

LOS VERDADEROS LIMITES DEL DERECHO DE ACCION

Por

ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

Tesis de grado para optar al título de
Doctor en Derecho y Ciencias Sociales

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
DEPARTAMENTO DE CIENCIAS

UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO
Pasto, Julio, 1976

A10
+
D345.121
B554
Ej. 1


v

UNIVERSIDAD DE NARIÑO	
DEPARTAMENTO DE BIBLIOTECAS	
PASTO - COLOMBIA	
No. 19662	Ej. 1
Valor \$1500 =	Vol. _____
Fecha 12-27-76	Don. x
Fact. <i>Sevilla</i>	Carje _____
Librería <i>Autón</i>	Cmp. _____

PRESIDENTE DE TESIS :

Dr. RODRIGO NELSON ESTUPIÑAN V.

"La Facultad no se hace responsable de las opiniones emitidas en la tesis, las cuales deben considerarse como propias del autor".

Artículo 70, Reglamento de la Facultad de Derecho.

CONTENIDO

	Pág.
1. INTRODUCCION	1
2. SIGNIFICADO MULTIPLE DEL VOCABLO	5
3. CONCEPTO PROCESAL DE ACCION	7
4. VISION GENERAL DE LAS TEORIAS EXPUESTAS A- CERCA DE LA ACCION	11
5. LA ACCION Y EL DERECHO SUBJETIVO MATERIAL	15
5.1 Escuela Clásica	15
5.2 La acción como derecho nuevo que hace de la violación del derecho material	18
5.3 Críticas a la escuela clásica. La autonomía del derecho de acción	19
6. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE ACCION	25
6.1 La acción es una simple facultad inhe- rente a la personalidad	26
6.2 La acción como poder jurídico	28
6.3 La acción como derecho potestativo pri- vado	33
6.4 La acción como derecho subjetivo públi- co	36
6.5 La acción como Derecho procesal	39
6.6 La acción como derecho cívico	40
7. SUJETOS DEL DERECHO DE ACCION	45
8. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE ACCION	51
9. FINALIDAD DEL DERECHO DE ACCION	53
10. OBJETO DEL DERECHO DE ACCION	55
11. CLASIFICACION DE LAS ACCIONES	58
11.1 Punto de vista sustancial	59
11.2 Punto de vista procesal	60

LOS VERDADEROS LÍMITES DEL DERECHO DE ACCIÓN (*)

Pág.

11.2.1	Acción de juzgamiento	62
11.2.1.1	Acción declarativa pura	63
11.2.1.2	Acción de condena	64
11.2.1.3	Acción constituti- va	66
11.2.2	Acción ejecutiva	67
11.2.3	Acción ejecutiva ordinaria y acción ejecutiva privilegia- da, o preferencial	70
11.2.4	Las llamadas acciones mix- tas	72
11.2.5	Acción cautelar	74
12.	EL DERECHO DE ACCION Y LA PRETENSION	75
12.1	Sujetos	76
12.2	Objeto	77
12.3	Causa	78
13.	EL DERECHO DE ACCION Y EL DERECHO DE CONTRA- DICCION	79
14.	EL DERECHO DE ACCION Y LA DEMANDA	80
15.	EL DERECHO DE ACCION Y LA "LEGITIMATIO AD CAUSAM"	83
16.	EL DERECHO DE ACCION EN LA DOCTRINA, LA JU- RISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION COLOMBIANAS	85
16.1	La doctrina	85
16.2	La jurisprudencia	86
16.3	Nuestra legislación procesal	88
17.	CONCLUSIONES	91
18.	BIBLIOGRAFIA	93

LOS VERDADEROS LIMITES DEL DERECHO DE ACCION (*)

Por

ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ

1. INTRODUCCION

Una tendencia general de la humanidad a considerar lo más antiguo como lo de más importancia, hizo que durante largos siglos, se desatendieran completamente las instituciones del Derecho Procesal, considerado como un simple apéndice del catálogo objetivo que dictaba los derechos subjetivos privados; la confusión de proceso con procedimiento contribuyó, en forma notable, a dar visos de verdad a tan errado concepto, y, de contera, a negar el carácter científico que reviste el Derecho Procesal.

Por fortuna para la cultura jurídica moderna, hoy se ha salvado esta valla; en efecto son ya muy pocos los juristas que se empecinan en negar a la rama del Derecho en cuestión la categoría científica que le corresponde, con objeto, método, principios y modalidades propios.

Lógico es -como lo señala Carnelutti-, que "el tronco del Derecho es uno solo, del que son dos ramas el Derecho Privado y el Derecho Público, el Derecho Procesal y el Derecho Material, ninguno de los cuales nace del otro, sino que parten, uno y otro, del tallo común". Tampoco hemos de negar que el Derecho Material y el Procesal forman, en conjunto, un armonioso complemento, pues ninguna razón justificaría la existencia del proceso sin el derecho para tutelarlos mediante tal instrumento, pero tampoco el derecho, por sí solo, tendría la suficiente fuerza para existir sin el proceso.

(*) Tesis para optar al título de Doctor en Derecho y Ciencias Sociales.

Ello nos indica muy a las claras que, si bien las dos ramas del Derecho son distintas e independientes entre sí, en manera alguna se excluyen, pues, es en concurso como están llamadas a la preservación del orden jurídico, de la armonía y de la paz sociales a fin de evitar una situación de eterno conflicto entre los diversos sujetos de derechos.

No todos los doctrinantes, sin embargo, han aceptado reflexiones como las hasta aquí consignadas; antes por el contrario, en tanto los estudiosos del Derecho Sustancial han menguado la importancia y categoría del Derecho Procesal negándole su característica de ciencia asignada única y exclusivamente al primero, quienes se han orientado con mayor ahínco por el sendero de las disciplinas procesales han creído encontrar una separación absoluta entre los dos derechos sin consideración a las mutuas relaciones que suscitadamente hemos expuesto.

Empero, y dentro de batallas que, con gran denuedo han librado los autores en estos campos doctrinales, se ha logrado establecer el verdadero sentido que reviste el Derecho Instrumental; a ello -y fue éste el factor determinante para la escogencia del tema de nuestra tesis-, contribuyó en forma definitiva el deslindamiento del derecho de acción frente al derecho subjetivo material pretendido en el juicio; en efecto, luego de memorable controversia habida entre Windscheid y Muther, de la cual daremos cuenta en el curso del trabajo, los juristas alemanes iniciaron una ardua y lenta tarea de distinguir la acción, como derecho procesal, del derecho sustancial, cuyo desarrollo había de dar al traste con las posiciones tradicionalistas del Derecho e iniciaría la bella construcción científica del Derecho Procesal.

Hoy, esta edificación se encuentra casi completamente concluida; de todas formas, el repaso de su historia es por demás provechosa para el estudio de estas materias pues, amén de que le permite adquirir conceptos claros al respecto, le brinda la brillante oportunidad de contribuir a los toques finales del edificio.

Creemos suficientes las consideraciones expuestas para poner de relieve la gran importancia que el derecho de acción reviste dentro del mundo pro

cesal; ello ha incidido poderosamente para que la doctrina se haya ocupado insistentemente de ella, como que -en el sentir del Dr. Rodrigo Nelson Estu piñán-, "es el eje alrededor del cual gira todo el Derecho Procesal".

Si atendemos a los predicados de Wach, "el derecho subjetivo material pertenece al presupuesto de la pretensión de tutela jurídica, y por otra parte la llamada accionabilidad, coercibilidad, el deber de prestar, pertenece al contenido del derecho subjetivo privado; y por tanto parece que la pretensión procesal a la tutela jurídica y a la pretensión material, no pueden separarse. Pero sin embargo debe ello ocurrir, ya que la pretensión a la tutela jurídica no es contenido de la facultad privada frente al obligado, toda vez que ésta puede sin duda hacer que venga a ser inútil pero no satisfacerla, puesto que ella, dirigiéndose a un acto del Estado, a un acto de tutela jurídica, debe, bajo todos los aspectos, pertenecer al derecho procesal".

Mucho se ha escrito en el común afán de trazar la línea divisoria entre acción-derecho material, totalmente desaparecida para la escuela clásica; hemos notado, sin embargo, que cuando los autores abocan temas como éste, se limitan a exponer el árbol doctrinario en toda su frondosidad y en el orden que les ha parecido más conveniente, pero sin profundizar mucho en sus raíces; el temor justificado de incurrir en parecida falta, nos ha movido a evitar tan general tendencia; es por ello que, luego de dar una noción general del vocablo que ha dictado el tema, tanto en el mundo jurídico como extrajudicialmente, y, como especie del primero, dentro del terreno procesal, hacemos una clasificación muy general de las teorías expuestas con ocasión del derecho de acción, porque es imposible dejar de hacerlo.

Sin embargo, nuestro afán ha sido deslindar la acción de otros fenómenos jurídicos con los cuales frecuentemente se la confunde; iniciamos tal labor con el derecho -subjetivo material, en donde habrá oportunidad- y allí sí con razón- de exponer los postulados de las diferentes escuelas el respecto; establecida la autonomía de la acción frente al derecho sustancial, estudiaremos la naturaleza jurídica de aquella, de acuerdo con las diferentes posiciones que, en este campo, han asumido los doctrinantes, para seguir,

posteriormente, detallando los diversos elementos del derecho de acción y especificando sus sujetos, su objeto, su fundamento y su finalidad.

Redondeado así el concepto del derecho de acción, podremos adentrarnos en el escabroso tema de su clasificación, para considerarla, luego, frente a otras figuras tales como la pretensión, el derecho de contradicción, la demanda y la "legitimatío ad causam".

La última parte del trabajo está dedicada a elaborar -en forma por demás breve-, la aplicación de los principios vistos en la doctrina, la jurisprudencia y la legislación colombiana.

Dentro de cada uno de los temas iremos motivando nuestras razones de adhesión o rechazo por tal o cual doctrina, o si ninguna de las expuestas resulta convincente para nuestro criterio, formularemos uno propio, movidos única y exclusivamente por el afán de buscar la verdad en aras de una construcción jurídica justa y bondadosa.

No hemos descartado la posibilidad de habernos equivocado en nuestros conceptos; ello, sin embargo, no es lo importante; lo que realmente interesa es que se motive el espíritu de la juventud estudiosa con el objeto de desatar una sana y benéfica controversia que -estamos plenamente seguros-, arrojará luces sobre el asunto.

Si este trabajo contribuye a ello nos sentiremos satisfechos y estimulados.

2. SIGNIFICADO MULTIPLE DEL VOCABLO

Etimológicamente, la palabra acción se deriva del verbo latino "agere", que significa obrar, hacer algo.

Considerada desde un punto de vista filosófico, podría decirse que la acción es el acto por el cual se ejercita una facultad física o moral con el fin de producir un efecto (1).

Los tratadistas son unánimes en conceder al vocablo un significado múltiple, e incluso algunos llegan a sostener que toda la polémica acerca de la acción radica en su multiplicidad de acepciones en cada una de las ramas del Derecho (2).

El distinguido procesalista uruguayo Eduardo J. Couture anota que el vocablo cuenta por lo menos con veintitres acepciones (3), y el Dr. Hernando Devis Echandía habla así acerca de este tema: "Tiene esta palabra un significado múltiple y se lo utiliza en todas las ramas del Derecho de muy diversa manera: se habla de acción por oposición a omisión, tanto en la culpa civil como en delito penal; se usa el término para determinar la actividad del Estado en cierto sentido, como cuando se habla de la acción del Estado en las relaciones entre capital y trabajo; para fijar los límites de una de las ramas del Derecho, como cuando se habla del campo de acción del Derecho Civil, Penal o Administrativo, etc; para identificar el derecho que se quiere proteger, seguida a veces del respectivo derecho material subjetivo, como acción reivindicatoria, acción posesoria, acción contractual o extracontractual, acción de estado civil, etc; para distinguir, en el Derecho Comercial, rama de sociedades, a la unidad en que se divide el interés social, y así hablamos de acciones al portador o nominativas, etc; para distinguir la rama

-
- (1) MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte General, sexta edición, Edit. ABC, Bogotá, 1973, Pág. 120
 - (2) MONROY CABRA, Marco G. Principios de Derecho Procesal Civil. Edit. Temis. Bogotá, 1974, Pág. 123
 - (3) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Conferencias de Derecho Procesal Civil. Parte General. Publicación de Alier Hernández y Guillermo Caicedo, Pasto, 1973, Pág. 55.

del derecho material a que pertenezca el derecho o relación jurídica de que trate, y así se habla de acciones civiles, administrativas, laborales, etc; para identificar la clase de bien que se persigue o protege, se habla de acciones muebles e inmuebles; para expresar si el sujeto del derecho material lo constituye determinada persona o personas indeterminadas, se distinguen las acciones personales y reales; para referirse a la calidad del derecho material, si es cesible o no, prescriptible o no, se habla de acciones cesibles y prescriptibles o lo contrario" (1).

Es, así mismo, frecuente encontrar utilizado el término como sinónimo del "petitum", o del hecho de la efectiva proposición de la demanda judicial, o como el contenido de la defensa, o como el poder de proponer una demanda judicial, etc (2).

Sin embargo, si bien es importante establecer el intrincado campo de conceptos -la mayor parte de los cuales adolece de errores- y dentro del cual ha de desarrollarse nuestra actividad con el objeto final de extraer el verdadero sentido procesal de la acción, creemos que lo dicho es suficiente demostración del mismo.

Quizás revista mayor interés, y sea más útil a las metas propuestas, la exposición de las concepciones que, alrededor de la acción se han forjado la doctrina y la jurisprudencia mundiales, desde un punto de vista netamente procesal, como una especie del campo jurídico general.

Advirtamos, al iniciar este trabajo, que la mayor parte de los conceptos expuestos en este acápite, constituyen los predicados de las principales teorías que con ocasión de la acción han surgido; por ello esta primera parte se constituye en un bosquejo general de la doctrina.

(1). DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. Teoría General del Proceso. Cuarta edición. Edit. ABC. Bogotá, 1974. Pág. 149.

(2) PERKELIS, citado por FAIREN GUILLEN, Víctor. Estudios de Derecho Procesal. Edit. Revista de derecho privado. Madrid, 1955. Pág. 62.

3. CONCEPTO PROCESAL DE ACCION

Como lo afirma el tratadista Eduardo Pallarés, el concepto de acción es uno de los que mayores disenciones han provocado dentro del Derecho Procesal, propiciando el nacimiento de numerosas doctrinas, definiciones y controversias (1). Ello ha ocasionado el hecho de que uno de los pilares fundamentales del proceso haya tenido piso vacilante durante largos años, dentro del campo jurídico.

Tal fenómeno, en el concepto del tratadista citado al comienzo, obedece, más que todo, a un triple factor :

a. El factor histórico, habida cuenta de que las instituciones jurídicas procesales han evolucionado, y sus transformaciones, necesariamente, han influido en el contenido del derecho de acción procesal; tales cambios se hicieron evidentes, incluso, dentro del propio derecho romano, si se parte de la concepción que de ella tenía la ley de las doce tablas a la que más tarde había de formularse en el llamado "periodo del procedimiento extraordinario"

b. La confusión de los tratadistas entre el derecho propiamente dicho y su ejercicio ante los tribunales; tal fenómeno hace que mientras unos se refieran al primer aspecto, otros toquen el segundo, en la errada creencia de que se identifican. Naturalmente, ello contribuye poderosamente a crear un mar de confusiones y desavenencias jurídicas

c. El olvido frecuente "de que la ciencia del Derecho es la ciencia de lo que debe ser y no de lo que es en la realidad social".

El Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán, siguiendo en este punto a Couture, a nota cómo, de la acción en sentido procesal, se puede hablar, cuando menos en tres acepciones diferentes (2):

(1) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Cuarta edición. Edit. Porrúa S. A. México, 1963, Pág. 17

(2) ESTUPIÑAN, Rodrigo N., Po. Cit. Pág. 55.

1. Como sinónimo del derecho material subjetivo cuya tutela se reclama; en este aspecto será frecuente escuchar la proposición de que "el actor carece de acción", cuando tal se trata del derecho que se ha de proteger a través del proceso.

Observemos de una vez, que ésta es la posición tradicionalista o clásica, cuyos diversos planteamientos han sido totalmente refutados y revaluados por la doctrina moderna, como tendremos ocasión de estudiarlo. A pesar de ello, y como lo anota el profesor últimamente citado, "infortunadamente, en Colombia, todavía se suele hablar en estrados judiciales de que el actor carece de acción, y que, por lo tanto, deben desestimarse las súplicas contenidas en la demanda", lo cual es prueba palmaria de que la jurisprudencia colombiana se mantiene a la zaga del avance doctrinario mundial.

2. Como sinónimo de pretensión; es éste el sentido más usual del vocablo tanto en doctrina como en legislación (1); en este aspecto es como se escucha con frecuencia, hablar de "acción fundada" o "acción infundada", "acción real o personal", "acción civil o penal", "acción triunfante o desdichada", etc.

Expresiones como las anteriores, y similares a ellas, lo que indican es la pretensión de que se tiene un derecho válido en nombre del cual se promueve la demanda respectiva (2).

El Dr. Hernando Morales Molina, en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", propone acerca de este tópico: "En cierto sentido, esta acepción como pretensión se proyecta sobre la demanda en sentido sustancial, y se podría utilizar indistintamente, diciendo: "demanda fundada e infundada", "emanada de un derecho real o personal" (3).

A pesar de que debemos adelantar conceptos, en manera alguna nos parece afortunada la proposición del ilustre tratadista; en efecto, y como más ade-

(1) y (3) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 120

(2) MONROY CABRA, Marcos G. Op. Cit. Pág. 123.

lante lo veremos, la demanda es un acto procesal de la parte actora de indudable complejidad, como que encierra en sí las pretensiones del actor, y es, al propio tiempo, el instrumento idóneo para ejercitar el derecho de acción. Siendo ello así, no puede simplificarse a uno solo de sus elementos.

Igualmente, vale la pena anotar que el C. de P. C. de 1931 incurrió en el error de confundir la acción con la pretensión, lo cual acarreaba una evidente impropiedad, en buena hora corregida por el estatuto que hoy nos ri-
ge.

3. Como facultad de provocar la función jurisdiccional del Estado;
"La acción, considerada desde un punto de vista jurídico, es un medio de pro-
mover la resolución pacífica y autoritaria de los conflictos de intereses.
Se trata de un medio indirecto, en oposición a la "acción directa" o autotu-
tela, que es proscrita como modalidad de resolver tales conflictos; la ac-
ción en sentido jurídico, nace para que aquella deje de existir" (1).

Se remonta esta concepción a las relaciones de las cuales se compo-
ne el Derecho Procesal, a saber :

a. Una relación de jurisdicción, por una parte, o sea el derecho
que asiste al Estado para intervenir entre los particulares, y el deber que
tienen estos de someterse a sus decisiones

b. Una relación de acción, por otra, consistente en el derecho que
tienen los particulares para acudir ante el Estado con el objeto de obtener
la realización de sus propios intereses y el deber correlativo de aquel de
intervenir con tal finalidad (2).

De esta manera, el poder de jurisdicción del Estado se desenvuelve
en una obligación a su cargo : actuar, mediante su órgano jurisdiccional pa-
ra la protección de los derechos subjetivos, a petición de parte o de oficio,
según el sistema legislativo que impere (3).

(1) FAIREN GUILLER, Víctor. Op. Cit., Pág. 62
(2) MONALES MOLINA, Hernando. Op. Cit., Pág. 118
(3) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit., Pág. 150

Recordemos que la justicia privada está proscrita por las leyes y la cultura; sin embargo, como los derechos individuales no pueden ser lesionados impunemente so pena de que se menoscaben los fundamentos mismos de la sociedad y se destruya todo el edificio social en luchas intestinas, el Estado ha tomado a su cargo la tutela de esos derechos (poder de jurisdicción). Dicho poder -lo hemos vistos-, se desenvuelve en una obligación para cuya prestación o cumplimiento, los súbditos tienen el derecho de requerir la intervención estatal, cuando quiera que estimen lesionados sus intereses.

De esta manera, si la solución de un conflicto ha sido imposible entre los titulares de los intereses en choque, ellos tienen la facultad de acudir ante los órganos jurisdiccionales del Estado en demanda de tal composición; tal es el derecho de acción, vinculado, por el momento a la idea de litigio; posteriormente ampliaremos este concepto para abarcar situaciones en las cuales tal litigio no se presenta.

De lo dicho, se perfila el derecho de acción como "un poder jurídico del individuo que le pertenece por el hecho de ser persona, y en virtud del cual puede acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión" (1).

Si notamos la íntima relación existente entre jurisdicción y acción, así como la que existe con el proceso, es fácil comprender por qué se ha dicho -y no sin razón- que el objeto del Derecho Procesal "se ha sentado sobre lo que se denomina "trinomio jurídico", o "trilegía estructural", integrado por el proceso, la acción y la jurisdicción" (2).

Inútil tarea, pues, recalcar la enorme importancia del Derecho de acción dentro del campo procesal.

No sobra decir que es la última de las acepciones explicadas la que más se acomoda al avance doctrinario moderno, y cuyas implicaciones, en los diversos campos, son el objeto concreto del presente trabajo.

(1) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 56

(2) SANTIACRUZ GALEANO, Carlos, CAICEDO, Jorge, HERNANDEZ, Alier. Naturaleza jurídica del proceso. Revista "Foro Universitario". No. 10. Pasto, Marzo 1975, pág. 101.

4. VISION GENERAL DE LAS TEORIAS EXPUESTAS ACERCA DE LA ACCION

Como lo dijimos en la introducción, queremos apartarnos del sistema tradicionalmente adoptado por los autores al exponer temas como éste, para tratar, no de hacer una exposición de teorías, bien en orden cronológico o de avance científico, sino de estudiar los diversos conceptos que, con objeto de la acción, han surgido al mundo jurídico a medida que vayamos tratando las diferentes figuras de las cuales hayamos de deslindarla.

Sin embargo de lo anterior, se hace necesario un resumen muy general de la doctrina y una clasificación de las tesis expuestas, porque, al decir de Fairén Guillén "La exposición completa y ordenada de las diversas doctrinas, (aparte de constituir complicada cuestión de reconstruir un árbol genealógico frondosísimo, estudiado de modo que más han interesado sus hojas y sus flores que sus ramas y dinámica vital), no pueda ni debe ser el objeto de este trabajo; pero, justamente, por el deber de exponer el panorama antes de comenzar a recorrerlo en una u otra dirección, ha de darse orientación respecto a las de mayor entidad al menos . . ." (1).

El Dr. Hernando Devis Echandía clasifica la doctrina en dos grandes grupos :

- a. Los que identifican la acción con el derecho material subjetivo o la consideran como una parte del mismo, y
- b. Los que sostienen que la acción es autónoma e independiente de aquel derecho.

Eduardo Pallarés, por su parte, subdivide la primera corriente : en aquellos que identifican la acción con los diversos derechos subjetivos del orden civil de acuerdo a la definición que diera Celso "jus persequendi in iudicio quod nobis debetur aut nostrum est", que consideraban la acción como el mismo derecho subjetivo material en movimiento, en posición de comba-

(1) FAIREN GUILLEN, Víctor. Po. Cit. Pág. 66

te, y los que consideran que la acción procesal no se identifica con el derecho subjetivo que protege o tutela, sino que se trata de un derecho diferente que nace del derecho sustancial cuando éste es violado o desconocido; si bien ambos son de carácter privado, el segundo (la acción), consiste en el medio legal para obtener que los tribunales hagan respetar o cumplir el derecho violado o desconocido. Esta es la tesis sostenida por Savigny (1).

Estas dos primeras concepciones integran lo que se ha dado en llamar la escuela clásica o teoría tradicionalista por cuanto hunde su raigambre en el derecho romano.

Posteriormente, y en un momento histórico que en su oportunidad explicaremos, aparece el segundo grupo de doctrinantes que afirman la autonomía e independencia de la acción frente al derecho subjetivo material; sin embargo de ser este concepto unánimemente aceptado por la doctrina moderna, existe gran variedad de matices en cuanto se trata de investigar su naturaleza, fundamento y fines que persigue el derecho de acción (2).

Trataremos de subclasificar esas teorías :

- a. Los que consideran la acción como derecho subjetivo público, de carácter concreto, dirigido a la obtención de una resolución favorable
- b. Quienes conciben la acción como derecho potestativo dirigido frente al obligado
- c. Los que la definen como derecho potestativo dirigido frente al Estado
- d. Quienes le niegan a la acción el carácter de derecho subjetivo por que no tiene en el proceso un deber especial de protección
- e. Quienes afirman la existencia únicamente del derecho de acción, negando la del derecho subjetivo material porque la acción es la base y el

(1) PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 17

(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 150

origen de todo derecho subjetivo; la única razón para la existencia de éste es el poder hacer que se ejercite una actividad estatal que reviste una sanción en contra de un sujeto.

f. Otros sostienen que "la acción es la facultad de señoría, con que se inicia el proceso". Tal facultad corresponde única y exclusivamente al individuo

g. Los que afirman la acción como un derecho subjetivo público y abstracto que persigue una sentencia a través de un proceso

h. Quienes asignan a la acción una naturaleza de derecho subjetivo público, de carácter cívico, perteneciente al género de los derechos de petición

i. Otros, en cambio, sostienen que, si bien la acción pertenece a los derechos de carácter cívico, tal se trata de una cualidad "sui generis" ya que muy difícilmente podría asimilarse al derecho de petición consagrado en las cartas políticas

j. La acción no es un derecho subjetivo sino un poder jurídico del individuo.

Desde tiempos del derecho romano, hasta bien entrado el siglo XIX, predominó la tendencia monista de identificar la acción con el derecho subjetivo material (1). Tal situación comenzó a variar a partir de la famosa discusión que sostuvieron Windscheid y Muther, la cual, por su gran importancia dentro del avance del Derecho Procesal, vale la pena comentarla.

Bernardo Windscheid en su obra: "La acción en el derecho civil romano desde el punto de vista moderno", sostuvo la teoría tradicionalista, es decir aquella que identificaba la acción con el derecho subjetivo material; consistió su tesis en declarar que "lo que nace de la violación de un derecho es una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en

(1) FAIREN GUILLEN, Víctor. Op. Cit. Pág. 66.

acción, al hacerla valer en juicio; así la acción sería la pretensión deducida en juicio contra el demandado" (1).

Muther, por su parte, no fue partidario de esta tesis y cometió el atrevimiento de sostener en su obra: "La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar", que la acción es un derecho subjetivo público mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige en contra del Estado con el objeto de obtener una sentencia favorable, y en contra del demandado a fin de lograr el cumplimiento de una prestación insatisfecha. De esa forma este autor propone que la acción está condicionada por un derecho privado, pues supone su existencia y su violación, pero es independiente de ésta y está regulado por el derecho público aunque persigue sentencia favorable al actor.

De trascendental importancia es esta disputa jurídica que, como lo dijimos antes, marca un hito en la historia del Derecho Procesal Moderno. Por ello, si bien es cierto, que en la actualidad la doctrina ha adelantado en mucho el concepto de acción que inicialmente predicara Muther, no lo es menos que fue él quien valerosamente colocó la primera piedra de ese gran edificio jurídico de la moderna teoría de la acción que daría al traste con la concepción romanística y tradicional de tal fenómeno jurídico.

En efecto, y como lo sostiene Fairén Guillén: "A partir de mediados del siglo XIX, el problema de la naturaleza jurídica de la acción ascendió a la categoría de problema fundamental del Derecho a los ojos de los investigadores; en esta labor largamente desarrollada hay que ver uno de los puntos básicos de la autonomía científica del Derecho Procesal moderno".

De la discusión dicha, partieron todos los procesalistas que hoy se citan por doquiera, tales como Von Bulow, Chiovenda, Wach, Kisch, . . . etc; "Luego de ellos las posiciones personales se multiplican y el repertorio conceptual se hace inexhaustible. Y quizá como reacción a la idea de encuadrar a la acción dentro del marco de otra, creada fuera del Derecho Pro

(1) Cita de MONROY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 125.

cesal, surge una tendencia doctrinal que se desinteresa desde el punto de vista procesal con respecto al concepto de acción, y se remite estrictamente al estudio de la pretensión en vez de aquella; estudia un acto procesal de muy notoria significación y contenido, pero no al derecho o categoría jurídica en virtud del cual se produce tal acto" (1).

Creemos, en los apartes anteriores, haber establecido un marco general dentro de cuyas líneas se moverá el posterior desarrollo de nuestro trabajo.

5. LA ACCION Y EL DERECHO SUBJETIVO MATERIAL

Quizás uno de los problemas más difíciles con que ha tropezado el esclarecimiento del concepto de acción, ha sido su distinción con el derecho subjetivo material que se trata de tutelar con su ejercicio.

Se sostuvo durante tanto tiempo su identidad, que tal parecía un dogma irrefutable del Derecho; incluso hoy se encuentra quienes sostienen tal posición aunque ya ha sido descartada totalmente en la doctrina procesal moderna.

Se hace necesario distinguir, en este punto, las diversas doctrinas que al respecto se han expuesto.

5.1 Escuela Clásica

La acción -es bueno recordarlo-, ha revestido trascendental importancia desde tiempos de los romanos en lo que toca con la efectivización de los derechos; ellos dividían el Derecho en personas, cosas y acciones.

Sin embargo, en el derecho romano varió el concepto de acción en los tres períodos de su evolución histórica; en el primero, las acciones eran el conjunto de formalidades que las partes debían cumplir ante el ma-

(1) FAIREN GUILLEN, Víctor. Op. Cit. Pág. 70.

registrado, independientemente del derecho que se reclamaba, y tenían un sentido político-religioso; tal corresponde a la época de la defensa privada.

Posteriormente, al introducirse el procedimiento formulario, la acción era la fórmula que el magistrado acordaba y merced a la cual el juez adquiría la facultad para condenar o absolver. A cada derecho violado correspondía una acción o una fórmula diferentes.

A esta época corresponde la definición de Celso tan traída después por los civilistas: "Actio autem nihil aliud est, quam jus persecuendi in iudicio quod sibi debetur", o sea el derecho concedido por el magistrado para acudir ante el juez haciendo valer la fórmula.

Luego, con el procedimiento extraordinario, desapareció aquella división de instancias entre el magistrado y el juez y se suprimió la fórmula del procedimiento formulario; el mismo magistrado instruí y dictaba el correspondiente fallo. En esta época se consideró la acción como parte del derecho, de allí que lo importante no era la existencia de aquel sino la de ésta para su correspondiente reclamación.

Durante el último período se confundieron de tal manera la acción y el derecho que si no existía aquella dejaba de existir éste (1). Lo anterior nos indica que en el derecho romano si era válida tal confusión (2), habida cuenta de que si no existía acción tampoco había derecho, es decir, aquel nacía de ésta, sin que existiera un catálogo de derechos subjetivos protegidos.

Esta concepción romanística, sin embargo, fue trasladada sin modificación alguna al derecho moderno por los juristas integrantes de la llamada "escuela clásica", o, "civilistas". Ejemplo claro de ellos es Luis Mattiolo quien sostiene: "El derecho, subjetivamente considerado, o sea la facultad de obrar en vista de un bien lícito, sin que nadie pueda oponerse le-

(1) MONROY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 124

(2) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 57.

gítimamente a ello, presupone, necesariamente, la tutela social, para remover los obstáculos que, indebidamente se oponen a su libre ejercicio. En verdad, ya que las exigencias del orden social imponen que, por regla general, nadie pueda hacerse justicia por sí mismo, precisase que a la tutela del derecho individual provea la autoridad social. Esta tutela se ejerce principalmente por medio del poder judicial y se desarrolla en los juicios".

Inobjetable, hasta este momento su concepto, como que es el mismo que expusimos al relacionar el derecho de acción con la potestad jurisdiccional del Estado; sin embargo, el autor citado continúa: "El derecho de obrar en juicio para obtener el reconocimiento de un derecho violado o desconocido constituye la acción judicial, la cual, por lo tanto, representa un derecho a la segunda potencia, esto es la calidad propia del derecho de poder invocar en su tutela las garantías judiciales: "jus persequendi in iudicio quod nobis debetur aut nostrum est". Así, a todo derecho consagrado por la ley positiva, corresponde una acción judicial, a menos que ésta haya sido expresamente negada por el legislador y sustituida por cualquiera otra garantía (1).

La esencia, pues, de los predicados de esta escuela, vendría a estar constituida en "ligar la idea de acción a la de lesión de un derecho sustancial" (2), ya que aquella correspondería a la reacción defensiva en contra de la violación, o el mismo derecho en movimiento.

Entre estos tratadistas los hubo que -como lo recuerda el Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán- llegaron a sostener que la acción era el derecho elevado a la segunda potencia y que salía con casco y armado para la guerra; otros, como Demolombe, avanzaron más aun en sus afirmaciones para declarar que "hablar de acción y derecho es un pleonismo" (3).

Tales conceptos nos llevan a concluir que según la doctrina tradicional, la acción no es sino el mismo derecho subjetivo material en acti

(1) NATTIROLO, Luis. Tratado de Derecho Judicial Civil. T. Eduardo Ovejero. Tomo I, Quinta ed. Edit. Reus S. A. Madrid, 1930. Pág. 13 y 14

(2) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 151

(3) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 57.

vidad, es decir, es un momento del derecho sustancial (1), de allí que su ejercicio se dirija en contra del adversario, su nacimiento se origine en la violación del derecho, y sea imposible la concepción de acción y derecho subjetivo material por separado o con independencia el uno de la otra.

5.2 La acción como derecho nuevo que nace de la violación del derecho material

Dentro de la escuela clásica conviene estudiar la tesis de Savigny. Y decimos dentro de la escuela clásica porque, si bien es cierto que su predicado se tomó como novedoso en su tiempo, un análisis del mismo desemboca en los postulados de la teoría tradicional y merece iguales críticas. Veámoslo :

Para este autor, la acción es un derecho nuevo que nace o se genera en la violación del derecho material; no se confunden pero la violación del uno es requisito para la existencia de la otra; el contenido de la acción viene a estar dado -según esta tesis- por la obligación que tiene el adversario de hacer cesar la violación.

De acuerdo con lo expuesto, según la teoría savignyana, la existencia de la acción parte de dos presupuestos esenciales :

- a. La existencia del derecho material
- b. La violación de ese derecho

De allí que "tal predicado equivalga a la identificación absoluta entre acción y derecho, pues nadie estaría legitimado para ejercitar la acción, y ni siquiera sería titular de la misma, hasta tanto no le hubiese sido violado un derecho subjetivo material" (2).

Hemos anotado cómo la teoría clásica de la acción fundamenta sus postulados en el derecho romano, habida cuenta de que, en él, los intereses

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 121

(2) ESTUPIÑAN, R. N. Op. Cit. Pág. 57.

de los particulares no se hallaban protegidos por normas instrumentales, como sí sucede en nuestros días, sino que tal protección solamente se verificaba a través del proceso y mediante el ejercicio de la acción romana. De esta manera, la acción se configuraba no sólo como un derecho, sino como el único derecho que tenían los particulares para buscar la tutela del Estado; ello dió pie para que se afirmara que antes del proceso no existía el derecho subjetivo material. Paulatinamente fue variando esta concepción.

Sin embargo de la larga vigencia de la escuela tradicionalista, sus puntos de vista han sufrido mortales embates por la doctrina moderna que, con argumentos incontestables ha demostrado su inutilidad e ineficacia.

5.3 Críticas a la Escuela Clásica. La autonomía del derecho de acción

Indudablemente, el punto de partida, o mejor, el campanazo que dió comienzo a la nueva era de la cientificidad del Derecho Procesal, lo formó aquella famosa discusión sostenida entre Windscheid y Muther de la cual hemos dado razón en apartes anteriores.

Luego de tan fausto acontecimiento dentro del mundo procesal, comenzaron los procesalistas alemanes a refutar la escuela tradicional y a dar al traste con sus tesis.

Rocco, refiriéndose a ella, afirma que se trata de una tesis indefensible, ya que la vida cotidiana la rechaza; en efecto, cualquier persona, a pesar de no ser titular del derecho material subjetivo, está en capacidad de ejercitar el derecho de acción en demanda de tutela jurídica, y el juez, si tal ejercicio reúne los requerimientos de la ley, está en el deber de darle trámite, sin que pueda rechazarla bajo el pretexto de que quien la ejercita no está asistido de razón (1).

Manresa, sostiene al respecto: "El derecho existe antes de la acción judicial, con absoluta independencia de ésta, así es que podemos te-

(1) Cita de ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 57.

ner muy bien derecho sin que pongamos en ejercicio la acción para reclamar o hacer uso de ese derecho; inversamente, podemos ejercitar ciertas acciones sin que se nos haya violado derecho alguno" (1).

Si bien no carecen de razón las palabras del autor citado, y las compartimos, no sobra anotar que no se puede establecer un orden de anterioridad cronológica acerca de la existencia del derecho subjetivo material y de la acción, por cuanto, y como tendremos oportunidad de estudiarlo más adelante, el derecho de acción pertenece a toda persona o sujeto de derechos, por el simple hecho de serlo, mientras el derecho subjetivo material le pertenecerá por haberlo adquirido por los medios que se acomodan a la legitimidad. Correcto sería que el derecho exista sin que se haya ejercitado la acción judicial, porque ello sí es de ocurrencia diaria.

Rocco, resume los argumentos en contra de la teoría clásica, de la siguiente manera :

a. La acción puede intentarla quien carece de derecho y el juez está obligado a atender su petición

b. El demandado también tiene derecho a requerir la prestación de la jurisdicción del Estado; tal conducta sería inaceptable a la luz de los principios de la teoría tradicional, porque no podrían ambos -demandante y demandado-, al mismo tiempo, ser titulares del mismo derecho. Sin embargo, merece total aceptación el hecho de que el demandado, como titular del derecho de contradicción, solicita de los órganos jurisdiccionales el movimiento de sus mecanismos en pro de su defensa. Cómo explicar tal hecho con las tesis civilistas ?

c. Los predicados de la escuela clásica pertenecen a una etapa histórica totalmente superada : la de la defensa privada, sustituida hoy por la defensa estatal.

(1) Cita de NOVALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 122.

Prieto Castro opina con ocasión de este tópico : "La concepción civilista no consideró la acción como entidad independiente, sino como el derecho mismo vulnerado, en pie de guerra, en reacción contra su violación, como apéndice del derecho material o una emanación de este derecho, como el poder, incluido en el derecho, de afirmarse contra la voluntad opuesta de otros, dirigido contra la parte obligada para que aquella violación cesase. Este punto de vista era consecuencia, en primer lugar, de tener en cuenta solo las acciones de condena, que suponen un obligado fuera del proceso; y en segundo lugar, por observar únicamente el caso del demandante vencedor. Se olvidaba que al demandado corresponde igualmente una acción para obtener la desestimación de la demanda del actor, si es infundada" (1).

La teoría clásica terminó su vigencia en Europa hacia fines del siglo XIX; sin embargo, en Latinoamérica, continuó hasta buena parte del siglo XX, y, al caso, nos sirve de ejemplo el colombiano en donde solamente el C. de P.C. dictado en 1970, dió muerte a la teoría tradicionalista.

Carnelutti, muy acertadamente, sostiene : "Con el nombre de acción se denota el obrar en juicio" (2). Si bien es cierto que, en la actualidad, se distingue a la perfección la "actio" del "jus" que se hace valer en el proceso, aunque ella, en sí misma constituya un "jus", antes de ello hubieron de pasar siglos. "Con cuánta lentitud y fatiga se haya superado esa dificultad, lo enseña la historia jurídica . . . ; uno de los capítulos más interesantes de ella atañe el desarrollo del concepto autónomo de acción. Hoy este desarrollo está realizado. Por tanto, por acción se entiende el derecho subjetivo procesal de las partes" (3).

Siguiendo las enseñanzas del gran maestro italiano, "Tan lejos es tan de confundirse el derecho subjetivo procesal con el derecho subjetivo material, que el uno puede existir sin el otro : yo tengo derecho a obtener

(1) Cita de MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 128

(2) y (3) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. T. Santiago Sentis M. Vol I. Quinta edición. Ediciones jurídicas. Europa-América. Bs.As., 1959. Pág. 315 y 316.

del juez una sentencia acerca de mi pretensión, aunque esa pretensión sea infundada".

"El derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal, tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis, y por sujeto pasivo al juez, o, en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte" (1).

Esta concepción, si bien muestra a las claras la independencia de la acción frente al derecho subjetivo material, ha sido objeto de críticas por dos razones: vincular la idea de acción a la de litigio, y no asignar como sujeto pasivo de la misma al Estado. Ello lo estudiaremos al hablar de los elementos del derecho de acción.

Por lo tanto, si la acción es el derecho a pedir del Estado y a obtener del mismo la prestación de una actividad jurisdiccional con miras a la protección de los intereses privados, o derechos subjetivos privados, si lo tienen tanto el demandante como el demandado sin consideración a quien tenga la razón o esté asistido por el derecho, situación ésta que sólo será palpable en el momento de la sentencia, si derecho subjetivo material y acción pueden existir no sólo separada sino independientemente el uno de la otra, es lógico concluir que son dos entidades jurídicas distintas aunque con mutuas relaciones.

Fueron precisamente esas relaciones -que en circunstancias llegan a ser muy íntimas- las que hicieron creer a eminentes juristas que derecho y acción eran la misma cosa mirada desde diversos puntos de vista; si existía paz, teníamos el derecho subjetivo material; si choque de intereses y batalla judicial, se presentaba ese derecho armado para la lucha configurando lo que se denomina acción.

(1) CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit. Pág. 315 y 316.

Per fortuna estos planteamientos han sido hoy completamente abandonados en consideración a la autonomía e independencia de la acción frente al derecho subjetivo material; tal distinción tiene importantes repercusiones en el mundo del derecho; en vía de ejemplo, citemos la que, hasta ahora, nuestro código civil, denomina como "prescripción de la acción".

De acuerdo con Recco, este problema carece aun de soluciones concretas en virtud del confusionismo existente en torno al concepto mismo del derecho de acción (1). Nosotros, en cambio, creemos que se puede clarificar el asunto en base a las reflexiones que, a continuación exponemos :

a. Si partimos de la base de que una cosa es el derecho subjetivo material que consagra la ley sustancial, el mismo que, eventualmente, puede ser objeto de un proceso ante los tribunales, y otra muy distinta el derecho de acción como poder jurídico de los particulares para solicitar la jurisdicción estatal con miras a la protección de esos derechos sustanciales, comprenderemos cómo los primeros pueden adquirirse y terminar -salvo excepciones legales- con el transcurso del tiempo, y, en cambio, la segunda se adquirirá con la persona y terminará con ella

b. Una cosa es, pues, la prescripción del derecho que constituye la materia sobre la cual se ejerce la actividad jurisdiccional (cognitiva o ejecutiva), y otra muy distinta, la llamada "prescripción del derecho de acción"

c. Si el derecho de acción compete a todo sujeto de derechos -y precisamente por serlo-, tendrá que durar, necesariamente, mientras subsista la personalidad jurídica que, en tratándose de miembros de la especie humana, comprenderá la vida física del individuo, salvo excepcionales casos de la llamada "muerte civil", entre nosotros inexistente

d. El ejercicio del derecho de acción depende de un acto netamente voluntario de su titular. Cómo fijar, pues, término de prescripción para tal ejercicio ?

(1) RECCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol II. Parte General. Sexta edición. Edit. ABC. Bogotá, 1973. Pág. 369.

e. Añadamos, además, que el de acción no es de aquellos derechos de contenido patrimonial o de tipo económico, y, por ende, por su propia naturaleza, imprescriptible.

Si fuese acertada la frase de que "prescribió la acción", u otras similares, su titular no tendría ninguna facultad de poner en movimiento los mecanismos del órgano jurisdiccional. La experiencia diaria, sin embargo, dice otra cosa. En efecto, aun en el evento comentado, el actor tiene derecho a obtener una sentencia que declare la operancia de tal prescripción o la inexistencia del derecho sustancial reclamado.

Más adelante podremos ver cómo la acción se satisface con cualquier tipo de sentencia, incluso con el fallo inhibitorio; por lo tanto, si la acción cumple con su finalidad aunque, a la postre, se desestimen las pretensiones del actor, cómo puede afirmarse, válidamente, que la acción ha prescrito ?

Por otra parte, es principio generalmente aceptado por la doctrina, el que una de las categorías de derechos imprescriptibles es el constituido por la excepción : "Quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum", y, como se estudiará en su oportunidad, el derecho de contradicción no es sustancialmente distinto del derecho de acción.

Todo lo anterior nos lleva a concluir que lo que en realidad prescribe es el derecho subjetivo material porque el de acción, por su propia naturaleza, tiene la característica de la imprescriptibilidad.

Qué debe entenderse, pues, cuando se habla de la "prescripción de la acción" ? Tal fenómeno, indudablemente, se refiere al derecho sustancial, el cual bien puede extinguirse por este medio que hace innecesaria la declaración del derecho pretendido o efectivamente existente. Por lo tanto, la prescripción del derecho produce los mismos efectos que cualesquiera otro medio extintivo pero no impide el fin de la acción, que es la sentencia de cualquiera tipo, sin consideración a su favorabilidad, o desfavorabilidad respecto de las partes.

Más aun, la prescripción es de aquellos medios exceptivos que no pueden declararse de oficio, lo cual, indudablemente, la sitúa dentro del orden privado; si fuese atañedora al derecho de acción, que es de orden público, su declaración oficiosa por el juez no tendría obstáculos legales.

Creemos que lo expuesto sea suficiente para dejar en claro la autonomía e independencia del derecho de acción frente al derecho subjetivo material que se debate en el proceso y el error en que incurrieron los clásicos, al defender una identidad absoluta entre ellos.

Agreguemos que la doctrina moderna es unánime en este aspecto. Sin embargo no han faltado otros puntos de división y controversia. Aceptada la acción como autónoma e independiente del derecho material subjetivo, surgió polémica en cuanto a su naturaleza, su fundamento y sus fines; se la distinguió del derecho material para confundirla con la pretensión y con otras figuras afines que hicieron muy ardua la tarea de su deslindamiento total. Ello lo veremos en los siguientes apartes :

6. NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE ACCION

Hablábamos antes que, si bien la doctrina procesal moderna se ha puesto de acuerdo en cuanto se refiere a la autonomía de la acción frente al derecho subjetivo material, no ha ocurrido lo mismo en lo que toca con su naturaleza.

Fértil campo de discusión ha sido éste y, en él han esgrimido los autores eximias capacidades analíticas con el objeto de desentrañar la verdad.

En dos grandes corrientes pueden dividirse las teorías en lo tocante a este tema : quienes asignan a la acción la categoría de derecho subjetivo y los que persisten en negársela.

Sin embargo, existen aun subdivisiones tanto en una como en otra parte; en efecto, los hay que pretenden para ella un carácter de derecho potestativo.

tativo, otros la definen como derecho subjetivo público, quienes avanzan para establecerla como derecho procesal, o como derecho de petición, dentro de la especie de los derechos cívicos, o alejándola de aquel género le endilgan una naturaleza "sui generis", entre los primeros; los segundos, por su parte, prefieren definirla como una simple facultad, o como una posibilidad, o como un poder jurídico, negándole, en consecuencia, toda naturaleza de derecho subjetivo.

Trataremos de exponer por separado cada uno de tales pensamientos.

6.1 La acción es una simple facultad inherente a la personalidad

Kohler pertenece a esta escuela que niega a la acción el carácter de derecho autónomo para concebirla como una simple facultad. "La acción viene a ser la facultad, emanada del derecho a la integridad de la propia personalidad, o derecho a la libertad, que toda persona tiene de dar vida a la demanda judicial dirigida contra el adversario y que produce el efecto de colocar a éste en la situación jurídica que con ello se origina, de las que nacen, a su vez, relaciones procesales, pero únicamente entre las partes" (1).

El Estado, en desarrollo de este predicamento, no es sujeto de esas relaciones y el proceso viene a ser una lucha entre las partes exclusivamente.

Ramírez Arcila replica: "Confundir la acción con las facultades o con las emanaciones de la personalidad, constituye una exageración no aceptable, pues ello implica, nada menos, describir con sus propios presupuestos el instituto que se pretende definir" (2).

Varios aspectos se le critican a la tesis de Kohler; como primera medida se afirma que la acción no es una mera facultad, sino un derecho subjetivo público de la persona frente al Estado, error, que, en el pensar

(1) DEVIS ECHANVIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 152

(2) Cita de MONROY CABRÁ, Marco G. Op. Cit. Pág. 126.

de Ugo Rocco, se debe a falta de profundizar en el análisis del derecho a la libertad. Por otra parte, es demasiado simplista definir la acción como la facultad de dar vida a la demanda judicial cuando ésta es, precisamente, el medio, el instrumento idóneo para ejercitarla; finalmente, al excluir al Estado como sujeto pasivo de la acción, se está admitiendo como tal al demandado, lo que equivale a la confusión entre acción y derecho con desconocimiento del fin público del proceso y retrocediendo a etapas superadas dentro de la doctrina procesal.

Anotémosle como mérito a esta tesis, el haber separado la acción del derecho material, aunque, de ninguna manera, precisa la naturaleza de aquella. Consideremos nada más que la demanda es la que origina el proceso en virtud de que tiene o lleva envuelto en sí el derecho de acción.

Alcalá y Zamora define la acción en los siguientes términos: "La acción es tan solo la posibilidad jurídicamente encuadrada, de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo, y, en su caso, la ejecución de una pretensión litigiosa" (1).

En el fondo, esta tesis de la acción como posibilidad jurídica, encuadra perfectamente y se relaciona con la que expusiera Kohler y que hemos citado con anterioridad, de allí que merezcan un tratamiento conjunto.

Lo esencial en este punto es que se niega a la acción la categoría de derecho subjetivo para asignarle el de mera facultad inherente al derecho a la integridad de la propia personalidad, o el de simple posibilidad jurídica; la realidad, sin embargo, es otra muy distinta; la acción es un derecho subjetivo individualizado y determinado; creemos, con el Dr. Devís Echandía que del derecho de libertad emana una obligación negativa: respetar una determinada esfera dentro de la cual el individuo está capacitado para actuar sin valladas de ninguna naturaleza; de la acción, en cambio, se deriva una obligación de carácter positivo: la de que el Estado preste su función jurisdiccional para un caso determinado (2).

(1) Cita de PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 20

(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 132.

Es que la simple facultad significa algo así como autorización, aptitud, poder de hacer algo en virtud de un permiso previo, sin que exista forma de exigir ante la negativa o la violación de la misma, como contrapartida. El derecho, en cambio, es algo netamente positivo: quien lo posee es su titular y dueño, y, por lo tanto, no solamente se le debe respetar, sino que, en caso de que sea violentado, tiene derecho a exigirlo, a requerirlo de quien corresponda.

Con estas bases, y con las que sentáramos al comienzo al hablar de acción y jurisdicción como derechos y obligaciones correlativos, es indudable que la primera tiene la categoría de verdadero derecho subjetivo; establecer lo contrario, sería consagrar que solo un status privilegiado tiene el don o la facultad de poner en movimiento los mecanismos jurisdiccionales a fin de lograr del estado la tutela jurídica. Ello peca contra toda regla de equidad y debe, por tanto, desecharse.

6.2 La acción como poder jurídico

Esta tesis fue defendida por Santis Romano y Zanzucchi; ellos sostienen que la acción es un poder o potestad que tiene el ciudadano frente al Estado, porque los interesados pueden hacer surgir los presupuestos necesarios a fin de que el Estado llegue a prestar su actividad jurisdiccional (1).

Ramirez Arcila al criticar esta doctrina, sostiene: "Es errada porque consideramos que para ejercer un poder o una potestad, o una facultad, o un derecho subjetivo, se requieren otros derechos que garanticen y reglamenten el ejercicio de esos poderes o de esas facultades".

Rocco opina que la teoría es errónea, bien que se considere la acción como simple poder sin la necesaria determinación e individualización para ser derecho, bien como potestad para crear los presupuestos necesarios para la prestación de la jurisdicción estatal. Estas son textuales palabras del autor: "Si se considera que el derecho de acción (aún correspondiendo en general a todos los sujetos de derechos, como tales, y aún teniendo una

cierta indeterminación en su contenido, como que se puede ejercer frente a todos los posibles derechos de que se pueda o se afirme ser titulares), es, no obstante, en cada caso, individualizable y determinable mediante el acto que se denomina demanda judicial; no se puede menos que reconocer que ningún derecho es más o menos individualizable en sus sujetos y su contenido que el derecho de acción".

No sobra anotar que Couture definió la acción como "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derechos de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión".

Enrico Allorio considera que la acción es un poder jurídico pero con razonamientos distintos a los de Couture. En sus obras "Ordenamiento jurídico" y "Prisma de la declaración judicial", opina que el derecho subjetivo material es un poder o conjunto de poderes; por ejemplo el derecho de crédito está compuesto por el poder de acción declarativa, condenatoria, el poder de constituir en mora, el poder de disposición, etc., y tales poderes se hacen ostensibles, cuandoquiera que el crédito no conste en un documento proveniente del deudor.

El Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán, luego de exponer la tesis anterior, la critica de la siguiente manera: "Este planteamiento de Allorio no es de tipo procesal, sino de tipo sustancial, ya que lo que él define como poderes del derecho de crédito son las proyecciones jurídicas del mismo" (1).

Si atendemos a Fairén Guillén, el problema de determinar si la acción es un poder jurídico o un derecho es fundamental; (2) Nosotros lo creemos de igual manera habida cuenta de que toca con la naturaleza misma del fenómeno jurídico sub-análisis.

El afán de algunos procesalistas de ver en la acción, no un derecho subjetivo, sino un poder jurídico, se encamina, a nuestro entender, a

(1) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 61
(2) FAIRÉN GUILLEN, Víctor. Op. Cit. Pág. 90.

dos tópicos diferentes :

- a. Asimilando poder jurídico y facultad
- b. Considerando como poder jurídico una potestad no determinada legalmente y que debe ser desarrollada por normas de ese tipo para que alcance la categoría de derecho.

El primero de los temas aludidos fue objeto de análisis en el subpunto anterior y creemos innecesario repetir lo dicho.

En lo que respecta al segundo, vale la pena analizarlo con algún detenimiento : surgió este problema, más que todo, cuando se trató de establecer las relaciones entre la acción y el poder de dirigir peticiones a las autoridades. De acuerdo con tal concepto, el poder ha de ser desarrollado por leyes, y, cuando se haya concretado en sus elementos, tendremos, en la vida jurídica, un derecho subjetivo.

Debemos, en este caso, para considerar lo que debe entenderse por "poder jurídico del individuo" apartarnos de la noción de poder en sentido social, político, constitucional, etc., para concretarlo dentro del campo privado; es decir, debemos dejar de lado la averiguación del poder que detenta el Estado (poder constituido), no debemos adentrarnos en la indagación de sus orígenes (poder constituyente), para buscar el otro sentido de la relación : cuándo el individuo está asistido de poder.

De acuerdo con Rodríguez Arias Bustamante, "el poder jurídico es una situación subjetiva que puede crear una relación jurídica (o un status), o extinguirla; por tanto, no se trata de un comportamiento cualquiera, sino conciente y voluntario. Es pues, el efectivo ejercicio de la voluntad, en acto o en potencia" (1).

Sigue exponiendo el mismo autor : "Esta situación subjetiva creada por el poder jurídico, es anterior a toda relación jurídica, y no es co-

(1) RODRIGUEZ ARIAS BUSTAMANTE. El poder en el Derecho. Enciclopedia jurídica. OMEBA. Tomo XXII. Edit. Libreros Bs.As. 1966. Pág. 475.

como, por el contrario, sucede con el derecho subjetivo, una situación en la relación jurídica; puesto que no puede hablarse, en este caso, de que con tal ocasión surja una relación entre el poder y el correlato deber u obligación".

Carnelutti enseña que poder es "la posibilidad de mandar para lograr la composición de un conflicto de intereses"; este autor distingue al poder del derecho subjetivo, porque "éste es la posibilidad de valerse del mandato para el prevalecimiento de un interés propio". Tanto uno como otro son atributos de la voluntad, pero el poder significa dominio de la voluntad ajena, y el derecho, en cambio, dominio de la propia . . ." El ejercicio del poder puede ser potestativo, o la ley impone el deber de ejercerlo (poder-deber); ese poder-obligación presupone un derecho subjetivo que no siempre existe cuando se trata del ejercicio del poder. Los tribunales, por ejemplo, tienen el poder jurisdiccional, pero están obligados a ejercitarlo cuando a ello sean requeridos mediante el ejercicio de la acción en la forma que establezca la ley (1).

De esta forma tenemos que el poder jurídico es aquel que genera una relación jurídica, dentro de la cual nace el derecho subjetivo, carece de sujeto pasivo de quien pueda exigirse (a no ser que se trate de un poder-obligación, en cuyo caso se da por establecido tal derecho), y, por lo tanto de obligación o deber correlativos.

La acción, mal puede encuadrar dentro de tales conceptos; si bien origina la relación jurídico-procesal mediante su ejercicio, no se podría negar, de ninguna manera que tiene por sujeto pasivo al Estado a través del órgano jurisdiccional y como titular de la jurisdicción.

Según lo hemos venido exponiendo, se entiende por poder jurídico del individuo, aquella posibilidad que, dentro de su esfera de libertad, le permite hacer algo o dejar de hacerlo, sin que exista, frente a ella, un sujeto obligado en su favor (característica reservada al derecho), y se dan

(1) Cita de PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 561.

como ejemplos los poderes normativos del Estado. Hemos visto antes cómo la jurisdicción del Estado se desenvuelve en un derecho y en una obligación hacia los ciudadanos, y que a esa obligación de jurisdicción corresponde, precisamente, el derecho de estos para requerir del Estado la prestación de su jurisdicción en pro de sus intereses legítimamente protegidos.

Más aun, siguiendo el pensamiento de Carnelutti, antes expuesto, la jurisdicción estatal es precisamente uno de los poder-deber, o poder-obligación a que él hace referencia; y si un poder de esta naturaleza presupone un derecho subjetivo, el de jurisdicción debe cumplir tal predicado, como en efecto lo cumple, pues el derecho subjetivo que le corresponde, es, en este caso, el derecho de acción.

Siendo ello así, podrá aun dudarse de que el Estado es el titular o sujeto activo de la jurisdicción y el sujeto pasivo del derecho de acción? Si no existiese sujeto pasivo de la misma, no se podría, con mucha facilidad, burlar la acción, o el "poder jurídico", que lleva tal nombre?

Participamos, pues de las críticas que Rocco formula a esta teoría, y, nos parece indudable, luego de las consideraciones expuestas, que la acción es un verdadero derecho subjetivo.

Anotemos, antes de pasar a otro punto que el alemán Oscar Von Bulow niega la existencia de la acción como derecho subjetivo anterior al juicio, pues sólo con la demanda nace el derecho a obtener sentencia favorable (1).

Chiovenda criticó acervamente tal posición, diciendo que tal afirmación de la acción es la negación de la misma (2); crítica muy puesta en razón, si se considera que la acción es la causa del proceso que es su efecto. Cómo pues, la causa puede ser efecto de su propio efecto?

Hemos por descontada, pues, la naturaleza de derecho subjetivo que ostenta la acción; no acaban allí los problemas, sin embargo, tal y

(1) MONEOY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 125

(2) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 58

como pasamos a verlo.

6.3 La acción como derecho potestativo privado

Esta es la tesis expuesta por Chiovenda. Según él, la acción es un derecho autónomo, potestativo y privado que actúa como condición para hacer efectiva la voluntad de la ley.

"El derecho potestativo -tal y como lo plantea el autor de la teoría-, está constituido por los poderes, en virtud de los cuales, su titular puede influir sobre situaciones jurídicas pre-existentes, modificándolas, extinguiéndolas o creando otras nuevas, mediante una actividad unilateral propia. La ley concede a una persona el poder de influir con la manifestación de su voluntad en la condición jurídica de otra, sin su consentimiento . . . Estas facultades se ejercen directamente por la persona, pero en algunos casos exigen la intervención del juez" (1).

Sostiene, por otra parte, que la naturaleza, pública o privada, de la acción, ha de derivarse de aquella que detente la norma de cuya protección se trata, y que, si bien es un derecho autónomo, generalmente nace de la transgresión de la norma; por eso la acción arranca del derecho subjetivo que tutela la norma violada, aunque son distintos (2).

Ugo Rocco, al tratar de esta teoría, la critica en los siguientes términos: "afirmar un derecho al que no corresponde una obligación, es afirmar una cosa inadmisibile. El derecho, como norma de conducta, impone mandamientos y prohibiciones a las que corresponden obligaciones de hacer y de no hacer"; esa es la razón para que no puedan existir derechos potestativos, ya que ellos siempre revestirán naturaleza imperativa. Las potestativas son las facultades contenidas en los derechos subjetivos, ya que, generalmente, su ejercicio presupone un acto preliminar de voluntad de su titular, y el hacer o no tal declaración, no es un derecho en sí, sino que forma parte

(1) Cita de MONROY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 129
(2) NORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 124

del contenido de ese derecho; precisamente a estos que requieren de un acto de voluntad para su ejercicio, pertenece el derecho de acción.

D'onofrio sostiene : "Al decir que la acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley, y aclarar que la actuación a que se refiere es la existente a favor del actor, para él acción es lo mismo que acción fundada" (1).

El Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán opina : "No obstante, ha de advertirse que, según la doctrina chiovendiana, la facultad que tiene el particular para ejercitar la acción no requiere la preexistencia de un derecho, por que la acción es independiente del derecho material y se satisface con la sentencia, lo cual significa que el objeto de la acción es la formación de un proceso y la obtención de una sentencia, a través de la cual se va a tutelar un derecho privado".

"Pero olvida que la presencia del juez es indispensable, pues si la acción se dirigiera directamente contra el demandado, se estaría ejercitando la justicia por propia mano expresamente prohibida por las normas jurídicas y avances culturales de la humanidad; el juez, en este caso, representa la soberanía del Estado como titular de la jurisdicción; olvida, igualmente, que la acción no sólo busca tutelar un interés privado, sino -y sobre todo- la realización del Derecho, empresa de interés general".

". . . . Al hablar de derecho potestativo, peca por demasiada sutileza ya que es inútil pretensión el tratar de crear una nueva categoría de derechos" (2).

Devis Echandía plantea en contra de la doctrina de Chiovenda las siguientes objeciones :

- a. El objeto de la acción no es la sentencia favorable

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 125

(2) ESTUPIÑÁN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 59.

b. La acción no es un derecho privado ni cesible; tales características pertenecen al derecho sustancial pretendido

c. La noción de derecho potestativo es demasiado sutil y conduce a dos errores : a considerar como sujeto pasivo a la contraparte y a confundir el derecho subjetivo con la facultad (1).

Indudablemente que esta teoría ha sido de aquellas que mayores comentarios ha obtenido por parte de los autores, precisamente porque su importancia es mayúscula en el mundo procesal.

Nosotros estamos de acuerdo con las críticas formuladas, pero creemos que si Chiovenda pensó, tal y como lo estima el profesor Morales Molina, que el derecho de acción, no obstante y ser autónomo del derecho material subjetivo, generalmente se origina en la transgresión de la norma y arranca del derecho subjetivo que contempla la norma violada, está incurriendo en una lamentable confusión porque -con ello, habría borrado sus tesis de autonomía de la acción frente al derecho material; en efecto, algo similar planteaba de antiguo Savigny, a quien, sin embargo, hubimos de situar entre los clásicos. En efecto, si la acción parte del derecho subjetivo que contempla la norma violada, en dónde -preguntamos-, está su pretendida autonomía ? Y de ser ello así, no hay natural dependencia entre el derecho material y el de acción ? Si la última solamente se genera ante la transgresión de la norma sustancial, significa eso que antes de tal violación no tenía existencia propia ? Lógico es concluir -de todo lo anterior, que, -en el evento comentado-, Chiovenda retrocedió en lugar de avanzar.

Hemos adelantado algunos conceptos de los críticos en cuanto al objeto de la acción, por cuanto era imprescindible el hacerlo. Por ahora, lo importante es que la tesis de que la acción es un derecho potestativo, debe ser desechada.

(1) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 154.

6.4 La acción como derecho subjetivo público

Esta tesis, hoy aceptada por la mayor parte de los doctrinantes, ha sido planteada por numerosos tratadistas. Vale la pena citar entre ellos, y como buen comienzo de este subpunto, a Wach, Kisch, Carnelutti, Rocco, Couture, y, entre nosotros, Hernando Davis Echandía.

El punto de partida para desarrollar esta teoría es, precisamente, la debida separación entre el derecho subjetivo material que se trata de tu telar con el proceso, y el derecho de acción; porque si bien es cierto que el derecho subjetivo material es de carácter privado, y si, de igual modo es indudable, que el actor está interesado en la resolución favorable de su pretendido derecho (interés particular), no lo es menos que el fin primor - dial del derecho de acción es la formación del debido proceso, el acatamiento al abandono de la justicia privada en aras de la convivencia social, y, por lo tanto, a la justicia impartida por el Estado, todo lo cual conduce a obtener la paz y la seguridad sociales, empresa ésta que interesa a la colec tividad toda.

Es importante, sin embargo, exponer las doctrinas más destacadas :

a. Adolfo Wach y Muther -a quienes siguen Planck y Helwig- son del parecer que la acción es un derecho subjetivo público que tiene toda persona para acudir ante la justicia y obtener sentencia favorable. Esta tesis recibió el nombre de "derecho concreto de obrar", merced a la finali - dad u objetivo asignado al derecho de acción, el cual será objeto de estudio posterior.

El procesalista colombiano Hernando Morales Molina anota que "a ésta teoría corresponde el mérito de haber hecho resaltar la autonomía total de la acción" (1).

En cuanto se refiere a la calificación de la acción como derecho subjetivo público, la teoría expuesta no da lugar para formularle

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 126.

reparos, aunque sí yerra al señalar como objeto de la misma la sentencia favorable.

b. Rosenberg sostiene, igualmente, que la acción es un derecho subjetivo público que basta con ser afirmado y no necesita de la "legitimatio ad causam" (1).

c. Una de las teorías más comentadas y que ha gozado de mayor aceptación dentro de la doctrina moderna, es la de Francesco Carnelutti; en el concepto del Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán, su concepción "abrió honda huela dentro del derecho procesal y su teoría constituye el mayor esfuerzo científico en torno a la teoría de la acción, y, es por ello, que Carnelutti es uno de los tratadistas más invocados en jurisprudencia y en doctrina, hasta el punto de que ha sido calificado como "el filósofo del Derecho Procesal" (2).

La noción de que acción trae este insigne procesalista es bastante compleja, y, por lo mismo, hemos de citarlo en varios apartes del presente trabajo, no solamente en lo que toca con la naturaleza jurídica de la acción, sino en lo atinente a sus diversos elementos y en sus puntos distintos con otras figuras.

Generalmente los autores descomponen la teoría carneluttiana en los siguientes predicamentos :

1. La acción es un derecho subjetivo público anterior al proceso; sin embargo, y merced al principio dispositivo, a las partes competen una serie de cargas, la primera de las cuales es, precisamente, el ejercicio de la acción mediante la presentación de la correspondiente demanda judicial

2. El interés de la acción es la justa composición del litigio y no el que se discute en el proceso. En este punto se nota la perfecta

(1) y (2) ESTUPIÑÁN, Rodrigo N. Op. Cit. Págs. 61 y 59.

distinción entre el derecho material y el derecho de acción y sirve de fuerte soporte para sostener que la acción es un derecho subjetivo público, habida cuenta de que, en su ejercicio, no interesa que el actor tenga un interés privado de por medio, porque éste es absolutamente distinto del interés para accionar.

3. El particular es titular de la acción aun cuando carezca de razón o no tenga el pretendido derecho. Sin embargo, debe gozar de cierta idoneidad frente al proceso

4. La acción impone al juez la obligación procesal de proveer

5. Es un derecho de carácter cívico

6. El derecho de acción corresponde a ambas partes (bilateralidad de la acción)

7. El sujeto pasivo es el juez o el funcionario que haga sus ve-

ces

8. El interés de la acción es de carácter social : la correcta solución de los litigios.

Son del parecer de Carnelutti, en cuanto definen la acción como derecho subjetivo público, Eduardo Pallarés, Hernando Davis Echandía y Rodrigo N. Estupifán, entre otros, de allí que nos abstenemos de exponer sus planteamientos.

Antes, con objeto de criticar otras teorías, habíamos sostenido cómo la acción tiene un carácter de derecho subjetivo innegable; ahora, y merced a las anotaciones hechas por los eminentes tratadistas citados, podemos agregar algo a esa naturaleza jurídica de la acción : ES UN DERECHO SUBJETIVO PÚBLICO.

Tal calidad se deriva del interés de la colectividad en el mismo. ¿Cuál es ese interés ? Carnelutti sostuvo que la justa composición del li-

tigio. Con ello se dejaba por fuera muchos asuntos que se ventilan ante los tribunales a pesar de no existir litigio, entre otros los que se denominan "de jurisdicción voluntaria". Couture avanzó en tal sentido afirmando que el interés social consiste en la justa composición del proceso, tesis que sigue la doctrina moderna.

En efecto, es de sentido común el aceptar -dando por descontado el abandono de la justicia por propia mano-, que la administración de justicia es uno de los pilares fundamentales sobre los cuales se asienta el edificio social. Quizás si otros fallasen, los males no serían tan irreparables como cuando se socavan los que tocan con la justicia. Si ello es así, y si sus fallas traen funestas consecuencias para el equipo social, el derecho de los ciudadanos -o mejor, de los sujetos de derechos- para poner en actividad los mecanismos encargados de administrarla con el objeto de que den certeza a situaciones dudosas, o compongan las litigiosas, no deben interesar también a la sociedad entera? Indiscutible es, pues, el carácter público que reviste el derecho de acción.

Sin embargo, no se encuentra totalmente precisada la naturaleza del derecho de acción, y aún debemos exponer otros puntos de discordia intelectual.

6.5 La acción como derecho procesal

Esta tesis da por descontada la aceptación de que la acción es un derecho subjetivo público, a cuya naturaleza añade la característica de derecho procesal.

Este aserto es sustentado por el eminente processalista italiano Francesco Carnelutti a quien sigue muy de cerca, Hernando Devis Echeandía. El primero de los citados autores, en un comienzo, definió la acción como un derecho subjetivo que tiene el individuo, como ciudadano, para obtener del Estado la composición del litigio. Posteriormente, se refiere a la acción como al derecho subjetivo procesal de las partes; al efecto sostiene

que uno es el derecho que hace valer en juicio (derecho subjetivo material) y otro el derecho mediante el cual se hace valer aquel (derecho subjetivo procesal) (1).

"El derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en la litis, y, por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis, y, por sujeto pasivo al juez . . ." Fundamenta la naturaleza procesal de la acción en el hecho de que impone al juez una obligación procesal distinta de la obligación del demandado que se afirma en la demanda : la obligación de proveer (2).

Tal concepción carnaluttiana nos parece correcta; bien que es aceptado -y así se ha repetido en diversas ocasiones dentro de este trabajo- que el derecho subjetivo material es distinto y tiene independencia de la acción; de igual manera hemos visto cómo éste es el instrumento mediante el cual se busca la tutela de aquel. De igual forma, hay acuerdo en que el derecho procesal tiene un carácter netamente instrumental, habida cuenta de que es el instrumento idóneo para la aplicación del derecho objetivo a un caso concreto.

Consentido lo anterior, debe, por lógica, aceptarse el carácter procesal del derecho de acción; en efecto, el derecho subjetivo material pertenece al derecho sustancial; para que su titular pueda buscar la tutela del mismo por parte del Estado, ha de valerse del derecho de acción, que, de esta manera, adquiere innegable carácter instrumental, y, por ende, naturaleza procesal.

6.6 La acción como derecho cívico

En este aspecto, existen dos tendencias diversas : una sostiene que la acción integra la categoría de los derechos cívicos como una espe-

(1) MONROY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 130
(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 155.

cie dentro del género de los derechos de petición, y, otra, defiende que la acción no tiene ninguna relación con el género de derechos aludido, y que, si bien es un derecho cívico, lo es de una naturaleza especial.

Eduardo J. Couture pregona lo primero; Hernando Devis Echandía, lo segundo. Couture afirma que "la acción civil no difiere en su esencia de los derechos de petición ante la autoridad; éste es el género, aquella su especie. Las diferencias no pertenecen a su esencia sino a la técnica de este derecho" (1).

El derecho de acción que "no puede ser arrebatado a nadie, sin menospreciar la misma personalidad humana, es, en síntesis el acudir ante la autoridad pública requiriéndola a que dirima un conflicto" (2).

Couture, para la formulación de la teoría expuesta, parte del fundamento de que, tenga o no razón el ciudadano, hay que concederle acceso a los tribunales con la máxima generosidad sin preguntarse previamente si le asiste o no la razón, ni siquiera si actúa de buena o mala fé, porque tal cosa solamente podrá conocerse en el momento del fallo, momento en que se sabrá quién es el vencedor y quién el vencido.

Realmente no carece de razón algún autor que compara el proceso con una obra dramática sólo que en ésta de antemano se conoce el final, y en aquel, tal cosa sólo se hará evidente en la sentencia.

De ello, deduce Couture que la acción es un derecho cívico, inherente a todo sujeto de derechos, en su condición de tal, y forma parte de ese mínimo de "poderes jurídicos" inherentes a la pura condición humana y que enumeran las Constituciones Políticas. El derecho de acción, así concebido, es el mismo derecho de petición.

El Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán resume así los postulados de Couture: "... en su obra póstuma "Fundamentos del Derecho Procesal", este

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 127

(2) PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Pág. 89.

autor sostiene que la acción es un poder jurídico que tiene toda persona, en su condición de tal, de acudir ante las autoridades jurisdiccionales, en búsqueda de satisfacción de sus pretensiones, y pertenece a la categoría de los derechos cívicos".

" . . . , En cierto modo -continúa el profesor citado-, la acción no es sino el derecho de petición consagrado por vez primera en la "Bill of right" y que ha sido repetido por todas las legislaciones del mundo, e incluso por la "Declaración universal de los derechos del hombre", dada en Bogotá por los delegados de los países a la novena conferencia panamericana el 10 de diciembre de 1948 (art. 10o.), e insertado en el artículo 45 de la C.N."

"Sin embargo, Couture hace la necesaria distinción entre el simple derecho de petición que establece relación dual entre el particular y la autoridad a quien va dirigida, y el derecho de acción, como especie del derecho de petición, con una modalidad nueva ya que por medio de él se vincula a una tercera persona, el demandado, a quien se obliga a comparecer al proceso, sobre todo en los procesos contenciosos" (1).

Fairé Guillán, en cambio, sostiene que el de petición no es un derecho sino un poder, y que si la acción es un poder genérico de derecho público consagrado por la Constitución, como posibilidad de pedir a las autoridades, no es un derecho sino un poder. Afirma el autor citado: "En la extensión con que aparece en las Cartas Fundamentales, es evidente que no se concreta a un objeto determinado, no se resuelve en pretensiones hacia otros sujetos, no se halla sujeto alguno titular de obligaciones frente a él . . ." (2). Sin embargo, la Constitución se desarrolla por medio de leyes y, de esta manera, lo que sólo es poder, puede, más tarde, engendrar derechos y obligaciones, y, aunque no se confunde con ellos, es su fuente y origen. Por las leyes se desarrolla la idea de tribunales, y el poder de acudir a ellos "se refiere a objetos en concreto (actuación de intereses

(1) ESTUPIÑAN, Rodrigo M. Op. Cit. Pág. 60

(2) FAIREN GUILLEN, Víctor. Op. Cit. Pág. 90

determinados); se desarrolla en relaciones jurídicas concretas (no concebidas bajo el molde privatístico de la relación jurídica, sino en general) con respecto a quienes aparecen con una obligación correlativa" (1).

En su crítica a Couture este autor prosigue afirmando que al primitivo poder constitucional de poner en actividad los tribunales (poder genérico), corresponde otro poder estatal, el de jurisdicción; concretado tal poder da lugar a un derecho de prestación de un servicio público. Así, la potestad jurisdiccional no es libre, sino que el sujeto activo de la misma es sujeto pasivo de una obligación; y los jueces y tribunales en concreto, frente al concreto derecho de acción, tienen la obligación de resolver sobre ella, quedando sujetos, cuando no cumplieren tal tarea, a responsabilidad civil y aún penal. Por ello -concluye-, que la acción es un derecho cívico fundamental, inherente a la personalidad, que se deriva del poder de petición a las autoridades y que viene regulado y desarrollado por leyes específicas, aplicado a objetos específicos y da lugar al nacimiento y desenvolvimiento de categorías jurídicas específicas, de las relaciones de tal carácter.

Avanza, aún más, para sostener que "el poder de hacer peticiones a las autoridades públicas, se especifica y ocasiona la formación de varias clases de derechos: el de accionar es uno de ellos y se propone ante las autoridades del orden jurisdiccional".

Hernando Devis Echandía, por su parte, sostiene que las diferencias entre los derechos de acción y de petición son muy grandes y que es mejor considerar al primero como un derecho cívico especial (2).

Ugo Recco es del parecer que la jurisdicción, a más de un derecho, es una obligación que corresponde al Estado por medio de su órgano jurisdiccional. Tal obligación es de derecho público, a la cual corresponde el derecho público y CIVICO de los ciudadanos de lograr la prestación de la jurisdicción.

(1) FAJEN GUILLÉN, Víctor. Op. Cit. Pág. 91
(2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 158.

Anotemos de paso, que, al comentar a Ugo Bocco, el Dr. Bernardo Devis Echandía, en el primer tomo de su "Compendio de Derecho Procesal", sostiene: "si por sentencia de mérito se absuelve al demandado, la acción será infundada, pero existirá . . . (pág. 157), lo cual equivale a una tremenda confusión entre acción y pretensión que el mismo autor critica, pues si la acción se satisface con cualesquier clase de sentencia, por qué al fracasar las pretensiones del actor ha de decirse que "la acción resultó in fundada ?

El Dr. Rodrigo M. Estupiñón parece participar de la tesis de Couture, para sostener al derecho de acción como especie dentro de los derechos de petición, y ello nos parece lo correcto. Es claro que deben existir diferencias entre ellos, y de hecho existen, pues precisamente al dividir las categorías de género y especie, es porque dentro del primero no pueden encuadrarse todas las notas características de las partes que lo integran (aunque conculgan de elementos comunes), y se hace necesario separarlas para especificarlas mejor. De lo contrario, nada justificaría tal distinción, habida cuenta de que todos los miembros o partes de un género conculgan de idénticos caracteres.

Sin embargo, recordemos que la acción establece una relación dual: actor-Estado (órgano jurisdiccional), tal como el derecho de petición. No es -creemos nosotros-, que el derecho de acción vincule, mediante su ejercicio al demandado. Tal vinculación se opera merced a la pretensión del actor que, como es lógico, va envuelta en la demanda, o acto introductivo del proceso; de aceptar que la acción vincula, además del actor y el Estado, al demandado, en qué lugar situaríamos a éste dentro de los sujetos del derecho de acción, sin correr el riesgo de incurrir en los errores de la escuela clásica confundiendo con el derecho material, o con tesis modernas que creyeron encontrarla en la pretensión ? Y, sobre todo, ¿qué decir de los procesos de jurisdicción voluntaria en los cuales mal puede existir demanda do ?

De esta manera -concluimos nosotros- el derecho de acción pertenece a la categoría de los derechos cívicos, dentro del género de los derechos de petición.

Con ello, pues, podemos dar por establecida la naturaleza jurídica de la acción: es un derecho subjetivo público, procesal y cívico que pertenece al género de los derechos de petición, autónomo e independiente del derecho subjetivo material que se discute en el proceso.

7. SUJETOS DEL DERECHO DE ACCION

Aunque ya en apartes anteriores lo hemos expuesto, recalquemos ahora que la acción, como derecho subjetivo que es, tiene un doble sujeto: activo y pasivo.

La doctrina moderna es unánime en afirmar que el sujeto activo es el actor, o sea, quien, en un momento determinado, ejercita su derecho de acción, y que el sujeto pasivo es el Estado, a través del órgano jurisdiccional; no ha sido fácil, sin embargo, llegar a esta conclusión, sobre todo en lo que respecta a este último punto que ha sido fértil campo de batallas doctrinarias.

Siguiendo al Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán, podemos afirmar que pueden ser sujetos activos de la acción, todas las personas, naturales o jurídicas, y, dentro de las últimas, tanto las personas jurídicas de derecho público como las de derecho privado, bien que nazcan a la vida jurídica por un privilegio legal o constitucional o merced a una concesión administrativa.

Como lo afirma el profesor citado: "Para ser titular del derecho de acción, basta y sobra con tener interés en solucionar en forma pacífica un conflicto a través de la autoridad judicial" (1), aunque -y esto es conveniente anotarlo- la acción sirve también para dar certeza a determinados actos jurídicos dudosos, o para legalizar otros, sin que exista conflicto. Tales son los casos de los procesos llamados "de jurisdicción voluntaria", y los actos que requieren de la intervención judicial para su validez jurídica.

(1) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 64.

Adelantemos de una vez que, para ser titular de la acción, no es necesario estar legitimado en la causa, ni que la pretensión formulada tenga fundamento válido; la primera es requisito de la sentencia de fondo o de mérito, en tanto la segunda, lo es de la sentencia favorable al actor. Más adelante profundizaremos en su estudio habida cuenta de que son fácilmente confundibles.

Algunos doctrinantes -sobre todo los maestros italianos-, al hablar del derecho de acción, le asignan como su titular al "ciudadano"; nos parece que una de las virtudes del jurista debe ser la de tener precisión en su terminología; en efecto, de asignar la titularidad del derecho de acción única y exclusivamente al ciudadano, deberíamos abandonar la tesis de que pertenece a la persona, por el hecho de serlo. Qué secuelas jurídicas seguirían a la aceptación de tal proposición? En primer lugar, habríamos de negar el derecho de acción a las personas colectivas (mal llamadas personas "jurídicas", si se tiene en cuenta de que toda persona es "jurídica", ya que la "persona" es una creación del Derecho); en segundo lugar, en lo que toca con las llamadas "personas naturales", o individuos de la especie humana, sólo podrían ostentar la titularidad de la acción quienes hubiesen completado los requisitos que exige la ciudadanía, entre otros, la edad.

Tales consecuencias -a más de absurdas-, pecan contra la realidad. Creemos nosotros que para ser titular del derecho de acción, basta y sobra con ser persona; no es necesario ningún otro requisito; a lo que alude el Dr. Rodrigo N. Estupiglián al decir que la titularidad de la acción requiere el interés de solucionar en forma pacífica un conflicto, es, seguramente, al ejercicio del mismo derecho; pero no hay que olvidar que éste - como todos los derechos subjetivos-, puede conservar un estado potencial sin que nunca llegue a ejercerse y sin que -por ese hecho- pueda desconocerse su existencia; una persona puede vivir muchos años y no haberse acercado nunca ante las autoridades del orden jurisdiccional en demanda de protección a sus intereses. Podría afirmarse, por ello, que careció del derecho de acción? Creemos que no; el hecho de que no lo haya ejercitado es algo muy distinto.

Carnelutti había conceptuado que la acción era "el ejercicio privado de una función pública", a lo cual Pallarés responde : "Al sostener Carnelutti que el actor realiza una función pública, confunde a la persona que lleva a cabo la función con el beneficiario de ésta, al que pide auxilio de la policía, con el policía mismo. Es como si dijéramos que los niños que reciben en las escuelas públicas instrucción, realizan una función pública. El penitente que acude en confesión a un sacerdote, no ejerce el ministerio sacerdotal. Una cosa es que determinadas funciones públicas no puedan llevarse a cabo sin la presencia o cooperación de quienes se benefician con ellas, y otra diversa, que los beneficiarios tengan a cargo la función. El médico sin el enfermo no puede curar, pero el enfermo no ejerce la medicina".

Si bien no existe mayor discrepancia en lo que se refiere al sujeto activo del derecho de acción, no ocurre lo mismo cuando se trata de establecer el sujeto pasivo del mismo.

Recordemos que quienes se empeñaron en negarle el carácter de derecho subjetivo para atribuirle el de poder jurídico, negaron -al propio tiempo- la existencia de un sujeto pasivo para la acción.

La escuela clásica, por otra parte, al confundir la acción con el derecho subjetivo material, sostenía que la acción se dirigía en contra del adversario obligado; hemos visto los errores de tal teoría y nos haríamos fastidiosos en repetirlos.

Luego de ello, los autores se han visto abocados en los siguientes planteamientos : El sujeto pasivo es el juez, o la oficina judicial, o el funcionario encargado de proveer sobre la demanda presentada; el sujeto pasivo es el Estado, a través de su órgano jurisdiccional, o, dicho en otras palabras, el juez como representante del Estado quien es el titular de la jurisdicción. Aun en este terreno se ha discutido si la acción se dirige "hacia", "frente", o "contra" el Estado.

La primera de las tesis anotadas es fervientemente sostenida por Carne luttí; he aquí sus palabras : "Una de las últimas etapas del mencionado len to desarrollo del concepto de acción, después de esto, se ha apartado del derecho subjetivo material y está constituido en concebirla como un derecho frente al Estado; concepción ilógica, ya que no se puede admitir derecho sin sujeción recíproca ni sin conflicto de intereses; ahora bien, el Estado no tiene interés contrario alguno en la composición de la litis, ni podría, de todos modos, en esta materia, estar sometido a las partes. La verdad, por el contrario, que el Estado, al conferir a los oficiales y a los encargados del proceso potestades y obligaciones correlativas, los somete, para su me- jor ejercicio, y dentro de ciertos límites, a la iniciativa, y, por lo tan- to, al juicio de las partes" (1).

Así, pues, de acuerdo con la tesis carnelttiana, la acción se dirige contra el juez, o contra el funcionario que haga sus veces, quien tiene la obligación de proveer sobre la demanda presentada. Rocco critica tal teo- ría en los siguientes términos : "El derecho público subjetivo de acción no se dirige contra el juez, sujeto físico que personifica el órgano, sino que se dirige contra el Estado, que, siendo una persona jurídica, se vale de sujetos físicos que desempeñan los oficios estatales" (2).

Por su parte, Eduardo Pallarés sostiene : "El sujeto pasivo de la ac- ción no es el Estado, sino el órgano jurisdiccional que debe tramita el juicio" (3). Más adelante, y con ocasión de criticar a Carnelutti, el mis- mo autor señala : "El Estado no es el sujeto pasivo del derecho de acción, porque es el titular del interés protegido y no del interés subordinado. Le pertenece el poder, no la obligación" (4).

Realmente parece ilógico considerar como sujeto pasivo del derecho de acción a la persona física del juez, ya que, en tal calidad, en virtud de

(1) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Pág. 316

(2) Cita de MONROY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 132

(3) y (4) PALLARES, Eduardo. Op. Cit. Págs. 17 y 21.

qué podría soportar el ejercicio de la acción por el actor? Como dice el Dr. Hernando Devis Echandía, "al considerar como sujeto pasivo de la acción al juez u oficina judicial ante quien se presenta la demanda sin contemplar lo como representante del Estado para la función jurisdiccional, el preclaro procesalista desvirtúa la personalidad jurídica del Estado y el concepto de su unidad, pues actúa por intermedio del funcionario judicial" (1).

Tampoco parece razonable, con todo, negar la subjetividad pasiva del Estado, con pretexto de que tal le corresponde al órgano jurisdiccional, y valen las críticas antes anotadas por Devis Echandía, pues ello vendría en desmedro de la unidad jurídica y de la personalidad del Estado.

Hay casos, en que la acción es ejercitada por el agente del ministerio público, en donde se vería un poco comprometida la situación explicada; ello lo aclara Ugo Rocco, de la siguiente manera: "Hay casos en que el ministerio público ejercita la acción civil; en tal caso está legitimado para accionar no en virtud de la titularidad de la relación jurídica, sino en fuerza de la titularidad de un interés estatal, que se superpone al de carácter de derecho privado".

"Desde este punto de vista -prosigue-, el ministerio público puede considerarse parte en el juicio; pero será una parte con características todas ellas propias . . ." (2).

Este hecho puede ser más notorio dentro del campo penal, sobre todo, en ciertos sistemas legislativos en donde la única forma de instaurar el proceso penal es mediante la denuncia formulada por el agente respectivo.

El profesor Hernando Morales Molina, sin embargo, se vale de un fenómeno similar con el analizado para atacar la pertenencia del derecho de acción a los de petición; así afirma: ". . . algunos han observado que al poder intentar la acción el propio Estado como persona pública (caso de

(1) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 156

(2) ROCCO, Ugo. Op. Cit. Págs. 163 y 164.

la acción penal) o como lo hacen las personas privadas (caso de acciones civiles que se funden en actos jurídicos o ilícitos), el concepto de derecho de petición se compromete en su exactitud" (1).

A todas luces denota el anterior concepto que está poco clara la idea de acción, habida cuenta de que al iniciar oficiosamente la investigación de un reato penal, no significa que el Estado esté ejercitando la acción como titular, y al propio tiempo la esté soportando como sujeto pasivo; lo que en realidad ocurre es que -de manera oficiosa-, se pone en movimiento la jurisdicción estatal, sin que nadie haya ejercitado el derecho de acción.

Forzoso es aceptar, pues, que el Estado es el sujeto pasivo del derecho de acción, y que se encuentra representado por el órgano jurisdiccional y sus diversos funcionarios. Sin embargo, ahora se presenta un nuevo problema: el derecho de acción se ejercita frente, contra o hacia el Estado? Las tres posiciones tienen sus partidarios. De una vez por todas desechamos la última concepción, porque si el derecho de acción se dirige hacia el Estado, tal equivaldría no al ejercicio de un derecho sino a una súplica, y la acción está muy lejos de ostentar tal carácter.

Wach es uno de los tratadistas que sostiene que la acción se dirige contra el Estado para obtener tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable; Chiovenda, al criticar al autor citado, sostiene que la acción no se dirige contra el Estado, pues, si bien es cierto, que existen relaciones jurídicas de carácter público entre el ciudadano y el Estado, ni se tendría acción si el Estado no existiera para dirigirse a él, en este caso la relación con el Estado, no es más que un medio para obtener ciertos efectos contra el adversario.

El Dr. Morales Molina, afirma al respecto: "Para nosotros es más aceptable la tesis cuyo meollo consiste en que la acción debe considerarse como un derecho público contra el Estado para obtener tutela jurídica, sin desconocer la objeción de que es difícil compaginarla con la de relación

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 127.

procesal, la congruencia de la sentencia y la cosa juzgada que implican situaciones concretas, pues es posible superarla completando la tesis con el derecho concreto, pero no, desde luego, con el derecho a sentencia favorable" (1).

Creemos, que el procesalista colombiano confunde el derecho con su ejercicio mediante la demanda, y aún más, con la demanda misma; en efecto, el fenómeno de la congruencia debe darse entre la sentencia y las peticiones y la "causa petendi" que contenga la demanda, pero ninguna relación tenemos entre este fenómeno y el derecho de acción; la cosa juzgada, por otra parte, es una cualidad de ciertas sentencias ejecutoriadas, y, de todas maneras, al producirse el fallo final, bien que haga tránsito a cosa juzgada o no, el objeto de la acción se ha cumplido a plenitud.

Estimamos razonable la actitud de quienes piensan que el derecho de acción se dirige contra el Estado, habida cuenta de que existe de por medio una obligación a cargo de éste: la de prestar su función jurisdiccional a los particulares. En realidad no se justificaría predicar un derecho, si en la práctica no fuese posible hacerlo efectivo.

Pero, en realidad, la diferencia que existe entre los autores en establecer por parte de unos que la acción se ejercita frente al Estado, y, por otros que se ejerce en su contra, se debe, más que todo, a que no han reparado en estos términos. Lo importante de este acápite es, en conclusión, que el Estado es el sujeto pasivo del derecho de acción.

8. FUNDAMENTO DEL DERECHO DE ACCION

A través de los puntos anteriores hemos venido dando razón acerca del fundamento del derecho de acción. Es conveniente, sin embargo, puntualizar lo de nuevo.

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 127.

Tal y como lo afirma Couture, en un estado de Derecho, la violencia privada se transforma en petición ante la autoridad; este derecho que pertenece al individuo, no puede ser negado a nadie sin incurrir en la negación de la justicia misma.

La justicia privada se ha sustituido, pues, dentro de las concepciones culturales de nuestro tiempo, por la justicia que detentan los órganos estatales; así se configura la jurisdicción no solamente como un derecho, sino, y más que todo, como una obligación a cargo del Estado de administrar justicia (un poder-deber del Estado).

A dicha obligación estatal de jurisdicción, corresponde el correlativo derecho que asiste a toda persona de solicitar del Estado la prestación de su jurisdicción con el objeto de proteger intereses legítimamente reconocidos.

En el ramo civil, generalmente la función jurisdiccional es de carácter supletivo; cuando quiera que se presenta un conflicto de intereses entre dos o más sujetos de derechos, puede ser arreglado pacíficamente entre ellos (salvo los casos en los cuales esté comprometido el orden público); si ello no es posible, acuden ante los tribunales en demanda de justicia.

De esta manera se configura como fundamento del derecho de acción, la obligación jurisdiccional del Estado, con una razón más que todo, de avance cultural: el abandono de la justicia privada en aras de la justicia del Estado.

Un hecho hoy innegable: debe existir la justicia a fin de proteger la convivencia pacífica de los asociados; sin ella, viviríamos un interminable estado de conflicto que, indudablemente, conduciría a la humanidad a su propia destrucción, guiada por impulsos de venganza. Esa justicia la puede practicar el mismo individuo que ha sufrido quebranto en sus bienes de cualesquier naturaleza que sean, reclamando directamente al quebrantador de su derecho; ello es rechazado por nuestros principios de cultura;

Por lo tanto, le toca al Estado esa misión, de acuerdo con normas pre-establecidas que se rigen por principios de la llamada justicia conmutativa. Sin embargo, y a fin de que tales funciones del Estado entren en acción, se hace necesario conceder al individuo un derecho con cuyo ejercicio pueda reclamarlas. Tal es el derecho de acción.

Ello nos hace ver muy claramente el fin netamente público que lleva en cerrado el derecho de acción. Veámoslo con mayor detenimiento.

9. FINALIDAD DEL DERECHO DE ACCION

Para establecer cuál es el fin, en abstracto, del derecho de acción considerado -en general- como instituto jurídico, es necesario esclarecer el interés que se pone en juego con su ejercicio.

En la práctica, el particular hace uso del derecho de acción impulsado por el deseo de proteger un interés privado, cual es el suyo propio. Será éste el interés que contiene el derecho de acción? Indudablemente que no; creemos con el Dr. Hernando Devis Echandía, que "el particular piensa en su interés individual y privado, sin el cual, en la mayoría de los casos civiles, laborales y contencioso administrativos, no ejercitaría la acción aun cuando se encontrara ante una situación contraria al derecho objetivo, que mediante el proceso se pudiera remediar o enderezar; pero utiliza el interés público que siempre existe en la pacífica solución del conflicto o en la tutela de la norma objetiva (puede no existir litigio), como medio para lograr esos fines. Sin embargo, la jurisdicción entra en actividad ante su demanda o denuncia, en razón de ese interés público y no de su interés privado. Ese interés público, es, por consiguiente, el interés -causa y el interés- fin de la acción" (1).

Creemos que los anteriores conceptos son suficientemente claros y están suficientemente respaldados para exigir otra explicación. Lo anterior

(1) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 163.

nos da como resultado que el fin primordial de la acción es proteger el interés público, tutelar el orden jurídico, y, de contera, preservar la paz y la armonía sociales. De ello, igualmente se deriva su objeto : la formación de un proceso y la obtención de una sentencia de cualquier naturaleza.

Sostiene Fairén Guillén que el derecho de acción nace ante un conflicto actual de intereses : el interés del ciudadano particular de solventar el impase y hacerse justicia y el interés de la comunidad en prohibir la autotutela y en favorecer el proceso. Sin embargo, el interés público rebasa al privado, al propio tiempo que sirve de medio eficaz para beneficiar a este último. La actuación del interés general, a pesar de ello, sigue vigente y puede estimar antijurídico el interés privado del actor, o, cuando menos, impropio. De esta manera, el interés en la pacífica solución del conflicto, si bien es utilizado como interés-medio por el actor, a la postre, se torna en el interés final (1).

La acción adquiere, pues, por sí misma un fin diverso que se coloca por encima del interés particular del agente. En este momento creemos que el connotado autor español da un paso en falso; sostiene él : "Es evidente que construido de esta manera el derecho de acudir a la justicia (derecho de acción), de él se puede hacer un mal uso y se plantearán en falso lo que realmente no debería ser conflicto de intereses. Pero en el actual estado de cosas en el mundo civilizado, se considera que aún haciéndose un mal uso de tal derecho, aún siendo falso el conflicto de intereses de fondo que parece surgir, siempre es superior y más favorable el bien común que la solución de tales conflictos por la violencia. El derecho de acudir a los tribunales -concluye el autor- surge, pues, como un mal menor" (2).

En lo que toca con el llamado mal uso o "abuso del derecho", puede ocurrir con cualesquiera de los que se atribuyen al individuo, y aún al Estado; mal puede asignarse tal desviación única y exclusivamente al derecho de acudir ante los tribunales; por otra parte, en contra de tales posibilidades de mal uso que solamente pretenderían el entorpecimiento de la admi-

(1) y (2) FAIRÉN GUILLEN, Víctor. Op. Cit. Págs. 80 a 82.

nistración de justicia y el gasto inútil de las energías procesales por otra parte de los funcionarios encargados de administrarla, existen remedios de diversa índole que prevén las legislaciones de diferente manera pero que, en conjunto, pueden agruparse en el llamado principio de la economía procesal que actúa ante situaciones de evidente improcedencia e inutilidad y se resume en el predicamento de lograr el máximo rendimiento con el mínimo gasto de energía procesal de parte del juez y de los litigantes.

En síntesis, pues, la finalidad primordial del derecho de acción pertenece o tiene carácter público y consiste en preservar el orden jurídico y conservar la paz y la armonía sociales.

Ya hemos adelantado bastante dentro del concepto de acción: lo hemos deslindado del derecho subjetivo material haciendo notar su independencia y autonomía, en contra del pensar de los clásicos; analizada su naturaleza, concluimos que se trataba de un derecho subjetivo público, procesal y cívico, perteneciente al género de los derechos de petición y que se dirige en contra del Estado; que su titularidad la tiene toda persona por el solo hecho de serlo; encontramos su fundamento en la abolición de la violencia privada y en la obligación que reviste la jurisdicción del Estado, y acabamos de sentar, que su finalidad es la conservación de la paz social mediante el mantenimiento del orden jurídico.

10. OBJETO DEL DERECHO DE ACCION

De acuerdo con la teoría clásica, en donde era notoria la confusión entre la acción y el derecho subjetivo material, resulta indudable que el objeto de aquella debía ser la sentencia favorable al actor.

Sin embargo, y a pesar de que la doctrina moderna hace la debida separación entre derecho material y acción, no han faltado quienes han asignado la favorabilidad de la sentencia como objeto de ésta; entre ellos se cuentan los autores que desarrollaron la llamada teoría "del derecho concreto

de obrar", la misma que fuera formulada por Kuther, expuesta por Wach y acogida por Kisch. Según ellos, la acción es un derecho subjetivo público para obtener la tutela del Estado mediante sentencia favorable.

Al efecto, recordemos las palabras de Carnelutti: "Tan lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal del derecho subjetivo material que el uno puede existir sin el otro: yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de una pretensión, aunque esa pretensión sea infundada" (1).

Podemos afirmar que el hecho de asignar como objeto de la acción la sentencia favorable al actor, es fruto de confundirla ésta con la pretensión; Carnelutti, como más adelante lo veremos, sostiene que, entre el derecho subjetivo material y la acción, no tiene cabida la pretensión, de allí que tal autor derive el error anotado de la confusión entre acción y derecho subjetivo material.

Tan cierto es lo que decimos y tan seguros estamos de que yerran quienes sustentan la tesis del derecho concreto de obrar, que la práctica nos dice todos los días una cosa diferente y se constituye en el mejor argumento en su contra. En efecto, si el objeto de la acción fuese la sentencia favorable, su ejercicio, necesariamente, exigiría que se hiciese por quien detenta la titularidad del derecho material, a fin de que la primera pudiese cumplir con su objetivo. Qué decir entonces de las sentencias que resuelven absolver al demandado? Seguramente que la acción no cumplió con su objeto, a pesar de que la actividad jurisdiccional del Estado se prestó ante la solicitud del actor, y, de acuerdo con lo que hemos expuesto, tal es el contenido del derecho de acción.

Ugo Rocco sostiene, de igual manera, que la favorabilidad o desfavorabilidad de la sentencia solamente puede establecerse al finalizar el proceso y no en sus comienzos; por otra parte, la afirmación de Wach designa

(1) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil (cit). Pág. 315.

liza el concepto de que la acción constituye un verdadero derecho.

Realmente llama la atención que el último de los autores citados hable de la acción como un derecho autónomo que se dirige, al propio tiempo, en contra del Estado y en contra del deudor y exija sentencia favorable como objetivo de la misma. De esta manera resultaría que ejercitada la acción por parte del actor e instaurado el proceso, al final del mismo, en el fallo definitivo, si resultaran desestimadas las pretensiones de éste, tendría que afirmarse que "el actor carece de acción", lo cual, además de incorrecto, como lo hemos analizado, tendrá matices de absurdo, por cuanto ya el actor se ha valido de ella en busca de tutela jurídica.

Todos los autores modernos, entre ellos Carnelutti, Rocco, Couture, critican esta teoría, para formular la tesis de la acción como derecho abstracto que se satisface con cualquier tipo de sentencia, no sólo la que define el fondo del conflicto, sea favorable o desfavorable, sino incluso aquella que no desata la litis propuesta y que se conoce, dentro del argot procesal, como sentencia inhibitoria.

Lo que se satisface, única y exclusivamente, con la sentencia favorable es la pretensión, de la cual tendremos ocasión de hablar en otros apartes y cuyo deslindamiento con el derecho de acción ha sido tan o más difícil aún que el que hiciera la doctrina con el derecho material subjetivo.

Concluamos pues, porque sería superfluo extenderse en otras consideraciones, que el objeto del derecho de acción es la obtención de una sentencia de cualesquier naturaleza, a través de un proceso. Ello es suficiente y ratifica, una vez más, el interés público que orienta la institución; en efecto, con la formación de un proceso, observando en su composición las prescripciones legales, se está moviendo el mecanismo jurisdiccional del Estado en pro de los derechos subjetivos; su resultado final no interesa en sus características específicas y de acuerdo con la posición procesal de las partes.

Existen quienes, sin embargo -y esto es oportuno adelantarlo-, consideran que la legitimación en la causa y el interés para obrar son requisitos del derecho de acción. Tal aserto lleva como secuela inmediata el exigir como objeto de la acción la sentencia de mérito. Si bien el error no es tan mayúsculo como aquel de exigir sentencia favorable para su satisfacción, no por ello debe pasarse desapercibido.

Tanto la legitimación en la causa como lo que se denomina "interés para obrar" son requisitos que el juez debe encontrar realizados a fin de que pueda desatar la litis propuesta, o sea, fallar en el fondo del asunto; de lo contrario, deberá inhibirse de fallar en el fondo, dictando la sentencia correspondiente. Sin embargo, no por ello habrá dejado de cumplirse el objeto de la acción, pues la sentencia inhibitoria -como es el caso-, la satisface a plenitud.

De esta forma dejamos clarificado lo que debe entenderse por acción para tratar acerca de su clasificación y de su deslindamiento con otras figuras.

11. CLASIFICACION DE LAS ACCIONES

El Dr. Hernando Devis Echandía expone al comentar este tema: "así como respecto al concepto de acción han existido muchas teorías y todavía subsisten en algunos autores modernos los defectos que la concepción clásica contiene, así también respecto a su clasificación se encuentran los mismos resabios y complicaciones, con el agravante de que la terminología legal de los viejos códigos civiles, comerciales y procesales, basada en el criterio tradicional, hace más difícil extirpar el empleo de la palabra acción en sentido material o sustancial, para limitarla a un criterio puramente procesal" (1).

(1) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 168.

Existen dos criterios de clasificación : bien tomando la acción en sentido material o sustancial, la cual ha caído completamente en desuso, o asignándole su único y verdadero sentido procesal.

11.1 Punto de vista sustancial

La clasificación, en este sentido, es tan fecunda como lo es el derecho objetivo material en el otorgamiento de derechos subjetivos, en consideración a que corresponde una acción para cada derecho.

Esta clasificación tiene sus fundamentos en el derecho romano y no guarda ninguna relación con el sentido procesal del vocablo, hasta el punto de que, como lo recuerda el Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán, muchos procesalistas proponen que bien podría eliminarse esta clasificación para hablar simple y llanamente de derechos; así, por ejemplo, en lugar de hablar de acción reivindicatoria, o de deslinde, o de indemnización de perjuicios, se podría decir, con toda propiedad, el derecho que tiene el propietario para reivindicar una cosa singular que está en poder de otra persona para que ésta le restituya la posesión material, o el derecho que asiste a un propietario para que se deslinde su predio de otros circunvecinos, o el derecho a reclamar los perjuicios que se le han causado de modo culpable por otra persona, etc (1).

Es ésta, en síntesis, una clasificación civilista, no procesalista; de tal modo que cuando quiera que se haga referencia a ella, ha de entenderse que solamente se está haciendo alusión a uno de los atributos del derecho subjetivo material.

Es la razón para que Luis Mattiolo, al tratar el tema de la clasificación de las acciones, sostenga que las acciones penales nacen del delito y las civiles garantizan los derechos privados; las últimas se subdividen en reales, personales, . . . etc (2).

(1) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 66

(2) MATTIOLLO, Luis. Op. Cit. Pág. 14.

11.2 Punto de vista procesal

Aunque cada autor trata, en este aspecto, de dar su propia clasificación, seguiremos, por parecernos el más acertado, al Dr. Rodrigo Nelson Estupinán.

"La acción, predica Carnelutti, no es como se cree, un derecho único, sino una categoría de derechos que se resuelve en una considerable variedad de ejemplares" (1).

Sin embargo esta clasificación no tiene nada que ver con el derecho subjetivo material que se hace valer en juicio, y con su variedad, pues el derecho de acción, frente a él, será siempre el mismo.

A fin de establecer una clasificación desde un punto de vista procesal es necesario tener en cuenta los siguientes criterios :

- a. La clase de jurisdicción que se provoca o cuya aplicación se reclama
- b. La clase de proceso que ha de desencadenarse con el ejercicio de la acción
- c. Los fines que se persiguen en cuanto a la actividad que ha de desarrollar el juez dentro del proceso y al momento de pronunciar sentencia

Según el primero de los criterios antes anotados, las acciones se dividen en civiles, penales, contencioso-administrativas, eclesíásticas, laborales, etc., según la rama o jurisdicción de que se trate.

(1) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Pág. 318.

Devis Echandía, anota a este respecto : "No obstante que en sentido estricto la acción es única, podemos distinguir procesalmente las acciones civiles, penales, laborales, contencioso-administrativas, militares, según la jurisdicción a que pertenezcan" (1).

Por este mismo aspecto, puede hablarse de acciones públicas y acciones privadas, según que quien la ejercite tenga una pretensión particular o busque satisfacer intereses colectivos; ejemplo de las últimas es aquella que se ejercita para demoler un edificio ruinoso y pueden ser ejercitadas incluso por el ministerio público, aunque no siempre que éste la ejercite, tiene la acción carácter de pública.

En algunas legislaciones, se habla, siguiendo este mismo criterio, de acciones jurisdiccionales y acciones ejecutivas; tal es el ejemplo de Italia, en donde se considera que las últimas escapan al campo jurisdiccional para adentrarse en el administrativo. En Colombia no es de recibo esta distinción, porque, entre nosotros la acción ejecutiva es típicamente jurisdiccional, merced a que con el ejercicio de la acción ejecutiva se promueve el proceso de ejecución cuyo objeto es la realización coactiva de derechos y obligaciones exigibles.

De acuerdo con el segundo criterio, se acude a las acciones ordinarias y a las especiales, que se refieren al trámite a seguir en cada caso, y que, según la clasificación de procesos que trae nuestro C. de P.C., serían las siguientes :

a. El proceso ordinario o plenario, a través del cual se tramitan y deciden aquellas controversias que no tienen señalado un procedimiento especial

b. Un proceso abreviado, que se introdujo como una innovación dentro del C. de P. C. que hoy nos rige; si bien se identifica con el ple

(1) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 170.

nario en casi todos sus aspectos, se distingue de él merced a lo reducido de sus términos. Siguen este trámite una serie de asuntos que antes exigían procedimiento especial

c. Los procesos especiales, con trámite propio, según el asunto de que se trate

d. El proceso verbal, a través del cual y por medio de audiencias, se tramitan y deciden asuntos de menor importancia

e. El proceso de jurisdicción voluntaria y el proceso arbitral.

Como sostiene Devis Echandía, refiriéndose a este punto, puede hablarse de acción sumaria, de acción arbitral, represiva, preventiva, singular, colectiva, contenciosa, voluntaria, según el proceso que origine (1).

Sin embargo, el más importante criterio de clasificación es el tercero, es decir, de acuerdo con los fines para los cuales se impetra la sentencia. Este aspecto será materia de los siguientes puntos.

11.2.1 Acción de juzgamiento

También llamada acción de conocimiento o declarativa genérica y comprende las acciones declarativas puras, las acciones de condena, y las de declaración constitutiva (2).

Se ejercita con el objeto de que el juez juzgue acerca de la existencia o inexistencia del derecho o pretensión que el demandante alega.

Si ese derecho "ab initio" se muestra cierto, aunque tal certeza sea aparente, se presenta el ejercicio de la acción ejecutiva,

(1) y (2) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Págs. 170 y 171.

ceso en el cual ya no se trata de indagar la existencia o inexistencia del derecho en cabeza del demandante, sino de exigir coactivamente ese derecho del obligado.

Carnelutti, la denomina "Acción cognitiva" y dice que es el tipo más conocido porque el proceso de conocimiento ha sido más estudiado que el proceso ejecutivo; este autor hace una subdivisión más compleja que la que antes anotáramos, pues dice que la cognitiva comprende las acciones declarativa y dispositiva, y la declarativa, a su vez, comprende la de declaración, la de certeza, la constitutiva y la de condena (1).

De esta manera, la acción cognitiva consiste en el derecho a que el juez ejerza su poder de cognición (la de condena consistirá en que ejerza la potestad de ese tipo, sin importar si de tal ejercicio resulta sentencia condenatoria o absolutorio . . . etc).

11.2.1.1 Acción declarativa pura

Es, según el Dr. Estupiñán, aquella que persigue la formación de un proceso declarativo puro y pertenece al género de las acciones de juzgamiento o conocimiento.

Su objeto es solicitar del juez la declaración de la existencia o inexistencia de una relación jurídica determinada; su finalidad se agota con una sentencia declarativa de cualquier tipo y, en manera alguna, persigue la imposición al demandado de una obligación. Esa la razón para que no preste nunca mérito ejecutivo (2).

Dada su naturaleza, establecida anteriormente, la acción declarativa pura es de un carácter realmente excepcional, toda vez que si el actor, a fin de lograr sus pretensiones pueda hacer uso de otra acción, valga el ejemplo de la acción de condena, ésta será la que

(1) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil (cit), 320
(2) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 68.

debe utilizarse y no aquella. Su propia entidad hace que sea de imposible aplicación en el campo del Derecho Penal.

Se dan como ejemplos de la acción declarativa pura : la que tiene que ver con la declaración de autenticidad o falsedad de un documento, la que se refiere a la declaración de socio de una sociedad (acción pro-socio), la declaración de heredero, la declaración de pertenencia, . . . etc. Se ha discutido si aquella por la cual se solicita la filiación natural o legítima es declarativa pura, o pertenece más bien, a las de declaración constitutiva o a las acciones de condena.

11.2.1.2 Acción de condena

Es la que tiene por objeto la formación de un proceso de condena y la obtención de una sentencia del mismo tipo; persigue que, el juez, además de la declaración del derecho que impetra el demandante, imponga al demandado el cumplimiento de una obligación o la realización de una prestación (1), con el objeto, más que todo, de sentar bases para una posible ejecución (2).

Se presenta con mayor frecuencia en estrados Judiciales, habida cuenta de su innegable utilidad si se considera que la sentencia favorable obtenida a través del ejercicio de esta acción sirve de título ejecutivo. Anotemos, al margen de nuestro estudio, que, originariamente, fueron las sentencias de condena los únicos títulos ejecutivos que se conocieron, toda vez que una providencia de tal tipo produce absoluta certeza acerca de la existencia del derecho y de la correlativa obligación; de allí que ordinariamente se la conozca con el nombre de "Título ejecutivo judicial"

Son requisitos indispensables para el ejercicio

de la acción de condena :

- (1) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 69
(2) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 173.

a. Que el actor manifieste tener el derecho, y no, como lo afirma Hernando Morales, la existencia de un derecho privado susceptible de tutela jurídica (1) porque, como lo hemos venido repitiendo insistentemente, la acción es totalmente independiente del derecho subjetivo material

b. Que ese derecho que manifiesta tener el actor, haya sido desconocido o violado. Ello, sin embargo, no significa que la sentencia deba resolver favorablemente las pretensiones que el demandante impetra en su libelo; a lo que ésta realmente tiene derecho, es a que el juez haga uso de sus facultades de condena, derivadas de la investidura de jurisdicción que le ha hecho el Estado; que la sentencia haya de ser condenatoria o absolutoria, de fondo o inhibitoria, es indiferente para el cumplido ejercicio del derecho de acción.

Cuando el deudor incumple una obligación, lo primero que puede hacer el acreedor es hacer uso de la acción de condena porque tiene la virtud de cerrar los caminos del deudor incumplido y por que sirve de base para una posterior ejecución. Pero, bueno es repetirlo con Carnelutti, "el acreedor no tiene derecho a la condena. Hay un derecho a que el juez decida, no a que condene" (2), lo que equivale a decir que el actor tiene un derecho adquirido a que el juez decida, se pronuncie acerca de la demanda presentada, pero no a su acogimiento; todo ello puede resumirse diciendo que el actor tiene derecho a una sentencia.

Es esta la forma más clara de establecer la perfecta distinción entre el derecho de acción y el derecho subjetivo material que se discute en el proceso, y la historia de esta distinción constituye una de las más bellas páginas de la ciencia moderna del procedimiento y hasta de la ciencia moderna del Derecho" (3).

Recordemos, por otra parte, que esa distinción en el objeto, conduce a distinguir el sujeto con claridad meridiana;

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 134
(2) y (3) CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1955. Pág. 439.

en tanto el derecho a la prestación se dirige en contra del demandado, el derecho a la sentencia de condena tiene un obligado distinto: el Estado a través del órgano jurisdiccional.

Lo anterior, con todo, no significa que entre los dos derechos aludidos no exista una conexión íntima; pues, si bien no deben confundirse, tampoco deben desligarse totalmente; ambos extremos son viciosos; ejemplo de ello, es que el sujeto activo de los dos derechos es común.

Ejemplos de la acción de condena son aquella mediante la cual se solicita la indemnización de perjuicios, o la que tiene por objeto la reivindicación de un bien, o la que se ejercita con miras a lograr el lanzamiento de un inquilino Vgr., etc.

11.2.1.3 Acción constitutiva

"De accertamento costitutivo" la denominan los italianos. Es aquella por la cual se persigue que el juez declare la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica preexistente (1)

Se distinguen de la acción declarativa pura, porque no solamente verifican lo que es sino que constituyen un estado nuevo (2).

Son requisitos de su existencia:

- a. La existencia de una relación jurídica de derecho privado
- b. Presupuesto fáctico para modificarla y

constituir una nueva.

(1) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 69
(2) NOVALES MOLINA, Fernando. Op. Cit. Pág. 132.

Conviene recordar, sin embargo, que el juez no crea el derecho ni constituye la relación jurídica; simplemente declara la consecuencia que por ley se deduce de los hechos probados en él; la creadora de derechos y de situaciones es la ley; el juez se limita a declarar los unos o las otras (1).

La sentencia que se dicta en ejercicio de esta acción no constituye título ejecutivo; pertenecen a esta categoría las que inician procesos de divorcio, de separación de bienes, de nulidad, de rescisión o resolución de contratos. Tales fallos pueden producir efectos diferentes, en el tiempo, de allí que se las subdivide en sentencias de declaración constitutiva que producen efectos ex nunc y las que los producen ex tunc. Los efectos de las primeras empiezan a correr a partir de su ejecución, en cambio las segundas los extienden, bien al tiempo de la notificación de la demanda al demandado o al momento de realizarse el negocio jurídico de que se trata.

11.2.2 Acción ejecutiva

Carnelutti la define de la siguiente manera: "Es el poder de la parte para obtener del juez la prestación de la actividad respectiva"(2); en general, puede afirmarse que la acción ejecutiva es aquella que tiene por objeto la promoción de un proceso de ejecución forzosa (3).

Según lo sostiene el gran maestro italiano antes citado, la separación entre acción y derecho material, en lo que toca con el proceso ejecutivo, ha sido aún más lenta y difícil, "porque compete sólo al acreedor y no al acreedor simple, sino provisto de título ejecutivo", y que por ello tiende a confundirse con el derecho subjetivo material. Sin embargo, dice él, la acción ejecutiva también es un derecho procesal netamente dis-

(1) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 173

(2) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Pág. 321

(3) ESTUPIÑAN, Rodrigo H. Op. Cit. Pág. 70.

tinto del derecho material, pues su contenido no es el interés privado del acreedor sino el interés público en la composición de la litis, y la sujeción que a ella corresponde no es la del deudor sino la de los funcionarios judiciales. "Más aún, la acción ejecutiva compete también a quien, aunque esté provisto de título ejecutivo, no tenga derecho alguno. En ese caso se ha ejercitado una acción a la cual no correspondía ningún derecho" (1).

Clara es la contradicción en los anteriores postulados; si se afirma que la acción ejecutiva compete única y exclusivamente al acreedor con título ejecutivo, cómo puede sostenerse después, que quien acciona bien puede tener el título ejecutivo sin ser el titular del derecho, es decir, sin ser el verdadero acreedor? Lo que pasa es que, como requisito esencial para el ejercicio de esta acción se requiere ser tenedor de un título ejecutivo, como se exigen tantos otros requisitos para el ejercicio válido del derecho de acción en aras de una relativa economía procesal porque bien podrían gastarse ingentes esfuerzos en procesos claramente inútiles. Pero de eso a afirmar que la acción ejecutiva sólo compete al acreedor, hay una diferencia abismal; de sostener válidamente tal aserto, tendríamos que admitir una de estas dos situaciones: o que para ser titular del derecho de acción es necesario ser titular, al propio tiempo, del derecho material subjetivo que trata de reclamarse, y retornar, con ello, a los postulados de la teoría clásica, o que la ejecutiva escapa al concepto general del derecho de acción.

La inaceptabilidad de las dos situaciones muestra muy a las claras el error que encierran las frases transcritas del autor italiano.

Ante el ejercicio de la acción ejecutiva, el juez no está obligado, ni tiene necesidad de decidir previamente si el ejecutante tiene o no el derecho, o si lo asiste o no la razón, porque dicho presupuesto debe aparecer constituido y acreditado plenamente en el acto o documento que, de acuerdo con la ley, sirva de título ejecutivo o de recaudo.

(1) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Pág. 322.

De lo dicho, puede ya establecerse que la acción ejecutiva tiene por objeto la satisfacción coactiva de las obligaciones exigibles; ésta quizás sea la razón para que dentro de algunas legislaciones, esta función estatal (la de ejecución forzosa), escape a los lindes jurisdiccionales para adentrarse en los terrenos administrativos.

El Dr. Hernando Morales Molina sigue denominando al proceso que origina el ejercicio de la acción ejecutiva como "juicio ejecutivo"; la impropiedad de tales términos es evidente.

Son interesantes los conceptos de Francesco Carnelutti, a propósito de la acción ejecutiva: "Si el deudor no da, la fuerza que emplea el acreedor para tomar por sí mismo corresponde a una fuerza rudimentaria del derecho. Es conveniente desplazar esa función a un órgano del Estado, entre otras cosas, para eliminar con seguridad la resistencia del deudor y evitar, de esta manera, un estado de guerra que tiende a evitar el orden jurídico. He aquí por qué, a fin de tomar lo que el deudor no da, a la fuerza el acreedor tiene que sustituirse el sable y el penacho del carabineero; porque, en una palabra, la fuerza puesta al servicio del Derecho debe tener las armas y el uniforme" (1).

De estas palabras es perfectamente deducible - aunque posteriormente el autor lo señala de manera expresa-, que, en Italia, la acción ejecutiva se dirige al órgano ejecutivo del poder público, cosa que -como hemos dicho-, no ocurre entre nosotros donde tal acción es típicamente jurisdiccional.

El mismo autor citado, en su obra "Instituciones del Proceso Civil", con ocasión de tratar de la acción ejecutiva, habla de la acción de expropiación como una figura especial dentro de ella y la hace consistir en aquel acto de tomar los bienes del deudor a fin de que el acreedor pueda hacerse pago de su crédito; en nuestro concepto, ello corres-

(1) CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Págs. 442 y 443

ponde, entre nosotros, a las llamadas medidas preventivas que son simples actos procesales que se suceden -como tantos otros- dentro de la relación jurídico-procesal originada con el ejercicio de la acción ejecutiva.

En cambio en los "Estudios de Derecho Procesal", distingue, dentro de la ejecutiva, las acciones de secuestro (quitar al deudor la administración de sus bienes), de simulación (en contra de la ocultación jurídica que el deudor pretenda hacer sobre sus propios bienes), acción subrogatoria (para hacer valer los derechos del deudor cuando él los descuide en menoscabo de los intereses del acreedor), y de acción revocatoria (para remediar actos jurídicos reales pero fraudulentos llevados a cabo por el deudor) (1).

Por lo dicho antes, no creemos que sean éstas verdaderas variedades dentro del derecho de acción, a no ser que se tome el sentido civilista de la palabra.

11.2.3 Acción ejecutiva ordinaria y acción ejecutiva privilegiada, o preferencial

En tales fórmulas suele dividirse la acción ejecutiva en general, "las primeras, son aquellas cuya finalidad consiste en promover un proceso de ejecución de una obligación o de un crédito que no contenga garantía o respaldo real" (lo que desde los romanos se ha venido denominando "crédito quirografario"). "Las acciones ejecutivas preferenciales son aquellas que tienen por objeto la realización coactiva de las obligaciones con garantías reales, tales como la prenda o la hipoteca" (2).

En el último de los casos citados, el acreedor perseguirá de preferencia, para hacerse pago de su crédito, los bienes dados en garantía por el deudor, aunque, dado caso que resultaren insuficientes, nada impide que persiga su crédito en otros bienes, habida cuenta de que según

(1) CARNELUTTI, Francesco.
(2) ESTUPIÑAN, Rodrigo N.

Estudios de Derecho Procesal. Págs. 449 a 454
Op. Cit. Pág. 71

normas vigentes, los bienes del deudor constituyen prenda general de los acreedores (Arts. 2488 y 2492 del C. C. C.).

Carnelutti habla de este tema en el siguiente sentido :
"No se trata más que de acción ejecutiva, con la particularidad de que es una acción ejecutiva distinta de la acción ordinaria puesto que ofrece al acreedor mayores ventajas que ella; se la puede llamar, en comparación con la acción ordinaria, acción privilegiada . . ." . . . "El derecho de hipoteca y de privilegio, son, pues, subespecies de la acción privilegiada" (1).

Preguntamos nosotros, teniendo en cuenta el concepto procesal del derecho de acción, será valedera esta clasificación de la acción ejecutiva ? Veámoslo : el derecho de acción es aquel que permite a una persona demandar la prestación de la jurisdicción del Estado para obtener una sentencia (de cualquier naturaleza), a través de un proceso, a fin de proteger sus propios derechos.

El privilegio de la prenda, la hipoteca o cualquiera otra garantía real, mal puede darse sobre la acción, porque ésta como derecho procesal, no puede ser objeto de tales garantías; lo que efectivamente se garantiza es el crédito, que, para el caso, es el derecho material subjetivo que se reclama a través del proceso ejecutivo; ese crédito si puede ser simple (quirografario), o privilegiado; pero si tal situación de carencia o de existencia de privilegio o preferencia para el pago del crédito la llevamos al derecho de acción para que sirva de criterio de clasificación de la misma, estamos solamente dando un traspie, subordinando el derecho de acción al derecho sustancial, y, por lo tanto, retornando a los ya abandonados días de vigencia de la escuela clásica.

En nuestro concepto, tal clasificación de la acción ejecutiva no puede admitirse. Que el acreedor satisfaga o no realmente su crédito, no interesa a la acción ejecutiva; ello será objeto de la pretensión

(1) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Pág. 326.

lo importante, para la primera, es que el Estado, preste sus mecanismos jurisdiccionales con tal fin.

11.2.4 Las llamadas acciones mixtas

Es interesante ver, en este aspecto, el pensamiento civilista, o lo que entienden los clásicos como acciones mixtas; Luis Mattirole sostiene: "El derecho romano las mencionaba de manera expresa y mencionaba como tales las acciones "familiae erciscunde, communi dividundo y finium regundorum", dirigidas, las dos primeras, a obtener la división de la herencia y la tercera a establecer los límites de la propiedad".

"Se ha dicho que las acciones mixtas participan de la categoría de las reales y de las personales, o porque tiene doble causa petendi, o en atención a su resultado, o a las condiciones de actor y demandado que cada una de las partes sostiene respecto de las mismas, o, porque requiere, necesariamente, del concurso de dos derechos: uno real y otro personal".

"Realmente las acciones son reales o personales según se promueva la tutela o el ejercicio de un derecho real o de uno personal; y como en el derecho romano no puede darse un derecho que al mismo tiempo sea real y personal, tampoco puede haber acciones mixtas propiamente dichas".

"También, según nuestra legislación actual, todos los derechos son necesariamente reales o personales, de tal manera que un derecho que no sea personal ni real, o que al mismo tiempo sea personal y real, en verdad no existe. Pero sí puede ocurrir que dos derechos de diverso tipo correspondan a una misma persona, por el mismo título y se refieran al mismo objeto".

"La denominación de acciones mixtas es correcta para expresar la conjunción de dos acciones igualmente principales, de diversa na-

turalidad, pero que versan sobre el mismo objeto entre las mismas personas y con un fin idéntico" (1).

Puede verse en las anteriores frases, el fiel trasunto de la escuela tradicional que sólo puede concebir una clasificación de acciones relacionada con los respectivos derechos sustanciales, como dos caras de la misma moneda.

Sin embargo, resulta realmente sorprendente que el profesor Hernando Morales Molina, sostenga que "por su naturaleza no existen acciones o pretensiones mixtas o sea que participen de los caracteres de la real y de la personal simultáneamente, porque no hay derechos mixtos . . ." (2), pues no hay diferencia sustancial entre sus palabras y el pensamiento de los clásicos visto antes.

Generalmente, hoy se califica de acción mixta a la ejecutiva que dirige el acreedor que tiene a su favor una prenda o hipoteca, siempre y cuando que el bien dado en garantía sea insuficiente para cubrir la obligación, y el actor se vea obligado a perseguir otros bienes del deudor.

El Dr. Estupiñán sostiene, con ocasión de este tema : "La ley 95 de 1890 consagró la llamada "acción mixta", denominación anti-técnica porque no hay acciones mixtas en estricto sentido del vocablo; los que pueden ser mixtos son los derechos, puesto que es posible la coexistencia de un derecho personal o crédito con uno o más derechos reales accesorios, tales como la prenda o la hipoteca" (3).

El Dr. Davis Echandía, por su parte, sostiene que lo que puede ser también mixto, es el proceso, vgr, declarativo y de condena, o

(1) MATTIROLLO, Luis. Op. Cit. Págs. 17 a 21
(2) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 137
(3) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 71.

constitutivo y de condena, pero aclara que, en estos casos, no es que se ejerziten varias acciones al mismo tiempo, porque una sola es jurídicamente suficiente para cumplir su cometido, lo que puede existir en forma múltiple, es la pretensión.

Es, pues, ésta otra clasificación que debemos abandonar.

Otra clasificación generalizada de las acciones ejecutivas es la que suele hacerse en singulares y concursarias, según que originen un proceso singular o universal; la última de las cuales se subdivide aún, en la de quiebra y la de concurso de acreedores, según que el deudor ostente o no la calidad de comerciante.

11.2.5 Acción cautelar

"Es una forma singular de tutela jurídica que, en relación, unas veces con el proceso de declaración o cognición y otras con el de ejecución, se dirige a asegurar sus consecuencias mediante el mantenimiento de un estado de hecho o de derecho, lo cual configura el proceso cautelar conservativo o se crea un nuevo estado de hecho y es lo que se denomina proceso cautelar innovativo" (1).

Se afirma generalmente que las acciones cautelares "son aquellas que tienen por objeto asegurar el resultado de un derecho material o mantener un estado de cosas hasta tanto la justicia ordinaria o el juez competente determine, en derecho, lo que corresponde a las partes" (2).

Pueden ser autónomas o subsidiarias o accesorias según que sean independientes o traten de asegurar el resultado de otro proceso. Generalmente ocurre esto último.

(1) MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 135

(2) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Pág. 72.

12. EL DERECHO DE ACCION Y LA PRETENSION

Tan importante como distinguir la acción del derecho subjetivo material es no confundirla con la pretensión, vacío en el cual muchos autores han incurrido.

La Corte Suprema de Justicia ha definido la pretensión procesal como "la declaración de voluntad mediante la cual se solicita del órgano jurisdiccional, frente al demandado, una actuación de fondo que declare, constituya o imponga una situación jurídica y obligue a observar una determinada conducta jurídica" (1).

Carnelutti, en cambio, sostiene que la pretensión es un estado dinámico del acreedor ante el incumplimiento del deudor; antes de ello, solamente espera; una vez que incumple, "pretende", y esa pretensión se convierte en una agresión jurídica al deudor cuando comparece ante los tribunales en demanda de justicia. "Luego -recalca-, la pretensión no es más que el derecho subjetivo material, que, en tanto es derecho, en cuanto que el acreedor no está constreñido a esperar en la inacción su cumplimiento, sino que puede precisamente romper la demora y echar mano de la acción. Entre derecho subjetivo y acción no hay lugar para la pretensión. Esta es la vanidad jurídica de su noción: o se disuelve en el derecho subjetivo material, o se confunde con el derecho subjetivo procesal. Históricamente ha tenido su mérito; ha sido uno de los primeros pasos en el camino por el que hemos llegado a comprender cómo el derecho subjetivo material y la acción sean dos cosas diferentes; . . . pero en la actualidad no tiene ya servicios que prestar. Quien la coloca todavía entre el derecho y la acción, hace algo inútil, y hasta me atrevería a decir de mal gusto, como le ocurrirá a un arquitecto que, después de construido el arco, le dejase el estorbo de su armadura. Con esta agravante, que en la ciencia procesal, hoy casi completamente edificada, el concepto que comunmente se expresa con el vocablo italiano de "pretensión", tiene otra e importante función que cumplir, suministra

(1) Cita de MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 129

trando el contrapeso de la defensa y de la excepción, como contenido de la demanda judicial, y por tanto, como objeto de la acción"(1).

Monroy Cabra predica que "la pretensión está constituida por las declaraciones que el actor pretende se hagan en la sentencia" (2).

He aquí posiciones diversas frente a la misma figura; no pretendemos adentrarnos en el tratamiento de la naturaleza jurídica de la pretensión por que ello escapa los lindes que se ha trazado este trabajo; aceptamos que la pretensión es aquel acto de voluntad mediante el cual el actor solicita del juez se resuelva favorablemente su petición, es decir, que se proteja su derecho; precisamente el pretendido es el derecho; por ello, hasta cierto punto, tiene razón Carnelutti en las palabras que anteriormente hemos citado aunque yerra al negarle existencia propia a la figura.

Es muy usual el confundir la acción con la pretensión; sin embargo, la primera es una relación y la segunda un acto, una manifestación de voluntad, los conceptos pertenecen a zonas diferentes y aún opuestas de la ciencia, cuales son la estática y la dinámica del derecho (4).

Ambas, acción y pretensión, constan de sujetos, objeto y cause, aunque son distintos esos elementos individualizados para cada una de ellas.

12.1 Sujetos

Recordemos que, al tratar de los sujetos de la acción, dijimos que eran el actor y el Estado, en sus posiciones activa y pasiva respectivamente.

- (1) CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Págs. 436 a 439
- (2) MONROY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 137
- (3) Carnelutti, citado por MONROY CABRA, M. Op. Cit. Pág. 131
- (4) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Pág. 317.

Carnelutti pregona : "La verdad es que la acción, así sea con efectos limitados, no compete ya a la parte (en sentido material), sino a quien asume ser parte, por lo cual aquello de que depende es la apariencia de ser el sujeto de la litis o del negocio y, por lo tanto, dicha acción compete a cualquier ciudadano" (1).

Quando comentábamos posiciones similares sostuvimos lo erróneo de asignar o vincular la titularidad del derecho de acción al concepto de ciudadanía y que es mejor hacerlo al de la simple personalidad. Así, pues, actor puede ser cualquier persona; otra cosa es que la ley exija determinados requisitos con miras a la admisión de la demanda (2). No es necesario, para ejercitar la acción ser el titular del derecho material ni tener una pretensión fundada, pues su objeto va a satisfacerse con la simple sentencia sin importar sus características en lo que se refiere con lo que pretenden las partes.

Esta situación subjetiva (actor-Estado), permite que hayan procesos originados con el ejercicio del derecho de acción por una persona sin que existe demandado, lo cual no sería posible si la acción no dirigiera en contra de éste como pensaban quienes identificaban la acción con el derecho subjetivo material.

En cambio los sujetos de la pretensión están dados por el demandante (sujeto activo) y el demandado (sujeto pasivo). Ello significa que la pretensión sí va dirigida en contra del demandado. La diferencia con la acción es obvia.

12.2 Objeto

Siendo la acción un derecho abstracto que busca la conservación del orden jurídico, hemos de asignarle como su objeto propio la obtención

(1) CARNELUTTI, Francesco. Instituciones del Proceso Civil. Pág. 318

(2) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 166.

de una sentencia de cualquier naturaleza : favorable o desfavorable, de fondo o inhibitoria; el fallo judicial, cualquiera la naturaleza que revista, satisface a plenitud los fines del derecho de acción; el actor tiene derecho a que el juez decida, luego de un proceso, pero no a que acoja favorablemente sus pretensiones.

La pretensión, en cambio, como se dirige en contra del demandado, busca la sentencia que acoja las peticiones impetradas en la demanda; en el campo penal, dicho objeto estará dado por la condena final del sindicado o imputado.

Es aquí, precisamente, en donde merece críticas la teoría alemana que se ha denominado como "el derecho concreto de obrar" y que hemos tenido oportunidad de exponerla en apartes anteriores; es claro que sus sostenedores confundían la acción con la pretensión encontrando el objeto de la primera en la sentencia favorable; qué decir, pues, en aquellos casos en que, luego de ejercitada la acción e instaurado el proceso, el juez, en su Providencia final, decide no acoger el "petitum" del actor? Indudablemente, que "el actor carece de acción", a pesar de que se la ha ejercitado válidamente y se ha agotado su objeto. Como se ve, tal tesis es absolutamente indefensible.

12.3 Causa

La causa de la acción es el interés jurídico de que se solucione pacíficamente un conflicto de intereses o de que se declare un derecho (aunque no favorablemente), o que se de validez jurídica a cualquier acto civil que así lo requiera (1).

Por haber explicado este punto suficientemente en su oportunidad, creemos innecesario volver sobre lo mismo; la causa de la pretensión, por el contrario, es variada y está dada por "los hechos constitutivos o

(1) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Págs. 65 y 66

modificativos o impositivos de la relación jurídico sustancial pretendida, discutida o negada" (1).

Fácil es deducir cómo la causa de la acción es invariable en todos los casos, en contra de lo que ocurre con la pretensión, la cual siempre tendrá una causa distinta, según el caso de que se trate (2).

Añadamos, para terminar este punto, que la causa petendi puede originarse en cualesquiera de los actos o hechos establecidos por la ley y la doctrina como fuentes de las obligaciones.

13. EL DERECHO DE ACCION Y EL DERECHO DE CONTRADICCION

La jurisdicción contenciosa -según lo pregona Rocco-, se proyecta en una doble relación :

- a. Relación de acción entre el demandante y el Estado
- b. Relación de contradicción entre el demandado y el Estado.

"A la obligación jurídica del Estado de prestar la actividad jurisdiccional, corresponde, por otra parte, un derecho individual del demandado para que se le conceda dicha prestación" (3). Ello significa que el demandado, al igual que el actor, tiene derecho a pretender del Estado la prestación de su jurisdicción y éste tiene la obligación de concederla, o, como muy acertadamente lo sostiene el Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán, "Así como el demandante tiene para sí el derecho subjetivo público de acción para promover la jurisdicción del Estado, formar un proceso y obtener una sentencia, también el demandado tiene el derecho subjetivo público y abstracto de ser oído en igualdad de oportunidades que el actor con el fin de ejercitar su

(1) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 166
(2) ESTUPIÑAN, Rodrigo N. Op. Cit. Págs. 65 y 66
(3) MONROY CABRA, Marco G. Op. Cit. Pág. 140.

derecho de defensa" (1).

El anterior principio tiene su fundamento en dos cuestiones fundamentales :

- a. Que nadie puede ser juzgado (menos condenado) sin haber sido oído en el juicio con igualdad de oportunidades que el demandante, y
- b. Que la justicia por propia mano ha sido proscrita por las leyes y se hace necesario, para proteger los intereses privados, apelar a los mecanismos estatales.

La evolución del derecho de contradicción corrió pareja con la del derecho de accionar; así, con los clásicos que identificaban la acción con el derecho sustancial, el de contradicción se consideraba como un contra derecho opuesto al actor; hoy se lo considera como una modalidad diferente del derecho de acción, con todas las características que para éste hemos señalado : no persigue la sentencia favorable al demandado, sino que se satisface con cualquier tipo de sentencia; tiene como sujetos al demandado y al Estado, pertenece a toda persona natural o jurídica, . . . etc. Es, en fin, "el derecho a obtener la decisión del conflicto que se le plantea al demandado, mediante la sentencia que debe dictarse en el proceso, luego de tener oportunidad de ser oído en igualdad de circunstancias que el actor" (2).

14. EL DERECHO DE ACCIÓN Y LA DEMANDA

El derecho subjetivo público y abstracto de acción debe ejercitarse mediante un instrumento idóneo que permita al actor (titular de la acción) comunicarse con el juez (sujeto pasivo, como representante del Estado), a fin de que se pongan en movimiento los mecanismos jurisdiccionales del Estado;

(1) ESTUPIRAN, Rodrigo, N. Op. Cit. Pág. 74
(2) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 358.

tal es la demanda (en lo que toca con el proceso civil y los que se asimilan a él).

Ese es el oficio que corresponde cumplir a la demanda que "es un acto de declaración de voluntad, introductivo y de postulación cuyo objeto es obtener la aplicación de la voluntad concreta de la ley, por sentencia favorable, mediante un proceso y para un caso determinado".

Es un acto por demás complejo; de allí que no extrañe el hecho de que persiga sentencia favorable, habida cuenta de que, además de ser el instrumento mediante el cual se ejercita el derecho de acción, contiene las pretensiones que formula el actor, las cuales, como vimos, se satisfacen con la sentencia favorable.

Ugo Rocco, al hablar de la "correlación entre la acción y la sentencia" sostiene: "Como al derecho que compete al actor y al demandado frente al Estado corresponde una obligación del Estado frente al actor y al demandado, es natural que tenga que haber una exacta correspondencia entre aquellos actos con que se ejerce un derecho del actor y el demandado y aquellos otros con que el Estado, por medio de los órganos jurisdiccionales, cumple con esa obligación suya: "Sententia debet esse conformis libello" (1). En desarrollo de este pensamiento, el autor afirma que la correlación acción-sentencia se manifiesta en dos aspectos: a) El juez debe fallar sobre todo lo que le ha sido requerido y solo sobre ello; b) El juez debe decidir sobre la base de los elementos que le son suministrados por las partes y sólo con base en esos elementos.

Creímos de importancia tratar este tema, porque muchos -valga el ejemplo anterior-, confunden de manera realmente inexplicable, la acción con la demanda. El autor citado -sin lugar a dudas-, se refiere a la congruencia que debe guardar la sentencia con las peticiones del actor y con la causa que haya invocado como fundamento de esas peticiones ("causa petendi");

(1) ROCCO, Ugo. Op. Cit. Pág. 247.

sin embargo, tal fenómeno lo tilda como de correlación entre la acción y la sentencia, haciéndose notorio su error; en efecto, con lo que debe guardar relación la sentencia, en el fenómeno aludido que es una aplicación del llamado principio dispositivo, es con las pretensiones del actor, las cuales, como antes lo anunciamos, están contenidas en la demanda que, al propio tiempo, es el ejercicio del derecho de acción. Pero hay que tener en cuenta que la acción no tiene por qué limitar la decisión de una sentencia porque es un derecho abstracto de acudir ante los tribunales y que estos le presten su jurisdicción estatal; si se confunde el derecho con el instrumento mediante el cual se lo ejercita, resultan lógicos los predicamentos analizados, pero si se concibe -como es lo correcto-, a la demanda como un acto de contenido complejo, no hay por qué sostener ese tipo de relación del derecho de acción con el fallo final. Recordemos además, que el procesalista colombiano Hernando Morales Molina incurre en parecido error, como ya lo anotábamos en un aparte anterior.

Anotemos, para ser más claros, que el ejercicio del derecho de acción tampoco persigue sentencia favorable, pues sería ilógico sostener que el derecho de acción se satisface con cualquier tipo de sentencia para luego establecer que su ejercicio sí exige la favorabilidad de ésta; no; lo que ocurre es que, en la práctica, el demandante, al ejercitar el derecho de acción "no se limita a pedir al juez que haga un proceso y dicte una sentencia", sino que, al mismo tiempo, formula una o varias peticiones en virtud de las cuales solicita sentencia favorable; pero ello no se deriva del ejercicio del derecho de acción sino del hecho de que tal ejercicio conlleva, simultáneamente, la formulación de la pretensión solicitada.

No profundizamos más acerca de las características de la demanda, como acto de introducción al proceso, porque ello escapa al tema propuesto. Bástenos saber que, si bien la demanda es el instrumento mediante el cual se ejercita el derecho de acción, no se confunde con éste, porque, además, lleva envuelta la pretensión.

15. EL DERECHO DE ACCION Y LA "LEGITIMATIO AD CAUSAM"

Así sea someramente, porque este solo tema es suficiente para escribir todo un tratado, queremos deslindar estos dos fenómenos jurídicos frecuentemente confundidos.

La legitimación en causa se refiere a la relación sustancial que se pretende, y "consiste, respecto del demandante, en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que, por sentencia de fondo resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y, respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante" (1).

Sin embargo de lo anterior, la legitimación en causa no se confunde con la titularidad del derecho material subjetivo que se discute en el proceso, pero tampoco es condición ni presupuesto de la acción porque no la condiciona ni limita en ningún sentido, ni su falta impide su válido y eficaz ejercicio; así como no es necesario que quien ejercita la acción tenga una pretensión fundada, tampoco se requiere que esté legitimado en la causa; predicar o contrario sería ilógico, toda vez que, por regla general, la legitimación en la causa se examina al momento de la sentencia, y el demandante carecería de acción, o no se llegaría a tal conclusión, sino cuando ya ésta ha producido sus efectos.

Enrico Allorio hace el siguiente planteamiento del problema: "Legitimación? Naturalmente, como en toda cuestión terminológica, hay en ésta una buena dosis de arbitrio. Cabe, pues, si no se es celoso ni solícito por la univocidad del lenguaje, consignar que la palabra "legitimación" tiene dos significados: es decir, indica, en primer lugar, la posición que, según las reglas del Derecho Procesal, alguien puede pedir en nombre propio al magistrado (legitimación activa), o frente a alguien puede pedir

(1) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Op. Cit. Pág. 235.

se al magistrado (legitimación pasiva), que pronuncie en mérito sobre una cierta controversia, pero que designe, en segundo lugar, y promiscuamente, la posición de titularidad activa o subjetiva pasiva, según las reglas del derecho sustancial, de la relación acerca de la cual se discute, naturalmente, en la hipótesis de que tal relación exista" (1).

Si bien, hasta este momento la tesis es correcta, más adelante sostiene: "la doctrina ha elaborado un concepto firme y técnico de la legitimación . . . la regla en virtud de la cual, nadie pueda en nombre propio accionar o ser demandado a contradecir en juicios sino por una relación de la cual se atribuya, o se le atribuya a él, la subjetividad activa o pasiva".

Aunque critica el hecho de que el "Colegio Supremo" de su país haya considerado la "legitimatío ad causam" como requisito de la acción, de las palabras transcritas no puede deducirse otra cosa, porque si la legitimación en causa indica quién puede accionar y quién no, es apenas lógico que se la está tomando como requisito de la acción.

Creemos nosotros que la legitimación en causa no es requisito de la acción, pero tampoco de la pretensión como lo estiman la generalidad de los autores; en efecto, Fairén Guillén, por ejemplo, sostiene que la eficacia de la pretensión está condicionada por la legitimación y que una pretensión ineficaz puede conducir a un fallo inhibitorio (2), Devís Echandía afirma que no es requisito de la acción sino de la pretensión, aunque no busca sentencia favorable (3).

La sentencia inhibitoria se contrapone a la de mérito en que aquella no resuelve el fondo del asunto dejando el campo abierto para la formación de otro proceso; la sentencia favorable, por otra parte, es una subespecie

(1) ALLORIO, Enrico. Problemas de Derecho Procesal. T. Santiago Sentis N. Tomo II. Ediciones jurídicas. Europa América. Bs.As. 1964, Pág. 252

(2) FAIREN GUILLÉN, Víctor. Op. Cit. Pág. 78

(3) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 229

de la sentencia de fondo, pues toda sentencia favorable deberá ser de mérito, pero no lo contrario, porque la de mérito puede también desfavorecer al actor; ahora bien: la pretensión -lo vimos antes-, tiene su objeto propio: la sentencia favorable; la legitimación en causa - y otras figuras como el llamado interés para obrar-, tienen el suyo: la sentencia de mérito; a la acción le corresponde una sentencia sin más calificativos.

Es apenas obvio que para que sea posible la sentencia favorable debe pronunciarse el juez sobre el fondo del asunto, porque el fallo inhibitorio siempre será desfavorable al actor, al menos temporalmente; pero si la pretensión busca sentencia favorable, los elementos que la integran deben buscar el mismo objetivo; si la legitimación en causa fuese elemento de la pretensión, su lógico objetivo será ese, y ya hemos visto cómo no lo es, por lo tanto, no le pertenece. Es, pues, sin más explicaciones, elemento de la sentencia de mérito que bien puede ser desfavorable al demandante, según que su pretensión sea fundada y que la pruebe en el proceso o deje de hacerlo.

Sin embargo, no es la pretensión el tema de este trabajo.

16. EL DERECHO DE ACCION EN LA DOCTRINA, LA JURISPRUDENCIA Y LA LEGISLACION COLOMBIANAS

Estudiados los principios generales que orientan los conceptos acerca del derecho de acción, vale la pena conocer la aplicación que de los mismos se ha hecho en nuestro país en campos jurisprudencial, doctrinal y legislativo, antes de poner fin a nuestro trabajo.

16.1 La doctrina

El Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán opina que en Colombia no existe un estudio serio del derecho de acción, excepción hecha del Dr. Hernando Davis Echandía que sigue la ruta trazada por Carnelutti y Couture; el Dr.

Hernando Morales Molina, si bien ha corregido sus planteamientos anteriores que acogían sin reservas la tesis de Wach y de Muther acerca del derecho concreto de obrar, no muestra mucho piso firme en sus conceptos -como lo hemos visto en varias oportunidades a lo largo de este trabajo-, y, en general, se limita a una exposición de tesis sin mayor análisis; por ejemplo, en lo que respecta a la acción y a la pretensión afirma únicamente que es un terreno muy discutido y que los elementos de cada una de ellas depende de la concepción que se tenga, lo cual hace difícil el trazo de una línea divisoria.

El Dr. Marco G. Monroy Cabra dedica unas cuantas páginas de su tratado "Principios de Derechos Procesal Civil" al estudio de la acción, pero su tarea ha sido también casi exclusivamente expositiva.

Los demás autores de Derecho Procesal de nuestro país, tales como Alvaro Leal Morales y Antonio J. Pardo, no han actualizado sus obras que siguen los predicados del C. de P. C. de 1931 en donde era clara la confusión entre la acción y la pretensión, e, incluso entre la primera y el derecho subjetivo material.

16.2 Jurisprudencia

En este acápite vamos a tomar dos puntos de referencia: algunas doctrinas de la Corte Suprema de Justicia y otras del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto.

La Corte, en lo que toca con el concepto de acción siempre se ha mostrado vacilante; en efecto, en sentencia de 11 de Mayo de 1948 sostuvo que el ejercicio de la acción estaba supeditado a la titularidad del derecho material que se trataba de tutelar, lo cual es un trasunto de la teoría clásica (1); en 1952 definió la acción con la fórmula de Celso vigente en el Derecho Romano (2); La legitimación en causa ha sido considerada por nuestro máximo tribunal, ora como elemento de la acción, ora como elemento de la pretensión, sin saber, decididamente, a qué se atenderá en lo sucesivo.

(1) y (2) Citas de ESTUPIÑAN, R. N. Op. Cit. Pág. 63.

sivo (1).

Este, es, por ejemplo, uno de los planteamientos de la Corte :
"Estos requisitos de mérito son llamados condiciones de la acción porque la respaldan en su acogida y éxito. Estas condiciones consisten en la tutela de la acción por una norma sustancial, en la legitimación en causa y en el interés para obrar. Se cumple la primera de estas condiciones cuando el hecho o hechos que le sirven de fundamento a la acción (causa petendi) y a la pretensión que constituye su objeto (petitum), coinciden con el hecho o hechos previstos por la ley sustancial y con el efecto jurídico que ésta atribuye a los mismos hechos. Apareciendo esta concordancia, resulta la acción tutelada por la ley y satisfecha una de las condiciones de su prosperidad. La legitimación en causa es en el demandante, la cualidad de titular del derecho subjetivo que invoca y en el demandado la cualidad de obligado a ejecutar la prestación correlativa . . . " (2).

Como puede deducirse de los anteriores planteamientos la Corte funde los requisitos de la sentencia de mérito o de fondo como elementos de la acción, e incluso sostiene la identidad entre la legitimación en causa y la titularidad del derecho subjetivo material que se discute en el proceso, situaciones éstas que, como lo hemos visto, son totalmente erróneas.

Satisface enormemente que, como contra partida de lo anotado, la Sala Civil del Tribunal Superior de Pasto haya sentado tesis muy plausibles al respecto; en efecto una de las providencias -de la cual actuara como Magistrado Ponente el Dr. Rodrigo N Estupiñán-, dicha Corporación sostiene :
"Al través de la acción -derecho subjetivo procesal y público que compete a toda persona por el hecho de serlo como un atributo de la personalidad- se desencadena la actividad jurídica del Estado, para la formación de un proceso y la obtención de una sentencia, cualquiera que ella sea. Pero la acción, que -"es una invitación al proveimiento y en particular a la sen-

(1) Cita de ESTUPIÑÁN, R. N. Op. Cit. Pág. 63

(2) Cita de MORALES MOLINA, Hernando. Op. Cit. Pág. 139.

tencia" -como lo anota Carnelutti- marcha siempre de brazo con la pretensión, que es el pedimento en concreto formulado por el actor en la demanda, en orden a conseguir sentencia favorable frente al demandado"

"Acción y pretensión, son desde luego, fenómenos distintos que tampoco deben confundirse, sin incurrir en grave error, pues al paso que la primera se satisface y cumple su objetivo con la formación del proceso y el pronunciamiento de la sentencia, de fondo o inhibitoria, favorable o desfavorable, la segunda, sólo alcanza su contenido cuando el juez profiere fallo favorable a las súplicas del actor" (1).

Como puede verse, se distinguen perfectamente los campos de la acción, la pretensión y el derecho material subjetivo, que es el planteamiento correcto del problema.

16.3 Nuestra legislación procesal

Se hace necesario, en este punto, hablar -en lo que toca con la legislación procesal civil colombiana- de los dos últimos códigos de procedimiento que nos han regido, toda vez que se han orientado por criterios totalmente diversos.

En efecto, en tanto el C. de P. C. de 1931, cuya vigencia se extendió hasta hace apenas cinco años estaba sumido en un mar de confusiones y errores, por fortuna, salvados por el nuevo estatuto que hoy rige y que es el fiel reflejo de eminentes procesalistas de la categoría del Dr. Hernando Devís Echandía y que recoge los avances científico-procesales de la doctrina moderna.

(1) "Jurisprudencia civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto". "Foro Universitario", No. 10. Pasto, Marzo de 1975, Pág. 158.

No es necesario mayor análisis -sobre todo luego que hemos clarificado el verdadero concepto del derecho de acción-, para advertir que cuando el C. de P. C. anterior hablaba de acciones reales y acciones personales (art. 152 No. 7) para determinar criterios de competencia o cuando se refería a las acciones mixtas, suficientemente tratadas con anterioridad, o al establecer el fenómeno de "acumulación de acciones", o al pregonar que la acción se dirigía en contra del demandado, estaba pecando doblemente: confundir la acción con la pretensión, en unos casos, y, en otros, con el derecho material subjetivo.

El nuevo estatuto de la materia hace la debida distinción entre acción, pretensión y derecho; ya no habla del valor o cuantía de la acción como factor determinante de la competencia, sino de cuantía o valor de la pretensión; ha cambiado el concepto de acumulación de acciones por el de pretensiones que es lo correcto; habla de los procesos que han de tramitarse en el lugar en donde se encuentren ubicados los bienes objeto del mismo (forum reusitae), en lugar de denominar tal fenómeno como "acción real" . . . etc.

Todo ello nos indica que el C. de P. C. que hoy nos rige está a tono con el avance doctrinario del Derecho Procesal y se ha colocado en un lugar de indudable privilegio con respecto a las legislaciones de otros países.

Vale la pena, antes de terminar, hacer unas ligeras anotaciones en lo que se refiere con la acción penal, en donde, con mayor frecuencia se presentan confusiones lamentables.

Los conceptos expuestos acerca del derecho de acción tiene perfecta aplicación dentro del campo penal, en tres eventos: (1)

(1) DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Op. Cit. Pág. 163.

- a. Cuando se inicia la investigación a petición del ministerio público
- b. Cuando se presenta denuncia en la cual se solicite la investigación penal independientemente de que quien lo haga sea o no el ofendido
- c. Cuando se ejercita la acción civil dentro del proceso penal.

Sin embargo, en caso de que sea el juez quien, por ministerio de su oficio, inicie el proceso, nadie ejercita la acción penal; en ello radica el error del artículo 100. del Código de Procedimiento Penal Colombiano, cuando sostiene que el titular de la acción penal es el Estado, pues lo que pertenece a él es la jurisdicción; ante la iniciación oficiosa resulta demasiado forzado el concepto de algunos autores de que el juez ejercita la acción ante sí mismo; lo que realmente ocurre, es simple y llanamente, que el juez, en forma oficiosa pone en movimiento la jurisdicción del Estado, sin que haya sido excitada por ninguna persona en especial, es decir sin que se haya hecho uso del derecho de acción.

17. CONCLUSIONES

En realidad, a medida que desarrollábamos el trabajo fuimos exponiendo nuestros propios conceptos, por ello este aparte se limita a sistematizar -en forma muy breve- lo dicho.

1. No quedan dudas acerca de que la acción es completamente distinta del derecho subjetivo material e independiente del mismo; de ello puede deducirse que su titular no necesita, para ejercitarla, ser, al propio tiempo, titular del derecho
2. La escuela clásica, y quienes, modernamente piensan que a cada derecho subjetivo material que consagra el derecho objetivo sustancial, corresponde una acción, bien como una parte o como un aspecto dinámico del mismo, sufren tremenda equivocación
3. De igual manera se equivocan quienes sostienen que la acción es un derecho nuevo que nace de la violación del derecho material subjetivo. Porque su análisis conduce a los mismos postulados de la teoría clásica
4. La acción, así mismo, es distinta de la pretensión que el actor formula al ejercitarla, la cual se dirige en contra del demandado; quienes se empeñan en buscar como objeto de la acción la sentencia favorable, la están confundiendo con la pretensión; hay que recordar que la una es de derecho privado, y de derecho público, la otra
5. La legitimación en causa no es elemento de la acción ni de la pretensión sino de la sentencia de mérito
6. El derecho de contradicción corresponde a un aspecto distinto del mismo derecho de acción

7. La acción, como un derecho subjetivo público abstracto se ejercita por medio de la demanda del actor pero no se identifica con ella, porque ésta, además del ejercicio de la acción lleva envuelta la pretensión

8. La acción no es una simple facultad de la personalidad ni un poder jurídico del individuo sino un derecho subjetivo público, de carácter procesal y cívico que pertenece al género de los derechos de petición

9. Definitivamente, podemos concluir con el Dr. Rodrigo Nelson Estupiñán que "la acción, en el Derecho Moderno, es un derecho subjetivo público y autónomo de carácter cívico que pertenece al género de los derechos de petición, que puede ser ejercitado por cualquier persona, natural o jurídica, tenga o no la razón o el derecho, con el fin de que se declare, constituya o realice coactivamente una determinada relación jurídica".

18. BIBLIOGRAFIA

1. ALLORIO, Enrice. Problemas de Derecho Procesal. Traducción de Santiago Sentis M. Tomo II. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1964.
2. CARNELUTTI, Francesco. Estudios de Derecho Procesal. Traducción de Santiago Sentis M. Volumen I. Ediciones jurídicas Europa-América Buenos Aires. 1952.
3. ————. Instituciones del Proceso Civil. Traducción de Santiago Sentis M. Vol I. Quinta edición. Ediciones jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1959.
4. DEVIS ECHANDIA, Hernando. Compendio de Derecho Procesal. Tomo I. "Teoría General del Proceso". Cuarta edición. Editorial ABC, Bogotá. 1974.
5. ESTUPIÑAN V, Rodrigo N. Conferencias de Derecho Procesal Civil. Parte general. Publicación de Alier Hernández y Guillermo Caicedo, Pasto. 1973.
6. FAIREN GUILLEN, Víctor. Estudios de Derecho Procesal. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid. 1955.
7. MATTIROLLO, Luis. Tratado de Derecho Judicial Civil. Traducción de Eduardo Gvejero y Maury. Tomo I. Quinta edición. Editorial Reus S. A., Madrid. 1930.
8. MONROY CABRA, Marco G. Principios de Derecho Procesal Civil. Edit. Temis, Bogotá. 1974.
9. MORALES MOLINA, Hernando. Curso de Derecho Procesal Civil. Parte general. Sexta edición. Edit. ABC, Bogotá. 1973.

10. ORTEGA TORRES, Jorge. Código de Procedimiento Civil. Séptima edición. Editorial Temis, Bogotá. 1975.
11. _____. Código de Procedimiento Civil. Segunda edición. Editorial Temis, Bogotá. 1951.
12. PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Cuarta edición. Edit. Ferrúa S. A. México. 1963.
13. PARDO, Antonio J. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Segunda edición. Editorial Universidad de Antioquia. 1967.
14. ROCCO, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Vol II. Parte general. Edit. Temis, Bogotá. 1970.
15. "FORO UNIVERSITARIO". Jurisprudencia Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Revista No. 10. Pasto, Marzo de 1975.

T
345.121

H 557

19662 Ej.1

Ej.1. Hernandez Enriquez, Alier E.

Los verdaderos límites del
derecho de acción.

VENCE

NOMBRE *Juan Manuel Lopez*

No. del Carnet

NOMBRE *Carlos Gonzalez*

No. del Carnet *805 1145*

NOMBRE *Ramiro Guerra*

No. del Carnet

NOMBRE T

AN
T
D345.121
H557
Ej.1.

19662