

# PRIMERA PARTE

---

## Conceptos fundamentales (1)

### § I.

#### El derecho y la acción.

1. *Concepto del derecho*—(2) El *derecho objetivo* («ley» en sentido amplio) es la manifestación de la voluntad colectiva encaminada a regular la actividad de los ciudadanos o de los órganos públicos. El fin a que se dirige esta voluntad, como el propio fin del Estado, es doble:

a) Proveer a la *conservación* de los sujetos del derecho, así como de su organización política (Estado) y de los que se consideran sus bienes propios.

b) Regular la *atribución* de los bienes de la vida a los particulares sujetos jurídicos.

El Estado puede asumir la distribución de estos bienes, o limi-

---

(1) Los manuales procesales de WETZELL, WACH, SCHMIDT, HELLWIG, WEISMANN, MENGER, SKEDL, POLLAK, y otros, y sus obras más notables como el *Sistema* de SAVIGNY, los manuales de *Pandectas* de WINDSCHEID (KIPP) de REGELBERGER, la *Enciclopedia jurídica* de FILOMUSI-GUELFI (6.<sup>a</sup> ed. 1911) son citados por el nombre del autor solamente, y así en general, las obras, para las cuales este sistema de referencia no pueda dar lugar a equívocos como el comentario de MANCINI, PISANELLI Y SCIALOJA, etc., etc.

(2) FILOMUSI-GUELFI, § 5 y siguientes; WINDSCHEID-KIPP, § 37; THON *Rechtsnorm und subjektives Recht* (norma jurídica y derecho subjetivo), 1878.

tarse a reconocer la actividad del individuo en cuanto se dirige a ellos y tutelar sus resultados, limitando en correspondencia la libertad de los demás; pero siempre el reconocimiento por parte de la voluntad del Estado confiere una eficacia especial a la inclinación del particular hacia aquellos bienes.

El *derecho subjetivo*, es precisamente la *expectativa de un bien de la vida, garantizada por la voluntad del Estado*. El derecho subjetivo pone al que lo posee en una especial condición de preeminencia frente a los demás, por lo que se refiera al bien de que es objeto de ese derecho; porque este bien corresponde solo a él, con exclusión de todos los demás. En sentido propio derecho subjetivo supone, pues, un bien de la vida que idealmente pueda corresponder también a persona distinta de aquella investida de tal derecho. Pero también se habla de derecho subjetivo en un sentido más lato, porque las normas que se dirigen a la conservación del individuo (prohibición de matar, de ofender mi honor, de llevar mi nombre; de dañar mis bienes, de menoscabar la libertad y otros semejantes), pueden *subjetivarse*, en cuanto que cualquiera puede decir: tengo derecho a que otro no me mate, no me ofenda, no me cause daño, no quebrante mi libertad, etc. Así hablamos del derecho a la vida, al honor, a la libertad y otros semejantes, aunque mi vida, mi honor, mi libertad, no pueden pertenecer a otros. Sin embargo dáse también, impropriamente, el nombre de derechos subjetivos a las particulares facultades en que se manifiestan los derechos generales de libertad, de personalidad, de ciudadanía, facultades que corresponden por igual a todos los hombres o a todos los ciudadanos (1).

Aunque todas las normas son dictadas para el interés general, y tienen por esto en sí mismas un elemento público, son, no obstante, distintas según la diferente relación en que se encuentran respecto del interés general. Llámense de derecho *público* las que regulan la actividad del Estado en cuanto cumple aquellos, que en un cierto momento social, se consideran fines suyos, valiéndose de sus caracteres y atribuciones de supremacía; y también de

---

(1) Esta observación refiérese únicamente a este tercer modo de usar el nombre de derecho subjetivo, lo cual no ha pensado V. LANZA, *Processi di subiettivazione della norma penale*, en los *Scritti per BRUGI*; p. 5 del extracto.

otros entes que el Estado reconoce inferiores a sí como investidas de autoridad y funciones públicas. Las otras normas se llaman de derecho *privado*.

Además las normas son *absolutas* o *dispositivas* según que exigen su necesaria observancia en el caso concreto, o disponen solo para el caso en que la voluntad de los interesados no sea distinta de ellas. Existen normas absolutas también en la esfera del derecho privado (normas de orden público); como en el campo del derecho público, las hay meramente dispositivas. Son normas absolutas por excelencia las que cuidan de la conservación del individuo y del Estado; esas ordinariamente regulando a la vez la actividad punitiva del Estado, son también normas de derecho público.

Toda relación entre dos o más personas regulada por una norma jurídica, llámase *relación jurídica*. Si un hecho abstractamente previsto por la ley como causa de una relación jurídica, sucede realmente, la voluntad de la ley se nos manifiesta no ya como abstracta sino como *concreta*.

Las relaciones jurídicas tanto pueden existir entre los particulares, como entre los particulares y el Estado. En primer lugar, puede el Estado proporcionarse los bienes de que necesita para actuar sus fines, entrando en relaciones con los particulares, iguales a las que se dan entre los mismos particulares (compraventas; préstamos; arrendamientos, etc.). Estas relaciones hánse considerado como jurídicas desde hace mucho tiempo. La doctrina distingue dos personas en el Estado: una que obra como un particular (*jure gestionis*), otra que obra como autoridad, ejercitando el derecho de mando (*jure imperii*).

Con esta distinción se llegó aún en los regímenes absolutos a someter muchas relaciones del Estado a los tribunales ordinarios y al derecho común. Pero en el Estado constitucional moderno, que representa la unidad organizada de todos los ciudadanos para fines de interés general y en que los poderes públicos no son sino órganos de esta unidad, la opinión pública ha llegado a sobreponer también la ley al Estado que a la vez es fuente de ella, considerando como actividad disciplinada y sujeta a la ley, la actividad meramente política. Este concepto ha sido ayudado por el principio de la separación de los poderes, que permite considerar en abstracto al Estado en diversos momentos, en cuanto legisla y en

cuanto realiza los demás fines que le competen; fué desarrollado por la doctrina y seguido por las leyes, que reconocen expresamente derechos subjetivos públicos en el Estado y en los particulares. Desde el punto de vista de la lógica pura, puede dudarse si quien ejercita la autoridad de mando y dicta las normas, puede tener derechos y deberes y esta es la dificultad más importante que puede encontrar el concepto del derecho público subjetivo; pero estas formas de pensar y de sentir que se manifiestan históricamente, merecen la atención del jurisconsulto.

Públicos son sin duda, los derechos del ciudadano referentes a la participación en la cosa pública (derechos electorales). En otros casos es más difícil precisar la naturaleza pública o privada de ciertas relaciones jurídicas, lo cual tiene suma importancia, porque la eficacia y la interpretación de las normas de derecho público y de derecho privado, son reguladas por principios diferentes. No es pública la relación jurídica tan solo porque se halle ligada a normas de derecho público; muchas relaciones privadas pueden originar cuestiones de derecho público (como la constitucionalidad de un reglamento, la aplicación de una ley, la reciprocidad internacional), y a veces se ligan con relaciones de derecho público (asunción de la obligación de pagar un impuesto debido por otros). Ni tampoco puede llamarse privada la relación solamente porque tenga un contenido patrimonial, porque existen relaciones privadas con contenido ideal (derechos de familia) y otros públicos con contenido patrimonial (impuestos, penas pecuniarías, expropiaciones por causa de utilidad pública, requisición de animales, etc.) Tampoco es criterio seguro la forma del título del cual nace la relación: actos jurídicos ordinariamente ejercidos por manifestaciones de la voluntad privada, como el contrato, pueden originar relaciones públicas, y otros públicos dar lugar a derechos privados (expropiación de los bienes del deudor). Puede llamarse pública la relación que—quíralo o nó—contrae el ciudadano con el Estado *en concepto de tal*, esto es, la relación que no podría contraer con otros ciudadanos (1).

Aunque en el Estado moderno no puede reconocerse mas que una sola persona y sus actos todos tienen por fin más o menos pró-

---

(1) WACH, I. p. 86 y siguientes; RANFLETTI. *El concetto di «público» nel diritto* (en la *Rivista ital-per le scienze giuridiche*, 1905).

ximo la utilidad general, hay una actividad regida por el derecho público: una capacidad jurídica privada y una pública, En tal sentido la antigua diferenciación de actos realizados *jure gestionis* y *jure imperio*, puede en si mismo sostenerse, aunque sean inaceptables muchas de las aplicaciones que de ella hacen (1).

Prácticamente la obligatoriedad de las normas para el Estado se manifiesta en la existencia de órganos obligados a someterse a ellas. Pero a la obligación de los órganos públicos de obedecer una norma, no siempre corresponde el derecho subjetivo del particular a obtener su aplicación. Existen normas que disciplinan la actividad pública para la consecución de un bien público, esto es, propio de la totalidad de los ciudadanos, de la colectividad (tales son el interés de tener una buena administración, un buen ejército, buenas fortificaciones; el interés en el sostenimiento de los caminos públicos y otros semejantes). De estas normas surgen derechos colectivos (o derechos cívicos generales), los cuales están tan difundidos sobre un número indeterminado de personas que no se individualizan en ninguna de ellas; el particular no puede hacerlas valer a menos que la ley le permita constituirse en órgano de la colectividad. El particular como tal tiene un derecho hacia el Estado sólo cuando la ley reguladora de la actividad pública ha tenido en cuenta su interés personal, inmediato, directo (mas adelante haremos aplicaciones de estas ideas, § 18).

II. *Categorías de los derechos* (2).—Los derechos son varios como diferentes son también las maneras de dirigirse a la consecución de un bien de la vida y los bienes mismos. Es bien el goce de una cosa exterior, y cuando la ley me garantiza el goce absoluto de una cosa nace en mí un derecho fundamental, la propiedad. Pero bien, puede ser también el goce limitado de una cosa (usufructo, uso, habitación) o la posibilidad de realizar cierta actividad respecto de una cosa ajena para el mejor goce de la nuestra (*jus*

---

(1) RANELLETTI. *Per la distinzione degli atti d'impero e di gestione* (en los *Scritti giuridici in onore di V-Scialoja*). Pág. 9 y siguientes del extracto.

(2) WINSCHIED-KIPP § 38 y sigs.; REGELSBERGER, § 50; SCIALOJA, *Procedura civile romana*, 1894, p. 482 y sigs.; HELLWIG, I, § 30 y siguientes.; CROME, (trad. ASCOLI y CAMMEO), p. 21; CICALA, *Rapporto giuridico, diritto subbiettivo e pretesa*, 1909.

*agendi, eundi, aquam ducendi*). Bien puede ser la actividad ajena en cuanto se dirige a procurarnos una utilidad (obligaciones de hacer y de dar), y también el no hacer ajeno se nos presenta como un bien, cuando nos permite el mejor goce de un bien (*servitus altius non tollendi*; obligación de no abrir un comercio como el nuestro en la misma calle),

En todos estos casos el derecho nos garantiza la expectativa de un bien imponiendo a los demás una cierta conducta positiva o negativa (mandatos, prohibiciones). En los casos en que la garantía del bien consiste en que a *todos* se prohíbe realizar ciertos actos respecto a nosotros, suélese hablar de derechos *absolutos*, porque *todos* aparecen como obligados negativamente respecto de nosotros (propiedad, servidumbre, derecho de personalidad en sus manifestaciones). Cuando la garantía consiste en que *determinadas personas* se encuentran obligadas a hacer o no hacer algo se llaman *derechos relativos* (obligaciones) porque como *obligada* preponderantemente) se nos presenta determinada persona, aunque también aquí todos estén obligados a no hacer nada contra nuestro derecho, en cuanto todos están constreñidos a no dañar al prójimo. Despréndese de aquí que todas las normas de *conservación* dan lugar a derechos absolutos: las de *atribución* a derechos absolutos y relativos.

Cuando la situación de hecho no corresponde al derecho, éste se dice *lesionado*; y de la lesión de un derecho puede nacer un nuevo derecho; por eso las normas, como los derechos, distínguense en *originarias* y *derivadas*. De la lesión de un derecho absoluto nace un derecho nuevo contra una persona determinada, que está obligada a satisfacerlo (por ejemplo: restituyéndome mi cosa) y no pudiendo, a resarcir el daño (1). De la lesión de un

---

(1) Esta dirección *personal determinada* que el derecho relativo lleva siempre consigo desde su origen, y que puede asumir, después de la lesión, también el derecho absoluto, es lo que los alemanes llaman *Anspruch* (pretensión) siguiendo a WINDSCHEID, *Die Actio des römischen civil rechts vom Standpunkte des heutigen Rechts*. (La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho moderno), 1856, *Pandette* § 43. Pero sobre la determinación de este concepto (admitido también en el Código civil alemán) reina en Alemania la mayor divergencia de opiniones. V. CHIOVENDA. *L'azione nel sistema dei diritti*, Bolonia, 1903, pág. 38 y

derecho relativo puede nacer un derecho nuevo contra la persona ya determinada precedentemente, porque obligare a ésta a deshacer—si es posible—aquello que no debiendo hacer, ha hecho, y está obligada al resarcimiento de los daños en todos los casos en que el cumplimiento específico no es ya posible.

Tradicionalmente suele contraponerse un grupo importante de derechos absolutos, que se llaman *reales*, a los derechos que nacen de obligaciones llamadas *personales*. La distinción, que sirve de fundamento a algunas disposiciones de nuestras leyes procesales (Cód. proc. civ. art. 90 al 93; art. 198, 200; art. 70; L. sobre conciliadores, 16 Junio 1892, art. 10; Ley municipal y provincial 2 Mayo 1908, art. 212) se refiere a la distinción romana entre *actiones in rem e in personam*. En el derecho romano clásico exprésase así: *In personam actio est, qua agimus cum aliquo, qui nobis vel ex contractu vel ex delicto OBLIGATUS EST, id est cum intendimus dare, facere praestare oportere. In rem actio est, cum aut corporalem rem intendimus NOSTRAM ESSE, AUT IUS ALIQUOD NOBIS COMPETERE, veluti utendi aut utendi fruendi, eundi agendi aquamve ducendi vel altius tollendi prospiciendive: aut*

---

siguientes y a las allí citadas añádanse LANGHEINEKEN. *Anspruch und Einrede nach dem Deutschen bürgerlichen G. B.* 1903; AFFOLTER *Die celsinische Actio und der Anspruch des B. G. B.*, en la Revista de proceso civil, XXXI, pág. 453 y siguientes; HÖLDER *Ueber das Klagerecht*, en los Anales de Ihering, 46 p. 265; SCHLOSSMANN, *Anspruch, Klage, Urteil, Zwangsvollstreckung*, en los Anales de Ihering 45 p. 97; PAGENSTECHE, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905 p. 6 y siguientes.

Mucho más difícil es aplicar con provecho este concepto en nuestra doctrina, donde la palabra *derecho* alcanza también el concepto que expresa la voz *anspruch*, y otras palabras propuestas para traducir este vocablo préstanse poco; *pretesa* (pretensión) no significa entre nosotros *fundada*; y *ragione* (razón) es sinónimo de derecho hasta el punto de indicar también el derecho real independientemente de la lesión. («Las razones adquiridas por terceros sobre bienes de la herencia», art. 950 C. C.; Cons. también C. C. art. 1443, 1521; C. P. C. art. 648; Ley 20 Marzo 1865. ap. F sobre las obras públicas, art. 32: «El que tuviese o adquiriese la razón de atravesar los caminos, etc.»; o la misma obligación, antes de que se realice la condición (art. 1170 Cód. Civ.: «Si el acreedor hubiera fallecido antes de que se verifique la condición, sus razones pasan a sus herederos»).

*cum actio ex diverso adversario est negativa* (Gayo, Inst. IV § § 2 y 3) Según recientes estudios, en el derecho clásico los derechos *y las acciones in rem*, habrían comprendido todos los derechos cualquiera que fuese su origen, de cualquiera obligación (*jus aliquod*), si bien Gayo citando ejemplos, no enumera sino derechos de una cierta clase: en el concepto de *actio in personam* estarían solamente comprendidas algunas formas de obligación, en las cuales el deudor por un hecho suyo (contrato o delito) viniese a situarse en una condición de *servidumbre* respecto del acreedor (*obligationes*) (1).

La distinción entre derechos *reales y personales* tal cual ha pasado a la doctrina moderna tiene, por el contrario, un sentido diferente. Entiéndese por derechos reales aquellos derechos absolutos que nos garantizan el goce completo de una cosa exterior (propiedad) incluso la facultad de disponer de la cosa; o el goce limitado de una cosa exterior cuya propiedad pertenece a otro (derecho sobre cosa ajena). Suele afirmarse que en los derechos reales domina una relación entre una persona y una cosa y que las demás personas intervienen solo en cuanto están obligadas a no estorbar aquella relación; esto sólo puede decirse en sentido figurado, porque lo que caracteriza el derecho al goce de la cosa, es precisamente el conjunto de deberes negativos de los demás sujetos. Pero la característica de los derechos reales respecto de los demás derechos absolutos consistiría en que las cosas de las cuales se tiene goce completo o limitado son *exteriores* y por consecuencia pueden corresponder a una persona lo mismo que a otras muchas, pueden pasar de una persona a muchas. Lo cual explica porque, en los derechos reales, el nuevo derecho que nace de la lesión no se dirige necesariamente contra el *autor* de la lesión. Esto tiene gran importancia para la determinación de la persona del demandado en juicio (más adelante § 5, V). El derecho de tener mi cosa no se dirige contra él que me la ha arrebatado, sino contra quien quiera

---

(1) PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bolonia, 1903 p. 14 y sigs. De todas maneras es cierto que las *acciones in rem* eran más comprensivas que nuestros derechos reales porque también se llamaban *in rem* las acciones que se referían a la simple afirmación de un hecho o estado jurídico. Así en la fórmula *an aliquis liber vel libertus sit* y en otras «*praejudiciales formulae*» análogas.



que la *posea* en el momento en que la reclamó, y a ésta regla sólo la ley por razones especiales puede poner límites (así cesa mi derecho y no puedo reclamar mi cosa mueble o el título al portador contra aquel que la ha adquirido de buena fe de quien la poseía, por el principio «*possession vaut titre*» Código civil art. 707. Siempre que no se trate de cosa que se me ha robado o que he perdido, Código civil art. 708: cuya limitación a su vez desaparece para los títulos al portador perdidos o robados, cuando el vicio en la causa de la posesión era conocido por el adquirente, Código de comercio, art. 57; o para las cosas sustraídas o perdidas que hayan sido compradas en feria o mercado o en venta pública, o por un comerciante que tenga comercio público de cosas del mismo género o hayan sido empeñadas en un Monte de Piedad, la limitación tiene lugar tan solo en el sentido de que el propietario para rescatar la cosa debe reembolsar al poseedor el precio porque la ha adquirido o la suma dada en préstamo, Código civil, art. 709; L. 4 Mayo 1898 sobre Montes de Piedad, art. 11; así no puedo reclamar el inmueble de quien la ha adquirido después de mí, pero que ha *transcrito* su título antes que yo, Código civil art. (1942). Si me corresponde el derecho de impedir que en el fundo próximo no haya construcciones ni plantas, reclamaré del *poseedor* del fundo la demolición de las construcciones y de las plantas, aunque las construcciones hayan sido hechas por *otros*, y las plantas plantadas por otros o aunque germinasen espontáneamente. Si después el poseedor cesa en la posesión, termina también mi derecho contra él (aparte, en responsabilidad por hechos propios, Código civil; art. 439.)

Por el contrario en los demás derechos absolutos el derecho que surge de la perturbación dirígese siempre contra el autor de ella, y lo propio ocurre en los derechos personales. Por esto los derechos absolutos no reales suelen aproximarse a los personales con el nombre de derechos personalísimos. Son derechos *absolutos reales* se ligan a normas de *atribución*; los *absolutos no reales* a normas de *conservación*.

El que daña mi cosa, sin negar mi derecho de propiedad, sin afirmar que la cosa le corresponda de derecho a él antes que a mí, no viola una norma de atribución sino de conservación. El derecho que tengo respecto a él para el resarcimiento de los daños, es un derecho personal y no real. Quien retiene mi cosa, disfrutando

de ella sin mi permiso, niega de hecho mi derecho de propiedad, aunque expresamente no lo declare, porque se atribuye los beneficios que el derecho quiere atribuirme y se conduce como si la cosa fuese atribuída a él. El derecho que tengo contra este sujeto es real. Si el que retiene mi cosa la daña, tengo al mismo tiempo contra él un derecho real y un derecho personal. Pero puedo obligarme a dar en disfrute mi cosa a otra persona por un tiempo determinado, mediante su arrendamiento; el derecho que nace de esta relación en favor del arrendatario es personal, porque la cesión temporal que yo le hago, no es para mí sino un modo de disfrutar mi cosa mediante un precio. Existe ciertamente en el derecho del arrendatario algún elemento que lo acerca al derecho real (*ius ad rem*) tanto más cuanto que puede hacerse valer, dentro de ciertos límites, contra los terceros propietarios (Código civil art. 1597, 1598; Cód. proc. civ. art. 687): por esto algunos quieren encontrar un carácter real en los arrendamientos de larga duración (más de 90 años, trasncritos). En fin, el propietario puede estar obligado a prestaciones en virtud de la ley (Código civil art. 441, 534, 543, 548, 559, 562, 568, 581, 698) o en virtud de un derecho real constituido a favor de otros (ej. enfiteusis) y como estas prestaciones son debidas por el propietario como tal, algunos colocan los derechos relativos a ellas entre los derechos reales, si bien la mayoría limitase a formar con ellos una especial categoría de obligaciones (*in rem scriptae*).

Con el nombre de acciones *mixtas* señálanse en el derecho justiniáneo las acciones divisorias (*familia er ciscunde*, *communi dividundo*, *finium regundorum*) porque *mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam*. Al contrario, la doctrina francesa enumera como mixtas (de las cuales habla el art. 59 del Código proc. francés, las que nacen de un acto traslativo de la propiedad de un inmueble (o de un mueble que no sea un simple «genus») dirigidas contra *el otro contratante* para conseguir la cosa cuya propiedad se ha transferido; y las acciones que tienen por objeto la *resolución*, *rescisión*, *reducción*, de un acto traslativo de propiedad o constitutivo de un derecho real inmobiliario en cuanto son propuestas *contra aquel a cuyo favor se ha constituido el derecho* porque, se dice, en el primer caso el derecho es al mismo tiempo *personal* en cuanto se deriva de la obligación de entregar la cosa y *real* en cuanto nace de la propiedad

transferida; en el segundo caso es juntamente *personal* porque pide la resolución de un negocio jurídico, y *real* porque se dirige a conseguir la propiedad. Por el contrario, hechos valer, cuando esté permitido, contra los terceros poseedores estos derechos son puramente reales (1). Pero nuestra ley no habla de acciones mixtas; y el concepto doctrinal de un derecho mixto es inútil y artificioso. En el primer caso aquel a quien ha sido transferida la propiedad tiene contra el otro contratante no un derecho mixto sino *dos* derechos concurrentes (2) en el segundo caso quien, por ejemplo, pide la rescisión de una venta de inmuebles, ejercita un derecho que no tiene nada de real, porque él carece de la propiedad; y si pide con la rescisión la restitución de la cosa presúmese con *dos* derechos, el derecho a la rescisión, y el derecho real condicionado a la admisión de la demanda de rescisión (3). Puesto que en este caso la finalidad práctica de la acción consiste en la consecución de la cosa, es natural que el derecho real, aunque condicionado prevalezca sobre el derecho a la rescisión. Por eso cuando el derecho real, que ha de conseguirse mediante la rescisión, reducción o nulidad, debe ejercitarse después contra un tercer poseedor, la ley permite entablar directamente contra él ambas acciones acumuladas. (Código civil, art. 1096); y la misma ley llama a esta acción *reivindicación* (art. 1096 cit.) así veremos que en este caso las dos acciones acumuladas siguen al *forum rei sitae* (§ 30, IV), lo cual no impide que se trate siempre de dos derechos distintos:

---

(1) GLASSON, *Precis de proc. civ.*, I p. 143-146. En este autor pueden verse otros casos de acciones mixtas que son objeto de cuestión. En Italia aun se defiende por algunos el concepto de acciones mixtas. En un caso resuelto por la Casación de Turín 13 Julio 1903 (*Monitore tribunali*, 1903, pág. 982) se hizo valer como acción mixta el derecho nacido de una promesa de venta de inmuebles. Consúltese sobre el tema de las acciones mixtas PESCATORE, *Sposizione*. p. 126 y sigs. VITI, *Commento*, I.

(2) En contra: BUTERA, *La rivendicazione nel diritto civile, commerciale e processuale*, 1911, p. 16.

(3) Aunque en algunos casos, cuando por excepción la ley deja a salvo los derechos adquiridos por terceros con anterioridad a la transcripción de la demanda de revocación, rescisión, resolución (Código civil, art. 1080, 1088, 1235, 1308, 1511, 1553, 1787) es necesaria la transcripción de la demanda, esto sólo prueba que la acción de revocación, etc., *en sí* no es real; la acción real surge *durante el pleito*. En contra BUTERA, ob. cit., p. 17.

ni siquiera es propio hacer de estas dos acciones una única *actio in rem scripta*: puesto que la eficacia real que tiene lugar aquí, no es más que el efecto normal del derecho real, que renace en el momento en que la rescisión se pronuncia (1). Más bien debe reconocerse que el concepto del derecho *mixto* nace de la necesidad de clasificar muchos derechos que la división en reales y personales no es suficiente a comprender. En la mayor parte de los casos (que son los antes examinados) la voluntad de la ley manifiéstase con la imposición de *deberes* positivos o negativos a los sujetos jurídicos: pero no todas las relaciones de derecho presentan aquí derechos de una parte y *deberes* de otra. En muchos casos la ley concede a alguno el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otro, sin el concurso de la voluntad de éste:

a) Haciendo cesar un preexistente estado de derecho.

b) O produciendo un nuevo efecto jurídico. Así la ley concede al cónyuge, por ciertos motivos, la facultad de pedir la separación personal o la separación de los bienes, y al contratante la de impugnar el contrato, o rescindirlo y al mandante o al donante las de revocar el mandato o la donación, al vendedor la de volver a

---

(1) BUTERA, *La rivendicazione* cit. p. 33 combate esta doctrina nuestra porque «la restitución es consecuencia o complemento de la rescisión o nulidad pronunciada que hace desaparecer toda causa a la «posesión del demandado»; y añade que de otro modo se debería considerar como real la acción del arrendador contra el arrendatario para obtener la cosa arrendada.

Efectivamente, la restitución es consecuencia no «complemento» de la rescisión o nulidad pronunciadas, pero sólo en el sentido de ser una consecuencia del retorno *de la propiedad* al actor, ya verificado. El actor en rescisión o reducción o resolución o nulidad no pide la restitución de la cosa en virtud y conformidad de la relación jurídica que quiere destruir, sino por el contrario, en oposición al mismo. Es vano asegurar que el arrendador pide la restitución precisamente en virtud de la relación de arrendamiento, a la que *es inherente la obligación* de restituir (Código civil, arts. 1569, 1585): y si se piensa en el caso del arrendador no propietario, la naturaleza de su acción es clarísima: terminado el arrendamiento, por término del plazo o por resolución, el arrendatario debe restituir la cosa *al arrendador*, como el depositario al *depositante* (arts. 1853, 1854, Código civil).

su finca o pedir la rescisión por lesión y al comunero, al socio la de obtener la división de la casa o la cesación de la comunidad de pastos o la disolución de la sociedad al propietario la de pedir el deslinde y amojonamiento, la concesión de servidumbre de acueducto, de paso sobre el fundo ajeno, o por el contrario, la supresión de las servidumbres sobre su propia finca; al que ejerce una industria eléctrica, la de pedir la servidumbre de conducción de energía, al concesionario de una red telefónica, la de pedir la servidumbre de tendido de cables, y al que debe realizar una obra de utilidad pública la de expropiar los fondos necesarios, etcétera, etcétera (1).

Estas facultades son diferentes entre sí, ya sea por las condiciones a que se hallan subordinadas ya porque algunas se ejercen mediante una simple declaración de voluntad y otras con la necesaria intervención del juez (*sentencia constitutiva* V. § 8). Pero todas tienen de común la tendencia a producir un efecto jurídico en favor de un sujeto y a cargo de otro, el cual no *debe* hacer nada ni siquiera, para librarse de aquel efecto, permaneciendo *sujeto* a su actuación. La *sujeción* es un estado jurídico que no exige el concurso de la voluntad del sujeto ni ninguna acción suya (2). Son facultades puramente ideales, creadas y *concedidas* por la ley (en cuanto solo dentro de la ley puede concebirse un poder consistente en poner en vigor o viceversa, *normas ideales*); y como aquellos se presentan como un bien, no hay motivo para no incluirlas entre los derechos, como realmente no los excluyen el sentido común y la práctica jurídica (3).

---

(1) Otros muchos casos (entre los mil que pudieran citarse) encuentranse enumerados en mi *Azione nel sistema dei diritti* pag. 109. Como el presente libro no se consagra exclusivamente a ese tema, sino a la exposición de los *principios* del derecho procesal íntegro, no he repetido sino los casos más frecuentes e importantes. El que haya obrado así no autoriza a pensar que yo «no admita» los otros casos de la categoría de los derechos potestativos (GALANTE, *Lezioni ditdir, proc. civ.* 2.<sup>a</sup> ed. p. 181.

(2) LABAND *Deustches Saatsrecht*, 4.<sup>a</sup> ed. III p. 351.

(3) No quiere decirse con esto, *de un modo absoluto*, que TODAS las normas relativas a los derechos en general, puedan comprenderse en esta categoría.

El temor de erróneas aplicaciones que inclina a KOHLER *Lehrbuch des*

Ni siquiera puede negarse su autonomía; la facultad de *hacer cesar* un derecho nada tiene que ver con ningún otro derecho, y el poder de *constituir* un derecho no puede ser confundido con un derecho que aún no existe. Por ejemplo: si yo vendo mi casa a X. con pacto de retroventa, ciertamente no puede decirse que yo permanezca propietario y que sólo para *ejercitar* este derecho de propiedad sea necesaria la declaración de rescatar; por el contrario, yo he perdido la propiedad y el propietario es X. (propietario *revocable* le llama la ley); pero yo tengo respeto de él el poder jurídico de *reconstituírme* el derecho de propiedad perdido. Así también estos poderes o facultades jurídicas no pueden asimilarse a aquellas relaciones en las que se estipula la obligación de una de las partes a hacer ciertas prestaciones a *petición* de la otra (contratos de suministros, de aprovisionamientos, y otros parecidos); no existe aquí un simple poder jurídico de producir en la otra parte la obligación de la prestación, mediante reclamárselo. La obligación *preexiste* a la petición y tanto es así que en virtud de esa relación *obligatoria* en que ha entrado, la otra parte está *obligada* a conducirse de manera de poder cumplir las prestaciones siempre que se le soliciten, y aún a veces puede haber recibido la correspondencia *de esta obligación* sin que las prestaciones le sean exigidas, como en el contrato de abono o suscripción (abbonamento).

Para estos derechos que se extinguen en un *poder jurídico*, y que por esto se oponen tanto a los derechos reales como a los personales, hemos propuesto el nombre de *derechos potestativos* (1).

---

*bürgerl. Rechts*, I. p. 151) a rechazar la nueva categoría, debería inducir solamente a sostener que los principios generales deben sujetarse a una diferenciación posterior. Justamente MESSINA, *Sui cosiddetti diritti potestativi*, en las publicaciones en honor de FADDA (vol. VI. p. 330. dice: No podrá transferirse, *sin más* a los derechos potestativos aquello que vale para los derechos subjetivos ni utilizar *apriorísticamente* las normas materiales propias de estos.

(1) *Rechte des rechtlichen Könnens* (derechos del poder jurídico) o *Kann Rechte* se llaman en la doctrina alemana, donde ésta categoría de derechos ha sido primeramente estudiada. En la literatura italiana la hemos expuesto antes que nadie en nuestra obra citada *L'azione nel sistema dei diritti*, pág. 106 y siguientes analizando el lento proceso de introducción de esta categoría en el sistema desde un antiguo artículo de HASSE en el *Rhei-*

III. *Concepto de la acción.*—Entre estos derechos potestativos encuéntrase la acción.

*nisches Museum*, VI (1834), p. 1 y siguientes a los parciales intentos de BEKKER, *System*, I, § 26 y de ENNECCERUS, *Rechtsgeschäft*, apéndice III, hasta los tratados completos de ZITELMANN, *Internationales Privatrecht*, I, página 32 y siguientes 140, II, pág. 20, 44 y siguientes (modernamente en *Zum Recht der Eheanfechtung*, en los trabajos de homenaje a BEKKER página 148) y a HELLWIG, *Lehrbuch*, I, 41, núm. 5, 194, 214, 232 y siguientes (ahora II, p. 160, núm. 3; III, § 153, p. 101 y siguientes). En la más moderna doctrina alemana puede asegurarse el reconocimiento general de esta categoría. A las ya citadas en nuestro expresado libro, pueden añadirse LEONHARD, *Allgem. Theil des bürg. G. B.* 1900 p. 187 y siguientes. COSACK; *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen R.*, I § 14 y siguientes CROME *System des D. bürgerlichen Recht*, I, § 34; LANDSBERG, *Das Recht des bürgerlichen G. B.*; I, 1904, § 14; ENDEMANN, *Lehrbuch*, § 14 y siguientes; SECKEL, *Die gestaltungsrechte*, 1903; GOLDSMICHDT, *Materielles Justizrecht*, 1905, WEISMANN, *Lehrbuch*, I, p. 67; PAGENSTECHEK, *Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft*, 1905, p. 491; BALOG, *Ueber das Konstitutive urtheil*, en la *Grünhuf's Zeitschrift*, vol. 34 páginas 144, 146, 167 y otros; y recientemente también SCHMIDT, *Lehrbuch*, 2.<sup>a</sup> ed. p. 299 y siguientes ha reconocido plenamente este orden de ideas.

En contra: KOHLEHR, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I § 48. En Italia manifiestanse, expresa o tácitamente en sentido favorable; BRUOF, *Istituzioni di diritto civile*, 1904; CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione* en la *Giurisprud. italiana*, 1905 (pág. 31 del extracto); Dirección *Rivista di Diritto comm*, 1905; pág. 526; FEDOZZI, *El diritto processuale civile internazionale*, 1905, I, pág. 63; MESSINA, fundamentalmente en los escritos jurídicos en honor de CARLOS FADDA; VITTA, en la *Giur. it.* 1906, IV, pág. 214; LANZA, V. *La querela e il suo valore processuale*, 1911, págs. 61 y sigs. y MIRTO, en la recensión de esta obra en la *Rivista per le scienze giur.* 1911, mientras BARASSI, en el *Foro italiano*, 1911, págs. 635, 658, aún sin aceptarlo expresamente, usa el mismo concepto; y en sentido contrario: SIMONCELLI, *Lezioni di diritto giudiziario*, lit. 1903-1904, pág. 292 y sigs; GALANTE, en la *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, I, número 3; y nuevamente 1907, pág. 12 y sigs; y ahora en las *Lezioni di diritto processuale civile*, 2.<sup>a</sup> ed. 180 y sigs. (pero sin haber alcanzado la diferencia entre derechos potestativos y facultativos). I. V. número VI al final; ROCCO, *Sentenza civile*, 1906, pág. 96 y sigs. 145; DUSÍ, en el *Foro italiano*, 1904, pág. 41; SCIALOJA ANTONIO, *Studii di diritto privato*, 1906, pág. 359; FERRARA F. *Simulazione dei negozi giuridici*, 3.<sup>a</sup> ed. 1909, pág. 346; MORTARA, *Commentario*, IV. número 34 y sigs.

Las normas jurídicas tienden a actuarse. La coacción es inherente a la idea del derecho, no en el sentido de que para tener un

---

PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 1906, I, pág. 59; COVIELLO N. *Manuale di diritto civile*, I, pág. 32. Algunas objeciones promovidas por SIMONCELLI y GALANTE, hemos contestado brevemente en nuestro *Sul litis consorzio necessario*, en las publicaciones jurídicas en honor de V. SCIALOJA, 1904. Sobre las nuevas objeciones que nos ha hecho ROCCO no podemos hacer aquí estudio detenido porque la índole de esta obra no consiente largas digresiones polémicas; notaremos únicamente que todas aquellas reducen a la afirmación de que *no es concebible* una norma jurídica a la cual corresponda un *deber*; y por esto encierran, a nuestro juicio, una petición de principio.

Es, además curioso que este círculo vicioso sea frecuente en los opositores. V. TEA, *Interesse ad agire*, 1907 p. 66 y sigs. FERRARA, op. cit. p. 346. BONUCCI, *L'orientazione psicologica dell'etica e della filosofia del diritto*, 1907, p. 296; COVIELLO N. ob. cit. p. 32. Al contrario DONATI B. *L'elemento formale nella nozione del diritto*, 1907 (en la *Giurisp. it* vol. LIX) p. 21 del extracto encuentra también en el derecho potestativo la correlación con el *deber*, en cuanto tiene necesariamente «la eficacia de promover el nacimiento de una obligación». En fin, REDENTI *Giudizio civile con pluralità di parti*, 1911 p. 25 reconoce que «el concepto de derecho potestativo ha promovido indudablemente el estudio de muchos problemas antes extraños a la atención de los estudiosos», pero añade «que está destinado o ser suprimido de estos estudios, dejando únicamente en pos de sí una elaboración más perfecta de otros conceptos, por ej., de derecho subjetivo». Teniendo presentes muy especialmente algunos de estos *derechos de producir otros derechos*, ROCCO quiso sustituir al concepto de derecho potestativo el de *derecho latente*. La impropiedad de este concepto, dedúcese de cuanto se dijo en el texto, y será notada nuevamente al hablar de las sentencias constitutivas, § 8. PEROZZI, entre otras objeciones nos hace la de que, algunos de los derechos potestativos son derechos como todos los demás porque consisten en la facultad *de exigir del juez* que pronuncia (por ej. acerca de la división). Pero esta facultad *respecto del juez* (que es una manera de entender *la acción*) puede referirse a cualquier derecho: solo falta definir el derecho de división y otros semejantes, en cuanto son apreciados como derechos *respecto del adversario*. Las objeciones de N. COVIELLO, fuera de la afirmación de que no puede hablarse de derechos a los cuales no corresponda un deber, se reducen a estas:

a) Algunos de los derechos mencionados entre los potestativos no son derechos, sino *simples actuaciones de la capacidad jurídica*, como el de-



derecho se deba poder actuarlo efectivamente, sino en el de que aquel tiende a actuarse mediante todas las fuerzas que de hecho se

---

recho de ocupación, de testar, de contratar, de aceptar o renunciar herencias (conforme, en cuanto a los tres primeros, que yo mismo he separado de los derechos potestativos, si bien por razones distintas; *Azione* cit. ps. 110 y 111; pero los derechos de aceptar o renunciar herencias son *poderes* para producir ciertos efectos jurídicos a los cuales corresponde en otros la *necesidad* de sufrirlos, y por esto verdaderos derechos); b) Algunos son derechos, pero no autónomos, como los derechos de impugnar un negocio jurídico, de pedir la separación personal, *porque tienen naturaleza de acciones* y la acción es siempre un derecho accesorio, que por lo mismo puede encasillarse en la misma categoría a que pertenece el derecho principal y preexistente (que la acción sea *siempre* un derecho accesorio, no lo sostengo, y las razones las aduzco en el texto; pero, aun dejando esto aparte, mejor sería, evitando este proceso de frases, decir simplemente cual es el derecho principal y preexistente a cuya *categoría* puede llevarse el derecho de impugnar un negocio jurídico o de pedir la separación personal; sin olvidar que el pertenecer a la misma categoría otros derechos, y el ser derivado el uno del otro, no impide que sean derechos distintos; c) Igualmente no son derechos autónomos los de pedir la comunidad de la pared, la servidumbre de vistas y el acueducto forzoso, el señalamiento de términos, *que son facultades jurídicamente contenidas en el derecho de propiedad*, a las cuales corresponde el deber genérico correspondiente al derecho central (esto es lo mismo que yo he afirmado para el derecho de cultivar el fundo, construir en él y otros semejantes). *Azione* cit. p. 111, porque estos no son sino formas diferentes del derecho genérico de gozar la cosa, a los cuales solo corresponde un deber genérico de respeto, pero cuando el derecho de propiedad se dirige contra determinados terceros, para pedir, por ej., la restitución de la cosa o para producir ciertos efectos jurídicos, como la comunidad del muro, las vistas y acueducto forzoso, la delimitación del fundo, da lugar a otros tantos derechos distintos cuantos son las prestaciones que se intentan o los efectos que se quiere producir); d) En fin, existen también derechos autónomos, como el de rescate, pero claro está que *resultando éste de un pacto presuponen la existencia de una obligación*. (No entendemos esto; no se duda que un derecho potestativo pueda constituirse por un pacto, pero ¿porqué el derecho que yo tengo de *volver a la propiedad* con el rescate presupone necesariamente una obligación del adversario; y cuál es ésta? El adversario podrá tener la obligación de devolverme la cosa—si le he dado su posesión; pero solo DESPUÉS que yo haya producido, ejercitando el derecho de rescate, el efecto jurídico de volver a ser propietario).

encuentran a su disposición (1). Siendo el fin principal de una obligación jurídica la ejecución de la ley, dícese cumplir la ley quien se conforma con sus mandatos. Pero no todas las normas que regulan las relaciones entre los sujetos jurídicos son ejecutadas por el obligado; ni todas esas normas tiene una naturaleza adecuada para poderse ejecutar por el particular. En muchos casos la actuación del derecho es realizada por órganos públicos. Pero estos órganos ya proveen a la aplicación de la ley por su iniciativa, por deber de oficio, ya pueden hacerlo solamente a petición de parte; en estos últimos casos la actuación de la ley depende de una *condición*, de la manifestación de voluntad de un particular, el cual decimos que tiene *acción*.

La acción es el *poder jurídico de dar vida (porre in essere) a la condición* para la actuación de la voluntad de la ley (2):

---

(1) ROSMINI, *Filosofia del diritto*, I, páginas 135-137; GIERKE, *Deutsches Privatrecht (Derecho privado alemán)*. Leipzig, 1895, I, p. 114.

(2) Este concepto de la acción hállase enunciado y desenvuelto en nuestra op. cit. *L'azione nel sistema dei diritti*, (prolusión leída en Bolo-  
nia el 3 de febrero de 1903), donde también se hace la historia de las diver-  
sas doctrinas sobre la acción. Pocos meses más tarde de nuestro escrito,  
salió el primer volumen del *Manual procesal* de WEISMANN en el que se  
desarrolló un concepto idéntico, p. 67 y siguientes; es también afin a este,  
el concepto posterior de SCHRUTKA, RECHTENSTAMM, *Juristisches, Lite-  
raturblatt*, 1903, p. 156 y siguientes y GOLDSCHMIDT, *Materielles Justiz-  
recht*, 1905 p. 18. Aceptóse, también por BRUGI, *Istituzioni di dir civile it*,  
por GALLI, *Contributo alla teorica dell'intervento principale*, en el Ar-  
chivo jurídico, 1906 p. 41 del extracto; por De LUCA, en el *Foro italiano*  
1908 p. 128; y en parte por KOHLER, *Rivista pel processo civile tedesco*  
vol. 33, p. 232. El libro de V. LANZA, *La querela e il suo valore processua-  
le*, 1911, es una aplicación completa de este concepto en el campo del de-  
recho penal. Idea que también penetró ahora en las mismas decisiones ju-  
diciales; la Sentencia de la Sección de acusación de Roma de 24 de Abril  
de 1911, est. Baviera, en la *Legge* 1911, p. 1634 («no pudiendo, de acuerdo  
con las doctrinas procesales más modernas, concebirse la acción penal  
sino como el poder de provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional,  
para la actuación de la ley penal»). Para la crítica de nuestro concepto  
pueden verse: GALANTE, *Rivista critica di diritto e giurisprudenza*, I, nú-  
mero 3 y en la misma Revista, 1907 p. 12 y siguientes y modernamente en  
las *Lezioni di dir, proc-civ.*, 2.<sup>a</sup> ed. p. 147 y siguientes; SIMONCELLI, *Lezio-  
ni di diritto giudiziario*, litogr. 1903, 1904, p. 292 y siguientes; ROCCO, *Sen-*

La acción es un poder que corresponde frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada ante este poder; solamente está sujeto a él, la acción desaparece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada para impedirla, ni para satisfacerla. Tiene la acción naturaleza pública o privada según sea pública o privada la norma cuya actuación produce.

*La acción es un bien y un derecho autónomo*, generalmente nace del hecho de que quien debía conformarse con una norma garantizadora de un bien de la vida, ha transgredido la norma. Por eso buscamos su actuación independiente de su voluntad. También en estos casos la acción arranca del derecho subjetivo (real o personal) derivado de aquella norma; los dos derechos son diferentes, aunque pueden coordinarse a un mismo interés económico; tienen vida y condiciones diferentes y contenido profundamente diverso. La concreta voluntad de la ley que corresponde a cada obligación es mucho más extensa y comprensiva que la obli-

---

*tenza civile*, cit. p. 96 y siguientes; DEGENKOLB, *Der Streit über den Klagebegriff*. (La discusión sobre el concepto de la acción). Leipzig, 1903 p. 76 y siguientes, CALDA, *I Concetti di giurisdizione ed azione*, 1916. Tanto nosotros en *Sul litirconsorzio necessario*, 1904, como WEISMANN, en el segundo volumen del manual p. III y 10 hemos vuelto sobre el concepto de la acción, haciendo notar recíprocamente nuestras opiniones y contestando algunas objeciones. La objeción de ROCCO, loc. cit. p. 102 sosteniendo que al concebir la acción como el poder de pedir la actuación de la ley se cambia por un derecho autónomo lo que está contenido en el derecho de acción, o sea la facultad de iniciar su ejercicio mediante la demanda judicial, fúndase, a nuestro juicio, en una petición de principio porque dá por demostrado que la acción deba concebirse como un derecho hacia el Estado y sólo hacia el Estado, mientras que tanto WEISMANN como nosotros, la definimos como un derecho hacia el adversario. Hemos insistido más recientemente sobre el concepto de la acción en «*Dell'azione nascente dal Contrato preliminare*» en la *Rivista di diritto commerciale*, 1911, reproducido en los *Nuovi saggi di diritto processuale civile*, 1912, página 19 y siguientes y refúndido en parte en esta obra. CALDA (obra cit. p. 60, 61), observa que no aparece claro, si en nuestra definición se expresa sólo el principio *ne procedat iudex ex officio*, aplicable a toda demanda, aunque sea infundada. Creemos, por el contrario, que al hablar de actuación de la voluntad (y se entiende de la voluntad CONCRETA) de la ley, se presupone la existencia de una voluntad concreta de ley, *favorable al actor*.

gación misma, aún naciendo de una libre manifestación de voluntad de las sujetas; mientras la obligación por sí constriñe al obligado a proporcionar al acreedor un bien de la vida *mediante la propia prestación* la voluntad de la ley comprende y garantiza al acreedor, aunque la obligación no tenga lugar la consecución de aquel bien a que se refiere la obligación, por todos los medios posibles (1). Por eso mientras el derecho de obligación, aún después del incumplimiento, conserva su dirección *hacia la prestación* del obligado, el derecho de acción aspira a conseguir el bien garantizado por la ley *por todos los otros medios posibles*; y el proceso donde estos deben experimentarse no sirve para obtener el cumplimiento de la *obligación*, sino la consecución del bien garantizado por la ley por los medios posibles, fuera de la obligación, que se manifiesta como insuficiente instrumento.

Acción y obligación (y hablando de obligación entiéndese que todo derecho supone una prestación, porque todo derecho, absoluto o relativo, tendente a una prestación, positiva o negativa, se presenta como obligación en el momento del proceso), son, pues, dos derechos subjetivos distintos, que *unidos* llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley que llamamos derecho objetivo. La acción no es una cosa sola con la obligación, no es el medio para actuar la obligación, no es la obligación en su tendencia a la actuación, ni un efecto de la obligación, ni *un elemento* ni *una función* del derecho subjetivo; sino un derecho distinto y autónomo que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación (la acción de condena se consuma con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, aunque la obligación quede subsistente); que tiende a un efecto jurídico y no a la prestación. Cuando se dice que la coacción es un elemento del derecho y que *por lo mismo* la acción es un elemento del derecho *subjetivo*, se cae en un sofisma, puesto que la coacción es un elemento del *derecho objetivo*, mientras que desde el punto de vista subjetivo una cosa es el derecho a la prestación y otra el poder de provocar la coacción del Estado, y son diferentes las normas que regulan la obligación y la acción; puesto que la acción fundándose en la existencia del

---

(1) Es inútil observar que la garantía del derecho no es ilimitada. Así si el bien consiste en una suma de dinero, la posibilidad de los medios se circunscribe al patrimonio del obligado.

proceso es regulada, aunque tenga naturaleza pública o privada, según los intereses a los cuales se dirija, por la ley procesal.

De aquí que permaneciendo inmutable la norma que rige la obligación puede cambiar la norma (procesal) que rige la acción. Esto parecerá poco evidente si solo se piensa en la forma más común de acción, es decir, en la acción de condena puesto que completando tanto la acción como la obligación el mismo derecho objetivo, es imposible que la nueva norma procesal no conserve POR LO MENOS la acción de condena para toda obligación existente, lo cual hace creer que la obligación y la acción están reguladas por la misma norma; pero resulta patentísimo cuando se consideran otras clases de acción (acción de declaración, acción aseguradora, acción sumaria, acción ejecutiva anormal) las cuales pueden o no existir con relación A LA MISMA relación jurídica, según el tiempo y el lugar en que se desarrolla el proceso cambiando con el proceso el número y la especie de los «medios posibles» para la consecución de los bienes y las igualmente posibles medidas procesales.

Tampoco se niega con esto la existencia de un estrechísimo lazo entre la acción y la obligación; puesto que ambas se dirigen, como hemos dicho, a la misma voluntad concreta de ley que garantiza un bien determinado, y tienden a la consecución de este mismo bien, aunque por caminos y medios diferentes. De aquí que, satisfecha una obligación mediante la prestación del obligado, se extingue la acción, y satisfecha la acción en la ejecución forzosa, se extingue la obligación. Características éstas de una forma interesante, el concurso de derechos: así derecho y obligación pueden presentarse como derechos *subjetivos concurrentes* (§ 12 III). Pero, adviértase que no deben confundirse. Formar con ellos unidad, es imposible, como no se haga a costa de confundirlos con la última voluntad de ley en que ambos se apoyan, como hacía la doctrina anterior; error teórico que conduce a soluciones prácticas equivocadas, singularmente en relación con la eficacia de la ley en el tiempo y en el espacio (1).

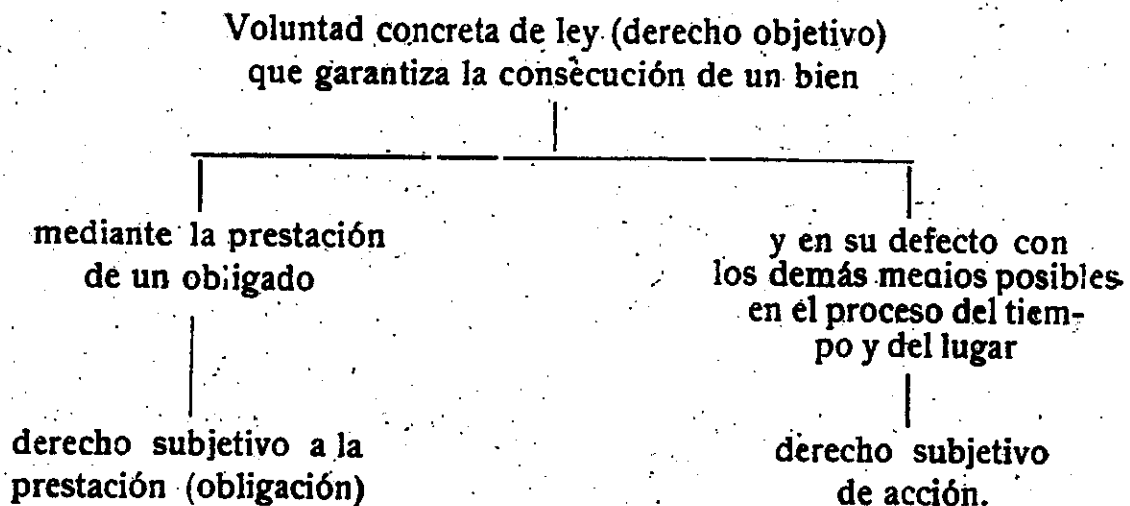
---

(1) La relación de obligación y de acción con el derecho objetivo y entre sí puede gráficamente expresarse:

Pero la independencia y la autonomía de la acción manifiéstanse más evidentes en los casos en las cuales la acción se encamina a obtener un bien que no puede ser prestado por ningún obligado, sino que únicamente en el proceso puede conseguirse; o tiende a un bien sin que exista, o sin que se sepa que existe ningún otro derecho subjetivo en quien tiene la acción. Así:

a) *La acción de declaración.* Forma parte de la actuación de la ley incluso su afirmación como *voluntad cierta* en el caso concreto, cuando aquella es incierta. Puede tenerse interés en hacer cesar la incertidumbre, para hacer seguro el goce de los bienes garantizado por una norma de ley: el interés puede nacer de actos a nadie imputables: el interesado puede tener acción para conseguir la declaración de la ley aunque el obligado no haya transgredido norma alguna. Aquí nada se pretende del obligado, la acción es independiente del derecho que debe satisfacer. Esto aparece más claro en el caso de acción de declaración *negativa*, con ella obtiene el actor la declaración de que *no tiene* por exigencia de la ley un cierto deber y, por lo mismo, no hace alarde de otro derecho subjetivo que de la pura acción. Ni la certidumbre jurídica *podría ser prestada* por el obligado; antes bien, sólo en el proceso puede conseguirse.

b) *El derecho de pedir la actuación de la ley* que corresponde al *demandado* por el sólo hecho de ser llamado a juicio mediante una demanda *infundada*. Aunque el actor quisiera renunciar a los actos del juicio, el demandado podría pedir la declaración negativa respecto a la demanda (C. p. c. art. 345); y tampoco aquí se ha transgredido norma alguna. Si A. me pide en juicio 100.



pesetas que no le debo no ofende con esto ningún derecho mío; pero al mismo tiempo yo tengo interés en no pagarlas y en no ser considerado como tal deudor de 100 pesetas; tengo, pues, derecho a pedir que se declare que A. no es acreedor de 100 pesetas; este poder es pura acción (1).

c) *La acción privada penal* (Cód. de proc. pen. art. 331), la facultad de querellarse. Aquí se tiene el poder de producir la aplicación de una norma penal, aunque el querellante no tenga ningún derecho subjetivo al castigo del culpable (2).

d) *El derecho de pedir la nulidad de los actos administrativos ilegítimos* (L. 17 ag. 1907, del Consejo de Estado, art. 22). Este poder corresponde a cualquier interesado particular aunque la norma quebrantada por la administración no tuviese por fin la protección particular de algún bien de su pertenencia (cons. p. 47 y § 16).

e) *El derecho de pedir la actuación de la ley* con medidas puramente provisionales o de previsión (embargos, sentencia de ejecución provisional por temor de morosidad; denuncia de obra nueva y temor de daño). En estos casos el poder jurídico es cierto,

---

(1) Este derecho corresponde siempre al demandado a quien asiste la razón, e inútil decir que con la reconvencción, y con la demanda incidental de declaración y con la excepción en sentido substancial no tiene sino un poder jurídico (derecho potestativo) de extinguir la acción (V. más adelante § 11). La acción de declaración negativa que corresponde al demandado no es solo un simple derecho de sostener el proceso o de resistir al actor (en contra LANZA V. *La querela* cit. pág. 189, nota), sino el derecho de pedir una sentencia de desestimación no obstante el desistimiento del actor. V. MESSINA, *La simulazione assoluta* en la *Riv. di dir. comm.* 1907 y 1908, p. 52 del extracto: GROSSE, *Der Rechtsschutzanspruch des Beklagten* (Derecho a la tutela jurídica del demandado) en la *Rivista pel. proc. civ. ted.* vol. 36 (1907) p. 113 y sigs.

(2) HELLWIG, I, p. 324, concibe esto como un caso de sustitución procesal (más adelante § 36) por el que el particular hace valer el derecho del Estado a la pena. Pero según nuestra ley (cod. proc. pen. art. 2), la acción penal se *ejercita* siempre por el Ministerio público, aún siendo *promovida* por querrela del perjudicado. Sobre la acción penal, privada V. LANZA, V. *La querela e il suo valore processuale, cit.*

aunque luego se averigüe *si efectivamente* existe la pretendida voluntad de ley que garantice un bien del actor (§ 9) (1).

f) *El derecho de pedir declaraciones con predominante función ejecutiva* (ejecución provisional de las sentencias; condena con reserva de ulterior examen de algunas excepciones, procedimiento monitorio).

En estos casos la parte es admitida no solo a obrar, sino a obtener resoluciones concretas y practicables; tiene, pues, una acción, aunque no se conozca si tiene derecho a la prestación (mas adel. § 8 bis).

g) *El derecho de pedir la ejecución forzosa* fundándose en las declaraciones a que nos referimos en el párrafo f) y en general a las declaraciones no definitivas y también en títulos contractuales (§ 10).

h) Pueden traerse aquí también las *acciones posesorias*, puesto que siendo la posesión el goce/mayor de la cosa, que naturalmente corresponde al propietario, no puede concebirse una norma que garantice por si misma este bien al poseedor como persona distinta del propietario; existen también, a este respecto, disposiciones que prohíben las perturbaciones en la posesión (Código civil, art. 694, 695) pero estas nacen de la necesidad del mantenimiento del orden jurídico y no otorgan un derecho subjetivo a la posesión; pero la ley concede, al poseedor, como primer interesado, el poder de pedir su actuación, lo cual es pura acción (2).

La acción pues, es un derecho sustantivo (*a sé*) que consiste en una relación entre la voluntad de un particular y la organización jurídica. Este poder puede encaminarse a la actuación de la ley de diferentes maneras: en forma de *declaración* mediante sentencia, en forma de aplicación de medidas de *previsión*, de medidas *ejecutivas*. La sentencia puede declarar pura y simplemente la voluntad de la ley (sentencia de *declaración*) o declararla como prepa-

---

(1) Según GALANTE, *Lezione di dir. proc.* 2.<sup>a</sup> ed. p. 159 estas acciones «están condicionadas por la existencia del delito, la cual en vez de probarse previamente, como generalmente ocurre, *se prueba después*».

Pero, precisamente de esto, como se lee en el texto, deducimos nosotros la autonomía de la acción aseguradora.

(2) De otro modo si se admite un *derecho a la posesión*.



ración para su ulterior actuación (sentencia de *condena*); algunas veces la sentencia produce efectos jurídicos que la parte tenía derecho de producir en virtud de un derecho potestativo (sentencia *constitutiva*). De la sentencia nace un nuevo poder jurídico que tiende a la actuación de la declaración de voluntad contenido en la sentencia (acción ejecutiva, *actio iudicati*). En todos estos casos hay *acción*.

El nombre de acción proviene del derecho romano. Originalmente acción significa tan solo acto perfeccionado en juicio, mas tarde y metafóricamente, ha venido a indicar el derecho de obtener, mediante juicio, cuanto nos es debido; en este sentido se lee en las instituciones justineanas. *Nihil aliud est actio quam ius persquendi iudicio quod sibi debetur* (Inst. IV, 6, pr). La definición se acepta con pocas variantes, por Celso, pero en el derecho clásico la acción significaba otra cosa.

Creemos que nuestro concepto de la acción corresponde al formado en nuestra técnica jurídica fundándose en la tradición justiniana (1) y al que se recoge como básico en nuestra ley, cuando

---

(1) CALDA *Concetti di giurisdizione e d'azione* cit, después de enumerar «las condiciones sustanciales necesarias para obtener una sentencia civil favorable» (pág. 50) afirma que el CONCEPTO de derecho de obrar, *en el lenguaje de la práctica vendría a significar LA EXISTENCIA de las condiciones* tratadas en los párr. *f g* (interés en obrar, calidad) además de *la falta de obstáculos*, impedimentos, defectos tratados en los párr. *d, e, h, i*, (actual obstáculo al ejercicio del derecho, cosa juzgada, interés sin acción); concluyendo luego por afirmar este autor que no puede expresarse el significado del derecho de obrar con una fórmula sintética positiva (pág. 51). Dedúcese de aquí que CALDA confunde la ESENCIA de la acción con las CONDICIONES de su existencia; así al mismo tiempo que habla del CONCEPTO de la acción admite como posible solamente una definición meramente *descriptiva* de la acción, esto es, la más imperfecta de todas las definiciones; además excluye de las condiciones de la acción la existencia del derecho, y en la acción de condena, de declaración positiva, constitutiva, no puede prescindirse de ese elemento, por los motivos ya explicado (§ § 5, 6, 7, 8); Es injusto atribuir tales errores al *lenguaje de la práctica*; y arbitrario afirmar que el práctico hablando de acción de condena se refiere únicamente al interés en obrar y a la calidad. Nunca los prácticos al decir «cuando hay derecho, interés en obrar y calidad, hay acción» han pensado confundir la COSA con la manera y los motivos por los cuales nace, el EFECTO con la

habla de acciones al lado o frente a otros derechos. (Código civil arts. 1234, 1538, 1581) y cuando habla de prescripción de acciones (Código civil arts. 2135, 2138 y sigs; Código comercial artículos 915 y sigs.) ya que lo que propiamente prescribe es la acción, o sea el poder de pedir la actuación de la ley respecto de un estado de hecho que le es contrario. Pero como en las fuentes romanas háblase casi siempre de *actiones* en sentido de derechos lo cual explícate históricamente considerando que muchos derechos tuvieron en Roma su primera manifestación (*formula-zione*) en el juicio, así frecuentemente nuestras leyes hablan de acción como sinónimo de derechos, esto es, en sentido figurado (Código civil arts. 147, 193, 1007, 1076, 1353, 1645, 1716, 1743, 1802, etc.). Otras veces la ley habla de acciones en un sentido realmente formal, casi en el sentido de demanda judicial, sin mirar a su fundamento, y esto ordinariamente en las normas que regulan el procedimiento porque estas son comunes a las demandas fundadas y a las no fundadas (ej. Código procesal civil arts. 70, 71, 82, 90 y sigs. 98 y sigs. etc., etc.).

IV. *Otras teorías acerca de la acción.*—Más o menos divergentes de nuestra doctrina, son las principales que siguen:

1.º *La acción es un elemento de derecho subjetivo* (1).

causa. Esto equivaldría a negar no tanto la nueva ciencia procesal (contra la que se dirige el opúsculo de CALDA) como toda la ciencia procesal, comenzando por aquella que él llama «teoría antigua» de la acción y que estima preferible a las «nuevas construcciones» (pág. 78) porque esta «teoría antigua» (véase a este respecto mi resumen «Azione» en el *Dizionario di diritto privato* y los allí citados), siempre distinguió cuidadosamente la acción de sus tres condiciones: derecho, interés, calidad.

(1) SAVIGNY, § 205; PUCHTA, *Pandekten*; § 81; PONCET, *Actions* 1817, PESCATORE, *Sposizione compendiosa* I p. 121; MATTIROLO, *Trattato*; I, n. 18; VITI, *Commento*, I p. 23; FILOMUSI-GUELFI § 123; y en general nuestros civilistas hasta CHIRONI y ABELLO. *Trat. di dir. civ. it* I., 1904, p. 587 y siguientes y COVIELLO N. a *Manuale di dir. civ. it* I. p. 480. La definición de CASTELARI, según se reproduce en las *Lezioni di dir. proc. civ.* litografiadas (1906-7) y seguida por TOESCA DI CASTELLAZZO (en la *Legge*, 1907, p. 2390) o sea poder jurídico garantizado por la ley en favor del titular de un derecho subjetivo material, por el cual este puede exigir y obtener que sea tutelado su derecho mediante el juicio) acepta un elemen-

Agrupanse bajo ésta idea fundamental las teorías que tanto dominaron, según las cuales la acción es un poder, inherente al derecho de reaccionar contra la violación; o el derecho mismo en su tendencia a la actuación; o el derecho nuevo naciente de la violación del derecho que tiene por contenido la obligación del adversario de hacer cesar la violación (SAVIGNY). Estas teorías o conducen a la indentificación de la acción con el derecho (lo cual es contrario no sólo a los resultados de un análisis profundo, sino al común sentido jurídico) o no explican en que consiste la diferencia entre una y otro. No existe, sobre todo, una obligación de hacer cesar la violación del derecho, como algo diferente de la obligación de satisfacer el derecho; y el derecho que nace de la violación de un derecho absoluto, como la propiedad, teniendo por objeto, por ejemplo, la restitución de la cosa, es un derecho derivado pero no es la acción. Son, pues, inadecuadas estas teorías para explicar los casos en que la acción no se coordina a algún *otro* derecho subjetivo; por ejemplo, se ha dicho para explicar la acción de declaración negativa que ella tutela el derecho subjetivo *a la integridad de la propia esfera jurídica* (SIMONCELLI); pero la esfera jurídica es una *serie* de derechos, no es una abstracción de nuestra mente, y como tal no puede ser *tutelada* por la acción (§ 7, II).

2.º *La acción es un derecho subjetivo público que corresponde al ciudadano a quien asiste la razón para que el Estado le conceda la tutela jurídica*, mediante sentencia favorable, ejecución etc. (*Rechtsschutzanspruch*). El concepto fué relevado primeramente por MÜLLER, en su famosa polémica con WINDSCHEID sobre la *actio* romana (1). WACH, después lo desarrolló am-

---

to (poder jurídico) de la nuestra, pero no puede renunciar a ligarlo a la tutela de un derecho subjetivo, en vez de a lo que *en toda acción* es constante o sea la actuación de la ley. Cons. además nuestro trabajo citado *L'azione nel sistema dei diritti*, p. 37 y el texto precedente. Véase también TEA *Interesse ad agere*, p. 12 y siguientes.

(1) WINDSCHEID, *Die actio des römischen Civilrecht vom Standpunkte des heutigen Rechts*, Düsseldorf 1856. MÜLLER, *Zur Lehre von der römischen Actio, dem heutigen Klagerecht* etc. Erlangen, 1857.

pliamente (1) y tuvo numerosos partidarios (2), pero entre estos, algunos como WACH consideran la acción como un derecho que se dirige al mismo tiempo contra el Estado y contra el adversario, otros como un derecho sólo hacia el Estado. A esta teoría, discutidísima en Alemania, corresponde el mérito de haber hecho resaltar la autonomía de la acción y particularmente de las acciones de declaración, tanto que puede considerarse (junto con la teoría de BÜLOW sobre la relación procesal, de que trataremos mas adelante, § 3) como el punto de partida de la moderna ciencia procesal, y de esta doctrina ha aceptado la nuestra la parte sustancial; pero *al fundamentar la esencia de la acción en la pretendida tutela jurídica contra el Estado*, la teoría de WACH, es mas conforme con la tradición germánica que con la latina. No negamos (como se ha visto) que existan relaciones jurídicas de carácter público entre el Estado y el ciudadano ni se tendría acción si no existiese el Estado a quien dirigirse; pero en este caso la relación con el Estado no es mas que un medio para obtener ciertos efectos *contra el adversario* (3). La tradición latina vió en la acción especialmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella, como nosotros hacemos, un derecho privado en

---

(1) En el *Manual*, p. 19 y siguientes, después en la monografía fundamental sobre el *Feststellungsanspruch* (Acción de declaración) Leipzig 1888. y en un reciente artículo en la *Riv. per. proc. civ. tedesco.* vol. 32, p. 1. y siguientes.

(2) SCHMIDT, 1.<sup>a</sup> ed. § 4, 2.<sup>a</sup> ed. § 4; HELLMIG *Anspruch und Klage-recht*, 1900, p. 145; SKEDL, I, p. 12; LANGHEINEKEN, *Der Urteilsanspruch*, 1899, p. 12; GROSSE, obra antes citada MENESTRINA, *L'accessione nella esecuzione*, 1901, pág. 182, FEDOZZI, *Diritto processuale civile internazionale*, cit. I. p. 64 y muchísimos otros que pueden verse enumeradas en LANGHEINEKEN, loc. cit. y en SCHMIDT 2.<sup>a</sup> ed. p. 16, n. 2. HELLMIG, después de haber vuelto sobre el tema en el *Lehrbuch*, I, p. 147, ha insistido sobre él para defender la doctrina de WACH y suya de las numerosas objeciones, en un trabajo de gran precisión y claridad; *Kra-grecht und Klagmöglichkeit* (Derecho de obrar y posibilidad de obrar), 1905.

(3) No ha pensado en esto DOS REIS, *Proceso civil portugués*, Coimbra 1908, p. 66, cuando afirma que nuestra teoría «niega la existencia de relaciones entre los particulares y el Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional».

cuanto privado es también el interés; la tradición germánica puso sin duda la atención preferentemente en la relación hacia el Estado como resulta del nombre de *Kaglerecht* (derecho de queja) (1). Pero puede ponerse en duda que exista un derecho a la tutela jurídica *contra* el Estado, lo cual supondría un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano, mientras que conceder razón a quien la tiene es interés del Estado mismo; y es un interés al que provee permanentemente con la institución de los jueces.

3.º *La acción es un derecho subjetivo público que corresponde a cuantos con buena fé crean tener razón, para ser oído en juicio y constreñir al adversario a acudir a él.* Esta teoría fué enunciada por DEGENKOLB (2) y tuvo algunos admiradores en Ita-

---

(1) SCHMIDT, 2.ª ed., pág. 20, acaba por declarar que desde el punto de vista lógico nuestro concepto de acción es tan aceptable como el de WACH, pero encuentra más claro y fecundo este último porque sólo expresa la idea del derecho público moderno, según el cual el ciudadano cuando concurren las condiciones exigidas por la ley, puede CONTAR con vencer. Pero precisamente la cuestión estriba en saber si este aspecto político debe prevalecer en la consideración de la acción, y aquélla no puede resolverse en abstracto porque todo se reduce a la especial manera de entender las cosas. En todos los tiempos el litigante para obtener lo justo del adversario acudió a los poderes públicos, pero no en todos los lugares y épocas entendiéndose igualmente la importancia de este medio, lo cual a su vez depende del carácter de cada pueblo y de las condiciones político-sociales. Ejemplo de libelo del último derecho romano: «Adversus titium denarios C. debentem mihi aureos ex mutuo... ego gaius apud iudicem publicum *hanc postulationem contra titium* deposui». Ejemplo del libelo germánico: «Domne comes, ego *queror vobis* de Petro, qui tenet mihi terram malo ordine». V. *Azione nel sistema dei diritti*, p. 43, SIEGEL *Gerichtsverfahren*, p. 115 y siguientes.

(2) En la monografía *Einlassungszwang und Urteilsnorm (coacción al contradictorio y naturaleza de la norma contenida en la sentencia)* Leipzig. 1897; una teoría sustancialmente igual había sido enunciada un año antes por el húngaro FLOSZ en una monografía traducida después al alemán, *Beitrag zur Theorie des Klagerechts*, Leipzig. 1880. Al concepto de DEGENKOLB acercanse también SOHM *Der Begriff des Forderungsrecht (El concepto del derecho de obligación)* en la *Rivista de Grünhut* IV p. 457; PLANCK, *Lehrbuch* II, p. 3; MANFREDINI, *Corso* I, p. 89; MORTARA, *Manuale*, 5.ª ed., pág. 11. *Commentario*, II, núm. 414 y sigs.; DOS REIS, *Proceso civil portugués*, cit. p. 67.

lia, como últimamente Roco, quien sin embargo no admite este derecho abstracto de obrar (llámase abstracto porque *abstrae* de la existencia o inexistencia de la razón o de la sin razón del que obra) sino como un derecho hacia el Estado, y no condicionado por la buena fé. Pero esta teoría hállase hoy abandonada por su propio autor, el cual reconoce que un derecho de obrar que corresponda no a *quien tiene razón*, sino a *cualquiera*, que crea tenerla, no es un derecho subjetivo, sino una simple facultad jurídica. Y no es esto lo que entendemos por acción cuando decimos X tiene acción (1).

4.º *La acción como derecho subjetivo ANTERIOR al juicio, no existe; solo con la demanda judicial nace el derecho de obtener una sentencia justa.* Así opina BÜLOW (2). Según este autor no pudiéndose conocer precisamente el resultado de la sentencia, no se puede hablar de un derecho a la sentencia favorable, ni se puede hablar de él fundándose en hechos anteriores al proceso, porque la sentencia se funda en la convicción del juez, que puede no corresponder a la realidad de los hechos. A la doctrina de BÜLOW se han adherido KOHLER (3) y después DEGENKOLB (4) quien mantiene su idea de un *derecho a ser oído*, pero como derecho meramente procesal, es decir, nacido del proceso. Esta más que una teoría sobre la acción es la negación de la acción y del mismo derecho subjetivo. Es verdad que con la demanda judicial nacen derechos de naturaleza oficial para ambos litigantes, pero una cosa son estos derechos públicos *procesales* que nosotros admitimos (§ 3) y otra el derecho ya público, ya privado de obrar que corresponde a quien tiene razón *antes* del proceso. Si existe o no este derecho de obrar lo sabemos sólo con la senten-

---

(1) *La contesa sul concetto d'azione cit.*

(2) En un art. *Neue Prozessrechtswissenschaft (nueva ciencia procesal)* en la *Rev. de proc. civ. alemán*, vol. 27, p. 224 y sigs., y en otro artículo: *Klage und Urteil (acción y sentencia)* en la misma revista y separadamente, Berlín 1903. En Italia acércase a este concepto FORTI, *La revocazione nei ricorsi amministrativi*, en la *Giurisp. ital.* 1908, pág. 25 y siguientes del extracto.

(3) En un artículo *Sul cosiddetto diritto alla tutela giuridica* en la *Rivista pel proc. civ. tedesco*, vol. 33, pág. 211 y sigs. (1904).

(4) En la monografía ya citada *Sulla contesa sul concetto d'azione*.

cia, pero esto lo mismo ocurre para la existencia del derecho de obrar, o sea de pedir la actuación de una voluntad de ley, como para la existencia de la misma voluntad cuya actuación se pide. Negar la acción es negar todo derecho (1). Por lo demás también DEGENKOLB termina por reconocer que el uso corriente y el sentido gramatical entienden, por lo general, la acción como un derecho *concreto actual* existente antes del proceso y precisamente como *una potestad jurídica* para obtener, contra el adversario, un resultado favorable en el proceso.

V. *Categorías de acciones*.—La acción, como tal, como poder sustantivo de pedir la actuación de la ley mediante los órganos judiciales, no admite más clasificación que la fundada en la diversa naturaleza de la resolución judicial, cuya producción es su *objeto inmediato*. Tenemos por lo mismo:

1. Acciones que tienden a la actuación de la ley mediante sentencia:

a) De condena (*acciones de condena*).

b) De declaración (*acciones de declaración*).

c) Constitutiva (*acciones constitutivas*).

2. Acciones que tienden a la actuación de la ley mediante declaraciones con predominante función ejecutiva (*acciones sumarias*).

3. Acciones que tienden a la actuación de la ley por medios de previsión o de cautela (*acciones de seguridad, de garantía*).

---

(1) CALDA (Op. cit. pp. 49, 52, 61) repite las objeciones de BÜLOW, pero no se cuida de contestar nuestras réplicas (contenidas aquí en el texto y en *Azione nel sistema del diritto*, p. 128). Es verdad que el juez sólo se halla obligado a sentenciar conforme a su convicción (*Azione* p. 128) y que ésta puede diferir de la de los interesados. Pero ¿por ventura excluye esto la acción? La convicción, errónea o justa, del juez debe formarse precisamente sobre la EXISTENCIA O INEXISTENCIA de las condiciones de la acción. Partes, consultores, abogados, jueces, tienen siempre el mismo problema, y sus investigaciones van dirigidas por ciertos criterios comunes que son precisamente «la doctrina de la acción». Estas averiguaciones en cada caso concreto pueden tener diversos resultados, como también puede ocurrir del diagnóstico en busca de la determinación de una enfermedad del análisis químico en busca de un cuerpo, etc., etc.

4. Acciones que tienden a la actuación de la ley por medios ejecutivos (*acciones ejecutivas*).

Pero en la doctrina y en la ley se encuentran otras clases de acciones que se refieren, no a las acciones en sí mismo, sino a la naturaleza de los bienes garantizados por las normas que hayan de actuar, tales son las:

1. *Acciones reales y personales*, que se refieren a la distinción de los derechos reales y personales (p. 49).

2. *Acciones mobiliarias e inmobiliarias*, que se fundan en la naturaleza mueble o inmueble de la cosa objeto del derecho. Esta distinción no coincide con la anterior (reales y personales) como sucede en la ley y en la doctrina francesas. Nuestra ley admite como diferentes ambas clasificaciones y habla de acciones *reales sobre muebles, reales sobre inmuebles, personales* relativas a *muebles* y a *inmuebles* (Cod. proc. civ. art. 90, L. 16 Junio 1892 sobre conciliadores, art. 10). El fundamento de esta confusión radica en el hecho de que la acción real sobre cosas muebles no tiene una aplicación tan amplia como sobre inmuebles, por el principio ya recordado que en los muebles la *posesión equivale al título* (Cod. civ. art. 707), y por el principio según el cual los muebles se presumen junto a la persona (*mobilia sequuntur personam*), también nuestra ley contiene algunas normas idénticas para las acciones personales y para las reales mobiliarias (Código proc. civ. art. 790 y sigs.). Es acción personal inmobiliaria, por ejemplo, la que nace del contrato de arrendamiento de inmuebles; real inmobiliaria la de reivindicación de inmuebles, la hipotecaria, etc.

3. *Acciones principales y accesorias*. Habla la ley de acción principal en dos sentidos diferentes, ya en cuanto a la importancia que tienen respecto de otra acción secundaria o ligada por una relación de menos a más o de medio a fin (Cod. proc. civ. artículo 99), ya en cuanto a la importancia que tiene respecto de una acción que ha sobrevenido a contraponerse a ella en el mismo proceso (Cód. proc. civ. arts. 101 y 102).

4. *Acciones petitorias*. La *petitio* en Roma indicaba la *actio in rem (petitionis autem verbo in rem actiones significari videntur*, Ulp. l. 178, Dig. 50, 16). En el desarrollo del derecho común indícase con el nombre de *petitoria* la acción real, frente a la *posesoria* (Cód. pr. civ. art. 443 y sigs.).



5. En el terreno doctrinal admitense otras clasificaciones menos justificadas que las precedentes; así se habla de acciones *universales e individuales*, muy impropiedades porque la acción se refiere siempre a uno o más individuos determinados, y por lo tanto es siempre individual; la distinción refierese a la diversa naturaleza de las normas, no de las acciones. Lo propio debe afirmarse de las denominaciones derivadas del derecho romano (acciones *directas, contrarias, útiles*, etc.). En el derecho romano clásico a medida que se concedían acciones pasaban al derecho con un determinado nombre. Su número aparecía, pues, limitado. En el derecho moderno las acciones son tantas cuantas son las normas que puedan ser actuadas, pero no tienen necesaria y rigurosamente un nombre. También la ley conserva muchas denominaciones típicas romanas: *petición de herencia* (Cód. civ. art. 44); *acción redibitoria* (Cód. civ. art. 1505, 1506); *reivindicatoria* (Cód. civ. art. 1096, 1510, 1842); *hipotecaria* (Cód. civ. art. 1033, 1215, 1510, 2011); *denuncia de obra nueva* (Cód. proc. civ. artículo 82). Otras muchas han quedado en el uso corriente por comodidad de la técnica jurídica (*Actio Pauliana, confesoria, negatoria, mandati, negotiorum gestorum, de in rem verso, de pauperie*, etc.). Otras se forman mencionando su objeto (*separación, resarcimiento, regresión, nulidad, revocación, rescate*, etc.).

VI. *Caracteres de la acción.*—La acción como todos los derechos potestativos, es un poder meramente ideal, o sea el poder de *querer* determinados efectos jurídicos (actuación de la ley). Este poder se ejercita mediante una declaración de voluntad relativa a los efectos que se buscan y no exige ninguna acción física, sino aquello que es necesario para manifestar y mantener durante el proceso la voluntad de que la ley sea actuada (demanda judicial). La *demanda judicial* es el acto mediante el que se ejercita el derecho de acción, se manifiesta el deseo de que la ley sea actuada (§ § 5, II; 41, II). Por demanda judicial no se entiende solo el acto de citación, que es el acto común de proposición de la demanda judicial, sino también cualquier otro acto con el que se propone, se ratifica o se modifica una demanda (1).

---

(1) Dice el art. 37 Cód. proc. civ. «toda *demanda* se propone con *acto de citación*, salvo si la ley establece otra forma».

Siendo la acción un poder dirigido a la tutela de un interés toma su naturaleza de este; y por consecuencia es pública o privada, patrimonial o no patrimonial; y como frecuentemente el interés al cual se dirige es al mismo tiempo el contenido de otro derecho que corresponde al que obra respecto del adversario, con frecuencia la acción asume la función de *representar* este otro derecho, lo cual explica por qué muchas veces, en las leyes y en la práctica, como ya hemos visto, se habla de acciones como sinónimo de *otro* derecho.

La acción, como todos los derechos en general, se cede, se transmite y es renunciable. Pero como en ella se dan intereses personales a su sujeto, o sea tan estrechamente inherentes a su persona que no pueden concebirse en otra, y por lo mismo son intransmisibles, así también las acciones relativas a ellos son intransmisibles. La acción es intransmisible *activamente* cuando no se transmite a los sucesores de su sujeto activo, *pasivamente*, cuando no se transmite en perjuicio de los sucesores de su sujeto pasivo. Intransmisible activamente es la acción de *revocación de la donación por ingratitud* (Cód. civ. art. 1082); la acción para *reclamar el estado legítimo* (Cód. civ. art. 178); *pasivamente* la acción para *revocar la donación*, ya citada, a veces la acción intransmisible deviene transmisible cuando ha sido ejercitada mediante interposición de la demanda judicial (Cód. civ. art. 178, 1082), cuyo fundamento explicaremos más adelante (§ 5 II).

La acción ordinariamente hállase sujeta a un término más o menos largo, dentro del cual debe ser ejercitada, en otro caso se pierde por *prescripción*. Perdida la facultad de exigir la actuación de la ley es natural que la expectación de los bienes que se fundaba en la voluntad concreta de esa ley, desaparezca, por eso el Código civil habla de la prescripción como de un medio de extinción *de las obligaciones*, etc. (Cód. civ, art. 1236, 2105).

Esto no priva que lo principalmente afectado por la prescripción sea precisamente el poder de pedir la actuación de la ley, esto es, la acción, por eso el mismo Código dice: *todas las acciones prescriben*, etc. (Código civil art. 2135). En efecto, la prescripción tiene por objeto poner fin a la incertidumbre de derechos consolidando por el transcurso del tiempo un estado de hecho contrario al derecho y haciendolo jurídico, o saneando una situación defectuosa, de ahí que lo que se pierde por la prescripción es

ni más ni menos que el poder de cambiar el estado de hecho o de derecho defectuoso. La prescripción nunca comienza a correr antes de que se tenga el poder de exigir la actuación de la ley. Solo en algunos casos la ley, por excepción, atribuye al *no uso* el efecto de extinguir los derechos (usufructo, servidumbre: Código civil artículos 515, 666).

Pero examinando detenidamente estos casos, véase que también en ellos nos encontramos frente a un estado de hecho (abandono del goce de cosa) ajena distinto de aquel que, normalmente, sería conforme al derecho, y en vista del cual el derecho ha nacido, esto es, el goce *efectivo*, la utilidad *efectiva* que se obtiene de la cosa ajena. En las obligaciones la prescripción no corre sino desde el día en que la obligación fué exigible, y el que tenía el derecho pudo obrar (Código civil art. 2120). Lo mismo ocurre con las acciones de nulidad o rescisión (Código civil art. 1300 y sigs.) *Contra non valentem agere non currit praescriptio*.

Hay acciones imprescriptibles. Así es la acción de división de bienes comunes, por que la comunidad no es un estado antijurídico que exija la consolidación con el transcurso del tiempo, sino un estado perfectamente jurídico; lo mismo la acción para reclamar el estado legítimo (Código civil art. 177) y en general las acciones de pura declaración, porque no tienden a hacer cesar un estado de hecho contrario al derecho, en sentido propio, sino a *declarar* cual es el estado de hecho conforme al derecho haciendo cesar el correspondiente estado de incertidumbre. Los derechos tutelados por acciones imprescriptibles suelen llamarse *derechos facultativos* apoyándose el art. 688 Código civil. Sin embargo esta categoría no responde a ningún criterio sistemático y podría inducir a considerar como imprescriptible un derecho, solo porque presenta afinidad con los derechos comprendidos entre los facultativos. En silencio de la ley, debe considerarse una acción prescriptible o imprescriptible, según que se proponga o no hacer cesar un estado de hecho contrario al derecho o un estado jurídico impuro (por ej. por vicio de voluntad, de forma, etc.).

VII. *Elementos de la acción*.—Toda acción resulta de tres elementos: Estos se presentan claros, con solo analizar la interposición de una demanda judicial, tal como está formulada, más o menos explícitamente por el actor. Este dice por ej. (las palabras

entre paréntesis ordinariamente se suprimen, pero se sobreentienden):

a) Porque soy propietario del fundo corneliano (y X lo posee injustamente), pido (que actúe en mi favor la ley mediante) *condena* de X a restituirme el fundo; O:

b) Porque he prestado 100 a X (y éste no me las ha restituido) pido (que actúe la ley a mi favor mediante) *condena* de X a pagarme 100; O:

c) Porque he vendido a X el fundo corneliano por precio inferior a la mitad del justo, pido (que actúe a mi favor la ley mediante) *rescisión* de dicha venta; O

d) Porque X posee un documento de crédito con mi firma falsificada, pido (que actúe a mi favor la ley mediante) *declaración* de la falsedad de tal documento.

El mismo análisis podría hacerse de una demanda dirigida a la ejecución o a un secuestro, etc., etc.

Dedúcese de estos varios ejemplos que las acciones constan de los tres elementos siguientes, que se reproducen en la demanda judicial (Cód. proc. civ. art. 134):

1.º *Los sujetos*, o sea el sujeto *activo* al que corresponde el poder de obrar, y el *pasivo* frente al cual corresponde el poder de obrar (*personæ*).

2.º *La causa* eficiente de la acción, o sea un interés que es el fundamento de que la acción corresponda, y que *ordinariamente* se desarrolla a su vez en dos elementos: un derecho y un estado de hecho contrario al derecho mismo (*causa petendi*).

3.º *El objeto*, o sea el efecto a que tiende el poder de obrar, lo que se pide (*petitum*). Lo que *inmediatamente* se pide es la *actuación de la ley*, la cual en las acciones particulares preséntase individualizada en un cierto acto (*condena* a restituir el fundo, *condena* a pagar 100, *rescisión* de la venta, *afirmación* de la falsedad de un documento). El objeto a cuya consecución se coordina la actuación de la ley (*fundo* a restituir, *cantidad* a pagar) llámase objeto *mediato* de la acción.

---

## APENDICE AL § 1

### Referencias al Derecho español (1)

*Código civil.*—Artículos 464 (posesión de bienes muebles), 348 (derecho de reivindicación), 1571 (compraventa de finca arrendada).

Prestaciones en virtud de la ley (cap. II, tít. VII, Lib. II, artículos 392 y sigs., etc., etc.).

Arts. 438 y sigs. (adquisición de la posesión).

La acción respecto o frente a otros derechos (arts. 1526 y siguientes, 1186, 1555, 1559. etc., etc.). Prescripción de acciones (artículos 1961 y sigs.). Acción sinónimo de derecho (arts. 111, 1302 y siguientes, 1716 y otros).

Muchas denominaciones típicas romanas de las acciones son aceptadas también por nuestros códigos y por la práctica forense. Nos parece inútil comprobar con citas legales el mantenimiento de este tecnicismo (acción de petición de herencia, reivindicatoria, hipotecaria, etc., etc.).

Caracteres de la acción (art. 644 y sigs.: revocación y reducción de las donaciones, 118; acción para reclamar el estado legítimo, etc., etc.). Extinción de las obligaciones (arts. 1156 y v. también 1932, 1961). Para los modos de determinar el usufructo y servidumbres, arts. 513 y 546.

*Ley hipotecaria.*—Todas las disposiciones de la misma referentes a los efectos de la inscripción.

*Ley de enjuiciamiento civil.*—Competencia (arts. 62 y sigs.).

---

(i) Con el único fin de manifestar las disposiciones de nuestras leyes de analogía con las italianas que se citan en el texto en comprobación de las doctrinas expuestas,—y a veces por vía de ejemplo—hacemos ligerísimas notas a este capítulo. Seguimos—dentro de cada código—el orden de exposición de la doctrina.



Interdictos (arts. 1631 y sigs.).

Elementos de la acción (art. 272).

**Código de comercio.**—Artículos 547 a 566 (robo, hurto o extravío de los documentos de crédito y efectos al portador).

Prescripción de acciones (art. 942 y sigs.).

**Ley de enjuiciamiento criminal.**—Artículos 270 y siguientes (de la querrela).

---