Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

La Relatividad del Concepto de Acción*

Traducción de Manuel Romero S., Ayudante del Seminario de Derecho Privado de la Escuela Nacional de Jurisprudencia. **

SUMARIO: 1. La polémica sobre la "orientación publicista" del proceso y su justificación histórica.—2. El problema de la acción como uno de los aspectos de la relación entre el individuo y el Estado.—3. La función práctica de la acción en el derecho procesal positivo.—4. Las teorías sobre la acción: la acción como proyección del derecho subjetivo sustancial.—5. La teoría del *Rechtsschutzanspruch*.—6. La teoría del derecho potestativo.—7. La acción como ejercicio de una función pública.—8. El debilitamiento del derecho subjetivo en algunos aspectos procesales.—9. El ciclo histórico de la acción: de derecho privado a poder público.—10. Conclusiones: la polémica sobre la acción en la crisis del ordenamiento jurídico.

1. La polémica en torno a la llamada "orientación publicista" de la ciencia del proceso [1] que recientemente han tratado dos jóvenes pro-

* El presente ensayo forma parte de los estudios en honor de Santi Romano, a quien el autor lo dedica con devoción de discípulo.

** Traducido de la *Rivista di diritto processuale civile* número I, correspondiente a enero-marzo de 1939, págs. 22 y ss.

1 SATTA, *Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pág. 32; del mismo *Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo*, en *Foro it.*, 1937, IV, col. 276; del mismo, *Riflessi tributari della teoria generale del processo*, en *Riv. dir. comm.*, 1938, I, pág. 192; CRISTO-

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cesalistas, entre los más valerosos (¿es posible que ya uno de ellos, CRISTOFOLINI, haya callado para siempre?), asume hoy fuera de la preferencia que se pueda tener por una u otra de las opiniones contrapuestas, un valor de síntoma; el hecho de que precisamente hoy, cuando la tendencia publicista del proceso civil parece próxima a triunfar en las leyes, se pueda volver a discutir con tanto ardor el fundamento de una concepción que parecía ya definitivamente adquirida desde hace más de medio siglo por la ciencia jurídica, revela de manera típica como, aún la dogmática procesal, que malamente se quiere considerar como puro juego técnico indiferente a los trabajos de la política, no se aparta de la crisis del pensamiento contemporáneo, y se siente también ella inclinada a los exámenes de conciencia y a las nostálgicas perplejidades ahora que la experiencia demuestra a qué extremas consecuencias pueden llevar lógicamente, puestas en libertad en la práctica, las teorías elaboradas y acariciadas por un cincuentenio en el recinto de las bibliotecas.

Reducida a su núcleo central, la polémica puede resumirse en este dilema: ¿se debe ver en el proceso civil un servicio que el Estado hace al ciudadano, al darle el medio para actuar su derecho subjetivo; o bien, un servicio que el ciudadano hace al Estado, dándole ocasión para actuar el derecho objetivo? En torno a este problema esencial, la polémica ha puesto a discusión todos los conceptos primordiales de nuestra ciencia: jurisdicción, acción, relación procesal, su naturaleza jurídica y su fin; pero en realidad, en la base de toda discusión sobre estos múltiples aspectos de la polémica, el verdadero problema que se discutía era, traducido en términos de técnica procesal, uno solo: aquel que aparece nuevamente en todos los campos del pensamiento, el de la relación entre interés individual e interés público, entre ciudadano y Estado, entre libertad y autoridad.

La polémica tiene, pues, un fondo esencialmente político, pero esto sucede —y está bien que suceda, aunque no siempre los juristas lo perciben—, en toda elaboración sistemática de las instituciones jurídi-

FOLINI, *A proposito di indirizzi nella scienza del processo*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pág. 105, y *Contro i disorientamenti della scienza del processo*, en la misma revista, pág. 282; consúltese también el prefacio del mismo SATTA a su libro *L'esecuzione forzata* (Milano, 1937) y la recensión de la misma por CARNELUTTI, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1937, I, pág. 201. Para una amplia discusión de la concepción privatista del proceso civil, consúltese a FERRARA JR. *Interferenze tra diritto sostanziale e processo in materia commerciale* (Siena, 1936), núms. 7-8.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cas, en cuya interpretación los técnicos, aun cuando creen ser fieles a la letra de las disposiciones positivas, no pueden eximirse de examinarlas a la luz de ciertas tendencias fundamentales, en las cuales ellos piensan que se inspiró, o querrían que se hubiere inspirado el ordenamiento dentro del cual aquél derecho positivo está colocado. Las reconstrucciones de la dogmática, son pues, en todo caso, el resultado de un compromiso entre el derecho positivo y las premisas de tendencias a que los juristas lo refieren; y es así como, con el desarrollo de estas premisas móviles, la dogmática logra rejuvenecer permanentemente las instituciones jurídicas y adecuarlas a la realidad social que siempre se renueva, aun que la letra de las disposiciones permanezca inmutable. Ejemplo ya clásico de esta función de la adecuación política que la dogmática realiza sobre el derecho positivo, nos lo proporciona, como lo hemos hecho notar en otro lugar, [2] la obra científica de GIUSEPPE CHIOVENDA, quien ha llegado a construir un sistema claramente orientado por principios publicistas y en cierto sentido autoritarios, tomando como base, justamente el código de 1865 que fué, en su tiempo, expresión de tendencias claramente individualistas y liberales. A tanto puede llegar la dogmática a través de la interpretación evolutiva: a construir con materiales viejos, arquitecturas en armonía con tiempos nuevos, o sea a dar la ilusión de que las viejas leyes, encierran un espíritu nuevo, que en realidad es proyectado desde fuera, por la sensibilidad política del intérprete; es la misma ilusión de los colores, que parecen estar dentro de las cosas, y que en realidad es la luz que sobre ellas se refleja.

2. Estas observaciones pueden servir para dar una explicación histórica, para limitarnos únicamente a uno sólo de los aspectos de la polémica, a la disputa siempre renovada en torno al concepto de acción respecto del cual, es un esfuerzo inútil el tratar de encontrar la verdadera definición, ya que no hay una sola que pueda considerarse absolutamente exacta, frente a las otras consideradas como erróneas; porque en realidad, aun esta definición está en función de la relación entre el interés individual y el interés público que, bajo diversos aspectos, se presenta en todos los campos de la ciencia jurídica, y está en consecuencia, sujeta a variar según que en la relación se acentúe, por considera-

2 *Studi sul processo civile*, IV, pág. 244 (en el ensayo GIUSEPPE CHIOVENDA, *Il maestro*).

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ciones políticas, el predominio de uno de los términos, y su desplace, por tanto, en un sentido o en otro, el punto de equilibrio entre los dos.

En un reciente ensayo sobre la acción, que aunque presentado como artículo para una enciclopedia, constituye en realidad la contribución más original y más profunda que se haya escrito sobre la materia, después del clásico estudio previo de GIUSEPPE CHIOVENDA, se ha demostrado por PEKELIS [3] que la polémica sobre el problema de la acción, debatido entre los juristas alemanes del siglo pasado, no ha sido más que un aspecto históricamente paralelo, de la más vasta polémica sobre el problema del Estado; y que, en consecuencia, el ciclo de la teoría sobre la acción ha seguido la misma cronología de la historia política del siglo XIX.

Pero, yo creo que aun sin volver al pasado, es posible una interpretación histórica de la teoría sobre la acción, para quien se limite a considerar el presente; este implacable renacer en la doctrina procesalista contemporánea, de un debate que no se ha llegado a resolver; este reaparecer con nuevos sobresaltos de vitalidad, de concepciones que parecían olvidadas desde hace un siglo, no tiene su origen en un simple gusto dialéctico de los juristas, sino que más bien es la proyección en el campo del proceso, de un fenómeno que se desenvuelve en la realidad social, en la que el problema fundamental de las relaciones entre ciudadano y Estado no ha tenido todavía, y quizá no tenga nunca, una solución única, en lugar de la cual el mismo ordenamiento jurídico se limita a dar una pluralidad de soluciones prácticas provisionales, y frecuentemente contradictorias, que parecen hechas a propósito para alimentar la polémica de la teoría.

Si en este período de rápidas transformaciones que el mundo vive, parece evidente en todos los Estados una tendencia general a reducir a límites, cada vez más estrechos, el campo del derecho subjetivo individual, es cierto que este innegable proceso de "publicación" * que se desarrolla en torno nuestro, [4] no se efectúa con el mismo ritmo, y

3 PEKELIS, *Azione* en el *Nuovo Digesto Italiano*, vol. I; y sobre el mismo tema la recensión de B. CROCE, sobre la *Critica* de 20 de noviembre de 1938 (año XXXVI, fasc. VI), págs. 457-458.

* N. del T.—Usamos esta palabra impropia en nuestro lenguaje, por no hallar la expresión técnica correspondiente.

4 No osaría creer que no sólo en nuestro tiempo, o sea de cincuenta años a nuestros días, sino incluso en todo momento, la historia ideal del derecho se reduzca a ser la historia de su "publificación" (como sostiene ALLORIO en su Pre-

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

no se encuentra, por lo tanto, en el mismo grado de madurez en todas las zonas del campo jurídico; y quien pudiese abarcar con una mirada, como en el mapa topográfico de una región, el plano desplegado del ordenamiento jurídico para ver los progresos de la coloración publicista que está en curso, advertiría que es sumamente difícil trazar los confines de las diversas zonas, porque si hay amplios campos sumergidos en el agua, e islas que emergen sólidamente, en otros territorios solamente hay, por ahora, una infiltración subterránea que deja incierto el color

"que aun no es negro, pero el blanco muere".

En un momento histórico tal, en que permanece en discusión el concepto mismo de derecho subjetivo, y en que no se puede decir con seguridad si este concepto corresponda todavía a la realidad de las relaciones sociales, porque en diversos campos del mismo ordenamiento jurídico éste resiste o está por naufragar o ha naufragado ya, según el diverso grado de la evolución en curso, es natural que esta crisis de las instituciones vivientes tenga su repercusión sobre la dogmática, y que la doctrina de la acción resienta la misma perplejidad y las mismas disensiones que se agrupan en torno al concepto del derecho subjetivo.

El fin de este ensayo es precisamente demostrar, cómo las diversas teorías que todavía se disputan el campo en torno al concepto de acción, tienen todas su justificación histórica en el momento presente, en cuanto cada una de ellas debe ser entendida como relativa a una entre las diversas concepciones (se podría aún decir, entre las diversas fases de maduración) de las relaciones entre ciudadano y Estado, que se encuentran actualmente conviviendo en zonas limítrofes del mismo ordenamiento jurídico; así, no puede decirse de ninguna que en sí misma, sea absolutamente verdadera, ni absolutamente falsa, porque cada una sirve para captar desde un punto de vista diferente, una parte diversa de la verdad, y para hacer brillar un instante, antes de que sea superada, una de las innumerables facetas de aquel metal todavía en fusión, que toma forma dentro de la armadura del Estado.

lusión *Significato della storia nello studio del diritto processuale*, publicado en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, pág. 185 y ss.) Tengo la sospecha de que ALLORIO ha pecado sin quererlo, contra la historia, confundiendo nuestro tiempo con la eternidad.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

3. Cualquiera que sea entre las diferentes teorías en contraste, la que se crea preferible, lo cierto es que la acción antes que ser una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica admitida por el derecho de todos los Estados civilizados, cuyo ordenamiento procesal no puede ser entendido por lo que existe en su estructura positiva y aparente, si en la descripción no se considera, precisamente como una de sus bases fundamentales, la acción, en torno de la cual se elaboran tantas teorías; lo que es una realidad susceptible de las más diversas interpretaciones dogmáticas, pero que, sin embargo, debe tenerse en cuenta, por quien quiera conocer cómo se desarrolla el proceso en la civilización contemporánea.

El proceso de los pueblos modernos, civil o penal, es esencialmente un *proceso por acción* (Klagerverfahren),[5] o sea un proceso en que el órgano jurisdiccional no toma en consideración la realidad social para conocerla o para modificarla en sus aspectos jurídicos, sino en los límites de la proposición que le presenta el sujeto que ejerce la acción.

Una jurisdicción ejercida de oficio, en la cual el órgano jurisdiccional procediese por iniciativa propia, sin atender a la solicitud del sujeto agente, repugnaría al concepto que nos hemos formado modernamente de la función del juez, quien para permanecer imparcial debe esperar a ser requerido y limitarse a hacer justicia a quien la solicita; y si nos encontrásemos con un magistrado que sin ser requerido por alguien se dedicase a descubrir y enderezar entuertos, lo consideraríamos más que un héroe de la justicia, un maníaco peligroso, del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Messina.

En el ordenamiento vigente, pues, la jurisdicción presupone la acción, esta es, al menos, la regla generalísima *in iure condito*, frente a la cual los poquísimos casos de *jurisdicción sin acción*[6] que la doctrina consigue aislar, no sin algunas dudas, constituyen objeto de curiosidad como raros fósiles de una flora antediluviana. No se puede excluír del campo de la hipótesis la posibilidad de un sistema jurisdiccional en que el instituto de la acción fuese totalmente abolido,[7] y en que, desapare-

5 Consúltese ROSENBERG, *Lehrbuch*, pág. 225.

6 CARNELUTTI, *Studi di diritto processuale*, I *(Clausole di rinuncia alla giurisdizione italiana)*, pág. 178; CRISTOFOLINI, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1931, I, pág. 331.

7 Consúltese CHIOVENDA, *L'azione nel sistema del diritto* (en *Saggi*, I, pág. 3 y ss.), Núm. 2.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cida toda distinción entre justicia y policía, se concentrase en un solo órgano la facultad de proponer la litis y la de resolverla (un precedente histórico de tal confusión, se tiene en el proceso penal inquisitivo de no muy grata memoria); pero es de preverse que mientras la justicia se haga por hombres, la omnipotencia del Estado no podrá destruir la necesidad lógica y psicológica (especialmente imperiosa en la fase de conocimiento), de confiar a órganos diversos aquellas dos funciones complementarias, pero de tal manera distintas, que no pueden ser confundidas sin reducir la justicia a un pueril soliloquio, y que son, respectivamente, la función de pedir y la de responder, de proponer un problema y de resolverlo, de denunciar una violación y de repararla. [8]

La acción constituye, pues, *in iure condito*, en lo civil y en lo penal, un límite y una condición de la jurisdicción. La trascendencia práctica de la acción no es apreciable solamente en el momento inicial del proceso, en cuanto el órgano jurisdiccional en la fase de conocimiento o en la de ejecución no se pone en movimiento hasta en tanto es requerido por el órgano agente *(nemo iudex sine actore)*; sino que se revela también en las etapas subsiguientes del proceso y especialmente en el momento conclusivo del mismo, porque el juez puesto en movimiento por el órgano agente, no puede tomar en consideración como materia de su investigación, sino aquel perfil de la realidad sobre el cual el actor pide su atención, y no tiene otra elección que la de hacer propia, o rechazar, la propuesta que el actor le presenta ya preparada para ser transformada en resolución jurisdiccional. La acción, es pues, prácticamente, no sólo la facultad de dar el primer impulso a la jurisdicción que de otro modo permanecería inerte; sino, además, la facultad de preparar para el juez la materia y el programa de su resolución. [9] No se trata solamente de provocar el movimiento en virtud del cual la justicia, superada la fase de inercia, quede libre de seguir su camino, sino de una colaboración perdurable mediante la cual el actor, durante todo el curso del proceso, continúa señalando la ruta a que el juez se debe atener.

En virtud de esta colaboración, el conocimiento del juez en vez de tomar en cuenta directamente la realidad social en que se da la relación controvertida, la ataca sólo incidentalmente, en los términos y aspectos en que la controversia se encuentra aislada y planteada por la parte en

8 Consúltense las páginas fundamentales de WACH, *Struktur des Strafprozesses* (en *Fest. f. Binding*, München, 1914), págs. 6 y ss. del extracto.

9 Consúltese SPERL, *Il processo civile nel sistema del diritto* (en *Studi in onore di Chiovenda*, págs. 809 y ss.), pág. 819.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

su programa de resolución; entre el juez y la realidad social se interpone así, la actividad intermediadora del sujeto agente, parecida a la del ayudante que coloca en el microscopio el porta-objetos que contiene la preparación a examinar por el sabio investigador. Por esto continúo sosteniendo que la devaloración, y se podría decir, el decoloramiento del concepto de acción en ventaja del de *litis* que se halla en la base del *Sistema* carneluttiano, tropieza con la realidad del proceso moderno en que el juez es puesto en contacto no con la *litis*, sino con la acción, en cuanto está llamado no a establecer cuál sea la regulación jurídica que mejor corresponda a la relación social directamente observada, sino simplemente a decidir si merece ser admitida, en relación a una situación ya enmarcada por el actor en un esquema jurídico, la propuesta de resolución que le es presentada por su colaborador indispensable.

Sobre el terreno práctico de esta colaboración se desarrolla vigorosa la polémica de la teoría. Se trata de ver cuál sea la estructura jurídica que rige y mueve esta colaboración; cuál sea el dominante entre estos intereses que colaboran.

4. Dominante es, sin duda, el interés individual en el concepto de acción, caro a los civilistas del siglo pasado, [10] que CHIOVENDA llama *mixto o impropio;* el concepto según el cual la acción no sería más que un aspecto o un momento del propio derecho sustancial, un poder inmanente de reacción contra el ilícito, o como se usaba decir con circunloquios tanto más gráficos, cuanto poco atrayentes, el derecho subjetivo "a la segunda potencia", o el derecho subjetivo "en pie de guerra".

Pero estas frases tan vagas e imprecisas en sí mismas, que representan la acción como una sombra fugaz proyectada por el derecho subjetivo sobre la pantalla del proceso, son, en realidad, la expresión más significativa de la concepción liberal del Estado, que ponía en el centro del sistema jurídico la idea fuertemente arraigada del derecho subjetivo. Allí donde la función jurisdiccional del Estado se conciba como orientada, sobre todo, a procurar protección a los intereses individuales y a tener prontos los medios prácticos para asegurar que tal protección será efectiva, el derecho subjetivo construído como una arma para realizar el predominio, y se podría decir, la soberanía del interés individual protegido, sobre el sacrificado, ofrece a quien pueda servirse de él, la ventaja de una doble función: en cuanto que si la satisfacción del interés

10 Consúltese CHIOVENDA, *L'azione*, citada, págs. 6-7 y notas 11-13.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

predominante no se alcanza a través del mecanismo normal del cumplimiento voluntario, el causahabiente puede obtener la propia satisfacción recurriendo a la ejecución forzada, que constituye contra el deudor que no cumple, un golpe de reserva. Todo se desarrolla, pues, en dos momentos en el campo de un conflicto de dos intereses individuales; y si en el segundo momento, el de ejecución forzada, la fuerza auxiliar no es la privada del acreedor, sino la pública del Estado, éste no interviene por propia iniciativa en tutela de fines propios, sino que se conduce como un personaje que en plano diverso, a petición del actor, le presta su autoridad para ayudarlo a obtener de su adversario el cumplimiento, y a realizar así sus fines individuales. En todo esto, el interés público no interviene, o interviene solamente en cuanto importa a la paz social evitar que los particulares lleguen directamente a las manos. En sustancia, aquí el Estado interviene por el acreedor, y la fuerza pública se pone al servicio del interés privado; pero los personajes del drama siguen siendo dos: el acreedor y el deudor, y el Estado no figura más que como auxiliar y sustituto del primero; [11] lo que quiere decir para salir de la metáfora, que aun en el momento de la acción, los dos sujetos originales de la relación jurídica, permanecen invariables.

¿Se puede afirmar ahora que tal idea esencialmente privatista de la acción, con la cual era simultánea la concepción que ponía el fin del proceso civil en la *tutela de los derechos subjetivos,* [12] ha perdido toda posibilidad de justificación en el derecho positivo vigente? Contestaré que no. Quedan todavía en el derecho sustancial, especialmente en el campo de las obligaciones, vastas zonas en las que la idea del derecho subjetivo vive en toda su gallardía originaria, y en las que la acción de condena (el único tipo de acción que se presta todavía para justificar este retorno a viejas teorías), puede aparecer aun hoy, para quien la considere *a parte creditoris,* nada más como instrumento del interés individual en un conflicto entre particulares, frente al cual el Estado, lejos de asumir la actitud de protagonista del proceso, se contenta con *"asu-*

11 Exactamente observa MENESTRINA, véase *Azione (Azione civile)*, en Enc. It., véase página 207, que la concepción privatista de la acción tenía como presupuesto el "tomar poco en cuenta el grave fenómeno de la intervención de la autoridad estatal en las controversias de los ciudadanos".

12 Sobre esto consúltese CHIOVENDA, *Principii*, pág. 66; ROCCO (Alfredo), *La sentenza civile*, Núm. 9.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

más el papel de tercero" [13] que pone sus jueces y sus gendarmes al servicio de quien tiene la razón.

5. La teoría que más ha contribuido a colocar en un primer plano la figura de este "tercero" —en torno a cuya intervención gira la eficacia práctica del derecho privado y a aclarar que el verdadero *punctum pruriens* del problema de la acción es precisamente aquél que concierne a la posición jurídica de este tercero, que las teorías precedentes dejaban en la sombra—, ha sido, como se sabe, la teoría de la *Rechtsschutzanspruch*, enunciada por WACH, [14] siguiendo a MUTHER, la cual concibió la acción, no ya como un duplicado del derecho subjetivo privado existente entre los mismos sujetos, sino como un derecho subjetivo existente por sí mismo, dirigido contra un sujeto pasivo diverso, que ya no es el deudor originario, sino el Estado, y que tiende a una prestación diversa que no es más el cumplimiento, sino la tutela jurisdiccional.

Con esta teoría, la acción es colocada francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación existente no ya entre particular y particular, sino entre ciudadano y Estado. Pero no por esto el interés individual deja de ser, incluso aquí, primario y predominante; antes bien, se diría que esta teoría de WACH ha llegado a dar la formulación técnicamente más perfecta y más enérgica de la concepción esencialmente liberal, según la cual el proceso civil no es más que un instrumento de realización de los derechos subjetivos privados. [15] Es verdad, en efecto, que esta teoría ante todo ha demostrado, con el célebre ejemplo de las acciones de mera declaración, que el derecho de acción, entendido como derecho a la tutela jurídica, puede existir independientemente de la preexistencia de un derecho sustantivo insatisfecho; [16] pero es verdad, además, que aun aquí la acción continúa siendo considerada como un instrumento y garantía del interés individual (tanto que BÜLOW reprochó a WACH el perpetuar la subordinación del proceso al derecho privado), y sobre todo, es verdad y digno de notar, que este derecho público del ciudadano frente al Estado, se construía según

13 SATTA, *Orientamenti publicistici*, citada, pág. 45.

14 Consúltese CHIOVENDA, *L'azione*, números 4-6.

15 El estudio más exhaustivo de esta concepción, es el famoso ensayo de R. SCHMIDT, *Prozessrecht und Staatsrecht* (Karlsruhe, 1904); consúltese además el prólogo de J. GOLDSCHMIDT a la obra *Der Prozess als Rechtslage* (Berlín, 1925), pág. V-VI.

16 Consúltese CHIOVENDA, *L'azione*, Núm. 6.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

el esquema civilista de la relación jurídica existente entre un causahabiente y un obligado, y que en este esquema la posición del sujeto activo que pretendía la prestación (tutela jurídica), era asumida por el ciudadano, mientras la posición del sujeto pasivo, obligado a la prestación, era reservada al Estado. En esta construcción, pues, que representa al Estado como obligado a realizar una prestación en beneficio del ciudadano, se consagraba explícitamente la preeminencia del interés individual y la subordinación al mismo, del interés público; si la acción considerada como un derecho subjetivo existente por sí mismo, no podía ya confundirse con el derecho subjetivo privado, aquella no tenía, en realidad, según esta concepción, otra función que la de constituirse en su salvaguarda.

El significado teórico de la colaboración práctica entre sujeto agente y juez, de la cual somos partidarios, se traduciría en esta teoría, en una subordinación manifiesta del interés público al privado.

6. A GIUSEPPE CHIOVENDA que si no cronológicamente, si idealmente se encuentra entre WACH y KLEIN,[17] corresponde indudablemente el gran mérito de haber sabido encontrar, con su concepción de la acción como derecho potestativo, el punto de equilibrio entre el interés público y el interés individual, cuya conjunción ha sido concebida por él no como la subordinación del uno al otro, sino como la coordinación armónica de los dos, realizando en forma perfecta la conjugación de la libertad con la autoridad.[18] Esta teoría de GIUSEPPE CHIOVENDA constituye el punto culminante de una curva ideal; antes de él (en la teoría que hemos ya recordado), la acción se construye con un pleno predominio del interés privado sobre el público; después de él (como veremos más adelante), el equilibrio se rompe en favor del interés público, que claramente empieza a predominar sobre el privado.

La idea fecunda, el "descubrimiento" se podría decir, de GIUSEPPE CHIOVENDA, se concreta sobre todo en esto: en haber visto que la ac-

17 Sobre la contraposición de WACH y KLEIN como representantes, respectivamente, de dos concepciones opuestas del proceso civil (concepción liberal y concepción autoritaria), consúltese SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht* (Berlín, 1938), pág. 3.

18 Sobre la posición de GIUSEPPE CHIOVENDA en la ciencia del derecho procesal, cuya historia "se desenvuelve entre el proceso visto como medio y el proceso visto como fin; el proceso visto como actuación de la obligación y el proceso visto como actuación de la ley", me parecen dignas de meditación las bellas páginas de G. CAPOGRASSI, *Intorno al processo* (en *Riv. di filosofia del Dir.*, 1938, págs. 252 y ss.).

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ción si se debe considerar como un derecho subjetivo existente por sí mismo, no se presta a ser encuadrada en el esquema tradicional del derecho subjetivo en sentido civilista, cuyo punto central está constituído por la prestación, respectivamente pretendida y debida, y en el que el predominio del interés del acreedor tiene como ineludible contrapartida el sacrificio del interés del deudor. En realidad, cuando el Estado hace justicia actúa no para hacer con el sacrificio propio un servicio a quien se lo pide, sino para cumplir con esto uno de los fines esenciales del Estado, esto es, para servir un interés esencialmente público. [19] El interés individual y el público no se pueden, pues, considerar en el proceso como dos fuerzas contrapuestas, sino más bien como dos aspiraciones comunes y convergentes, cada una de las cuales lejos de buscar ganancias en perjuicio de la otra, considera la satisfacción de la otra como condición de la propia.

La teoría de CHIOVENDA está orientada, indudablemente, hacia un reforzamiento del principio de autoridad en el proceso, que tiene su más directo inspirador en KLEIN; [20] el Estado, que en función de legislador se limita a formular voliciones por materias, destinadas a transformarse de genéricas y abstractas en específicas y concretas, sólo cuando se verifique en la realidad un hecho perteneciente a la clase hipotetizada, siente que el valor práctico de la propia autoridad no está tanto en el mandar abstracto e impersonal, propio del momento legislativo, como en mantener la observancia de la ley cuando llega el momento de aplicarla, o sea en el vigilar que sea actuada, caso por caso, aquella voluntad hecha específica por la realidad, que con terminología chiovendiana se suele denominar la "voluntad concreta de ley"; por eso, cuanto más se refuerza la idea del Estado, tanto más la función enderezada a mantener la observancia del derecho aparece preordenada a defender la autoridad del Estado que en la inobservancia de la ley ve, antes que la lesión de un interés individual, una rebelión a su mandato, y por tanto, una disminución de su prestigio. Pero puesto que puede suceder que precisamente la norma en cuya observancia está en juego la autoridad del Estado, haya sido establecida como tutela de un interés individual, de tal modo que la contravención del derecho objetivo se presenta, al

19 Consúltese REDENTI, *Profili pratici del dir. proc. civile* (Milano, 1938), pág. 94.

20 Consúltese KLEIN-ENGEL, *Der Zivilprozess Oesterreichs* (1927), págs. 186 y ss.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

mismo tiempo, para el particular como una violación de su derecho subjetivo, resulta que la acción con que este particular se dirige al Estado para pedir la tutela de su interés lesionado, ofrece al Estado la ocasión para reconfirmar su autoridad amenazada por la contravención de la ley; de este modo el particular al buscar la satisfacción de su interés individual, colabora para la realización del derecho objetivo, mientras que el Estado, proponiéndose restaurar la ley, defiende al mismo tiempo el derecho subjetivo del particular.

Esta relación de colaboración —que mientras la acción era considerada como un derecho a la prestación, dirigido contra el Estado, conducía a la absurda construcción de un causahabiente que exigiendo la prestación hace un servicio al obligado, y de un obligado que cumpliendo la obligación, satisface, ante todo, el interés propio—, ha encontrado, gracias a CHIOVENDA, la sistematización adecuada en la figura del derecho potestativo que aparece todavía como un derecho individual (en cuanto *a parte actoris* se presenta como una *facultas* al servicio de un interés privado), pero no es ya un derecho *a una prestación,* porque la actividad jurisdiccional, por la cual el actor atiende a la satisfacción del propio interés individual, es concebida no ya como cumplimiento de una prestación debida al particular, sino como el ejercicio de una función pública.

CHIOVENDA concibe este derecho potestativo como dirigido contra el adversario, [21] en cuanto al derecho de una parte, de provocar la actuación jurisdiccional de la ley, correspondería por parte del sujeto pasivo, no un deber, sino la sujeción a los efectos jurídicos de tal actuación. Pero el aspecto que en esta concepción parece permanecer en la sombra menos explorado, y del cual necesariamente debían surgir los ulteriores desenvolvimientos de la teoría, también es aquí el que se refiere a la relación existente entre el titular de la acción y el Estado. Enseña CHIOVENDA que el titular de la acción tiene el poder de provocar la sujeción del adversario en tanto que sabe *poder contar con la actuación de la ley por parte del Estado,* o sea, en cuanto él, titular de la acción, se encuentra en una cierta "relación... con la ley y con los poderes del Estado", que funge "como medio a su disposición respecto a su relación con el adversario". Ahora bien, he aquí el punto que en esta teoría permanece un tanto en la sombra, ¿en qué consiste esta *rela-*

21 Consúltese *L'azione,* citada, número 8; consúltese también REDENTI, *Op. cit.,* pág. 94.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

ción del titular de la acción con el Estado que en sus manos *"funge como medio"* contra su adversario? Y ¿qué quiere decir, traducido en términos jurídicos, que "el titular de la acción... *puede contar* con la actuación de la ley"? ¿Cómo se puede definir *jurídicamente*, si se niega el carácter de derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional, este "poder contar" con aquel comportamiento del Estado que lleva a la sujeción del adversario? Aun en la magnífica exposición que hace REDENTI [22] de esta teoría del derecho potestativo, me parece encontrar el mismo *hyatus;* dice que al derecho de acción no corresponde una obligación del juez, porque éste "no cumple una prestación específica frente a la parte, sino que *entra en función de modo automático* para la realización de su propio cometido institucional de órgano del Estado". Pero ¿qué significa propiamente y en términos jurídicos el "entrar en función de modo automático?". La figura del derecho potestativo cesaría de ser un concepto jurídicamente asequible si no tuviese carácter jurídico la relación en que se encuentra el causahabiente frente al órgano del Estado cuyo funcionamiento "automático", le es indispensable para producir la sujeción del adversario; esta simple afirmación de la automaticidad de hecho, con la cual la teoría del derecho potestativo tiene interés de poder contar, es necesario llevarla hasta el fin, para poder expresar esta automaticidad en términos de derecho.

Pero, si se niega que esta relación entre el sujeto de la acción y el Estado se pueda definir como un derecho subjetivo público a la prestación jurisdiccional, este particular que tiene el poder de crear con la propia manifestación de voluntad, la condición necesaria y suficiente para hacer que el órgano jurisdiccional se ponga en movimiento en interés público, y proponiéndose de este modo dar ocasión y dirección a una actividad que persigue fines públicos, aparece siempre más claramente como un auxiliar o aún como un investido de una función pública; y es en este sentido como se colma el *hyatus* jurídico que se encuentra en el centro de la teoría del derecho potestativo.

7. A la idea ya incluída en germen, en la teoría del derecho potestativo, de que la acción sea de considerarse ya no como un derecho subjetivo, sino directamente como un poder relativo a una función pú-

22 *Profili pratici*, pág. 95.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

blica [23] se aproximan, incluso entre nosotros, autorizados juristas, entre los cuales CARNELUTTI, el más explícito, considera sin más ni más, al sujeto de la acción como órgano del Estado; [24] pero quizás a aquel itinerario ideal que traza del *derecho subjetivo privado* al *poder* a través del puente del *derecho subjetivo público,* se podría agregar una etapa intermedia constituída por la figura del derecho potestativo, que es el término medio entre el derecho subjetivo público y el verdadero y propio poder, desvinculado de toda referencia al interés individual.

En este desenvolvimiento lógico, era inevitable que la doctrina se precipitase por una pendiente, después de haber alcanzado el punto de equilibrio entre el interés público y el interés privado, representado, como se ha visto por la teoría de CHIOVENDA.

El triunfo del autoritarismo en el orden constitucional, ha llevado a poner siempre más en evidencia en el derecho objetivo, la voluntad del Estado, el mandato, dejando en la sombra la función, ya preeminente, de garantía y equilibrio de los intereses individuales; y aún en el proceso civil en que el fin publicista de la actuación del derecho objetivo se afirma siempre más ilimitadamente, el derecho subjetivo pierde consistencia y se resigna a ser cada vez más, la sombra de sí mismo, retrocediendo al grado de interés ocasionalmente protegido. Así, toda la jurisdicción civil insensiblemente se ha llegado a convertir en jurisdicción de mero derecho objetivo.

No afirmo, se comprende, que esta concepción de la jurisdicción civil sea ya predominante o que sea de preferirse; me basta hacer notar desde un punto de vista histórico, cómo tal concepción ha podido ser enunciada. En materia jurídica, por lo demás, es muy difícil distinguir

23 El insigne maestro a quien está dedicado este estudio, clasifica la acción civil entre la *potestad,* no entre los verdaderos y propios derechos, (consúltese ROMANO, *Corso di diritto costituzionale,* pág. 339).

24 En *Studi di diritto processuale,* vol. I, pág. 14 *(Arbitrato estero),* y pág. 111 *(Incapacità processuale degli austriaci); Sistema,* I, Núms. 76 y 180. (Sobre esto consúltese ALLORIO, en *Riv. dir. comm.,* 1937, I, pág. 66); en contra: ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi publici,* págs. 63-65. Un fino análisis de la posición tomada por el *Sistema* carneluttiano en la contraposición entre orientaciones privatistas y publicistas, se encuentra en el trabajo mencionado de ALLORIO (págs. 66-67), por el cual se revela que mientras bajo ciertos aspectos el *Sistema* acentúa la coloración publicista de algunos conceptos (por ejemplo, el concepto de acción), en otros conceptos marca un retorno a concepciones individualistas, omo es la de la jurisdicción entendida como composición de *"liti".* (Consúltese ALLORIO, *La cosa giudicata rispetto ai terzi,* Milano, 1935, pág. 17.)

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

entre realidad y teoría; y frecuentemente enunciar una teoría quiere decir crear una realidad. En este aspecto creo que sobre todo es interesante, como último desenvolvimiento de la curva descrita del concepto de acción, la teoría del llamado *derecho abstracto de actuar*, la cual me parece expresión típica de aquella concepción autoritaria de la justicia civil, que busca en el proceso únicamente la consecución de un fin público, y que quita de un solo golpe todo recuerdo superviviente entre la acción y el derecho sustancial.

En la acción concebida en sentido abstracto, esto es, no ya como garantía e instrumento de una situación concreta de derecho sustancial, sino como poder correspondiente a cualquier *uti civis* que se dirija al juez para provocar, no obstante que sea inútil, la jurisdicción, no se tendría ya, como en la teoría del derecho potestativo, la coordinación de dos intereses bien distintos, el individual y el público, convergentes hacia el mismo fin, sino se tendría una total disolución del interés individual en el interés público. El interés que mueve la acción, concebida en sentido abstracto, no deriva en modo específico y concreto de la posición individual en que el actor se encuentra en una cierta relación de derecho sustancial, en torno a la cual pueda esperar una resolución favorable a él, sino que se confunde con aquel interés genérico y se podría decir "desinteresado" que todo ciudadano tiene, como tal, en el funcionamiento de la justicia, y que permanece igualmente satisfecho cualquiera que sea el contenido de la resolución que el juez dicte. Pero esto no sería más que el mismo interés del Estado a la actuación del derecho objetivo; no sería un interés individual convergente con el público, sino sería precisamente el mismo interés público del cual el ciudadano que ejercita la acción, se hace *uti civis*, portador momentáneo.

En esta forma todos los puentes entre la acción y el derecho subjetivo se rompen; a fuerza de insistir sobre la independencia del derecho procesal respecto del derecho sustancial, se ha puesto entre ellos una barrera infranqueable.

El derecho subjetivo, del cual la acción en un tiempo había aparecido como la escolta vigilante y armada, permanece, según esta teoría, aislado e inerme, puesto que la acción ya no es concebida como un instrumento para hacer vencer a quien tenga razón, sino como un instrumento puesto igualmente al servicio de quien tiene el derecho y de quien lo ha violado; por eso ahora, más que garantía del derecho subjetivo, se reduce a ser, como se dijo con agudeza, "el derecho de no

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

tener razón", [25] con lo cual el ciudadano puede darse el gusto, en verdad muy platónico, de hacer declarar el derecho objetivo en su contra,

> "para obtener una victoria que después
> aproveche al vencido y aniquile al vencedor".

En conclusión, pues, este derecho meramente abstracto de provocar una resolución contraria al propio interés, o no tiene sentido jurídico, o si debe tenerlo, esto no puede suceder más que bajo el aspecto del ejercicio privado de una función pública.

8. Esta continua y paciente obra de erosión, a la cual ha sometido durante un siglo la doctrina, los elementos corpóreos del concepto de acción, hasta dejarlos reducidos a ser un puro espíritu destacado de la materia, flotante en el empíreo del interés público, encuentra sus puntos de correspondencia en el derecho positivo en que (como se ha advertido al iniciar estas páginas), se suceden y a veces se alternan y entrecruzan instituciones que parecen justificar, según el caso, una u otra de las teorías arriba recordadas, y que se pueden ligar entre sí como otras tantas etapas de este gradual empobrecimiento del derecho subjetivo, del cual la evolución del concepto de acción no es más que un reflejo teórico.

Los límites de este artículo no permiten más que una esquemática enumeración de los aspectos más significativos que se encuentran en el derecho procesal positivo en un desarrollo que quisiera haber intitulado "grandeza y decadencia del derecho subjetivo"; lo señalo como tema de estudio en el que quizás sea útil profundizar la interpretación histórico-dogmática para subrayar mejor la progresión y la continuidad de acuerdo con la trayectoria ideal arriba indicada.

a) La tradicional relación instrumental entre el derecho subjetivo y la acción, según la cual está destinada ésta a entrar en juego en un segundo momento, como remedio del incumplimiento, cuándo y por qué en un primer momento el derecho subjetivo no ha llegado a conseguir su normal satisfacción en el cumplimiento espontáneo del obligado, se encuentra profundamente alterada e incluso destruída en aquel grupo de situaciones de derecho sustancial, en las que faltando a los particulares el poder de disponer negocialmente de sus relaciones, éstas no

25 CHIOVENDA, *L'azione*, pág. 13.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

pueden ser modificadas, sino con la intervención del juez (sentencia *constitutiva necesaria*). 26 En estos casos —cuyo número va creciendo siempre en el derecho positivo actual, por consideraciones llamadas de "orden público" que substraen a la libre disposición de los particulares, y por tanto, al derecho privado, nuevas categorías de relaciones—, no se puede hablar ya, con el rigor del término, de un derecho subjetivo sustancial preexistente a la acción, porque aquí, no pudiendo ser satisfecho el interés a la modificación jurídica más que por una decisión del juez, el único derecho que compete al interesado es, *desde el primer momento*, la acción.

El recurso ante el juez, no es ya, pues, un *posterius*, del cual el incumplimiento sea el *prius;* el derecho sustancial no tiene ya, en sí mismo, los medios fisiológicos para llegar a la satisfacción normal de los intereses individuales, sino que reenvía, sin más, a la acción como único y primario medio para la propia actuación; así que parece difícil frente a esta categoría de relaciones, continuar hablando de "substitución" o "secundariedad", como carácter esencial de la jurisdicción, 27 o de jurisdicción como "aplicación de sanciones". 28

Todo esto es la manifestación, como es fácil comprender, del aumento de la ingerencia del Estado en las relaciones individuales para cuya modificación ya no es suficiente la voluntad del particular, sino que es preciso, en cada caso, la intervención y control del Estado representado por el órgano jurisdiccional; estamos, pues, en los límites entre la verdadera y propia jurisdicción y la llamada jurisdicción voluntaria; pero esta emigración de nuevas categorías de relaciones, del campo de la jurisdicción civil al campo de la jurisdicción voluntaria, que en sustancia es administración, es uno de los modos como indirecta, pero eficazmente se realiza la absorción del derecho privado por el derecho público. 29

b) En el mismo sentido puede interpretarse la tendencia que se manifiesta aquí y allá, en diversas disposiciones legales, a aumentar los poderes discrecionales y equitativos del juez y a ampliar, en consecuen-

26 Consúltese mis *Studi sul processo civile*, vol. II *(Linee fondamentali del processo civile inquisitorio)*, págs. 334-335.

27 CHIOVENDA, *Principii*, § 13.

28 REDENTI, *Profili pratici*, citado, § 6 y ss.; consúltese pág. 74.

29 BAUMBACH, *Zivilprozess und freiwillige Gerichtsbarkeit* (en *Zeits. der Ak. f. D. Recht*, 1938, pág. 583).

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

cia, la categoría de las sentencias *determinativas o dispositivas*.[30] Para quien rechace la opinión, según la cual, aún en los juicios de equidad el juez no haría más que declarar una norma equitativa preexistente[31] y estime, por el contrario, que aquí corresponde al juez, en sustancia, el poder de crear el derecho para el caso particular,[32] me parece que es lógico concluír que aún en estos casos, no preexiste a la acción ningún derecho subjetivo y que lo único que queda para la tutela del interés individual, es la acción, que ya no es el medio para actuar, en forma secundaria, una tutela jurídica ya formulada *a priori* en el derecho sustancial y destinada normalmente a funcionar en los límites de éste, sino que es el medio para crear *a posteriori* en el proceso, una tutela jurídica primaria que hasta ese momento no existía. Aun aquí, si no nos equivocamos, paralelamente con este aumento de los poderes dispositivos del juez, se produce una disminución proporcional de la autonomía privada en el campo sustancial; en lugar de la norma creada *a priori* en forma general y abstracta, que deja al particular la elasticidad y apoyo del derecho subjetivo, aquí se tiene sobre toda relación concreta, el control inminente que incumbe al juez que, formulando especialmente para el caso una voluntad adecuada del Estado, constriñe al particular a colocarse, directa e individualmente, cara a cara con el legislador.

c) En otro campo, como es sabido, se ha realizado ya desde hace tiempo la separación de la acción respecto del derecho subjetivo; me refiero a la justicia administrativa, en la cual el recurso propuesto por el ciudadano contra el acto administrativo ilegítimo, no sirve más que indirectamente a la tutela del interés individual, el cual es explotado con un fin público, como estímulo para inducir al ciudadano a hacer al Estado el servicio de denunciarle una ilegalidad cometida en la administración pública. Aquí, estamos frente a una jurisdicción típicamente de derecho objetivo, frente a la cual el derecho de recurso del particular interesado, perdida toda referencia instrumental al derecho subjetivo,

30 CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, Núm. 57; CARNELUTTI, *Sistema*, I, Núm. 40.

31 Consúltese mis *Studi*, vol. II *(Significato costituzionale delle giurisd. di equità)*, págs. 28 y ss.; CAMMEO, en *Studi in onore di Chiovenda*, pág. 117, nota.

32 Consúltese CRISTOFOLINI, *Contro i disorientamenti*, *citado*, pág. 284 y las referencias allí indicadas.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

se presenta como mera acción.[33] Pero lo que más interesa poner de relieve, es que tal separación de la acción del derecho subjetivo se extiende cada día a nuevas categorías de relaciones hoy progresivamente atraídas del campo del derecho privado, al cual pertenecían hasta ayer, al control de la administración pública; cuanto más extiende el derecho administrativo sus límites a zonas hasta ahora pertenecientes al derecho privado y se enriquece con esto, a expensas de la jurisdicción ordinaria, la materia de la justicia administrativa (piénsese por citar únicamente un ejemplo, en el R. decreto L. de 17 de julio de 1937, número 1,400, para la defensa del ahorro y para la regulación de la función crediticia), la acción se depura cada vez más de sus aspectos sustanciales, incluso en estos campos, y siempre más claramente deviene un medio para mantener la observancia del derecho objetivo, mientras el derecho subjetivo retrocede al grado de un interés ocasionalmente protegido, que no es ya objeto de la tutela, sino mera condición de legitimación.

d) Y en fin, otro aspecto de esta tendencia de la acción a escindirse del derecho subjetivo, creo que se pueda encontrar en aquellos casos cuyo número va en constante aumento, incluso en nuestras leyes, en que el poder de provocar la resolución jurisdiccional es conferido a personas diversas de los sujetos de la relación sustancial controvertida; piénsese, por ejemplo, en ciertas resoluciones que en el campo del derecho de familia pueden ser provocadas por personas no directamente interesadas en la relación, pero pertenecientes a una categoría de legitimados que la ley en ciertos casos hace coincidir con un restringido círculo familiar, pero que en otros casos determinados, puede ampliarse hasta comprender genéricamente todos los interesados (por ejemplo el artículo 104 del Código Civil), y hasta como sucede en la figura límite de la acción popular, *a quisquis de populo*. Generalmente la clasificación sistemática de estos casos se investiga bajo el perfil de la legitimación y de la substitución procesal;[34] pero quizás ameritarían ser situados

33 CHIOVENDA, *Istituzioni*, I, Núm. 7 h (pág. 25); y *Principii*, págs. 66 y 358; REDENTI, *Profili pratici*, citado, § 101; y los autores citados en la nota de ZANOBINI, *La giustizia amministrativa*, pág. 237 (*Corso di dir. amm.*, vol. II, Milano, 1937), quien, no obstante, en el texto enseña que aun la jurisdicción del Consejo de Estado tiene por fin la tutela de intereses subjetivos. Consúltese también R. HÖHN, *Das subiektive öff. Recht un der neue Staat* (en *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, (1936), págs. 49 y ss.), especialmente págs. 60-61.

34 Consúltese CARNELUTTI, *Sistema*, I, Núm. 142.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

más claramente en el centro de la teoría general de la acción, porque en muchos de estos casos es difícil precisar cuál sea el derecho ajeno que el substituto haría valer en juicio por medio de la acción que le corresponde, y todo parece más simple cuando en el poder de la acción conferido a estos legitimados, se vea simplemente el ejercicio de un poder público, preordenado a asegurar la ejecución del derecho objetivo, en cierta zona del ordenamiento jurídico, en que no se puede ya contar con el funcionamiento del derecho subjetivo.

De estos casos de legitimación genérica por categorías, el paso es breve para llegar a la última fase del desenvolvimiento que es la acción atribuída abiertamente, como función pública, a un órgano del Estado. Y cuando se llega a aquella extrema expresión de la acción civil, que es el ejercicio de la misma por el Ministerio Público, quizás es inútil esforzarse para encontrar la explicación de esta figura en un fenómeno de substitución [35] y de considerar en estos casos al Ministerio Público como legitimado para hacer valer un derecho subjetivo ajeno, incluso puede suceder que aun aquí la explicación más simple es quizás, históricamente más exacta, y consiste en reconocer que la acción se ha reducido en la actualidad a un poder público dirigido únicamente a la actuación del derecho objetivo. [36]

9. Partiendo de la tradicional concepción privatista, la acción civil va, pues, a desembocar al final de su ciclo, al mismo lugar al que llegó desde hace tiempo la acción penal, la cual parece que hoy ha alcanzado el grado extremo de publicidad y de abstracción, más allá del cual no se podría pensar en otro grado que en el que consiste, como se ha observado desde el principio, en su abolición. En verdad, las diversas tentativas que se han hecho para construir la acción penal sobre el esquema de la acción civil considerándola como instrumento de un derecho subjetivo concreto de castigar, parecen decididamente superadas por la concepción hoy predominante del Estado autoritario. El derecho subjetivo de castigar no existe más que como poder atribuído al Ministerio Público, de provocar de parte de los órganos competentes la actuación del derecho penal objetivo; pero el acusador no aspira en realidad a

35 Consúltese CARNELUTTI, *Sistema*, I, Núm. 145; y mis *Studi*, II, pág. 349.

36 Consúltese en este sentido las bellas páginas de CRISTOFOLINI, *Sulla posizione e sui poteri del Publico Ministero nel processo civile*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1930, II, págs. 23 y ss.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

satisfacer un interés diverso de aquel que persiguen los jueces; por eso entre ellos y el órgano jurisdiccional se debe ver únicamente una división del trabajo que da lugar a una diversidad de posiciones psicológicas, no a una distinción jurídica de fines.[37]

Quien considere la fluidez del concepto de acción y las oscilaciones a que está sujeto según que en el derecho sustancial predomine la consideración de los intereses individuales o de los colectivos, debe convencerse que haría un esfuerzo inútil si buscara una definición absoluta de la acción, que pueda adaptarse igualmente a la acción civil y a la acción penal privada y a la pública; las teorías de la acción como derecho concreto, del *Rechtsschutzanspruch* al derecho potestativo, no tienen sentido más que en el campo civilista; mientras de acción penal se puede hablar en nuestro ordenamiento, sólo como poder y sólo en sentido abstracto. Esto está muy bien dicho por REDENTI que solamente en el proceso civil es fautor de la acción en sentido concreto. "Nada de todo esto y nada igual puede valer para la acción pública en general y menos todavía para la acción pública penal. El actuar en este campo es función institucional (perpetua, constante, indeclinable) y no puede ni aún imaginarse como materia de derecho subjetivo".[38]

Pero, en el fatal camino que lleva al proceso civil a aproximarse siempre más al penal,[39] aún la acción civil sigue esta trayectoria: de derecho subjetivo privado, a poder público puro. Esta dirección es evidente en los diversos momentos del desenvolvimiento que, como antes se ha visto, se pueden señalar en el derecho positivo; mientras en los primeros momentos (párrafos a y b), el interés individual, aun no teniendo ya, fuera del proceso una tutela preexistente que lo eleve al grado de derecho subjetivo sustancial, puede, sin embargo, encontrar una tutela concreta en la decisión del juez, por eso se puede decir que la acción tiene aquí el lugar del derecho subjetivo sustancial y que en

37 Consúltese el ya citado estudio de WACH, *Struktur des Strafprozesses (passim)*; y F. SCHAFFSTEIN, *Das subjektive Recht im Strafrecht* (en *Deutsche Rechtswissenschaft*, I, 1936, págs. 39 y ss.); y entre nosotros MAGGIORE, *Principii di diritto penale*, vol. I, Núm. 5.

38 *Profili pratici*, citado, pág. 95.

39 Consúltese SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht*, citado, pág. 4. Se nota, por lo demás, que ya en algún ordenamiento parecen delinearse los primeros curiosos síntomas de un retorno del proceso penal a concepciones privatistas; consúltese GRODZINSKY, *Die Privatklage im Sowjetrecht* (en *Zeitschrift für Ostrecht*, IV, noviembre 1930, págs. 1055 y ss).

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

estos casos aparece el valor positivo de aquellas teorías recientísimas, según las cuales el derecho subjetivo se halla todo en la acción;[40] en los otros dos momentos (párrafos c y d), se ve que la acción no se puede ya considerar ni siquiera como un medio predispuesto en tutela del interés individual, el cual puede encontrar en la acción solamente una protección ocasional y refleja. Aun aquí el ciclo que desde hace tiempo ha concluído para la acción penal, está por concluirse con el mismo epílogo para la acción civil; si como fin preeminente del proceso civil se pone la actuación del derecho objetivo, parece inevitable que el Estado se sienta llevado a reivindicar para un órgano propio, aún en el campo del proceso civil, la iniciativa para alcanzar tal fin, esencialmente público.

10. Aconseja Leonardo a los pintores, para captar mejor la proporción y las relaciones, mirar el cuadro reflejado en un espejo; del mismo modo en el espejo del derecho sustancial que es el proceso, es posible mirar nítidamente expresado en este inquieto fluctuar de teorías sobre la acción, la crisis del ordenamiento jurídico contemporáneo, y del concepto de derecho subjetivo que hasta ahora constituía su base central. El movimiento para reformar el proceso civil en forma siempre más acorde a su finalidad publicista, considerada siempre como predominante, aparece en Alemania como uno de los aspectos de la guerra abierta que una parte de la doctrina ha declarado contra el concepto de derecho subjetivo: *Kampf wider das subiektive Recht.*[41] De esta lucha ha sido la acción el primer blanco; la teoría del *Rechtsschutzanspruch,* que hasta hace pocos años predominaba entre los procesalistas alemanes, se considera como una concepción genial, pero superada, conciliable solamente con la idea del Estado liberal;[42] se niega que en el Estado autoritario puedan subsistir derechos subjetivos públicos, y por tanto, una acción concebida bajo este aspecto;[43] se llega hasta proponer la abolición del proceso civil y su total transformación en juris-

40 PEKELIS, *Azione,* citado; BINDER, *Prozess und Recht* (Leipzig, 1927).

41 Consúltese W. SCHOENFELD, *Der Kampf wider das subiektive Recht,* en *Zeits. d. Ak.,* citado, 1937, págs. 107 y ss.; y los artículos que sobre varios aspectos del problema, han sido publicados por diversos juristas alemanes en *Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft* (Berlín, 1935), y en *Deutsche Rechtswissenschaft,* I, (Hamburgo, 1936).

42 SCHÖNKE, *Zivilprozessrecht,* pág. 3.

43 Consúltese HÖHN R., *Das subiektive öff. R.,* ya citado (1936).

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

dicción voluntaria,[44] la reducción de la función jurisdiccional a función de policía, la retrocesión del derecho de acción a simple facultad de denuncia.[45] Los poderes de iniciativa del Ministerio Público en el campo civil devienen siempre más extensos y cada vez menos excepcionales.[46]

Pero en otros Estados el ciclo ha progresado más aún. En el ordenamiento del proceso civil actualmente vigente en Rusia, no sólo aparece calcada sobre el modelo del proceso penal la instrucción dominada por el principio inquisitivo,[47] sino que son conferidos al abogado del Estado (Ministerio Público), poderes de iniciativa tan amplios que casi hacen desaparecer toda distinción práctica entre acción civil y acción penal.[48] El Ministerio Público, en efecto, está legitimado (artículo 2 del Código de Procedimientos Civiles, de 10 de julio de 1923, reformado en 1936), para hacer valer en juicio cualquier pretensión civil "cuando a su juicio, esto sea necesario en interés del Estado o de la masa trabajadora"; y si el particular, formalmente titular de esta pretensión, permanece inactivo o de cualquier modo se niega al ejercicio de la misma, el Ministerio Público tiene la facultad de hacerla valer igualmente sin e incluso, contra la voluntad del acreedor,[49] y de someter a ejecución forzada al deudor para incautar sus bienes *a favor del Estado*.[50] Así el derecho subjetivo, si continúa estando nominalmente ligado a un interés del particular, ha cesado ahora, a través de esta legitimación procesal conferida en todo caso al Ministerio Público, de ser el instrumento tradicional de la voluntad individual.

Pero el proceso opera aun por otro camino a este gradual debilitamiento del derecho subjetivo, en cuanto aun si en ciertas materias se continúa hablando de derechos individuales, la posibilidad de hacerlos

44 BAUMBACH, trabajo citado (sobre el cual mi nota *Abolizione del processo civile?*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, Núms. 1 y 4).

45 Ibidem.

46 Consúltese, por ejemplo, la ley alemana de 12 de abril de 1938 acerca de la modificación e integración del derecho de familia a la cual se refiere mi *Rassegna*, en *Riv. dir. proc. civ.*, 1938, I, pág. 268.

47 MAURACH, *Das Beweisverfahren im sovietrussischen Zivilprozess*, en *Zeitschrift für Ostrecht*, I, págs. 773 y ss. POPOV, *Grundsätze des Zivilprozesses des Sovietunion*, la misma revista, I, págs. 897 y ss.

48 MAURACH, *Die Rolle des Staatsanwalts im sovietrussischen Zivilprozess*, en *Zeit. f. Ostr.*, II, págs. 721 y ss.

49 Id. trabajo citado, pág. 723.

50 Id. estudio citado, pág. 737.

Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, núm. 13, México, 1942.
DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx http://biblio.juridicas.unam.mx

valer en vía jurisdiccional no está ya preventivamente garantizada, porque según el artículo primero del Código Civil, los derechos son tutelados por la ley, solamente en cuanto "no se trate de realizarlos en contraposición con su fin económico-social". 51

Del derecho no deriva, pues, sin más, la acción; ésta puede ser concedida o rechazada en cada caso por el juez, con fundamento en criterios políticos de oportunidad; lo que equivale a decir no sólo que no existe ya en sustancia ningún derecho subjetivo privado, en cuanto la tutela del interés individual no está ya preventivamente asegurada por la ley, puesto que está condicionada en cada caso al criterio del juez, sino que no existe ya ni siquiera un derecho de acción, porque el juez, puede siempre, a quien le pida justicia, responder discrecionalmente: *"actionem non dabo"*. 52

No parece, pues, que sea demasiado audaz la conclusión de quien sostiene que aunque discordantes entre sí, todas las teorías sobre la acción pueden encontrar su justificación y su correspondencia en alguno de los cambiantes aspectos de la realidad histórica, tan rica y compleja, que se mueve en torno nuestro.

Progresivo debilitamiento del derecho subjetivo hasta reducirse a un interés ocasionalmente protegido; ensanchamiento del derecho administrativo a costa del derecho civil; absorción del proceso civil en la jurisdicción voluntaria o en la jurisdicción administrativa; aumento de los poderes discrecionales del juez; imprecisión de los confines no sólo entre derecho privado y derecho público, sino aún entre derecho sustancial y derecho procesal; descrédito creciente no sólo de la codificación, sino de la misma ley entendida como norma general y abstracta preexistente al juicio; aspiración cada vez más viva al derecho del caso por caso; 53 todos estos son los aspectos de una crisis que el procesalista sigue con ansiedad en su espejo, en el cual se refleja, traducido en fórmulas de teoría, el vasto trabajo del mundo.

PIERO CALAMANDREI.

51 Id., estudio citado, pág. 723; FREYMANN, *Die Prinzipien der Rechtssprechung in Sovietrussland*, en *Zeits. für Osteuropäisch R.*, II, 1926, Núm. 4, pág. 435.

52 MAURACH, *Leitende Gedanken des Zivilprozesses in der Sovietunion*, en *Zeits. f. Osteurop. R.* (nueva serie), I, 1934, págs. 35 y ss.

53 Consúltense las bellísimas y proféticas páginas de JEMOLO, *Il nostro tempo e il diritto*, en *Arch. giur.*, 1932.

DR © Escuela Nacional de Jurisprudencia