

Centro de Información Jurídica en Línea Convenio Colegio de Abogados – Universidad de Costa Rica

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: EL DERECHO, LA ACCIÓN Y LA DEMANDA EN EL PROCESO CIVIL

RESUMEN: En el presente trabajo se definen los conceptos de derecho, acción y demanda, conforme a los autores Piero Calamandrei, Walter Antillón y Olman Arguedas. Igualmente, establece la relación entre estos conceptos.

Índice de contenido

El derecho.....	1
La Acción.....	3
La Demanda.....	17

El derecho

[Piero Calamandrei¹]

Ya se ha visto que el Estado, mediante las normas jurídicas establecidas por el mismo, regula relaciones intersubjetivas y crea de este modo en los individuos, al establecer anticipadamente el predominio de un interés sobre otro, derechos (en sentido subjetivo) y obligaciones individuales. Hemos visto también que cuando el Estado prescribe al obligado un determinado comportamiento destinado a satisfacer el interés del titular del derecho, la inobservancia del derecho objetivo constituye, al mismo tiempo, incumplimiento del derecho objetivo: de suerte que se puede preguntar cuál es, frente al estado que garantiza la observancia del derecho establecido por él, la posición del individuo que, en la inobservancia del derecho objetivo, ve la lesión de su interés individual, y que considera, por consiguiente, la violación de la ley

como violación de su derecho subjetivo, el cual no es otra cosa que la posición subjetiva asumida por la norma jurídica en lo que a él respecta.

Por el momento, se puede afirmar, desde luego, este principio elemental: que si el derecho subjetivo significa preferencia dada por la ley al interés individual, esto no quiere decir que quien está investido de aquél pueda poner en obra la propia fuerza privada para hacer valer, a cargo del obligado, tal preferencia. Formando la base de los conceptos de jurisdicción y de acción se encuentra, en el Estado moderno, la premisa fundamental de la prohibición de la autodefensa: derecho subjetivo significa interés individual protegido por la fuerza del Estado, no derecho de emplear la *fuerza privada* en defensa del interés individual.

La prohibición de la autodefensa, tal como existe en los ordenamientos jurídicos modernos, es el resultado de una larga y trabajosa evolución.

En una asociación primitiva, en la que no exista, por encima de los individuos, una autoridad superior capaz de decidir y de imponer su decisión, no se puede pensar, para resolver los conflictos de intereses entre coasociados, mas que en dos medios: o en el acuerdo voluntario entre los dos interesados (*contrato*), dirigido a establecer amistosamente cuál de los dos intereses opuestos debe prevalecer, o, cuando no se llegue al acuerdo voluntario, en el choque violento entre los cuales emplea contra el otro la propia fuerza individual para constreñirlo a abandonar toda pretensión sobre el bien discutido. Así como hoy, por faltar hasta ahora un poder superestatal capaz de imponer con la fuerza las propias decisiones a los Estados, la *extrema ratio* para resolver los conflictos entre los Estados es la guerra, esto es, el recurso a la violencia armada, así, en la coasociación primitiva, el único medio de defensa del individuo (o del grupo) es el empleo de la fuerza material contra el competidor, para vencerlo, esto es, la llamada *autodefensa o defensa privada*, que transforma todo conflicto, en una riña abierta. Es fácil comprender que el empleo de la fuerza privada como medio de defensa del derecho, constituye, en realidad, la negación de todo derecho y de toda pacífica convivencia social: dejar a los mismos interesados el oficio de resolver por sí los propios conflictos quiere decir excluir la posibilidad de una decisión imparcial, dado que ninguno puede ser juez *in re propria* y quiere decir, además, siempre, victoria de

la prepotencia sobre la justicia, en cuanto, donde la decisión del conflicto se entrega a la fuerza de los competidores, el más fuerte tiene siempre razón.

Se comprende, por eso, que, desde los primeros albores de la civilización, desde que, por encima de los individuos, se ha venido afirmando un principio de autoridad, ésta haya intervenido, primero, para disciplinar o para limitar, después, en absoluto, para prohibir, de una manera cada vez más enérgica y absoluta, el uso de auto defensa hasta llegar al término extremo de la evolución actual en que el ejercicio de la autodefensa está considerado como un delito...

La acción

[Piero Calamndreiⁱⁱ]

Cuanto se ha dicho hasta ahora, a propósito de esta necesaria correlación entre la prohibición de la defensa privada y la asunción por parte del Estado de la función jurisdiccional, nos permite apreciar un primer aspecto de esta fundamental noción que es, en la moderna dogmática procesal, la *acción*.

Si en un ordenamiento primitivo, en el que la defensa de los derechos individuales esté enteramente confiada a las fuerza privada del interesado, aquel que quiere hacer valer su derecho impugnado debe necesariamente ejercitar su fuerza física, esto es, llevar a cabo una acción *material* en tutela del propio interés (éste parece que sea el significado primitivo de

re y actio en el más antiguo derecho romano), posteriormente, cuando la defensa, de los derechos individuales es asumida por el Estado mediante la institución de los jueces públicos, la palabra acción, originalmente empkeada en el significado propio de ejercicio de la fuerza privada pasa a significar, en sentido traslaticio, el recurso con el que el ciudadano invoca, en su propio favor, la fuerza pública del Estado: no ya la actividad encaminada a sujetar directamente al obligado sino la actividad

que este realiza para poner en movimiento, en defensa del propio derecho, el ejercicio del poder jurisdiccional del Estado.

La prohibición de la autodefensa, con la cual se excluye que el titular del derecho pueda ejercitar directamente la fuerza privada sobre el obligado para constreñirlo al cumplimiento, distingue netamente en dos planos diversos el momento de la obligación de aquel de la sujeción. La observancia del derecho está, en primer lugar, confiada a la razón y a la libre voluntad de los hombres, a los cuales los preceptos jurídicos se dirigen: la actuación de la fuerza es una extrema ratio que se tiene en "reserva" por el Estado, antes de llegar a la cual el mandato jurídico quiere ser, sobre todo, un artículo dirigido a la actividad del individuo, que puede determinar libremente dentro de los confines de la propia autonomía. El derecho es, antes que empleo de la fuerza, reconocimiento de libertad: también cuando la ley establece, entre dos intereses individuales en conflicto, una relación de predominio de uno de ellos sobre el otro, de modo que de una parte surja un derecho subjetivo y de la otra, en correspondencia, una obligación, se trata, en un primer tiempo, de un predominio destinado a hacerse sentir sobre la voluntad del obligado, en cuanto el titular del derecho no puede servirse de la fuerza para constreñirlo directamente a la prestación, sino que debe, mientras no se decida a dirigirse al Estado para invocar de él que ponga en obra la coacción, contar únicamente con el cumplimiento voluntario, que puede también faltar si el obligado se niega a ello. La relación jurídica entre los particulares no es nunca un poder de sujeción de un hombre sobre otro hombre: es solamente, en un primer momento, una expectativa del titular del derecho que, para la satisfacción del propio interés cuenta con la voluntaria colaboración del obligado. Para pasar del momento de la obligación al de la sujeción, es necesario que el titular del derecho se dirija al Estado, a fin de que seá puesta en práctica, respecto del obligado, aquella relación de derecho público en la cual el Estado es soberano y el ciudadano es un subiectus; a fin de que, en otras palabras, la obligación se convierta en sujeción. Comienza así a perfilarse uno de los aspectos que tiene, en el derecho moderno, el concepto de acción. Parece como si, en compensación de la prohibición impuesta al individuo de hacerse justicia por sí mismo, le sea reconocida la facultad (no hablamos por ahora de derecho o de poder para no prejuzgar lo que se dirá dentro de poco acerca de las varias

configuraciones que la doctrina da a la acción) de dirigirse al Estado para obtener justicia contra el obligado: al faltar el voluntario cumplimiento del obligado, el titular del derecho se dirige al Estado a fin de que, como garante de la observancia del derecho, convierta la obligación en sujeción. Esta facultad de invocar en beneficio propio frente al Estado la prometida garantía de la observancia del derecho es, en un cierto sentido, la acción.

[Walter Antillónⁱⁱⁱ]

La palabra 'acción', en su sentido técnico-jurídico, proviene de la voz latina "acuo", que significa el título que legitima a una persona a comparecer ante el pretor a plantear un conflicto determinado.

El lema de "la acción" resultó ser, con toda razón, una de las partes más discutidas de la teona del Derecho Procesal. El Prof. Riccarcio ORESTANO h~. escoto la historia de esa discusión, que abarca más de cien años, en su ensayo titulado precisamente: "La Acción: Misiona del Problema", publicado en 1962, como Voz' de la Enciclopedia del Dinrío

No es necesario reproducir aquí la famosa polémica, no sólo porque constituye una masa abigarrada de doctrinas que es difícil de sistematizar, sino y principalmente porque, .como lo demuestra Orestano (Obra cit.), se trataba en el fondo de un falso problema, /.aducido por una particular manera de concebir lo jurídico y razonar acerca de él. Pero es importante detenerse en un autor que sea representativo de toda esa corriente de doctrina, como es, sin duda, el Profesor Giuseppe CHIOVENDA.

En su obra más madura, que es de 1935 (Instituciones del Derecho Procesal Civil. Cito la reimpresión de la O Edición: Jovene, Ñapóles, 1960), Chiovenda se apoya en la distinción conceptual entre la voluntad abstracta (derecho objetivo) y la voluntad concreta de la ley (derecho subjetivo en sentido amplio), de manera que aquella voluntad abstracta de %iene concreta al cumplirse cierta condición que la misma prevé. Un ejemplo: el Código Cisil prevé en abstracto la propiedad', pero si yo

compro una finca (hecho-condición), entonces aquella voluntad abstracta deviene concreta, en la forma de mi 'derecho, subjetivo de propiedad.

Asimismo parte Chiovenda de la distinción entre "derechos subjetivos" que implican una relación entre el acreedor y el deudor obligado a una conducta a favor del primero y "derechos potestativos", que serían poderes jurídicos en los cuales falta el deber del sujeto pasivo de asumir una conducta. Con esas bases, identifica el llamado 'derecho de acción' como un derecho potestativo procesal, autónomo frente al derecho subjetivo sustancial; y entonces define ese derecho de acción como "...El poder jurídico de hacer nacer la condición para la realización de la voluntad de la ley..." (Obra citada, pág. 20). Retomando el mismo ejemplo anterior, tenemos que si, siendo yo propietario, soy despojado de la finca, entonces ejercito ante el juez mi poder jurídico (acción), y este ejercicio configura el hecho-condición para que el juez realice en concreto la voluntad abstracta de la ley que manda se restituya en el goce de su derecho de propiedad al propietario que hubiere sido despojado.

En la década de los treinta, el tema había sido objeto de agudas reflexiones por parte de los Profesores Alessandro PEKELIS (Voz "Acción", en el "Nuevo Digesto Italiano"; Turin, 1937) y Piero CALAMANDREI ("La relatividad del concepto de acción" en la "Revista de Derecho Procesal Civil" ; fascículo L 1939). Pero es el Prof. Riccardo ORESTANO el que, apoyándose en parte en la concepción del Prof. Salvatore SATTA, pone el problema en lo que, en mi criterio, es su justa perspectiva. No voy a repetir las magistrales páginas de estos cuatro Maestros del Derecho Procesal moderno, que deben ser estudiadas directamente por los alumnos; aquí únicamente me limitaré a exponer brevemente el pensamiento de Satta, que es, para mí, el principal; y respecto a los otros, voy a resumir más adelante algunas observaciones que ayuden a comprenderlos.

Empieza por señalar el Profesor Satta cómo la doctrina tradicional ha tratado como "cosas" reales los que no son más que 'conceptos', tales como el derecho objetivo (el ordenamiento), el derecho subjetivo, etc. Y que de este error se derivan los insolubles dualismos en los que aquella doctrina se debate, empezando por el dualismo entre derecho subjetivo y acción. Para él, entonces, el derecho subjetivo es sólo una abstracción

mental a la que se le ha querido otorgar una cierta forma (puramente ilusoria) de 'realidad' . En cambio son reales la acción (porque no es otra cosa que actividad del ciudadano) y 'el juicio' (porque no es otra cosa que actividad del juez).

"...No es consistente el argumento que se emplea para mantener la distinción entre derecho y acción) de que el derecho de propiedad es distinto e inconfundible con la acción de reivindicación, porque se funda en el vicio, propio de todas las teorías dualistas, de considerar el derecho como una realidad. La situación jurídica que se concibe como derecho de propiedad es solo una abstracción y, como tal no puede colocarse en el mismo plano que la acción: si pensamos en la propiedad como, negada, discutida, podemos comprender que, en tal situación, el discurso sobre el derecho de propiedad no tiene ningún valor, acción lo tiene..." mientras que en cambio solamente la acción lo tiene.

"...La verdad es que lo que conceptualizamos como 'el ordenamiento', confiriéndole una existencia objetiva separada de la realidad, a la cual se superpone precisamente al ordenarla , no es más que la realidad misma en cuanto se nos presenta y la sentimos como ordenada. Y paralelamente, lo que conceptualizamos como 'el derecho subjetivo' como un ente en sí, como una realidad distinta del sujeto, no es otra cosa que el mismo sujeto en cuanto se presenta también él como

'ordenamiento'. El problema está en ver qué significa 'realidad ordenada', 'orden de la realidad': y a ello respondimos cuando afirmamos que la realidad aparece ordenada porque su orden puede ser postulado; porque cuando la realidad concreta no se adecúa al orden (si se adecúa, entonces el 'orden de la realidad es precisamente esta adecuación), el sujeto puede postular este orden, es decir, puede postular 'el juicio'.

"...La acción no es otra cosa que la postulación del juicio. Y en esta definición se entiende que es cierta la afirmación que hicimos sobre la unidad y la unicidad del problema de la acción, de la jurisdicción y del ordenamiento. Ahora bien, precisamente esta unicidad del problema permite analizar positivamente la acción en sus coordinaciones por un lado con la jurisdicción y el juicio, por el otro con el ordenamiento..."

La primera coordinación se da entre acción y juicio, es decir, subjetivamente entre el actor y el juez. Sin duda, la acción existe sólo porque existe el juez: una acción sin juez es impensable, por la simple razón de que sin el juez faltaría la juridicidad misma del ordenamiento..."

"...La segunda coordinación se da entre la acción y el ordenamiento, entendido como el conjunto de las normas, escritas o no, que regulan y disciplinan, las relaciones entre los sujetos y, en consecuencia, que disciplinan las relaciones entre la acción y el hecho que, según se afirma, responde al tipo o a la hipótesis prevista por las normas: en una palabra, la realidad que se postula como ordenada y que, como tal, constituye el objeto mismo del juicio. No hay duda de que, por decirlo de algún modo, la acción se encuentra 'respaldada' por esta realidad: no nace abstracta y no puede ser pensada como abstracta..."

"...En la realidad, la postulación del juicio (es decir, la acción) es siempre postulación o afirmación de un juicio concreto; por ejemplo, postulo o afirmo que soy acreedor de Fulano, que soy propietario de la finca tal, etc..." SATTA: Comentario al Código de Procedimientos Civiles; Sociedad Editrice Librería; Milán, 1959; Toso I, págs 43 y sigtes.

1. La acción judicial (como acto de una persona dirigido al Juez para que éste, oída la parte contraria y tramitado el proceso, se pronuncie acerca de la pretensión de tutela jurídica que aquella persona tiene) -es el principal punto de contacto (y, por ende, de confrontación) entre los derechos del ciudadano y los poderes de la organización política, sea ésta la Polis griega o el Estado moderno. Porque, en efecto, en regímenes históricos como la Democracia Ateniense o la República Romana, en que prevalece el ciudadano, florecen y se multiplican las formas de la acción; mientras que, por el contrario, en periodos de prevalencia del poder monocrático, como, por ejemplo, el "Dominado" (segunda fase del periodo imperial de Roma), el "Absolutismo" (Felipe 11 de España; Luis XIV de Francia) y el "Totalitarismo" fascista (Mussolini, Hitler, Franco) o soviético (Stalin), que operan bajo la óptica de la insignificancia del individuo, la acción del ciudadano viene tendencialmente a ser sustituida por la iniciativa estatal.

Por ello el concepto que el jurista elabora sobre la acción refleja las peripecias de ese equilibrio entre ciudadano y Estado: no es un concepto absoluto, expresión de una verdad por encima de la Historia, sino un concepto relativo (Pekelis, Calamandrei), estrechamente relacionado con el punto de equilibrio alcanzado en un determinado momento de la confrontación ciudadano-Estado'.

2. Pero también es importante observar, como lo hace el Prof. Orestano, que cuando en el Siglo XIX la doctrina jurídica procesal toma por su cuenta el fenómeno de la acción y pretende definirlo, ella misma, como doctrina, se encuentra acotada y condicionada por su propia deformación epistemológica y teórica, derivada de las limitaciones y contradicciones contenidas en las elaboraciones de los pandectistas alemanes. Y es que la polémica sobre la acción, que aparece para algunos como infecunda y desalentadora, es sólo un reflejo del estado de la Ciencia Jurídica Europea Continental, con todos sus logros y carencias.

3. En consecuencia, solo un replanteo de la cuestión de la Ciencia Jurídica Europea Continental, capaz de superar sus contradicciones, puede poner en sus justos términos el problema teórico-jurídico de la acción, y contribuir, a su vez, a encontrar el camino para su solución práctica.

Y para entender adecuadamente el problema, sugiero a los alumnos repasar el texto sobre la "Historia de la Ciencia Jurídica Europea Continental" escrito por el mismo Prof. Orestano También iv que tener presente lo dicho en la Introducción de este manual.

Acción y situación jurídica subjetiva sustancial

La experiencia enseña que, normalmente, en la gran mayoría de los casos, lo que la

doctrina tradicional llama "poder de acción", o "derecho de acción", es ejercitado porque

su titular pretende obtener la tutela de un derecho subjetivo, un interés

legítimo, un poder

jurídico (en suma: la tutela de un 'status' o de una situación jurídica subjetiva de ventaja)

que sinceramente cree poseer. Obediente a esa experiencia secular, pero además, y sobre

todo por un imperativo ético, el ordenamiento estatal vincula indisolublemente el poder de acción a esa pretensión seria y sincera de tutela jurídica; de modo que nadie podría ejercitar el poder de acción (poder procesal) sin al menos invocar, a la vez, el derecho, el poder e! interés (situación sustancial) que pretende le sea tutelado. Sería entonces inaudito (es inadmisibles) cu alguien declarara que está ejercitando la acción por broma, o

maliciosamente, a sabiendas de que no es titular de una situación sustancial jurídicamente

merecedora de tutela; pero no es raro, sino muy frecuente, que la sentencia muestre que la

persona que ejercito la acción y dio lugar al proceso, no tenia el derecho, el poder, etc. que

afirmaba tener.

De ahí que el poder de acción, tai como ha sido definido antes, deba ser configurado como autónomo respecto de la situación jurídica sustancial (porque, de hecho, es ejercitado muchas veces sin que, a la postre, se demuestre la existencia de aquella situación jurídica sustancial invocada), pero relacionado con ella en una relación de medio a fin. Es decir, que el poder de acción viene configurado en los ordenamientos jurídicos para cumplir (y sólo para cumplir) el objetivo de tutelar una situación jurídica sustancial, que sin embargo, en el momento inicial de ejercicio de la acción (momento de la demanda, de la querella,

etc.), el juez no sabe si de verdad existe, pero que necesariamente el

actor como existente.

...

Para ejercitar eficazmente el poder de acción ante un tribunal es preciso contar con ciertas condiciones jurídicas que la norma procesal contempla, ya sea de modo expreso, por virtud de un texto legal, ya de manera implícita., recabable mediante integración analógica o recurriendo a los principios generales.

A partir de la conocida obra de Oskar BULOVV ("Teoría de las Excepciones y los Presupuestos Procesales": Giessen, 1.868) la doctrina ha preferido seguir las llamando presupuestos procesales, y los define como aquellas específicas situaciones subjetivas y objetivas que deben acompañar al ejercicio de la acción para que el proceso se desarrolle válidamente ante el juez prevenido y en la forma propuesta. Así de Bülow, los autores abordaban el tema desde el ángulo de lo que el demandado podía alegar frente a ciertas carencias de la demanda planteada por el actor, es decir, desde el ángulo de las llamadas 'excepciones dilatorias', a las cuales nos referiremos más adelante.

Pero se trataba de un prejuicio que los juristas venían arraigando desde el Derecho Romano, fruto de una visión superficial y pragmática. Por el contrario, en la lógica de Bülow, como el proceso constituye una relación jurídica, si faltaba algún presupuesto, dicha relación no podía formarse, de modo que el juez tenía que vigilar, de oficio, la concurrencia de los presupuestos, y sancionar su falta con un decreto de inadmisibilidad; o de nulidad, si el proceso ya estaba avanzado.

En el proceso civil, los presupuestos procesales son: la competencia del juez; la capacidad procesal de las partes; la adecuada representación; y la forma de la demanda, la contestación y la contrademanda. En el proceso contencioso administrativo son esos mismos, más el agotamiento de la vía administrativa. En el proceso penal no lo es la forma de ciertas gestiones de las partes, pero lo son, además de las otras mencionadas, la regular constitución del Ministerio Público y la ausencia de obstáculo constitucional.

i) En efecto, la acción debe ser ejercida ante un juez concreto, y «s requisito para su procedibilidad, y para la validez de los actos posteriores, que dicho juez tenga competencia para conocer de la pretensión de tutela intentada (artículo 10 del Código Procesal Civil; y 16, 20 y 28 del Código de Procedimientos Penales). Sin embargo, la falta de competencia territorial en el proceso civil no constituye presupuesto procesal (art. 34 ibídem), aunque legitima al demasiado para oponer la correspondiente excepción í.art. 27S, inciso 1, ibídem).

ii) Y lo mismo ocurre con la capacidad para estar en juicio, tanto del actor como del demandado en materia patrimonial, así como del imputado y el actor civil en materia penal. Es requisito general y básico, además de la capacidad general (art. 18 del Código Civil), la llamada 'capacidad procesal' (art 102 del Código Procesal Civil; y 48 a 50 del Código de Procedimientos Penales, en relación; con el art. 17 ckl Código Penal).

iii) La regularidad de la representación de quien gestiona a nombre de otro constituye también un presupuesto de admisibilidad de la gestión que el juez debe señalar oficiosamente (artículo 299 del Código Procesal Civil; art. 80 y siguientes del Código de Procedimientos Penales).

iv) En nuestro proceso civil ha alcanzado el rango de presupuesto procesal la forma de la demanda (arts. 290 y 291 ibídem), de la contestación (art. 305 ibídem) y de la contrademanda (art. 308 ibídem), puesto que si éstas son defectuosas, el juez debe señalarlo de oficio, conminando su corrección bajo pena de inadmisibilidad.

"...por parte de un sector de la doctrina procesal-civilista, se conoce como presupuestos materiales aquéllos que hacen posible que se pronuncie una sentencia favorable a los intereses representados por el titular de la acción. En efecto, las circunstancias que se identifican como: a) interés en actuar; b) la legitimación en la causa; y c) la titularidad de la situación jurídica sustancial cuya tutela se pide, son considerados, lógicamente, como situaciones que coinciden el pronunciamiento de una sentencia favorable al actor.

[Olman Arguedas^{iv}]

La acción es el poder jurídico de pedir la tutela jurisdiccional. Es un poder jurídico, esto es, lo tienen todas las personas capaces para ejercerlo personalmente, y tiene las características de todo poder: general, inalienable, imprescriptible. La primera de esas características consiste en que se mueve en múltiples direcciones, es decir, el sujeto capaz puede accionar para pedir que se le conceda esto o lo otro, pues cuando ese poder se traduce en una demanda, sufre una conversión de poder en derecho, porque en ese caso su carácter general se pierde para convertirse en concreto. En consecuencia, mientras permanezca en condición de poder conserva su característica de ser general. La segunda característica: inalienable, consiste en que el poder no puede transmitirse, pues ese conjunto de posibilidades que se encuentran inmersas en el poder, si se transmitieran, significaría ni más ni menos que el sujeto que antes las poseía en adelante no podría ejercerlas, lo cual entra en el campo de lo absurdo. Lo que el sujeto procesal sí puede transmitir es un derecho determinado. La tercera característica: su imprescriptibilidad, significa que el titular lo tiene durante toda su existencia; si no ejercita un poder determinado, eso no quiere decir que lo haya perdido, sino que tan sólo se encuentra en decadencia. Lo que ocurre es que la persona no ha querido o no ha tenido necesidad de ejercer un determinado poder.

La acción, en consecuencia, tiene todas las características del poder jurídico: es general, pues la persona puede establecer todas las demandas que a bien tenga, incluso temerarias, lo que le permite invocar en cada una un derecho determinado. Es inalienable, pues si se enajenara, la persona no podría establecer ninguna demanda, lo que es absurdo. Lo que sí puede transmitirse es un derecho determinado, no el poder jurídico. Y, por último, la acción es imprescriptible, esto es, esa posibilidad de reclamar la tutela jurisdiccional se mantiene durante toda la vida de la persona; si el poder no se ejercita, está simplemente en decadencia. Lo que sí es susceptible de prescribir es el derecho. De lo dicho podemos afirmar que la acción "consiste en el poder (abstracto) de reclamar determinado derecho (concreto) ante la jurisdicción (el poder judicial, los tribunales). Y ese poder determina la obligación del órgano jurisdiccional de atenderlo, de darle andamio, de poner en marcha el

proceso. Con lo que, en definitiva, quien ejerce el poder tendrá una respuesta: la sentencia".

Cuando el sujeto procesal formula su demanda, aquel poder jurídico sufre una conversión, una concreción, y entonces se presenta con toda claridad la diferencia entre el derecho de acción y el derecho de fondo que se invoca en dicha demanda, de manera que aquel conocido aforismo de que quien tiene derecho tiene acción, hoy en día no es admisible, puesto que se puede accionar sin tener derecho. Eso es así porque ya concretado en una demanda, la acción es un derecho autónomo.

Existen tres afirmaciones fundamentales en la doctrina:

a) Que se trata de un derecho autónomo, independiente del derecho subjetivo que se reclama en juicio (Muther, Bülow, Chiovenda). Es decir, que el derecho de acción es instrumental, en cuanto tiende a (o sirve de instrumento para) satisfacer otro derecho, pero no queda subsumido en él. Este otro derecho es su contenido material, la pretensión, que ha pasado a primer plano, en especial luego de los estudios de Jaime Guasp... b) Que se trata de un derecho abstracto y no concreto, puesto que supone, reiteramos, el solo poder para poner en movimiento, mediante el proceso, la función jurisdiccional... la acción la tienen todos, tengan razón o no, logren una sentencia favorable o desfavorable. El ejercicio de este poder se ha agotado con el desarrollo del proceso. Se otorga a cualquiera; por eso es un derecho abstracto. Lo concreto, repetimos, es la pretensión, c) El derecho de acción, entonces, no se ejerce contra el demandado, sino *frente al juez* (al órgano jurisdiccional, al Estado como derecho público".

b) En distinto sentido opina Alcalá-Zamora y Castillo. Nos dice: "En definitiva, creemos más acertado reputar a la acción como facultad, poder, potestad o posibilidad que como derecho; pero de las cuatro denominaciones propuestas ¿cuál debemos estimar preferible? En nuestra opinión la *última: facultad*, además de emplearse usualmente como sinónimo de derecho subjetivo, tiene significado distinto de *poder*; a su vez este término y *potestad* presentan más de una acepción jurídica y en ambos la idea de dominio prevalece sobre la de *posibilidad* de actuar y de peticionar, que es, para nosotros, el rasgo distintivo de la acción.

Insistiendo ahora en dos de los estribillos del presente artículo -a saber: la necesidad de librar el concepto de acción de contaminaciones iusmaterialistas, y la de mantenerlo diferenciado, aunque unido, con el de pretensión, llegaríamos al resultado, que no quiere ser una definición, de que la acción es tan sólo *la posibilidad jurídicamente encuadrada de recabar los proveimientos jurisdiccionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo, y, en su caso, la ejecución, respecto de una pretensión litigiosa*".

"La acción, como poder jurídico de acudir a la jurisdicción, existe siempre: con derecho (material) o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene ese poder jurídico, aun antes de que nazca su pretensión concreta. El poder de accionar es un poder jurídico de todo individuo en cuanto tal; existe aún cuando no se ejerza efectivamente". Couture, a pesar de considerarla como un poder jurídico, la considera, además, como una forma típica del derecho de petición. Nos dice al respecto: "Pero cuando el derecho de petición se ejerce ante el Poder Judicial, bajo la forma de acción civil, ese poder jurídico no sólo resulta virtualmente coactivo para el demandado, que ha de comparecer a defenderse, si no desea sufrir las consecuencias perjudiciales de la *ficta confessio*, sino que también resulta coactivo para el magistrado que debe expedirse en una u otra forma acerca del pronunciamiento".

Hay también otros conceptos en cuanto a este tema: "Entendemos por acción el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional". "...derecho subjetivo procesal que se confiere a las personas para promover un juicio ante el órgano jurisdiccional, obtener una sentencia de éste sobre una pretensión litigiosa y, lograr, en su caso, la ejecución forzosa de dicha resolución".

Si nos colocamos en la posición de los derechos potestativos, los cuales son aquellos que se extinguen en un poder jurídico, "y que por esto se oponen tanto a los derechos reales como a los personales, hemos propuesto el nombre de *derechos potestativos*... Entre estos derechos potestativos encuéntrase la acción...En muchos casos la actuación del derecho es realizada por órganos públicos. Pero estos órganos ya proveen a la aplicación de la ley por su iniciativa, por deber de oficio, ya pueden

hacerlo solamente a petición de parte; en estos últimos casos la actuación de la ley depende de una condición: de la manifestación de voluntad de un particular, el cual decimos que tiene *acción*. La acción es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. La acción es un poder que corresponde frente al adversario respecto del que se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. El adversario no está obligado a nada ante este poder; solamente está sujeto a él, la acción desaparece con su ejercicio, sin que el adversario pueda hacer nada

para impedir la ni para satisfacerla. Tiene la acción naturaleza pública o privada, según sea pública o privada la norma cuya actuación produce".

Dada la gran cantidad de opiniones y teorías que al respecto se han emitido, mencionaremos, sin comentarlas, algunas de ellas: La acción es un elemento del derecho subjetivo (Savigny). La acción es un derecho subjetivo público que corresponde al ciudadano a quien asiste la razón para que el Estado le conceda la tutela jurídica, mediante sentencia favorable, ejecución, etcétera (Muther y Wach) Estas dos corresponden a la corriente de la acción como derecho concreto, ya superada, acotamos nosotros. La acción es un derecho subjetivo público que corresponde a cuantos con buena fe crean tener razón, para ser oído en juicio y constreñir al adversario a acudir a él (Degenkolb) La acción como derecho subjetivo anterior al juicio, no existe: sólo con la demanda judicial nace el derecho de obtener una sentencia justa (Bülow).

Por último haremos mención de la teoría negativista expuesta por Guasp, no en el sentido de que la acción como tal es inexistente, sino que el concepto no pertenece al derecho procesal. Esto se debe precisamente al gran número de teorías que se han desarrollado en cuanto al tema. El mencionado autor se pronuncia en los siguientes términos: "El derecho a acudir ante los Tribunales, ya sea concreto o abstracto, frente al particular o frente al Estado, no es, evidentemente, un derecho de naturaleza procesal, sino un supuesto del proceso, que permanece fuera de él, y que se acantona, bien en el terreno civil, bien en el terreno político, quizá en ambos, sin poder, por ello, funcionar como clave explicativa de las cuestiones de orden procesal estricto".

La acción, en definitiva, es el poder jurídico que permite formular pretensiones ante los órganos jurisdiccionales.

La demanda

[Piero Calamandrei^v]

El poder jurídico de accionar, cuyas características fundamentales son las de ser genérico, imprescriptible e intransmisible, sufre una transformación en derecho de accionar o derecho de acción cuando se le formula en una demanda. La transformación se produce al cambiarse de genérico a concreto, de imprescriptible a prescriptible, y de intransmisible a transmisible. Es decir, el poder jurídico de acción lo tienen todas las personas, y lo pueden ejercer por sí o por medio de sus representantes. Cuando un poder jurídico es ejercido, es entonces cuando se opera la transformación que he mencionado pues en esa hipótesis ese poder se dirige a bienes y a personas determinados, es decir, se concretiza y como consecuencia de esa concreción el poder se ha transformado en derecho. Pues bien, ejemplo claro de esa transformación es la demanda, la cual se dirigirá contra alguien y en muchos casos con dirección a determinados bienes. Esa demanda es el acto procesal típico de iniciación pero se sobreentiende que lo será siempre y cuando reúna a cabalidad los requisitos que la ley exige. De no ser así, el juez tiene el deber procesal de ordenar su corrección y esta manera de proceder tiene que llevarla a cabo el juez tanto en el proceso escrito como en el proceso oral. De no ser así, no estaríamos en presencia de un acto procesal de demanda lo que ocasionaría el inicio viciado del procedimiento con los consiguientes problemas de indefensión y atrasos que eso significa. Supongamos entonces que una demanda fue presentada sin contener pretensión. No cabe duda alguna de que se trata de un acto procesal defectuoso que no puede dar nacimiento a un proceso válido. El juez, entonces, debe ordenar que se corrija mediante la orden concreta de su corrección en cuanto al defecto concreto, es decir, debe ordenarle al actor que formule su pretensión. No hay duda, en este ejemplo, que ha

habido una reacción del juez, una resistencia u oposición a dar curso a la demanda motivadas por el defecto del acto. Por el contrario, si aquella demanda reúne los requisitos que la ley exige y como consecuencia de eso el juez le da el curso correspondiente, estaremos en presencia de una reacción favorable del juez ante dicho acto procesal. Los resultados en un caso y en otro podrían ser totalmente opuestos, porque en el primero, si el actor corrige su demanda, ésta será cursada en el supuesto de que no haya otra razón legal que lo impida, pero si no la corrige, el resultado será la declaratoria de inadmisibilidad y consiguiente archivo de aquella demanda defectuosa. Salta de inmediato la pregunta en el sentido de si en ambos supuestos ha habido reacción o no por tratarse de que el freno lo ha puesto el juez. Si aceptáramos que esa reacción sólo pudiera provenir de la parte contraria, entonces tendríamos que concluir en que no se trata de una reacción. Pero, si admitimos que esa reacción puede provenir no sólo de la parte contraria, sino también de otros sujetos procesales como lo es el juez, entonces tendríamos que concluir en que en ambas situaciones estaremos en presencia de una verdadera reacción. Con esto tenemos un primer caso de reacción: la resolución que cursa la demanda, o lo contrario, la resolución que ordena su corrección con indicación del defecto.

Una reflexión: la demanda en sí misma, ¿no es acaso una reacción contra la violación o el desconocimiento del derecho? ¿Podría negarse que la violación o el desconocimiento del derecho sean un estímulo para que el perjudicado reaccione a través de la demanda?

i Calamandrei, Piero. Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires, Argentina. En: Antología de Teoría General del Proceso. Universidad de Costa Rica. 2005. Disponible en: Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 345.1 T314te

ii Calamandrei, Piero. Ídem

iii Antillón, Walter. s.f. Material para el curso de Teoría General del Proceso. Disponible en: Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 345.01 A629m

iv Arguedas, Olman. 2007. Teoría General del Proceso. Editorial Juritexto. Segunda edición. Disponible en: Biblioteca Facultad de Derecho, UCR. Signatura 345.1 A694t

v Calamandrei, Piero, ídem.