

CAPITULO QUINTO

*Procedimiento y sentencia; en especial, acción
y sentencia*

SUMARIO: 31. Posición del problema. — 32. Relación entre acción y sentencia. Determinación del concepto de acción. — 33. La acción como un derecho subjetivo existente por sí, que corresponde a cada ciudadano como tal, frente al Estado. — 34. Objeciones contra este concepto: referencia a otros conceptos de acción. — 35. Respuesta a las objeciones: el derecho abstracto de obrar no es una mera posibilidad sino un derecho. — 36. Dificultades insolubles en que incurren las otras concepciones: en especial: a) La teoría del "Rechtsschutzanspruch". — 37. b) La teoría que excluye en la acción la naturaleza de derecho (Kohler). — 38. c) La teoría que concibe la acción como un derecho potestativo: impropiedad técnica del concepto de derecho potestativo. 39. Ulterior determinación de nuestro concepto de acción. — 40. Diferencias entre nuestra concepción y la de los otros fautores del derecho abstracto de obrar. — 41. Facultades comprendidas en el derecho de acción. — 42. El principio de la correlación entre acción y sentencia. — 43. Primera aplicación del principio: el juez debe fallar sobre toda la cuestión sometida a su juicio y sólo sobre ésta; la máxima: "ne eat iudex ultra petita partium". — 44. La identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia. — 45. Segunda aplicación del principio: el juez debe juzgar sólo sobre elementos de hechos alegados por las partes ("secundum alligata et probata iudex iudicare debet") y sobre todos los elementos de hecho alegados por las partes. — 46. Límites al principio de la correlación entre acción y sentencia. — 47. Resumen. — 48. Relaciones entre la sentencia y la ejecución: la sentencia de condena.

31. Hemos considerado hasta ahora la sentencia en sí, y en sus relaciones con otras figuras jurídicas, en cierto modo afines, con las cuales puede ser cambiada o identi-

ficada; nos proponemos ahora estudiar las relaciones entre la sentencia y las otras instituciones procesales, más importantes o sea, determinar el puesto que corresponde a la sentencia en el conjunto del procedimiento.

El procedimiento, como hemos dicho, es el desarrollo de la función jurisdiccional, o sea de la actividad del Estado para la satisfacción de los intereses privados tutelados, y de la actividad de los particulares, a cuya voluntad está subordinado el ejercicio de la actividad estatal. Vimos, en efecto, que el interés del Estado en la función jurisdiccional civil, es puramente reflejo, además de secundario, como todos los intereses procesales, por lo que el ejercicio de aquella función está, por lo regular, subordinado a la voluntad privada. Y es natural. Porque, en las relaciones de derecho privado, un interés no está tutelado, sino en cuanto su titular o su representante lo persigue voluntariamente, es lógico que, por regla general, no haya lugar a satisfacción de intereses privados por parte del Estado, sino en cuanto los titulares del mismo piden su intervención (1).

(1) De aquí la máxima: *ne procedat iudex ex officio*. Para la iniciación de la acción es ésta una regla que no sufre más que raras excepciones en derecho italiano. Es típica la de los artículos 684 a 688 Cód. Com. En los demás casos, en que el ejercicio de la función jurisdiccional civil no se hace depender de una demanda del interesado, la facultad de provocarle está confiada al Ministerio público. En cambio, respecto a la preparación del material de decisión, especialmente de la prueba, las excepciones son bastante más frecuentes; ejemplo: Cód. proc. civ., artículo 228 (juramento), 243, 248 (interrogatorio de los testigos),

De aquí resulta que el procedimiento civil comprende, ya los actos por los cuales el Estado procura la satisfacción de los intereses privados tutelados en cuanto encuentran obstáculos, o en la incertidumbre o en la inobservancia del derecho, ya los actos por los cuales los particulares

267,269 (pericial), 271, 275, 277 (acceso judicial), 302 (depósito de los documentos impugnados por falsedad), 401 (comparencia personal de las partes en el procedimiento formal en materia comercial), etc. Véase también Cód. civ., art. 1.367, núm. 2, 1.374 y siguientes. Pero también fuera de la materia de la prueba, no faltan ejemplos de iniciativa del juez en la tutela de intereses materiales y procesales de los particulares, ejemplo: Código procesal civil, art. 192 (excepción de nulidad de los actos procesales en ventaja del contumaz), 205 (citación de un tercero). Pero en general, puede decirse que también en nuestro derecho el principio de la disposición de las partes es la regla y el principio de la oficiosidad la excepción y con justicia. En especial, en cuanto a la iniciación del procedimiento, el abandono de la máxima *ne procedat iudex ex officio* conduciría a la infiltración de un elemento público en todas las relaciones privadas, que alteraría por completo su naturaleza. En efecto, si para la persecución de los intereses que hoy tutela el derecho privado, fuese considerada jurídicamente eficaz ya solamente o también en concurrencia con la voluntad individual, pero independientemente de ésta, la voluntad del Estado, aquellos intereses serían considerados por el Estado o solamente o también como intereses propios: en la primera hipótesis, esto es, si los particulares fueran excluidos de promover la actividad jurisdiccional para la realización de estos intereses, el derecho privado cesaría de existir como tal: en la segunda, esto es, si el Estado admitiese la iniciativa privada junto a la suya propia, tendríamos en todas las relaciones de derecho privado mezclada una relación de derecho público, y tales intereses tendrían una doble tutela: una privada y otra pública; de aquí una desnaturalización policíaca del derecho civil (Kohler, *Prozess als Rechtsverhältniss*). También Chiovenda, *La acción*.

determinan el cumplimiento de los primeros. Y como la sentencia es uno de los actos, y aun el más importante de los actos, por los que el Estado realiza su misión, el estudiar la posición de la sentencia en el conjunto del procedimiento, significa estudiar las relaciones de la sentencia con todos los actos del Estado y de los particulares que en el procedimiento se realizan. Entre ellos interesan especialmente, los actos de los particulares que determinan la emanación de la sentencia, la cual, al par que todos los actos del Estado en el ejercicio de la facultad jurisdiccional civil, está determinada, por lo general, por actos de los particulares. De tales relaciones (relaciones entre acción y sentencia) nos ocuparemos en primer lugar. Luego, para completar la materia, diremos también algo de las relaciones entre la sentencia y los demás actos procesales del Estado y de los particulares, o sea, en general, de la posición de la sentencia en el conjunto del procedimiento.

32. El estudio de las relaciones entre acción y sentencia presupone el conocimiento del concepto de acción, el cual es de lo más difícil y controvertido en la ciencia del derecho procesal. No intentamos tratar aquí con la amplitud que merecía tal cuestión, la cual interesa, por lo demás, sólo incidentalmente a nuestro asunto. Nos limitaremos a exponer, de modo sucinto, nuestras ideas, deduciéndolas de los conceptos fundamentales puestos como base del presente tratado.

Todo aquel que es titular de intereses tutelados por el derecho, es decir, todo aquel a quien reconoce el derecho

como sujeto de derechos o persona, tiene interés en que el Estado intervenga para la satisfacción de sus intereses, los cuales son tutelados por el derecho, cuando no se puede o no se quiere actuar la norma que los tutela.

Es éste un interés secundario, pero distinto de los intereses principales, que forman el contenido de los varios derechos subjetivos correspondientes a un determinado sujeto. Este, en efecto, no se resuelve en las varias utilidades o ventajas que constituyen los intereses principales, sino en una utilidad diversa, si bien accesoria a aquéllas, es decir, en la eliminación de ciertos obstáculos que se oponen a la directa realización de la utilidad principal. Y que se trata de una utilidad diversa lo demuestra el que, satisfecho en un caso particular este interés secundario, no se satisfará sin más el interés principal, sino que sólo es posible su satisfacción directa por parte del interesado. Este interés secundario existe en cuanto existe la prohibición de la defensa privada. Si estuviese permitido al particular perseguir siempre directamente por sí sus intereses tutelados, no habría un interés especial en superar los obstáculos que otros pudiesen poner a su satisfacción; se confundiría con los mismos intereses perseguidos. En el concepto de interés está implícita la idea de una voluntad que lo persigue (1), con lo que también está implícita la de una ac-

(1) Como no se concibe una forma sin esencia, así tampoco se concibe una esencia informe: y por esto ni voluntad sin contenido, o sea sin interés, ni interés sin una voluntad que lo persiga; para que un *quid* llegue a ser interés, es necesario que sea

tividad volitiva, encaminada a la eliminación de los obstáculos que se oponen a su realización. Pero en el sistema de la prohibición de la defensa privada hay obstáculos a la realización de los intereses tutelados, que el particular no puede hacer efectivos por sí, por lo que se crea en él un interés secundario en que sean eliminados por obra de quien tiene facultades y posibilidades para ello. La eliminación de estos obstáculos es, en realidad, una utilidad secundaria, que encuentra su razón de ser en la utilidad principal a que se refiere en cuanto es medio para llegar a ella. Pero un bien puede ser solamente un bien medio, y también ser considerado por sí mismo como un bien, y, por consiguiente, convertirse en un bien especial (por ejemplo, la moneda que es el bien medio por excelencia). Todo depende del modo como se presenta a la voluntad del sujeto. Así sucede precisamente con el interés secundario de que hablamos. La intervención del Estado para la realización de los intereses tutelados, tanto por su importancia como porque implica la actividad de un sujeto distinto del sujeto de los intereses principales, es una utilidad que se persigue de modo particular, adquiriendo así una existencia autónoma y distinta de las utilidades principales a que en último análisis se refiere.

Otra característica de este interés social especial, que lo diferencia una vez más de los intereses singulares a que se refiere, es el de ser un interés abstracto y general

querido o pueda ser querido por el hombre. Véase Jellinek.—Bernatzik.

independiente de los intereses singulares, a que puede, en cada caso, referirse; no es ya el interés de la intervención del Estado para la realización de los propios intereses tutelados. Como interés abstracto, permanece siempre el mismo, aun cuando varíen los intereses singulares concretos a cuya satisfacción pueda, en cada caso, aspirar su titular. Se puede decir, por tanto, que cada titular de derechos subjetivos tiene un único interés abstracto y secundario en obtener la intervención del Estado para la realización de sus intereses tutelados por el derecho.

Este interés abstracto y secundario constituye, a su vez, un verdadero y distinto derecho subjetivo: en efecto, toda una categoría de normas, las del derecho procesal civil, están destinadas a tutelarlos. Todos los elementos, pues del derecho subjetivo concurren: un especial interés como elemento material; el reconocimiento dado por el derecho a la voluntad individual que lo persigue como elemento formal. Este derecho subjetivo es, precisamente, el derecho de acción, el cual, considerado por el lado substancial es, por lo tanto, el interés en obtener la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma pone a la realización de los intereses tutelados, a su vez tutelados por el derecho procesal objetivo.

33. De aquí se deduce ante todo que el derecho de acción es un derecho subjetivo existente por sí mismo, distinto de los varios derechos subjetivos principales o materiales a los cuales puede referirse. La vieja doctrina, que

consideraba la acción no como un derecho autónomo, sino como una posición, una cualidad, un momento, un aspecto del derecho subjetivo (1), era inducida a error por la naturaleza secundaria del interés que forma el contenido esencial del derecho de acción; olvidaba que este interés, aunque secundario, es un interés distinto del interés primario a que se refiere, y trocaba un interés secundario pero distinto, con un aspecto o un momento del interés principal. De este modo desconocía toda la importancia de la evolución, por la cual al sistema de la defensa privada se substituyó el sistema de la justicia del Estado, identificando el acto de quien se dirige a los jueces para obtener la satisfacción de un interés propio tutelado con aquel de quien provee directamente por sí mismo a tal satisfacción; la acción judicial con el ejercicio directo de los propios derechos.

De todo lo dicho se deduce además que el derecho de acción es un derecho subjetivo que corresponde a cada ciudadano como tal (y, por consiguiente, también a los extranjeros, que están a este respecto equiparados a los ciudadanos, art. 3o. del Código civil) o sea a todo el que en el Estado es reconocido como titular de derechos subjetivos o persona. El poseer intereses jurídicamente protegidos es, en efecto, suficiente para que haya interés en la efectiva realización de su tutela por parte del Estado, y por otra parte, no sería efectiva la tutela (supuesta la prohibición de la defensa privada) si este interés no estuviese a su

(1) Kroll.—Forster Eccius.—Wachter.—Filomusi-Guelfi. Bolchini.

vez, tutelado frente al Estado. Se trata, pues, de un derecho inherente a la misma cualidad de sujeto de derechos, y que surge con ésta: de un derecho abstracto y general, que no depende necesariamente de la pertenencia efectiva de un derecho concreto subjetivo material ni tampoco está necesariamente ligado a un elemento subjetivo que se refiera a la existencia de un derecho subjetivo material (opinión, creencia del derecho, buena fe) (1). Lo que únicamente es necesario para que el interés secundario de que hablamos sea tutelado por el derecho (o sea para que exista un derecho de acción), es que se refiera a un interés primario en abstracto tutelado por el derecho. Esto depende de la naturaleza misma del interés que forma el contenido del derecho de acción; siendo éste el interés general y abstracto a la intervención del Estado para la realización de los intereses que están tutelados por el derecho, el interés primario a que se refiere debe, por tanto, presentarse como tutelado por el derecho. Que el derecho en el caso concreto lo tutela, es, por la existencia del derecho de acción, en el caso concreto irrefragable; puede, en efecto, alguna vez, ser dirigido el interés secundario precisamente a la declaración de esta tutela que aparezca incierta, pero siempre es necesario que el interés primario pertenezca a una de aquellas categorías de intereses que el derecho objetivo, en abstracto, tutela. El derecho objetivo, al tutelar los intereses humanos, procede por abstracción;

(1) Degenkolb.—Mortara, exige la opinión de un derecho, la opinión de la violación de un derecho.

no tutela intereses singulares de individuos particulares, sino categorías de intereses; ahora bien; para que haya derecho de acción, basta que el interés secundario se refiera a un interés primario perteneciente a alguna de las categorías tuteladas (1)

34. Contra esta concepción del derecho de acción como un derecho correspondiente a todo sujeto de derechos como tal, y, por consiguiente, también anteriormente a la demanda judicial (el llamado derecho abstracto de obrar) se ha opuesto que antes de la demanda no existe un derecho de proceder, sino una mera posibilidad de acción. Esto es, se ha añadido, una facultad inherente a la personalidad, y no un verdadero y propio derecho subjetivo, puesto que al par que todas las facultades comprendidas en el derecho de personalidad carece de la determinación necesaria (2); además no corresponde a ella ninguna determinada obligación del Estado, lo cual prueba también que no estamos aquí en presencia de un verdadero derecho subjetivo, sino de una simple facultad o posibilidad (3). De esta premisa, algunos autores han sacado la consecuencia

(1) También pide esto Degenkolb. En el mismo sentido Plósz (afirmación de un determinado título para la constitución del procedimiento).

(2) Wach, *Handbuch*, le llama una *res merae facultatis*, parangonable a la facultad de poner en vigor negocios jurídicos.

(3) Estas graves objeciones a la teoría del derecho abstracto de proceder (netamente formuladas desde 1879 por Degenkolb y y Plósz) desviaron la doctrina alemana de una construcción publicista a la cual la obra de Bülow la había preparado (las relaciones entre esta obra y la de Degenkolb y de Plósz son pues-

de que no hay un derecho de acción, no hay relaciones jurídicas procesales entre el particular y el Estado, sino que solamente hay relaciones jurídicas entre las partes, constituidas por un asunto jurídico procesal (la demanda judicial) y desarrollándose mediante actos judiciales (1). Otros autores no niegan la existencia de un derecho de acción, pero niegan que se haga valer contra el Estado, y lo consideran solamente como un derecho frente al adversario; por consiguiente, un derecho de naturaleza especial que se resuelve en una pura facultad (derecho potestativo), es decir, la facultad de poner en acción las condiciones para la actuación del derecho subjetivo. (2). Otros autores también, y son la mayor parte, no se dejan vencer por la facultad de encontrar una relación jurídica concreta entre el individuo y el Estado. Distinguen, por tanto, la posibilidad de la acción, que corresponde a cada ciudadano, aun antes de la demanda, y el derecho de acción o, en general, el derecho a la tutela jurídica (*Rechtsschutzanspruch*) que corresponde sólo a aquel, en el cual existen determinados supuestos de derecho material y procesal (supuestos de la acción o supuestos de la tutela jurídica). El derecho a la tutela jurídica, en general, es, pues, el dere-

tas de manifiesto por estos mismos autores, véase Degenkolb) y la llamaron a una concepción en que la acción era más estrictamente conexas con el derecho material. Sobre estas objeciones véase Wach.—Kohler.—Gierke.—Schmidt.—Helwig.—Bülow.—Weismann.—Chiovenda.

(1) Kohler, *Prozess als Rechtsverhältniss, etc.*

(2) Weismann. *Lehrbuch*, Chiovenda, *La acción*, etc.

cho a un determinado acto de tutela del Estado; el derecho de acción, en particular, es el derecho a una sentencia de determinado contenido (1).

35. Pero ni las críticas, a nuestro juicio, hechas al concepto del derecho de acción como un derecho correspondiente frente al Estado a cada sujeto de derecho como tal, son tan decisivas, que debemos sin más renunciar a una construcción basada en aquel concepto; ni por otra parte, las concepciones que se han querido substituir al mismo están a cubierto de toda objeción; antes, por el contrario, si algunas escapan a ciertas de las que hieren a la teoría del derecho abstracto de proceder, se estrellan en otras no menos graves y fundadas.

La dificultad más grave con que tropieza nuestra concepción es la de considerar como un verdadero y propio derecho subjetivo la facultad correspondiente a cada ciudadano de provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales del Estado, no sólo para la realización de los propios intereses cuya tutela sea acreditada, sino también para la declaración de la tutela que pueda corresponder eventualmente a un interés suyo. Ahora bien, esta dificultad está muy lejos de ser insuperable. Indudablemente, en efecto, es posible a cada ciudadano que posea los requisitos de capacidad exigidos para proceder en juicio y se di-

(1) Wach, *Handbuch*.—Stein.—Holder, Laband, Planck, Schmidt, Langheineken, Skedl, Helwig, Sintenis, Siber, Bülow y Köhler, Fadda, Simoncelli, Menestrina, De Palo, Ferrara, Chioyenda.

rija a un órgano competente en la forma prescrita por la ley, obtener de los órganos jurisdiccionales del Estado la determinación de lo que es derecho en el caso concreto y la realización forzosa del derecho declarado. Y no sólo esto; es posible también a cada uno, aun sin las condiciones arriba enunciadas y sin las demás que el derecho pueda exigir en cada caso particular, provocar del juez un fallo sobre su demanda; fallo que será una negativa a proveer por falta de aquellos requisitos preliminares (*absolutio ab instantia*), pero que el magistrado, por tanto, está obligado a emitir (1). Ahora bien, esta posibilidad de obtener de los órganos de la jurisdicción estos actos le está asegurada a cada individuo, de modo que su consecución efectiva depende del mero arbitrio individual. Cada cual puede pretender en toda ocasión de los órganos jurisdiccionales que desarrollen su actividad en su favor, si quiere. Pero el que puede pretender alguna cosa de otro, si quie-

(1) Además del derecho de obtener un fallo sobre el fondo, o sea sobre la relación jurídica material, cada uno tiene el derecho de obtener un fallo sobre la posibilidad de emitir el fallo sobre el fondo. Esto demuestra que el derecho de acción, como derecho de provocar la actividad del órgano jurisdiccional, comprende al uno y al otro, y que, por tanto, corresponde no sólo a quien tiene facultad de provocar un fallo sobre el fondo sino a todo el que puede provocar un fallo del juez, o sea a todo sujeto de derecho. Por consiguiente, habrá procedimiento no sólo cuando exista el derecho del actor a obtener un fallo sobre el fondo (esto es, cuando concurran los llamados supuestos procesales), sino también cuando tal derecho no existe y el procedimiento termina con una *absolutio ab instantia*: Véase Wach, Helwig, Menestrina, Weismann, Kohler.

re, tiene, sin más, derecho a esta cosa. Muy bien dicen Fadda y Bensa: "El acreedor, o titular en general, si quiere, es ya titular desde el mismo momento, en el sentido de que puede, cuando quiera, ejercitar su derecho. Como el deudor no está completamente obligado, si promete bajo una condición potestativa pura, del mismo modo es un derechohabiente quien puede ejercitarlo cuando quiera. El derecho implica la facultad de pretender de una o varias personas, o de quienquiera que sea, un hecho determinado. ¿Cómo negar que tal facultad corresponde a quien la pueda ejercitar cuando quiera?" (1). Decir, pues, que depende desde aquel momento de la mera voluntad de un sujeto el pretender de otros alguna cosa sin que nadie pueda impedirselo, equivale a decir que tiene ya derecho a esta cosa. Esto depende de la estructura misma del derecho subjetivo como potestad de querer, reconocida por el ordenamiento jurídico para la realización de un determinado intento. Ya en la mera posibilidad de pretender de otros alguna cosa, se desarrolla el señorío de la voluntad del titular. Desde el momento en que esta posibilidad de querer es reconocida, es reconocido también el derecho: el desarrollo efectivo de la voluntad pertenece al ejercicio, pero no a la existencia del derecho subjetivo. Posibilidad de querer no es más que potestad de querer, o sea derecho subjetivo. E igualmente si se mira la relación por su lado pasivo. Aquel que está obligado, si otro quiere, está ya

(1) Fadda y Bensa, notas a las *Pandectas* de Windscheid, I, página 1.089.

desde el primer momento obligado, puesto que estar obligado significa precisamente estar sujeto a la voluntad de otro. Todo esto se entiende cuando, como en el caso presente, la posibilidad de pretender de otros una cosa depende única y absolutamente de la voluntad del sujeto, aunque se necesiten formas particulares de manifestación. Y si tal posibilidad depende también en parte de la voluntad del sujeto, entonces habrá una simple posibilidad de adquirir un derecho subjetivo, o en los casos respectivos un derecho subjetivo condicional (1).

El derecho subjetivo de que hablamos no tiene de especial, frente a los demás, sino esto: que la facultad de los particulares de pretender del Estado la tutela jurisdiccional está ligada a una declaración suya de voluntad hecha a este propósito y hecha en formas determinadas (demanda judicial). Pero la forma a que puede estar subordinado el ejercicio del derecho, no impide que se trate precisamen-

(1) También cuando la adquisición de un derecho depende de un acto jurídico unilateral, el derecho subjetivo no nace aún, si la voluntad del sujeto puede ser paralizada por un acto de otro sujeto. Así en la ocupación de una *res nullius*, no sería exacto decir que *cualquiera* respecto a la *res nullius* se puede sin más considerar propietario, porque depende de su voluntad el serlo. El ser propietario de una *res nullius* no depende únicamente de la voluntad del sujeto, sino también de la circunstancia, de que la *res* siga siendo *nullius*, o sea de que otro no la ocupe. Cuando, por el contrario, la voluntad del sujeto es del todo libre e independiente para la consecución de un determinado bien, mediante la obra positiva o negativa de otro sujeto, tenemos un derecho subjetivo, y este es precisamente el caso del derecho de acción.

te de ejercicio y no de constitución del derecho. Y esto sucede en muchos otros casos. Ya los llamados *derechos cívicos* tienen precisamente esta característica: que su ejercicio implica una demanda a este propósito, del ciudadano, y algunas veces también otras condiciones, que depende de él satisfacer (por ejemplo: el pago de un impuesto). Tampoco en el derecho privado nos faltan ejemplos de este género: como sucede en el caso de las obligaciones sin término en las que el deudor está obligado *inmediatamente* (art. 1,173, Cód. civ.), pero el acreedor debe previamente constituirlo en mora; y, en general, todas las veces que el acreedor, para ejercitar su derecho de crédito, está obligado a hacer una declaración o denuncia o intimación al deudor (1). Y tan es verdad, que en estos casos, en que el ejercicio del derecho depende de la sola voluntad del titular, el derecho surge ya con la posibilidad de ejercitarlo, que la prescripción no corre ya desde el momento de la declaración del que ostenta un derecho, sino desde el momento en que surge la posibilidad de hacer esta declaración; de aquí la conocida máxima: *Toties praescribitur actioni nondum natae, quoties natiuitas eius est in potestate creditoris* (2). Estamos, pues, en estos casos, como en el

(1) Siempre que hay una relación jurídica denunciabile, o sea una relación cuya continuación depende de la libre voluntad de quien está autorizado para la denuncia (Immerwahr) este último tiene, en realidad, desde el origen todos los derechos que le corresponden, a pesar de la relación jurídica, y la denuncia constituye sólo una parte de lo que el acreedor debe hacer para el ejercicio de su derecho.

(2) La razón de esta máxima está precisamente en que la

de derecho de acción, en presencia de formas y modalidades de *ejercicio* del derecho, no de condiciones o supuestos para su *constitución*.

Tampoco es justa la objeción hecha al concepto del derecho abstracto de proceder, de que se trate de una pura facultad falta de la determinación necesaria (1). ¿Cómo puede decirse que el derecho de acción conste de facultades indeterminadas, cuando toda una entera y numerosa categoría de normas, las del derecho procesal objetivo, determina lo que el ciudadano debe hacer para obtener la tutela jurisdiccional del Estado, y lo que los órganos de la jurisdicción están obligados a prestarle a este fin? ¿Si no sólo lo que él puede hacer en virtud de su derecho, y lo que puede pretender de otros, está determinado *a priori*, sino que también está determinada la forma en que su actividad y la de los órganos estatales debe ser desarrollada? Aquí, en verdad, todo está determinado y limitado (2).

inacción respecto a un derecho, cuyo nacimiento depende de la nuda voluntad del titular, tiene el mismo significado que la inacción respecto a un derecho ya nacido (cfr. Windscheid, *Pand.*, párrafo 107). ¿Pero esto no equivale a decir que, en realidad, el derecho haya nacido en ambos casos, y que, por tanto, en ambos casos la inacción del titular tenga el mismo valor? La cosa es entendida de este modo, y justamente, por Fadda y Bensa.

(1) Bülow, *Klage und Urteil*, págs. 17 y 18.

(2) La determinación de la pretensión conferida por el derecho, y por consiguiente, la existencia de un derecho autónomo, o de una simple facultad comprendida en otro derecho, depende de la mayor o menor determinación con que un interés es tomado en consideración por el derecho. Indeterminadísimo es el interés tutelado en el derecho de libertad, determinadísimo el tutelado en el derecho de obligación (Degenkolb, *Zur Lehre*

Por consiguiente, no puede decirse que el derecho de acción carezca de autonomía. Carecen de autonomía, y por consiguiente, no son derechos subjetivos existentes por sí, sino que forman parte del contenido de otros derechos aquellas facultades a las cuales no corresponde la necesidad de una conducta especial en el obligado, sino aquella misma conducta que corresponde al derecho que le concierne (1). Ahora bien, evidentemente no puede negarse que la facultad de obtener del Estado la tutela jurisdiccional, es, en este sentido, autónoma: la obligación del Estado de prestar aquella tutela, obligación positiva y específica, no corresponde a ningún otro derecho de los ciudadanos, mucho menos al derecho de libertad o de personalidad a que alguno quería referirlo (2): al derecho de libertad, en efecto, para no hablar de otro, corresponden sólo obligaciones negativas del Estado.

36. La bondad de nuestra concepción encuentra una

von Vorvertrag, en *Archiv für die zivilistische Praxis*, LXXI. Hartmann, *Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau*, Erlanga, 1875. Kuntze, *Die Obligationen im roemische und heutigen Recht*, Leipzig, 1886, pág. 123).

(1) Y esto sucede porque a la indeterminación del interés tutelado corresponde la indeterminación de la tutela, o sea la indeterminación de los actos a que el obligado o los obligados están constreñidos en virtud de la norma jurídica. La conducta del obligado es, por consiguiente, en este caso, determinada genéricamente.

(2) Especialmente por Kohler, *Prozess als Rechtsverhältniss*, *Deutschen Juristenzeitung*, 1887, pág. 132 y siguientes. También página 42, y *Der Sogenannte Rechtsschutzanspruch*, páginas 221 y 223, y por Bülow, *Klage und Urteil*, págs. 12 y sigs.

confirmación nueva en la dificultad inextricable en que chocan todas las demás concepciones que le han sido opuestas en Alemania y en Italia. Y ante todo, aquella que cuenta mayor número de partidarios y de los más prestigiosos; esto es la teoría del *Rechtsschutzanspruch*, la cual, derrotada por Bülow y por Kohler, continúa defendiéndose vigorosamente, pero sin que pueda escapar a este dilema, o identificar el derecho concreto a la protección jurídica con el derecho abstracto de proceder, o confundirlo con el derecho subjetivo material. Tomemos, en efecto, el procedimiento declarativo en que la cosa parece evidente; aquí no sólo surge con la demanda judicial un derecho a la sentencia favorable, sino también con la clausura del estudio del asunto, si bien solamente cuando el juez se ha formado una convicción determinada sobre la materia de que se trata. Sólo en este momento, esto es, cuando el procedimiento está acabado, surge el derecho, o para el actor, de ver admitida su demanda, o para el demandado de verla rechazada. El derecho a una determinada sentencia surgiría, pues, como observa muy bien Chiovenda (1), en un momento que el titular no puede conocer; y añadamos nosotros: cuando es conocido ya ha sido satisfecho. Lo que significa que no existe nunca como derecho. Y entonces, ¿qué queda del derecho a la tutela jurídica? ¿Qué derecho se hace valer durante el procedimiento? Puesto que no se hace valer el derecho a una determinada senten-

(1) *La acción en el sistema de los derechos.*

cia, ya por parte del actor, ya por parte del demandado, lo que se hace valer no puede ser evidentemente sino o el derecho abstracto de proceder correspondiente a ambos, o el derecho subjetivo material (el derecho afirmado por el actor, el derecho de libertad para el demandado), correspondiente a aquel que tiene razón (1). Y si, rechazada la primera solución, como hacen enérgicamente los autores del *Rechtsschutzanspruch*, los cuales, por el contrario, suelen quejarse de ver confundida su teoría con la del derecho abstracto a proceder (2), nos acogemos a la segunda, y consideramos el derecho de acción como un accesorio, una pertenencia del derecho subjetivo; ¿cómo se explica la facultad de exigir del Estado actos de la función jurisdiccional, aun en quien no tiene derecho? (3). Y en cuanto al

(1) Ya Kohler había opuesto implícitamente a la teoría del *Rechtsschutzanspruch* el dilema a que nos referimos en el texto, cuando después de haber notado que esta *das Prozessrecht dem Zivilrechte dienstbar macht* (hacía siervo al derecho civil del derecho procesal) añadía: “decíamos que no existe un derecho a la tutela jurídica; pero si existiese, según toda la lógica del procedimiento, debería ser un derecho abstracto” *Der sogenannte Rechtsschutzanspruch*, pág. 217 y 220).

(2) De tales lamentaciones está lleno el último libro de Helwig, *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, Leipzig, 1905. Véase especialmente págs. 4, 6, 7, 8, 9 y 10.

(3) Esta pregunta ha quedado sin contestación por los autores del *Rechtsschutzanspruch*, que se contentan con afirmar, que si el actor no está autorizado a la acción, el demandado tiene un derecho de acción para la declaración de la falta de derecho del actor (Helwig, *Klagerecht und Klagmöglichkeit*, páginas 47 y 50). Es un hecho que el actor tiene derecho a una prestación por parte del juez (sentencia) aun cuando no esté auto-

que tiene derecho, la mejor prueba de que no existe un derecho suyo a la tutela jurídica, la suministra el hecho de que no existe una obligación del juez de decidir a favor del que tiene derecho (que presupondría la posibilidad de conocer la verdad objetiva, mientras que el juez, como cualquier otro hombre, debe contentarse con la certeza, o sea con la verdad subjetiva); sino sólo existe una obligación de decidir, según la convicción que él se formó según los resultados del procedimiento (1).

37. Este laberinto de dudas (a las cuales podrían añadirse otras), en el cual se pierde la doctrina del derecho a la tutela jurídica, explica muy bien el por qué algunos han intentado ir por otro camino, en primer lugar, la tentativa de Kohler de construir las relaciones procesales, como simples relaciones entre las partes, fuera de toda relación entre *las partes y el Estado*. Para Kohler no existe ningún derecho público de proceder: ni existe, en general,

rizado a la acción, y que el mismo derecho tiene el demandado, aun cuando al actor esté autorizado (así por ejemplo: si el demandado no acepta la renuncia de los actos del juicio: art. 343, Código procesal civil, y sobreviene una sentencia que acoge la demanda del actor). Y este derecho a la sentencia del actor y del demandado, independientemente del derecho material es lo que hace falta explicar y el que la teoría del *Rechtsschutzanspruch* no explica. El problema, propuesto por Degenkolb, *Einlassungswang*, páginas 4 y sig., en 1877, está aún por resolver.

(1) Así justamente Chiovenda, *La acción*, pág. 127 Véase también Cód. proc. civ., art. 270, y Kohler, *Prozess als Rechtsverhältniss*, pág. 29. Es poco, por lo tanto, decir, como lo hacen Bülow y Weismann, que el juez debe juzgar según los resultados del procedimiento.

un derecho de acción como derecho autónomo: hay sólo la facultad, correspondiente a cualquiera, y comprendida en el derecho a la integridad de la propia personalidad, de poner en acción actos jurídicos procesales, y en especial la demanda judicial, verdadero negocio jurídico, por efecto del cual el adversario es colocado en una situación jurídica, aun contra su voluntad (1). Pero también este remedio heroico de concebir la acción, no como un *derecho*, sino como un *hecho jurídico*, y precisamente como un negocio jurídico (demanda judicial), que cada cual puede realizar en virtud de su *derecho de personalidad*, está muy lejos de disipar todas las dudas y de fundar sobre una base inconvencible la construcción de las relaciones procesales. Esta concepción del procedimiento como una forma más perfeccionada de defensa privada (2) tiene el defecto fundamental de dejar completamente en la sombra la condición jurídica del Estado en el ejercicio de su función jurisdiccional. No basta decir que el Estado presta la tutela del derecho "en cumplimiento de sus deberes estatales": toda actividad del Estado es cumplimiento de sus deberes; pero el Estado puede cumplir sus deberes de diversos modos. Cumple sus deberes el Estado de policía y el Estado de derecho; y el mismo Estado de derecho cumple sus deberes cuando ejerce, sin limitación alguna ni fiscalización jurídica, la función legislativa, y cumple sus de-

(1) Kohler, loc. cit.

(2) Precisamente este es el concepto de Kohler, *Prozess als Recht...*, pág. 6.

beres cuando llama a participar a los ciudadanos a la vida del Estado, mediante el ejercicio del voto (para citar un caso en que Kohler mismo reconoce la existencia de un derecho subjetivo público). Debemos, pues, suponer, por vía general, posible que la voluntad individual sea reconocida como decisiva frente al Estado respecto al ejercicio de las funciones estatales, o, en general, respecto al ejercicio de la actividad estatal, que es como decir —debemos reconocer, con la gran mayoría de los publicistas modernos—, la existencia de derechos públicos subjetivos del ciudadano frente al Estado (1). Y si no se niega la verdad de este principio, que es la conquista preciosa del derecho público moderno, no se puede desconocer que existe un derecho del ciudadano frente al Estado y una obligación del Estado frente al ciudadano, allí donde el ejercicio de una función estatal se hace depender de la voluntad del individuo. Este es el caso de la función jurisdiccional civil. Si como dice Kohler (2), “cuando se ha desplegado la autodefensa, el Tribunal entra como tercer factor e interviene en el procedimiento, no sólo como espectador fiscal, sino mediante actos jurídicos, enérgicos y profundamente decisivos, los cuales, en último término, determinan el éxito de los actos de las partes” esto significa dos co-

(1) Por tanto, es justa la objeción hecha a Kohler por Schmidt de que su teoría es la negación del Estado jurídico y también “la aplicación de la teoría del absolutismo al procedimiento civil”.

(2) *Prozess als Rechtsverhältniss*, pág. 6.

sas: ante todo, que los efectos jurídicos, los cuales se producen en cada una de las partes en el procedimiento, deriven precisamente de los actos del Estado, que son los únicos *decisivos y determinantes* para tales efectos; luego que la intervención del Estado está subordinada precisamente a "que se desarrolle la autodefensa", o sea que el ejercicio de esta función estatal se hace depender de la voluntad individual. Pero esto equivale a decir que no hay relaciones *directas* entre las partes, sino sólo entre las partes y el Estado, y que existe en el particular un *derecho* al ejercicio de la función jurisdiccional por parte del Estado. Porque tener la facultad de exigir de los demás una determinada conducta, y en especial, el ejercicio de una determinada actividad, y tener un derecho subjetivo no es sino una sola y misma cosa. Esto no es negar que la concepción de Kohler sea admisible frente a la lógica abstracta; pero corresponde a un estudio de la evolución jurídica, que no es el actual. Ciertamente en teoría es posible un sistema, en que las partes hagan valer sus derechos en una lucha directa, a que el Estado asista con una función simplemente inspectiva o fiscal: en tal caso, no tendríamos más que una forma más perfeccionada de defensa privada, como así lo confiesa el mismo Kohler. Pero en el derecho moderno las cosas no marchan de este modo, la lucha *material o directa entre las partes* está eliminada: toda la contienda judicial consiste hoy en los esfuerzos de cada una de las partes para obtener la ayuda del Estado; la actividad de cada una de las partes no repercute sobre la

otra sino *indirectamente*, en cuanto tiende o consigue provocar la actividad del Estado hacia ella. Y es natural: la prohibición de la defensa privada significa la prohibición de la lucha directa y substitución de la lucha directa por la lucha judicial, por la intervención del Estado en su propia ventaja. Pero obsérvese (lo que se le ha escapado a Kohler, el cual insiste largamente sobre el concepto del procedimiento *como lucha entre las partes*) (1), que el concepto de *lucha* o de *contienda* no es un *concepto jurídico*, ni una *relación de lucha*, es una *relación jurídica*. La lucha es, de por sí, una *relación de puro hecho*, que no puede nunca ser jurídica: es el conflicto entre dos fuerzas, cada una de las cuales trata de sobrepujar a la otra; pero precisamente porque todo el derecho tiene por fin evitar y componer estos contrastes de hecho, el concepto de lucha y el de derecho son entre sí antitéticos. Por lo tanto, cuando se habla de *lucha* o de *contienda judicial*, no se quiere decir que haya una *relación jurídica de lucha* entre las partes, lo que sería contradictorio, sino que las partes se encuentran, *de hecho*, en lucha entre sí, en el desarrollo de sus relaciones jurídicas con el Estado. La *existencia de una lucha*, aun cuando sólo sea ideal o indirecta entre las partes, es la mejor prueba de que *no existen relaciones jurídicas* entre las partes.

38. No da lugar a menores dudas la doctrina que por varios modos se relaciona con ésta, según la cual, tampoco

(1) *Prozess als Rechtsverhältniss*, pág. 9.

habría en el procedimiento relaciones entre las partes y el Estado, sino sólo relaciones entre las partes. Pero tales relaciones dependerían no de actos jurídicos puestos en acción por virtud del derecho de personalidad, sino del ejercicio del derecho de acción, concebido como un derecho potestativo (derecho del poder jurídico, *Kann-Recht*), consistente en la facultad de poner en vigor las condiciones para la actuación del derecho objetivo, y, por consiguiente, no como un derecho a determinados actos del juez, sino a los efectos de tales actos (1). En primer lugar, todo lo que se ha dicho contra la teoría anterior, respecto a la afirmada inexistencia de relaciones entre el Estado y los particulares, en dependencia de sus funciones jurídicas, se puede también decir de esta nueva concepción que tiene de común con aquella dicha aserción fundamental. También para los autores de esta doctrina, la demanda judicial determina la obligación del juez de examinar la demanda y de fallar con arreglo a este examen; pero, se afirma, ésta es una obligación del juez con respecto al Estado, no una obligación del Estado, representado por el juez, con la parte (2). Pero que se trata precisamente de una obligación del juez como órgano del Estado, con la parte, lo demuestra el que la obligación del juez depende precisamente de la voluntad de la parte. Ahora bien, cuando la voluntad de un sujeto es árbitro de la prestación de una determinada actividad, por parte de otro sujeto, quie-

(1) Chiovenda, loc. cit. Weismann, id.

(2) Idem, id., id.

re decirse, en pocas palabras, que aquel sujeto tiene sobre el otro derecho a tal actividad. Hay en el derecho público muchos casos, en que los sujetos físicos que revisten la calidad de órganos del Estado, no tienen, en el círculo de sus funciones delegadas, otras obligaciones que con el Estado (1), y en las cuales, por tanto, las normas que rigen su actividad son puestas en el exclusivo interés del Estado; en estos casos, sin embargo, no se reconoce a los particulares la posibilidad de determinar, con su voluntad, aquella actividad; entonces el interés del Estado podría ser tutelado indirecta u ocasionalmente; pero faltando una tutela independiente de un interés individual, falta un verdadero derecho subjetivo del individuo frente al Estado. Cuando, por el contrario, como en nuestro caso, se reconoce eficacia jurídica a la voluntad individual para el ejercicio de una determinada actividad por parte de los órganos del Estado, no hay duda que estamos en presencia de un interés individual tutelado independientemente, o sea de un derecho subjetivo del particular para con el Estado.

Pero además de estas objeciones a que la doctrina en examen está expuesta, al par que la de Kohler, se le pueden oponer otras mucho más graves, respecto a la construcción de la acción como un derecho del poder judicial o

(1) Si no hay relaciones jurídicas entre el órgano como tal y el Estado, porque el órgano no es un sujeto de derechos del Estado, sino que forma parte del Estado, hay, sin embargo, relaciones entre el portador de la calidad de órgano (*Organträger*) y el Estado (*Jellinek, Doctrina general del Estado*).

derecho potestativo. Estamos convencidos de la absoluta impropiedad técnica del concepto del derecho potestativo, y de su ninguna utilidad para la construcción de la acción como derecho subjetivo. Derecho potestativo o derecho del poder judicial, no es más que un derecho subjetivo, que carece del elemento de la pretensión, y se resuelve en una pura facultad; es una facultad del sujeto, a la cual no corresponde ninguna obligación por parte de otro, sino sólo la necesidad de sufrir los efectos jurídicos producidos por el ejercicio de aquella facultad (1). Pero con esto se afirma (lo que para nosotros es inadmisibles) la existencia de un derecho a que no corresponde ninguna obligación, y, por consiguiente, de una relación jurídica constituida por un solo término. Por tanto, aquí no está sólo en pleito el concepto de acción, y tampoco el del derecho subjetivo, sino el concepto mismo del derecho. Nadie ha dudado hasta ahora que el derecho sea ordenación de relaciones humanas mediante normas de conducta que tienen particulares caracteres. No hay acuerdo, es verdad, en la determinación de qué particularidades tenga el derecho como norma de conducta. Pero nadie niega que el derecho sea una norma de conducta. Y si el derecho es una norma de conducta, no puede obrar de otro modo que prescribiendo a aquellos que están sujetos a él una determinada conducta, o sea imponiendo obligaciones. Por consiguiente, la necesidad de que toda relación jurídica contenga una obli-

(1) Zitelmann. Weismann, Helwig; Chiovenda, loc. cit.

gación, dérivase de la naturaleza misma del derecho como norma de conducta; de sus demás particulares caracteres (en especial de la irrefragable obligatoriedad y de la coercibilidad de la norma) se deriva el otro elemento de la relación, esto es, el derecho subjetivo. En efecto, se concibe una norma (pero no una norma jurídica) que imponga sólo deberes (por ejemplo: la norma moral), pero no se concibe una norma de cualquier especie que sea que confiera sólo derechos. Esta exigencia lógica repercute y no podría ser de otra manera, sobre el concepto del derecho subjetivo. Como interés jurídicamente protegido, el derecho subjetivo implica la existencia de la obligación a una determinada conducta, la protección concedida al interés de un sujeto, supone la posibilidad de que este interés sea violado por el acto de otro sujeto (la defensa supone la posibilidad de la ofensa), y consiste precisamente en la orden impuesta a aquellos cuyos intereses estén con aquél en conflicto, de concurrir, con su acción negativa o positiva, a su satisfacción. Y dígase lo mismo de la concepción del derecho subjetivo como señorío de la voluntad reconocido o concedido por el ordenamiento jurídico. El concepto de señorío, de potestad, indica una relación; señorío de una voluntad, significa predominio de una voluntad sobre otra. Ahora bien, cuando este señorío es un señorío jurídico, esto es, conferido por el derecho, presupone necesariamente una norma que imponga a otros una determinada conducta.

Derechos, pues, a que no corresponde ninguna obligación, no existen; existen sí facultades, contenidas en dere-

chos subjetivos, a que no corresponde una particular obligación, sino sólo la obligación determinada en modo genérico que corresponde al derecho de que forman parte. Todos los llamados derechos potestativos son facultades de este género. La particularidad que puede inducir a engaño sobre su naturaleza, es ésta: hay casos en que el ejercicio de un derecho subjetivo supone un preliminar y deliberado acto de voluntad del titular, por el cual éste afirme o declare de un modo más o menos solemne que quiere ejercer su derecho; a veces también la existencia y la legalidad de este acto deben ser acreditadas por un fallo del juez. Generalmente sucede esto cuando existe un acto jurídico o un estado jurídico viciados por causas de nulidad o de ilegitimidad, pero que deben ser reconocidos judicialmente; en este caso, de tales actos y estados jurídicos derivanse derechos subjetivos también inficionados de causas de ilegitimidad, pero que hasta que la anulación del acto o la cesación legal del estado no se verifica, impiden que otros derechos subjetivos puedan hacerse valer (1), y, por tanto, el titular de estos últimos debe, para poder ejercitarlos, provocar la anulación de aquellos actos o la ce-

(1) Este es el caso de los llamados derechos de impugnación de Zitelmann, *Intern., Privatrecht*, II, págs. 32 y sig. (derecho de impugnar contratos, testamentos, matrimonios, etc.) Véase sobre esta facultad Chiovenda, loc. cit. No incluimos aquí la facultad de impugnar una sentencia mediante apelación u oposición, porque en estos casos hay más bien el derecho a una segunda sentencia sobre el mismo punto, que el derecho de hacer anular la primera.

sación de aquellos estados. Análogos son aquellos casos en que existe un acto jurídico, no nulo, o un estado jurídico, no ilegítimo, pero que puede faltar por voluntad de una persona determinada; también de estos actos o estados pueden nacer derechos que impiden el ejercicio de los derechos de tal persona, la cual debe, por tanto, para ejercitarlos, provocar su cesación, ya sea que baste una simple declaración de voluntad, ya que se necesite además un fallo del juez (1). Otras veces se presenta la hipótesis pura: de un derecho, cuyo ejercicio está subordinado a una previa declaración del titular de querer ejercitarlo (2). En todos estos casos estamos en presencia de un derecho subjetivo, cuyo ejercicio depende de un simple acto de volun-

(1) Entre estas facultades se enumeran: la de pedir la separación personal (cesación parcial de los efectos del matrimonio) y la separación de la dote; la de revocar el mandato, de salir de una sociedad y de pedir su disolución, de denunciar un contrato, de revocar una donación; de recobrar la cosa vendida mediante la restitución del precio (retracto) (Zitelmann.—Chiovenda).

(2) Ejemplos en que el ejercicio de un derecho está subordinado a una previa declaración de quererlo ejercitar son a) la aceptación de la herencia, para hacer valer la calidad de heredero (en efecto, la calidad de heredero no se adquiere con la aceptación sino con la delación de la herencia) (arts. 925 y 933 Código civil) y la facultad de aceptar prescribe, juntamente con los derechos, de los cuales el acto preliminar de ejercicio, a los treinta años: igualmente la facultad de renunciar a la herencia no es sino la facultad de renunciar a los derechos hereditarios: la posibilidad de una renuncia es aquí otra prueba de la existencia de derechos: cfr. Filomusi-Guelfi, *Derecho hereditario*.—Chiovenda, *La acción*.

tad. Pero ya hemos visto que en esta situación el derecho existe desde que existe la posibilidad de ejercitarlo, y por esto la declaración de querer ejercitar un derecho de tal género es ya ejercicio del derecho. De donde lógicamente se deduce la consecuencia de que la facultad de hacer aquella declaración no es un derecho en sí, sino que forma parte del contenido de aquel derecho.

De estos derechos latentes, cuyo ejercicio presupone un especial acto de voluntad del titular, hay muchísimos ejemplos, y el desarrollo de las formas contractuales, especialmente en el campo del derecho privado, va creando otras continuamente: así en los contratos de suministro, en los de abono, en los de apertura de crédito, en los depósitos bancarios, etc., se puede estipular la obligación, por una parte, de prestar cosas o servicios a demanda de la otra. También en la concesión de servicios públicos por parte de la administración del Estado o de las entidades autárquicas, se suelen insertar cláusulas que confieren a los particulares el derecho de obtener la prestación del servicio en condiciones preestablecidas a su demanda. Como quiera que se construyen estas relaciones (aun si, por algunas de ellas, la facultad del derechohabiente se concibe como un puro derecho a contraerse) siempre existe un derecho, cuyo ejercicio implica una previa declaración de voluntad del titular, y una obligación que no se hace actual sin aquella declaración.

A esta categoría de derechos latentes pertenece también el derecho de acción, como todos los derechos civiles;

por esto, la facultad comprendida en él, de iniciar su ejercicio mediante oportuna declaración expresa de voluntad, ha podido ser cambiada en un derecho autónomo, y precisamente por un llamado derecho potestativo.

39. El derecho de acción es, pues, un derecho subjetivo público del ciudadano con el Estado, y sólo con el Estado (1), que tiene por contenido substancial el interés secundario y abstracto a la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos, que la incertidumbre o la inobservancia de la norma válida en el caso concreto pueden oponer a la realización de los intereses tutelados. Objeto de este derecho es la prestación por parte del Estado de su actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto y para la realización forzosa de los intereses cuya tutela es cierta. Esto explica muy bien cómo no siempre la acción es un derecho y un acto determinado y favorable, sino que puede, en algunos casos, ser simplemente un derecho a un acto del Estado, independientemente de su contenido. Esto sucede en el procedimiento de declaración. Aquí el interés, que forma el contenido del derecho de acción, es obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en el caso concreto, y no la declaración del derecho en una forma más que en otra. En la cadena de los fines del actor, el de obtener una sentencia favorable, es el fin remoto, que no es tomado en consideración en mo-

(1) No, por consiguiente, con la otra parte también, como quieren Degenkolb y Plósz.

do alguno por el derecho; y el objeto próximo, esto es, el interés que únicamente tutela el derecho es el de tener una sentencia, esto es, la declaración de una relación incierta. Sólo de este modo se explica cómo el derecho de acción puede corresponder también a quien no tiene el derecho material, y sólo así puede darse al procedimiento una base autónoma, independiente del derecho privado.

La razón íntima de esta autonomía está precisamente en la naturaleza secundaria o abstracta del interés que forma el contenido substancial del derecho de acción.

Es de observar que en algunos casos el derecho de acción puede tener por contenido un interés terciario, es decir, el interés para que el Estado declare la tutela que en el caso concreto garantiza un interés secundario. Puede suceder, en efecto, que la existencia misma de un derecho de acción aparezca incierto o que aparezcan inciertos sus límites, y como esta incertidumbre no puede eliminarse *a priori*, surge un interés a esta declaración que el derecho procesal también tutela. En este caso hay un derecho de acción secundario, esto es, un derecho a la declaración de la tutela que el derecho concede a los intereses secundarios tutelados por el derecho, debe ser también tutelado el interés a la declaración de esta tutela.

Queriendo por esto dar un concepto del derecho de acción que comprenda todos los casos posibles, es preciso decir qué es "el derecho para con el Estado a la declaración de la tutela jurídica correspondiente a determinados intereses (materiales y procesales, o sea, primarios y se-

cundarios) y a la realización forzosa de aquellos cuya tutela sea cierta". Así queda probado que el derecho de acción (al menos como derecho a la declaración de relaciones procesales) corresponde a todo sujeto de derechos como tal, independientemente de todo otro supuesto (1).

(1) V. Supra. Lo que decimos en el texto sobre la estructura del derecho de acción nos permite explicar qué es el llamado "interés en proceder", el cual, por el art. 36, C. p. c., es condición para proponer una demanda en juicio y para contestarla (cfr. también art. 201, C. p. c.) Según la doctrina dominante, el interés en el procedimiento es la utilidad que al titular del derecho subjetivo se deriva de provocar a favor de él la tutela jurisdiccional (así, substancialmente: Mattiolo, Mancini, Pisanelli y Scialoia, Schmidt, Helwigg, Stein). Pero esta doctrina tiene el defecto de concebir la acción siempre ligada al derecho subjetivo, ya constituya una cualidad (en cuyo caso sería el derecho material más el interés en proceder), ya constituya un derecho medio para su tutela y actuación. Pero, ¿qué es entonces el interés en proceder en una concepción de la acción como un derecho autónomo, independiente del derecho material? No es otra cosa que el elemento substancial del derecho de acción, es aquel interés que, tutelado jurídicamente por el derecho procesal objetivo, constituye el derecho de acción. Y ya hemos visto cómo tal interés es precisamente el interés a la declaración por parte del Estado de la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés y a la realización del interés cuya tutela jurídica sea cierta. El interés en proceder, es, pues, el interés secundario y abstracto, de que hemos hablado ampliamente, en cuanto en los casos particulares es referido a un interés determinado, concreto. Este último puede ser, por tanto, un interés material o primario, como, a su vez, un interés procesal y secundario: pero siempre es necesario que haya tal referencia: no otra cosa quiere decir el art. 36, C. p. c. Y es perfectamente lógico que en los casos particulares se exija la referencia del interés abstracto y secundario que forma el interés substancial del derecho de acción a un determinado interés concreto, porque aquel interés abstracto no es fácilmente

Se comprende así cómo, en este sentido, un derecho de proceder no corresponde solamente al actor (esto es, a aquel que primeramente promueve la actividad jurisdiccional para la declaración de una relación incierta), sino también al demandado. También éste tiene derecho a pretender del

concebible, sino referido a un determinado interés concreto. Es superfluo advertir aquí que puede funcionar de interés concreto o primario un interés procesal, esto es, a su vez secundario, respecto a otros intereses. El decidir luego, en cada caso particular, cuando existe el interés secundario, de que hablamos, y por tanto, cuando hay derecho de acción, es cuestión de hecho que se resuelve por el juez en cada caso (justamente por esto Wach, *Feststellungszanspruch*, observa que en este punto el arbitrio del juez tiene ancho campo de acción). Como criterio general puede darse éste: existe el interés secundario a la declaración de la tutela correspondiente a un determinado interés, o a la realización de un determinado interés, cuya tutela sea cierta, cuando tal declaración o tal realización produzcan una utilidad actual para el titular de éste: la utilidad, por consiguiente, se refiere al efecto del acto jurisdiccional exigido (en este sentido Mortara, *Comm.*) Este interés no es —como se afirma en Alemania— un supuesto de la tutela jurídica, o un supuesto de la acción, es decir, una condición para obtener una sentencia favorable (así Helwig.—Stein), sino una condición para obtener una sentencia sobre la relación, cuya declaración se pide. Si, en efecto, el derecho de acción (en el procedimiento declarativo) es derecho a la existencia, la existencia de uno de sus elementos, esto es, el interés en proceder, no puede ser sino una condición para obtener la sentencia. Lo que se debe notar, por el contrario, es que, si la falta de interés en obtener la declaración de una determinada relación impide al juez fallar sobre dicha relación, y, si por consiguiente, quien no tiene interés en la declaración de una determinada relación material, no puede obtener una sentencia sobre el fondo, no se puede negar, a quien quiera que sea, un interés en obtener una sentencia sobre esta cuestión: si tuviere interés en la declaración de una determinada relación

juez la prestación de su actividad para la declaración de la relación jurídica (art. 345, Código procedimiento civil). También él tiene, en efecto, interés en que se declare aquella relación; de la existencia o no existencia de la relación

material. Por tanto, el que tiene derecho a obtener una sentencia que declare si existe o no existe en él el interés a la declaración de un determinado derecho material. Y se comprende cómo es esto. El derecho de acción, como derecho abstracto y general, de obtener de los órganos jurisdiccionales la declaración de la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés, comprende la posibilidad de obtener tal declaración respecto a todos los varios intereses tutelados en abstracto: pero a condición de que se demuestre que el sujeto tiene interés en esta determinada declaración. Para todos estos diversos intereses, materiales y procesales, el interés en la declaración de la tutela que les corresponde debe ser demostrado por quien pide la declaración: el único interés para el cual no es necesaria tal demostración, porque es evidente y está contenido *in re ipsa*, es el de obtener una sentencia que acredite el interés de proceder en la demanda propuesta. Esto, al mismo tiempo que confirma la opinión expresada en el texto de que el derecho de acción, entendido en su significado más amplio y exacto de derecho a la prestación de la función jurisdiccional por parte del Estado, corresponde a cada sujeto de derecho como tal, demuestra que el interés en el procedimiento se refiere a los actos jurisdiccionales particulares que se piden, ninguno de los cuales puede ser obtenido si no concurre aquel particular interés, pero esto no implica que no puedan ser obtenidos en este caso otros actos jurisdiccionales. Por tanto, no sólo es inexacto afirmar que el interés en proceder (o interés jurídico, como dicen los alemanes) es el supuesto de una sentencia favorable, sino que también es inexacto decir genéricamente que el interés en proceder es condición para obtener cualquier clase de sentencia: es preciso, por el contrario, poner en relación el interés en proceder con la sentencia requerida, y decir que el interés en obtener la declara-

en cuestión depende la existencia o no existencia de un vínculo a su libertad, y depende, por tanto, la delimitación exacta del alcance concreto de su derecho de libertad. La existencia de un interés suyo abstracto y secunda-

ción de una determinada relación es condición para obtener una sentencia sobre la existencia o no existencia de esta relación.

El interés a la declaración de una determinada relación es evidente, cuando el que allí figura como obligado rehusa u omite observar aquella conducta a la cual, en virtud de la dicha relación, estaría obligado. En este caso, habiendo quedado sin satisfacer el interés, cuya tutela jurídica se trata de acreditar, es claro el interés de su titular en esta declaración, primer paso (algunas veces suficiente por sí sólo) para obtener la satisfacción deseada. En este caso, la declaración es exigida como preparación a la ejecución forzosa, y, juntamente con la declaración se pide, por vía subordinada, una orden de cumplimiento, en el caso de pronunciamiento favorable. Tenemos entonces una acción que tiende a la condenación o acción de prestación como suele decirse. Para esta acción es necesario, pues, que quien figura como obligado haya omitido tener aquella actitud a la cual, según la relación alegada, habría estado actualmente obligado.

Pero puede darse el caso también en que se tenga interés en la declaración de una determinada relación, aun sin que tal declaración sirva de preparación a la ejecución. Puede darse, en efecto, el caso que el único estado de incertidumbre de una relación produzca daño a alguno, sin que el obligado haya omitido o rehusado adoptar aquella actitud a que la relación le obliga. En este caso hay interés en la mera declaración, y la declaración, de por sí, satisface este interés. Existe entonces una acción que tiende no a la declaración como preparación a la ejecución forzosa, sino a la declaración *simpliciter*: se suele hablar entonces de una acción de declaración (mejor dicho a nuestro juicio: acción de simple declaración, porque también la acción de prestación es principalmente acción de declaración, sólo que en ella se da además la súplica de una orden de prestación; si la

rio, necesitado de tutela, no es, pues, susceptible de ser contestado; lo tiene al igual del actor, y lo mismo que en el actor debe ser tutelado en él; lo único que es distinto

acción de prestación o de condena tiende a la declaración, para un fin ulterior, esto no quita que tienda a la declaración). Como en la acción en general, también en la acción de simple declaración se hace valer una pretensión ante el Estado, no para con el adversario: y esto es más evidente en la acción de simple declaración donde es claro que nada se pretende del adversario, por no existir una obligación general al reconocimiento expreso de los derechos ajenos (de aquí lo vano de todas las tentativas de construir la acción de simple declaración sobre la base de una pretensión contra el adversario, sobre las cuales véase Chiovenda). La pretensión que se hace valer hacia el Estado en la acción de simple declaración es en aquella pura y simple de la declaración de una relación o de un Estado jurídico. El acto por el cual el Estado satisface esta pretensión, es la sentencia en su tipo más genuino, o sea un acto que es sola y exclusivamente una sentencia (sentencia de pura declaración). La necesidad de la contradicción en el proceso de simple declaración mismo (sobre lo cual insiste, por ejemplo, Plósz), no implica que la acción declarativa contenga la pretensión de alguna cosa del adversario (como por lo demás tampoco contiene una pretensión contra el adversario la acción de prestación); sino que depende solamente de que el Estado, para ejercitar mejor su función de declaración de un derecho, quiere la participación en el juicio del que puede tener interés en una declaración negativa. La necesidad de esta participación existe en todo proceso (principio de la contradicción): la diferencia entre el caso de una acción de pura declaración y la de una acción de prestación está en que, en este último la persona del contradictor está individualizada naturalmente en aquél, contra el cual se exige la orden de prestación; mientras en el primero la individualización es menos evidente; genéricamente puede decirse que la persona del contradictor se determina en el que tiene el mismo interés en la declaración negativa (aplicación a las cuestiones de Estado en Co-

en él y en el actor es el interés concreto a que se refiere (en el actor el derecho afirmado, en el demandado el derecho de libertad). Pero este interés constituye el fin remoto de la acción, que no es tomado en consideración por el derecho procesal, mientras que el interés abstracto y secundario, que es el objeto próximo, es común al actor y al demandado.

40. De todo lo dicho resultan claras las diferencias entre nuestra concepción y la de los demás escritores, que más o menos abiertamente consideran la acción como un derecho abstracto, correspondiente a todo sujeto de derechos como tal, y no a los sujetos de determinados derechos materiales. Nos separamos de los fundadores de la doctrina del derecho abstracto de proceder, Degenkolb y Plósz, en cuanto no concebimos, como ellos, la acción como un derecho

viello); con frecuencia es la ley misma la que expresamente determina el contradictor (ejemplo: arts. 161, 167, 168, 177 y 178 Código civil, sobre los cuales véase Coppa-Zuccari, *Las acciones de filiación legítima*).

Pero, ¿cuándo puede decirse que hay interés en la simple declaración de una relación o de un estado jurídico? No son fáciles de dar criterios generales en esta materia en que, como hemos dicho, hay que dejar mucho a la apreciación del juez (cfr. Chiovenda): sólo se puede decir que tiene interés en la simple declaración de una relación quien de la mera incertidumbre del derecho recibe un daño (cfr. Weismann): por consiguiente, el interés en la acción de pura declaración debe ser tal, que con la simple declaración sea satisfecho (Wach, Schmidt, Weismann, Chiovenda). En la acción de pura declaración negativa, que en substancia desarrolla el demandado al defenderse, el interés le crea el hecho sólo de la demanda del actor: Chiovenda, Helwig, Simoncelli, Mesina.

hacia el juez y con el demandado; con el primero a la sentencia, y con el segundo a su cooperación para la consecución de la sentencia; sino que consideramos la acción solamente como un derecho con el Estado, y por lo mismo contra los órganos de la función judicial (jueces y demás oficiales judiciales). No admitimos, por tanto, la existencia de relaciones procesales entre las partes, sino sólo de relaciones entre las partes y los órganos jurisdiccionales. Las obligaciones procesales de las partes son obligaciones con el Estado, no con la otra parte. En efecto, si la acción es un derecho subjetivo público y las relaciones procesales son relaciones de derecho público, como afirman los mismos Degenkolb y Plósz (1), es imposible que los dos términos de la relación sean dos particulares. Un derecho de un particular hacia otro particular, una relación jurídica entre particulares, no son por esto solo ni un derecho público, ni una relación de derecho público; el derecho público supone siempre el Estado, o como titular o como sujeto de la obligación; una relación de derecho público no puede existir entre particulares, sino sólo entre un particular y el Estado (2). También nos separamos de

(1) Degenkolb, *Einlassungswang*, Plósz, *Beitraege*.

(2) La idea de que la acción sea un derecho contra el adversario, idea obvia a primera vista, tiene su razón de ser en el hecho de que, en realidad, el fin del actor es el de provocar la actividad jurisdiccional del Estado contra el adversario. Pero esto significa solamente que del ejercicio de este derecho derivan indirectamente efectos también para la persona del adversario, no ya que haya una relación jurídica procesal entre el

Degenkolb en cuanto a la necesidad afirmada por él, de un cierto estado de ánimo en el titular del derecho de acción (buena fe); porque vemos que cada cual puede provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales, sin el concurso de ninguna condición preliminar, debemos concluir, que ninguna condición especial subjetiva u objetiva es necesaria para obtener de los órganos jurisdiccionales la declaración de una relación procesal o material incierta o la realización forzosa de un interés, cuya tutela esté acreditada. La abolición del *iuramentum calumniae* y de las penas contra el litigante de mala fe demuestra que hoy también éste tiene derecho a proceder (1).

actor y el demandado. No existe un derecho contra una persona sino hacia una persona, puesto que el derecho es precisamente la facultad de pretender de alguna persona un acto determinado; pero el actor no tiene hacia el demandado ninguna facultad de pretender de él un acto determinado en el procedimiento. El concepto que queda expuesto encuentra una confirmación en el lenguaje común: cuando se habla de la acción con referencia al adversario, no se habla nunca de un derecho de acción, sino de una acción simplemente; no se dice ejercitar el derecho de acción contra alguna persona, sino proceder contra alguna persona; lo que significa que el derecho de acción no se refiere al adversario, sino el hecho de proceder, y precisamente porque es el hecho de proceder, esto es, el ejercicio del derecho de acción contra el Estado, que repercute en el adversario. Obsérvese a este propósito también el significado genérico de la palabra "acción": derecho de acción no es más que el derecho de proceder, o sea derecho simplemente (todo derecho es derecho de proceder). La acción es, pues, el "derecho" por excelencia, o sea el derecho general y abstracto de hacer reales y concretos todos los derechos.

(1) Así Chiovenda, loc. cit.

Por otro lado, nuestra concepción se separa de la de Mortara. También este escritor afirma, a nuestro juicio correctamente, como punto de partida, la independencia del derecho de acción del derecho subjetivo material, aun cuando no deje de poner en relieve los nexos que intervienen entre el uno y el otro (1); también da a entender, aunque no lo afirma explícitamente, que la acción corresponde a todo sujeto jurídico, en cuanto su voluntad está enfrente de la de otro sujeto (2), conceptos en los cuales convenimos, como ya se ha visto. En lo que no podemos convenir con el insigne autor, es en su concepción del procedimiento y de la relación procesal como medio por el cual se constituye un derecho subjetivo y se garantiza coercitivamente (3). Que el derecho subjetivo "tiene por condición de vida el encuentro y el acuerdo de dos voluntades"; que "el derecho subjetivo no es una facultad sancionada solamente por la ley, sino que para ser reconocido y proclamado tiene necesidad de otra sanción, la de la voluntad del sujeto o de los sujetos que podrían tener interés en contradecirle", y, por consiguiente, que "mientras el juicio está pendiente, están enfrente dos pretensiones", ninguna de las cuales es derecho, pero de las cuales "lo llegará a ser la que obtenga la victoria final" no se puede absolu-

(1) Lo que no se ha dejado de hacer también varias veces en la presente obra y especialmente en los núms. 4 y 32.

(2) Mortara, *Comm.* Sobre el concepto de que el ejercicio de una acción presupone un choque de voluntades, véase las reservas hechas por nosotros, cap. I, pág. 16, nota.

(3) Mortara, *Comm.* II, pág. 542.

tamente admitir, sin admitir también que el concepto de derecho subjetivo no es un concepto jurídico, que el derecho subjetivo no consiste en la tutela concedida por el derecho objetivo para la satisfacción de un determinado interés, sino en la satisfacción de este interés ya acaecida. Esto equivale precisamente a afirmar que no existe la relación jurídica como tal, sino sólo la relación de hecho. Para nosotros, pues, la acción no es medio para la constitución de una relación jurídica, sino para la declaración de una relación incierta o para la realización de una relación acreditada (o mejor, para la realización de un interés, cuya tutela jurídica esté acreditada). Tampoco podemos convenir con Mortara, en cuanto considera como momento característico de la acción la opinión de poseer un derecho material que haya sido violado. Para nosotros, por el contrario, basta un interés en la declaración o en la ejecución forzosa para formar el contenido substancial del derecho de acción. El elemento subjetivo entra aquí, pero como entra en todo interés, esto es, no como opinión o creencia (o sea como manifestación de la actividad teórica), sino como voluntad (o sea como manifestación de la actividad práctica de la mente). Para que un *quid* sea interés de un determinado sujeto es necesario que sea perseguido por su voluntad, no juzgado por su inteligencia. Ni es necesario luego que haya afirmación de la violación de un derecho, pudiéndose dar acción sin que se alegue ninguna violación de derecho (así en la acción de simple declaración).

41. El derecho de acción, considerado en su conjunto, comprende una cantidad de facultades, reconocidas y disciplinadas por el derecho procesal objetivo, que se pueden agrupar en dos categorías:

a) Facultad de obtener del juez la declaración de relaciones de derecho material o procesal inciertas.

b) Facultad de obtener del juez y de los demás órganos de la jurisdicción (en especial, secretarios) actos de naturaleza ejecutiva para la preparación de la declaración y para la realización de los intereses procesales y materiales cuya tutela aparezca acreditada.

Concebimos, pues, el derecho de acción como comprendiendo en sí todas las facultades que corresponden a las partes en el procedimiento y el ejercicio de aquel derecho como comprendiendo todos los actos procesales de las partes (1). Y como la acción es al mismo tiempo derecho a

(1) De aquí se deduce qué función debe asignarse a la acción frente al procedimiento. La acción no es el procedimiento (así, por el contrario, Mortara, *Comm.*). La acción es el derecho de provocar del Estado el ejercicio de la función jurisdiccional, y, por consiguiente, de iniciar el procedimiento. Pero los nexos entre acción y procedimiento son muchos y estrechos. No sólo el ejercicio de la acción es condición para la iniciación del procedimiento, sino que los actos en que consiste aquel ejercicio son actos procesales, esto es, forman a su vez parte del procedimiento, como condición para que sean puestos en vigor los actos procesales de los órganos jurisdiccionales. Siendo el procedimiento, pues, el conjunto de los actos de los órganos jurisdiccionales y de los actos de las partes que constituyen ejercicio del derecho de acción, la acción es en verdad parte importante del procedimiento, porque comprende toda la actividad de las partes en el procedimiento, pero no es todo el procedimiento.

la sentencia y derecho a los actos ejecutivos (definitivos y provisionales), también los actos procesales de las partes que constituyen su ejercicio, son: actos con los que se obtiene la sentencia y actos con los que se obtienen providencias ejecutivas.

42. Determinado así el concepto de acción, nos será más fácil establecer la relación entre la acción y la sentencia.

Hemos observado varias veces que el derecho objetivo no sólo reconoce eficacia a la voluntad individual para el ejercicio de la función jurisdiccional civil por parte del Estado, sino que hace depender por lo menos generalmente de la voluntad individual este ejercicio. Lo que significa que el Estado debe prestar su actividad jurisdiccional, cuando la solicitan los particulares, pero que no puede ejercerla cuando no se lo exigen. De aquí la máxima: *Nemo iudex sine actore y ne procedat iudex ex officio* (art. 35, Código procedimiento civil). Principio que no sólo es válido para el primer acto con que se ejercita el derecho de acción, sino para toda la serie de los actos, mediante los cuales este derecho se actúa a través de todo el proceso. La regla es, pues, que ningún acto jurisdiccional puede ser dictado sin la oportuna demanda; regla que sufre algunas excepciones en casos expresamente determinados por la ley.

Por esto mismo también la sentencia no sólo debe ser dictada cuando las partes la piden en las formas y condiciones exigidas por la ley, sino que no puede, por regla

general, ser pronunciada si no interviene una solicitud de las partes con arreglo a aquellas formas y condiciones. El derecho a la sentencia no sazona para las partes por la simple demanda judicial. Como acto de una de las partes la llamada demanda judicial, no es sino una súplica dirigida al funcionario judicial destinado para ello, para que ordene la comparecencia de la otra parte ante el magistrado para la declaración de una determinada relación material o procesal; también debe desarrollar la otra parte actividad para adquirir el derecho a la sentencia hasta el último acto, esto es, la lectura y la presentación en la audiencia de la comparecencia, que resume la controversia sujeta al examen del juez.

Por tanto, a la facultad, comprendida en el derecho de acción, de obtener del Estado la declaración de lo que es derecho en los casos concretos, corresponde la obligación, comprendida en el deber genérico del Estado, de prestar la tutela jurídica procesal, de hacer tal declaración; la sentencia es el acto por el que el Estado cumple con esta obligación. Pero como hay una correspondencia perfecta entre aquella facultad y esta obligación, así debe haber correspondencia perfecta entre los actos en que aquella facultad se desarrolla y el acto con el que esta obligación se cumple. Es, pues, principio general que la sentencia debe corresponder a la acción. Este principio se desarrolla en una doble dirección. Implica:

- a) Que el juez debe pronunciar sobre todo lo que se

pide y sólo sobre lo que se pide, o sea, sobre todas las demandas sometidas a su examen, y sólo sobre éstas.

b) Que el juez debe dictar su fallo basándose en todos los elementos de hecho aportados en apoyo de las pretensiones hechas valer por las partes en sus demandas, y sólo basándose en tales elementos. Por lo tanto, la regla *ne eat iudex ultra petita partium*, en la que se suele formular el principio, no comprende todo el principio de la correspondencia entre la acción y la sentencia, que tiene un alcance bastante más amplio.

Examinemos este principio en sus dos aplicaciones:

43. A) El principio de la correlación entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia se resuelve en la doble obligación del juez: de fallar sobre todas las demandas de las partes y sólo sobre las demandas de las partes. Digamos alguna cosa de una y otra.

a) La regla de que el juez tiene la obligación de fallar sobre todo lo que se le pide está consagrada legislativamente por el art. 517, núm. 6, Código procedimiento civil (véase también art. 360, núm. 7), pero se deduce directamente de la obligación del juez de fallar sobre el fondo de las demandas de las partes. Un fallo parcial no es sino un cumplimiento parcial de esta obligación, e implica, por tanto, un parcial incumplimiento.

La obligación del juez de fallar presupone una demanda de la parte. Pero, ¿cuándo existe una demanda? Demanda es toda cuestión que la parte somete al juez, todo punto sobre el cual exige de él un juicio lógico. Demanda

no es, pues, solamente la cuestión principal, a saber, la de la existencia o no existencia de la relación que se trata de demostrar; demandas son también las cuestiones secundarias que constituyen las premisas indispensables para la solución de la primera, siempre, se entiende, en cuanto su posición depende de la voluntad de las partes. Demandas, por tanto, no son solamente los puntos sobre los cuales el actor quiere que se extienda el juicio del magistrado, con objeto de obtener la declaración positiva de la relación, sino también aquellos sobre los cuales solicita un fallo el demandado con objeto de obtener una declaración negativa (1).

Por esta causa incurre en el defecto de omisión en el fallo no sólo la sentencia, que no provee sobre la demanda del actor, sino también la que omite el fallo sobre las excepciones del demandado (2).

De todo lo dicho se deduce que no son demandas las llamadas reservas de derecho que las partes hacen algunas veces en sus conclusiones y sobre las cuales piden a veces también un fallo al juez. La reserva sobre un determinado derecho implica la voluntad de las partes de no someter actualmente al examen del magistrado la cuestión de la declaración de aquel derecho; en general, la reserva trata

(1) En efecto, el derecho de acción corresponde no sólo al actor, sino también al demandado, para la declaración negativa de la relación, y por esto también el demandado tiene derecho a hacer demandas y excepciones a este fin (véase la nota de la página 155).

(2) Cfr. Cas. Nápoles, 13 Diciembre 1898, etc.

de delimitar el campo de la controversia para esclarecer mejor el alcance de la demanda. La reserva, pues, no es una demanda; es, por el contrario, una declaración expresa de que sobre un determinado punto no se quiere presentar demanda. Esto sentado, claro está que el juez podrá dar testimonio de la reserva, pero no está obligado a fallar sobre una demanda que no se hace, es más, que se declara no querer hacer (1).

La demanda contiene una declaración de voluntad de la parte; esto es, de su intención de que el juez dicte sobre los puntos que se le someten; no son, por tanto, verdaderas demandas que engendren en el magistrado la obligación de fallar sobre ellas, aquellas en que la parte se remite al arbitrio judicial pidiéndole un fallo sobre el punto "que sea debido" o "lo crea oportuno" (2). Por la misma razón no hay que confundir con las demandas las argumentaciones aportadas por las partes en apoyo de sus pretensiones, sobre las cuales no tiene obligación de fallar el juez (3); si tiene la obligación de tomarlas en consideración en sus razonamientos y dentro de qué límites, ya lo veremos después.

Las demandas deben ser presentadas al juez en una forma determinada. En el procedimiento ordinario ante los

(1) En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia desde hace mucho tiempo. V. Cas. Palermo, 30 de Noviembre de 1890. *Foro catanes.*, etc.

(2) Cas. Florencia, 29 de Marzo de 1897. *Temis veneciana*, etcétera.

(3) Cfr. Cas. Nápoles, 22 Febrero 1902.

Tribunales y las Cortes de apelación, reglamentado por la ley de 31 de marzo de 1901 y por el Reglamento de 31 de agosto de 1901, las demandas deben ser contenidas en las comparecencias (conclusiones y adiciones) que las partes deben comunicarse recíprocamente y depositar en la secretaría, juntamente con los demás actos y documentos (art. 8, 5 y 10 de la ley de 31 de marzo de 1901); en el procedimiento ante los pretores deben ser expuestas en audiencia, oralmente o por escrito (artículos 415 y 416 del Código de procedimiento civil); en el procedimiento ante los conciliadores, oralmente, también en audiencia (art. 448 del Código de procedimiento civil). En cuanto las demandas están contenidas en escritos, se llaman conclusiones, y cuando el escrito es obligatorio, el juez no estará obligado a tomar en consideración las demandas no contenidas en los escritos (artículo 517, núm. 6 del Código de procedimiento civil) (1). Las demandas deben además estar formuladas en una declaración de voluntad ex-

(1) Cas. Turín, 31 de Diciembre de 1894, etc. Cfr. Cas. Roma, 16 de Marzo de 1896, *Corte suprema*, 1896, II, 204, a propósito del juicio de apelación: "El apelado que con el escrito conclusional pide, contra el gravamen propuesto por el apelante, la confirmación de la sentencia apelada sin reproducir la demanda subordinada de primer grado, no puede quejarse en casación de falta de motivación y fallo sobre tal demanda, debiendo ésta considerarse abandonada". En el mismo sentido Cas. Nápoles, 18 Marzo 1898 *Foro italiano*, repertorio, 1896; *Corte suprema*, 1896, II, página 74, se pronuncia contra la misma, pero erróneamente, porque, entre otras cosas, el apelado que pide simplemente que se rechace la apelación sin reproducir todas las demandas de primer grado aun las subordinadas, no examinadas en el pri-

presa y determinada. Este principio se deduce ante todo del art. 517, núm. 6, el cual para que haya omisión de fallo, exige que el juez haya omitido el decidir "sobre alguno de los puntos de la demanda aducidos en conclusión especial", pero el mismo principio se reconoce implícitamente en los artículos 5, 6 y 10 de la ley de 31 de marzo de 1901; 176 y 350 del Código de procedimiento civil, los cuales, al prescribir la presentación y la lectura de las conclusiones, dan a entender que las demandas deben ser formuladas de un modo expreso y determinado. De aquí se deduce:

a) Que no se admiten demandas o conclusiones implícitas, es decir, demandas a las cuales se haya hecho alusión en los motivos de la conclusión, pero que no se hayan reproducido expresamente en las conclusiones (1) o demandas propuestas de un modo indirecto (por ejemplo: mediante la presentación de un capítulo de prueba testifical, que suponga una determinada demanda) (2).

b) Que no son admitidas demandas y conclusiones genéricas, sino sólo específicas y precisas (3).

Cuando concurren estos requisitos de substancia y forma surge la obligación del juez de fallar, obligación a

mer juicio, expresa de modo muy diferente e inequívoco su voluntad de reproducir aquellas demandas. Aquí, por consiguiente no tendríamos ni siquiera una demanda implícita.

(1) Cfr. Apel. Trani, 26 de Junio de 1891, etc.

(2) Cfr. Cas. Florencia, 31 de Marzo de 1898. *Temis veneciana*, 1898, pág. 281.

(3) Cas. Roma, 7 de Marzo de 1891, etc.

que no puede substraerse por ningún concepto ni por falta de fundamento, aunque sea evidente, ni por la improcedencia de la demanda; una y otra pueden ser motivos para rechazarla, pero no para no examinarla. (1). Pero ¿cómo deberá proceder el juez cuando ninguna de las partes haya probado su pretensión y no pueda formarse una convicción sobre la existencia o no existencia de la relación que se trata de acreditar? En este caso algunos sostienen que el juez puede eximirse de decidir, dictando una sentencia en que se ordenen nuevos medios de instrucción (2) o también una sentencia absolutoria del *demandado pro nunc* (absolución de la observancia del juicio en el estado de los actos (3)). No podemos subscribir esta opinión. El juez que, en vez de pronunciar sobre los elementos ofrecidos por las partes, declara que no puede fallar y ordena nuevas pruebas, fuera de los casos previstos por la ley, viola el principio de disposición de las partes, que es la regla de nuestro procedimiento civil. Los casos en que el juez puede ordenar de oficio nuevas pruebas están enumerados taxativamente por la ley, y son los de los artículos 1,374 y 1,375 del Código civil y 228 del Código de procedimiento civil (juramento cuando concurren las condiciones de que habla el art. 1,375); 260 del Código de procedimiento civil, pericia; 271, inspección; 401, comparecencia personal de las partes. Pero aquí se detiene el principio de la

(1) En este sentido, Cas. Turín, 13 Junio 1899. *Gaceta judicial italiana*, 1899, pág. 203.

(2) Pescatore, Mattiolo.

(3) Cas. Roma, 10 de Enero de 1887. *Ley*, 1887, I, 397.

oficiosidad en la preparación de las pruebas; fuera de estos casos el juez debe pronunciar *secundum alligata et probata* (véase además núm. 45), precisamente porque en el procedimiento civil, en virtud del principio *ne procedat iudex ex officio*, la preparación del material procesal está encomendada por lo regular a las partes (1). Por esta misma razón no es admisible que el juez dicte una decisión provisional, absolviendo al demandado *pro nunc*. El juez no debe preocuparse de los elementos que no tiene a la vista, pero que podría tener: *quod non est in actis non est in mundo*. No debe, por consiguiente, emitir un fallo, en el cual estos elementos no adquiridos para el procedimiento sean tomados en consideración en cualquier forma, lo que sucede evidentemente cuando el magistrado, en vez de absolver al demandado *simpliciter*, lo absuelve *al estado de los autos*. De la correlación de este principio con los demás fundamentos en materia de prueba, *actore non probante reus absolvitur*, se deduce, por consiguiente, que el magistrado puede *absolver* al demandado cuando las pruebas propuestas por el actor sean insuficientes, y que no solamente no puede suspender la decisión ordenando nuevas incumbencias en los casos en que la ley no le autoriza para ello expresamente, sino que tampoco puede emitir un fallo provisional (2).

(1) Es ésta la llamada *Verhandlungsmaxime*, en contraposición a la *Untersuchungsmaxime*. Cfr. Stein, Planck, Schmidt, Weismann, Kleinfeller.

(2) En este sentido: Mortara, Lessona, Foligno y variada

A diferencia de las demandas de las partes, el fallo del juez puede ser implícito y genérico, pero siempre que sea posible su determinación y la reconstrucción del pensamiento del magistrado. La ley prescribe, en efecto, que la sentencia debe contener una parte dispositiva, pero no prescribe ninguna forma especial para esta parte dispositiva, como en cambio lo hace para la demanda. No es, pues, necesario que el juez pronuncie expresamente sobre todas las demandas de las partes cuando, del conjunto de la sentencia, rectamente interpretada, resulte bastante claro que ha examinado y decidido el punto sobre el cual guarda silencio; en estos casos el pensamiento del juez está indirectamente manifestado, pero está manifestado. Por tanto:

a) El pensamiento del juez sobre una determinada cuestión puede reconstruirse también por los motivos de la sentencia cuando no esté expresa en la parte dispositiva (1).

b) Puede el pensamiento del juez sobre una cues-

jurisprudencia. Mattiolo, que también admite la legitimidad de una sentencia que "manda madurar las pruebas" niega la legitimidad de una sentencia de absolución al estado de los autos; y, sin embargo, la situación es idéntica en ambos casos. Por el principio *actore non probante reus absolvitur*, que basta a excluir la posibilidad de un fallo de *non liquet*, véase especialmente el *Derecho penal*, Rocco (Arturo), concepto, especie y valor de la sentencia penal definitiva, pág. 16 y sig. en nota, y para la historia, *Tratado de la cosa juzgada como causa de extinción de la acción penal*. Módena, I, 1900, págs. 52, 184 y 185.

(1) Cas. Turín, Diciembre 1890, *La Jurisprudencia*, 1891, 8. Cas. Florencia, 5 de Julio 1894, *Temis veneciana*, 1894, 557, etc.

ción deducirse solamente de la solución dada a otra cuestión que suponga necesariamente examinada y resuelta de modo inequívoco la primera (1). De lo contrario, no habrá fallo implícito, sino defecto de fallo: así sucederá en el caso en que la sentencia acoja la demanda subordinada sin examinar la principal, porque el haber examinado y decidido la subordinada no implica necesariamente que haya sido examinada la principal (2); así, por la misma razón, en el caso en que el juez decida la cuestión de fondo, sin discutir la prejudicial (3). Puede también el juez pronunciar genéricamente sobre algunas demandas, siempre que del contexto de la sentencia resulte cuáles son las demandas a que se refiera la fórmula genérica, y resulte además que han sido examinadas. Con razón, por esto, la jurisprudencia dominante considera que, satisfecha la obliga-

(1) Cas. Turín, 27 Abril 1893, *La Jurisprudencia*, 1893, 374. "La sentencia de apelación que en la parte dispositiva pronuncia *ex novo* sobre la causa, modificando radicalmente la de primer grado, sin declararla revocada o reformada, y sin mencionarla tampoco, comete una irregularidad pero no incurre en la nulidad por defecto de fallo". Cas. Florencia, 25 Noviembre 1901, *Temis*, 1902, 1. "El fallo implícito satisface el precepto del artículo 517, núm. 6, Cód. proc. civ., cuando constituya la consecuencia necesaria del fallo emitido; por esto, la confirmación con fallo único de dos distintas sentencias interlocutorias, implica necesariamente un fallo tácito sobre la reunión de las causas demandadas por las partes". Véase también: Cas. Florencia, 25 de Mayo de 1896, *Temis*, 1896, 380.

(2) Cas. Turín, 8 de Octubre de 1896, *La Jurisprudencia*, 1896, 725. Cas. Turín, 21 Julio 1896, etc.

(3) Cas. Palermo, 30 Diciembre 1897, *Foro siciliano*, 1898, 12, etc.

ción del fallo sobre todos los puntos sujetos al examen del juez, la fórmula genérica: "rechazada toda instancia contraria, deducción y excepción", pero a condición de que de la motivación de la sentencia resulte que las demandas rechazadas genéricamente hayan sido examinadas por el magistrado (1). La falta de referencia en la motivación, a las demandas genéricamente rechazadas, no implicaría solamente defecto de motivación en la sentencia (2), sino también el de defecto de fallo, puesto que un fallo indeterminado y no determinable con los elementos ofrecidos por la sentencia misma equivale a falta de fallo.

Es de observar también que la obligación del juez de fallar sobre la demanda de las partes supone que éstas hayan declarado que quieren someter al juez una determinada cuestión. Si por esto se propone en vía principal una demanda o una excepción, y por vía subordinada otra, en caso de rechazo de la primera tendremos una súplica condicionada de fallo y precisamente sometida a la condición de no haberse aceptado la otra. Cuando esta condición no se da, sino que, por el contrario, falta completamente por ser acogida la demanda principal, la súplica de fallo subordinada se supone como no presentada y el juez no tiene ya ninguna obligación de decidir sobre ella. De aquí la

(1) Cas. Florencia, 15 Diciembre de 1892, *Temis veneciana*, 1893, 141, etc.

(2) Como afirma Mattiolo, Tratado IV, págs. 66 y 67 en nota, y repiten la Cas. Turín, 23 Noviembre 1894, *La Jurisprudencia*, 1894, 827 y la Cas. Nápoles, 8 de Junio 1903, *Revista pratica*, 1903, 557.

regla: el juez no tiene obligación de examinar las demandas subordinadas que son absorbidas por la principal.

c) La regla de que el juez debe pronunciar sólo sobre lo que se le pide, es de ordinario expresada por medio de la máxima: *Sententia debet esse conformis libello, ne eat iudex ultra petita partium*, y está sancionada en el artículo 517, números 4 y 5 del Código de procedimiento civil, por el cual está prohibido al juez fallar sobre cosa no demandada y adjudicar más de lo que fué pedido. Esta regla también se deriva del principio de que el ejercicio de la función jurisdiccional se hace depender por la ley de la voluntad del particular, lo cual implica no sólo la obligación del juez de fallar sobre el fondo, cuando se le pide, sino también de no fallar si no se le pide. El determinar cuándo hay *ultra petita*, depende de determinar si hubo y cuál fué la demanda, y si el fallo correspondió a la demanda. Sobre el primer punto son aplicables las reglas antes expuestas; sobre el segundo, también para mayor dilucidación del principio que venimos estudiando, debemos detenernos un poco más.

44. El principio de la correlación entre acción y sentencia en esta primera aplicación que estamos examinando, se resuelve en el fondo, como se ha podido observar, en el principio de la identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia. Pero ¿cuándo se verifica esta identidad? Es decir, ¿cuáles son los elementos que deben compararse para decidir si son o no idénticos?

Esta gravísima cuestión recibe mucha luz de un prin-

cipio, sobre el cual hemos insistido largamente, defendiéndole de críticas vigorosas: el principio de que la acción es un derecho correspondiente a la parte frente al juez y no frente al adversario. El que concibe la acción como un derecho frente al adversario, encuentra graves dificultades cuando quiere exactamente determinar sobre qué elementos debe caer la identidad entre lo pedido y lo acordado. Evidentemente sería inexacto decir que debe haber identidad entre lo que la parte pide al adversario y aquello sobre lo cual pronuncia el juez, porque el juez no falla sobre el objeto de la pretensión que una parte hace valer para con la otra, sino sobre la pretensión. La pretensión de una parte respecto de la otra es el objeto del juicio lógico del juez, juicio que, a su vez, es el objeto de la pretensión de la parte frente al juez. Es preciso, pues, distinguir: el objeto de la pretensión que la parte hace valer frente al juez, que es un juicio lógico sobre la pretensión de la parte respecto del adversario, del objeto de la pretensión de la parte frente al adversario, el cual no es sino un elemento del objeto de la sentencia. Si decimos, pues, que debe haber identidad entre el objeto de la pretensión de la parte para con el adversario, y el objeto de la sentencia, se dice algo inexacto; si decimos que debe haber identidad entre la pretensión o demanda de la parte para con la otra y la sentencia, se dice cosa más inexacta todavía, porque se exige (lo que evidentemente es absurdo) la conformidad, de la sentencia con la demanda. El principio exacto es, por el contrario, que el objeto de la pretensión de la par-

te para con el juez y el acto del juez en que se satisface esta pretensión deben ser idénticos. Pero como el objeto de la pretensión de la parte para con el juez no es un juicio de un determinado tenor sobre un determinado objeto, sino simplemente un juicio sobre un determinado objeto, así el principio de la identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia se resuelve en el otro de la identidad entre el objeto del juicio pedido y el objeto del juicio fallado. El desenvolvimiento de este concepto nos proporcionará la forma para resolver algunas cuestiones prácticas de mucho relieve respecto a las facultades del juez civil en la función de la declaración del derecho.

El juicio que la parte, ejercitando el derecho de acción exige del juez, es un juicio sobre la existencia o no existencia de una relación jurídica o de un estado jurídico determinado. La formulación de los dos términos de este juicio lógico, sujeto y predicado, en el procedimiento civil, está encomendada completamente a la voluntad de la parte que, siendo libre en el provocar o no provocar este juicio lógico, es, *a fortiori*, libre de determinar, como quiera o crea, su objeto. Corresponde, pues, a la parte proponer el problema de si un determinado hecho o estado de hecho da lugar a una determinada relación jurídica. El juez debe limitarse a resolver el problema que se le propone, pero no puede abandonar o alterar sus términos. Por esto cuando emite el juicio que se le pide, y responde que el estado de hecho existente da lugar o no da lugar a aquella determinada relación jurídica, la relación jurídica que él afirma o niega

debe ser idénticamente la misma que la afirmada por la parte. Pero ¿cuándo hay identidad entre dos relaciones jurídicas? Evidentemente cuando tienen todos los elementos comunes, y, por lo tanto, cuando no solamente son iguales los sujetos entre los cuales se desarrollan los derechos subjetivos y los correlativos deberes jurídicos en que consisten (1), sino que es igual también el hecho jurídico o causa jurídica de que se derivan. De aquí el principio reconocido por la jurisprudencia y que se deduce lógicamente de las nociones sentadas, de que para la identidad entre el objeto de la acción y el objeto de la sentencia es necesaria la identidad del título o causa pretendida (2).

45. B) El principio de la correspondencia entre ac-

(1). Nótese, a este propósito, que la identidad debe existir precisamente, como ya está explicado en el texto, entre la prestación exigida y aquella sobre que el juez ha fallado, y no ya entre la suplicada y la declarada existente. Así no habrá vicio de *ultra petita* si el juez, reconociendo la existencia de una relación obligatoria, alegada por el actor y negada por el demandado, atribuye a aquella una suma menor de la pedida. Cas. Palermo, 29 Noviembre 1898, *Foro siciliano*, 1898, 832. Pero habrá *ultra petita* cuando, pedida la declaración de un derecho real (propiedad sobre cosa usurpada por otro que se reivindica), viene reconociendo un derecho de crédito (resarcimiento del valor de la cosa usurpada), Cas. Palermo, 24 Mayo 1902, *Foro siciliano*, 1902, 293.

(2) Cfr. Sobre esto la excelente obra de Chiovenda "Sobre la regla *ne eat iudex ultra petita partium*", en *La Ley*, 1903, 2419 y siguientes. Véase además Mattiolo, *Tratado. La Jurisprudencia* hace frecuentes aplicaciones de este principio: que el hecho jurídicamente relevante considerado por la sentencia debe ser el mismo alegado por las partes: véase Cas. Nápoles, 2 Junio 1892, *Derecho y Jurisprudencia*, etc.

ción y sentencia encuentra una aplicación ulterior en otro principio, distinto del precedente, pero que se deriva también de la regla de que la intervención del Estado para la realización de los intereses individuales tutelados por el derecho se hace depender de la voluntad del titular de los intereses. Si está encomendado al arbitrio de cada uno el provocar o no provocar el ejercicio de la función jurisdiccional para la realización de un interés propio tutelado, o sea, si cada uno puede invocar o no invocar la existencia de un hecho jurídico, al cual la ley refiere la tutela de un interés suyo, con mayor razón debe confiarse al mismo interesado la preparación de los elementos aptos para convencer al juez de la existencia de aquel hecho. La iniciativa del juez para la investigación de los elementos, sobre los cuales debe basar su juicio de hecho, está, por lo regular, excluída, precisamente por el principio dominante en el procedimiento civil de que el cuidado de los intereses individuales debe dejarse al individuo. Este principio encuentra su fórmula en la regla *iudex iudicare debet alligata et probata* (1).

(1) Cfr. Chiovenda, loc. cit. ¿Se puede argumentar con hechos no alegados, pero que resultan de los autos? La jurisprudencia así lo afirma: Cas. Turín, 5 de Julio 1898, *La Jurisprudencia*, 1899, 1226. Chiovenda es de opuesto parecer, y con razón a nuestro juicio. Como diremos más adelante (véase núm. 46) el juez, si bien es libre sobre los elementos resultantes de los actos, para argumentar como crea oportuno para establecer si los hechos alegados subsisten o no: pero aquí termina su facultad: no puede substituir un hecho distinto a aquel alegado: precisamente por la razón expuesta en el texto (núm. 44) de que en el juicio

De esta regla se deduce aquella otra de que el juez debe tomar en examen todos los elementos de hecho alegados por las partes en apoyo de sus pretensiones. El hecho que el juez debe tomar por base de su fallo no es objeto de conocimiento inmediato por parte del mismo; el conocimiento que puede tener de él es, por lo regular, solamente mediato, y para llegar a él le son necesarios algunos elementos de conocimiento inmediato, de los cuales deducirá el primero por medio de un razonamiento lógico (prueba). Ahora bien, si la investigación y la preparación de los elementos que deben conducir al juez al conocimiento mediato del hecho está reservada enteramente a las partes y el juez no debe participar de ella, al menos ordinariamente, esto implica que debe asumir estos elementos en base de su conocimiento, así como le son presentados, y como no puede añadir otros, tampoco puede eliminar ni omitir algunos. Tanto su acción positiva como su acción negativa no son sino formas de ingerencias en la determinación de los elementos de su conocimiento del hecho, ingerencia que le está vedada.

Esta segunda aplicación del principio de la correlación entre acción y sentencia se puede, pues, formular en su doble aspecto como principio de la identidad entre los ele-

lógico del juez los dos términos (hecho, relación jurídica) son dados totalmente por las partes. Por la misma razón, pedida por una parte una prueba, el juez no puede conceder otra distinta. Cas. Florencia, 24 Febrero 1890, *Temis veneciana*, 1890, 198, etc.

mentos del conocimiento mediato del hecho ofrecido por las partes y los empleados por el juez.

46. Pero aquí se detiene el alcance del principio de que la sentencia debe corresponder a la acción, mientras que el principio lógico que conduce a la formación de la sentencia comprende otros momentos, respecto de los cuales la actividad del juez no está en modo alguno vinculada por la voluntad de las partes. Un breve análisis del proceso formativo de la sentencia nos permitirá determinar dónde la actividad del juez es determinada por la voluntad de las partes y dónde es determinada solamente por las exigencias lógicas del pensamiento.

Ya vimos que en la sentencia el juez formula un juicio individual y categórico, cuyos dos términos son dados por las partes. La relación que existe entre estos dos términos, esto es, entre un determinado hecho o una determinada situación existente de hecho, y una determinada relación jurídica es desconocida, y el juez es el encargado de encontrarla. Para proporcionarse este conocimiento inmediato, el juez debe hacer un razonamiento lógico, esto es, debe encontrar algunos elementos de conocimiento inmediato o deducidos de otros de conocimiento inmediato, que le proporcionen este nuevo conocimiento que busca. El juez debe, por consiguiente, encontrar un término medio, o sea un concepto, cuyas relaciones sean conocidas con los dos términos dados; esto le permitirá, mediante un silogismo, conocer la relación existente entre los dos términos dados, o sea formar el juicio que se le pide. El tér-

mino medio es ofrecido por un elemento conocido del juez: la norma jurídica. Este elemento de conocimiento inmediato o mediato, pero deducido de otro conocimiento inmediato, se encuentra, con los dos términos del juicio que hay que formar, en una relación inmediata concebible. En efecto, encontrada la norma jurídica que regula el caso concreto, está ya establecida la relación entre ella y el primer término del juicio; esto es, está establecido que el hecho o la situación de hecho de que se trata cae dentro de aquellos que regula la norma. Pero simultáneamente, encontrada la norma, y, por consiguiente, sabido qué relación jurídica refiere ésta a aquella categoría de hechos, está establecida la relación entre la norma y el otro término del juicio, esto es, está establecido si la relación jurídica concreta de que se trata entra o no entra dentro de aquellos que la norma relaciona con los hechos que regula. Sentadas así las dos premisas del silogismo, la conclusión dará el juicio buscado y nos dirá si la relación jurídica de que se trata entra o no dentro de aquellos que la norma jurídica refiere al hecho a la situación de hecho existente.

En la formación de este silogismo el término medio lo da, pues, un elemento independiente del todo de la voluntad de las partes que el juez conoce o cuyo conocimiento se puede provocar. La norma jurídica es conocida por el juez por el solo hecho de su publicación (*iura novit curia*), y aun cuando la norma aplicable al caso concreto no aparezca inmediatamente evidente al juez, éste debe deducirla por vía de razonamiento del derecho vigente y no puede

eximirse de juzgar bajo pretexto de deficiencia u obscuridad de la ley (art. 3o., dis. prel. Cód. civ., 783 del Código de procedimiento civil, 178 Cód. pen.). En esta determinación de la norma aplicable, el juez no está vinculado por las demandas de las partes, si bien éstas pueden, para mejor obtener el fin remoto de la acción (emisión de una sentencia favorable), presentar argumentaciones sobre las normas legales que creen aplicables; pero el magistrado no está obligado a seguirlas en este campo, y puede muy bien aplicar una norma no invocada por ninguna de las partes (1).

Pero también en otro momento de la formación de la sentencia, el juez está libre de las demandas de las partes, y es en el procedimiento lógico, mediante el cual llega a la declaración del hecho sobre el cual falla. Este hecho, cual es indicado por las partes, no le conoce el juez por lo regular, y si le conoce debe prescindir del conocimiento privado que de él tenga; es verdad que los elementos de su conocimiento le son dados por las partes y el juez debe atenerse a ellos, pero con frecuencia tales elementos no le ofrecen sino la posibilidad de un conocimiento mediato para llegar al cual tiene necesidad de hacer uno o varios razonamientos. También en ésta su actividad mental es libre de las demandas de las partes. Estas si bien pueden, aun respecto a las deducciones lógicas del hecho de los

(1) Cfr. Chioventa: *Sobre la regla*, etc. Por consiguiente, el juez puede, en el campo del puro derecho, suplir a la argumentación de las partes. (Cas. Turín, 8 Febrero 1890, etc.).

elementos ofrecidos, instituir, por su cuenta, razonamientos en sostén de su negocio, el juez es libre, sobre los elementos que se le ofrecen, para reconstruir el estado de hecho existente, según crea lógicamente que resulta de los elementos puestos a su disposición al objeto de determinar si el hecho alegado por las partes existe realmente. El juez debe, por consiguiente, tomar como base de su fallo, los hechos como son afirmados por las partes; debe, para determinar si estos hechos existen, partir de los elementos de hecho ofrecidos por las partes, pero no está obligado a atenerse a las alegaciones de las partes sobre la deducción de los hechos afirmados de los elementos ofrecidos (1). No hay, por tanto, *ultra petita* cuando afirmado un determinado hecho por el actor, y negado por el demandado por algunas razones deducidas de los elementos de hecho presentados por las partes, el juez niega el hecho por otras razones deducidas también de los mismos elementos, si bien no alegadas por el demandado (2). Habría, por el contrario, vicio de *ultra petita*, si afirmado un determinado hecho por el actor y negado por el demandado, o afirmado por el demandado otro hecho que eliminaría los efectos jurídicos del primero (hecho extintivo), el juez afirmase un

(1) De aquí la regla, repetidamente afirmada por nuestra jurisprudencia, de que el juez puede substituir razonamientos propios a los de las partes. (V. Cas. Turín, 20 de Marzo de 1890; *La Jurisprudencia*, 1890, pág. 142, etc.)

(2) Cas. Turín, 15 de Mayo de 1888; *La Jurisprudencia* 1888, página 325, V. Chiovenda, loc. cit.

hecho extintivo no alegado o diverso del alegado (1). Igualmente habría vicio de *ultra petita* si, afirmada por el actor la existencia de un negocio jurídico viciado por causas que lo hacen anulable, está expuesto a causas de cesación de sus efectos jurídicos (resolución, revocación) y no excepcionadas por el demandado estas causas, el juez las afirmase de oficio, se negase al reconocimiento de la relación jurídica alegada por ser nulo o faltar el negocio constitutivo.

47. Para concluir, el juez no está vinculado por la voluntad de las partes: a) En la determinación de la norma que hay que aplicar. b) En el procedimiento lógico necesario para tal determinación. c) En el proceso lógico

(1) Contra Chiovenda, loc. cit., por la razón de que en este caso tanto la demanda del demandado como la sentencia se fundan en la inexistencia actual del derecho, y el objeto de la litis en la existencia del derecho, no el fallar causa para uno o para otro. Pero el hecho extintivo del derecho no es simplemente una circunstancia que modifica el hecho jurídico alegado; es otro hecho totalmente distinto que paraliza sus efectos jurídicos. La existencia de un hecho extintivo implica que el hecho constitutivo alegado existe, y completo, en todos los elementos afirmados; sólo que sus efectos faltan por la presencia de otro hecho. Ahora bien; si este segundo y diverso hecho no es alegado, el juez no le puede afirmar de su libre arbitrio, aun cuando resulte de los autos (véase nota 1 de la pág. 182). El objeto de la litis no es simplemente la existencia actual del derecho, sino su existencia o no existencia en dependencia del hecho alegado, porque, como se ha dicho más arriba en el texto, el problema que el juez debe resolver no es si existe una determinada relación jurídica, sino si de un determinado hecho alegado se deriva una determinada relación jurídica. Por tanto, el art. 1.019. del Código civil se justifica como una aplicación de esta regla.

necesario para tal determinación. *d)* En el proceso lógico necesario para la declaración del hecho de los elementos de prueba ofrecidos por las partes. Respecto a la declaración de la norma, está ligada a la voluntad de la ley que debe limitarse a declarar; respecto a los razonamientos necesarios para esta declaración y para la declaración del hecho de los elementos ofrecidos; no tiene otra obligación que la de exponer, ya sucintamente, el desenvolvimiento de este procedimiento lógico (deber de la motivación). Para satisfacerle basta que tal desenvolvimiento exista, es decir, basta que se haya expuesto un proceso lógico, pero no es necesario que siga el mismo camino que el expuesto por las partes para sostener su derecho.

48. Para completar este tema de las relaciones entre acción y sentencia, debemos recordar que el derecho de acción es no sólo derecho a la declaración de la tutela jurídica correspondiente a un determinado interés, sino también derecho a la realización del interés cuya tutela jurídica se declara, por lo que puede desarrollarse también con actos encaminados á obtener la intervención del Estado para esta realización. Ahora bien, la regla es precisamente que cuando hay en cuestión la pretensión de una determinada prestación hacia un determinado obligado, juntamente con la declaración de la pretensión, sea pedida al Estado la orden de satisfacerla. En este caso, que en la práctica es el normal, el particular en realidad dirige al juez una doble demanda: una principal, de declaración de una relación incierta; otra subordinada, de iniciación de la

ejecución forzosa, en caso de pronunciamiento favorable. Frente a esta forma de ejercicio del derecho de acción, la posición del juez es clara. Deberá, ante todo, proceder a la declaración pedida; luego si el pronunciamiento es favorable al actor, esto es, si implica la existencia de un interés tutelado del actor, surge para el juez la obligación de emitir la orden de satisfacción requerida. Y como la demanda principal es presentada en un solo acto con la subordinada, así también en un solo acto satisface el juez la una y la otra. En este caso, al puro juicio lógico se añade un acto de voluntad, y la sentencia que le contiene lleva el nombre de sentencia condenatoria. Si, por el contrario, la declaración es desfavorable al actor e implica la inexistencia de su derecho, la demanda subordinada no tiene ya razón de ser, y el juez emitirá una sentencia que contenga un juicio lógico, esto es, una sentencia de pura declaración.

Cuando la sentencia contiene también la orden de satisfacer (sentencia de condena), no implica sólo la declaración de una pretensión, sino también la afirmación de su realización forzosa. Desde este segundo aspecto constituye un título ejecutivo (art. 554, núm. 1, Código procedimiento civil) en cuanto contiene, según expresión de Chioven-da: "La manifestación de una voluntad del Estado a efectuar". He aquí, pues, cómo la sentencia puede, en su forma de sentencia condenatoria, constituir el anillo de conjunción entre el procedimiento de declaración y el procedi-

miento ejecutivo, y representar al mismo tiempo el acto con que se cierra el primero y se inicia el segundo.

Pero además de esto, otras relaciones tiene también la sentencia con el procedimiento ejecutivo. La función declarativa de derecho no es, en efecto, exclusiva del estadio declarativo; declaraciones de derecho ya material, ya a veces procesal, pueden darse también en el estadio ejecutivo; de donde, como varias veces hemos hecho notar, la posibilidad de sentencias en materia de ejecución.

De este modo la posición de la sentencia en el procedimiento queda bien delineada. En el procedimiento de declaración domina soberana; en cuanto actúa la declaración de la relación jurídica material, es la meta del proceso; en cuanto determina las relaciones procesales inciertas, prepara el material del procedimiento. Y no deja de ser importante su función en el procedimiento ejecutivo, a cuya iniciación puede dar lugar, en el curso del cual va eliminando los obstáculos que la incertidumbre sobre las relaciones procesales y materiales pone algunas veces indirectamente a la realización de un derecho declarado o acreditado. Desde este doble punto de vista puede decirse que la doctrina de la sentencia resume en sí la doctrina de todo el procedimiento.