, cit., núm. 80.— (151) El art. 519, núm. 1, cód. proc. pen. de Córdoba, Argentina, de 1939, se corresponde con el 511, núm. 1, del vigente de 1970.— (159) Significado procesal civil de la querrela en el derecho histórico español: cfr. *infra*, *Estudio Número 23*, puntos 36 y 43.