

LA ACCION PROCESAL

En la doctrina y en el derecho positivo mexicano

Tesis que para optar por el grado de
Licenciado en Derecho presenta el alumno
SANTIAGO OÑATE LABORDE

CIUDAD UNIVERSITARIA

MEXICO, 1972



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A la memoria de mi padre
don Santiago Oñate Salemme.

A don Niceto Alcalá-Zamora y
Castillo con la admiración,
gratitud y afecto de quien
aspira llegar a ser su disci-
pulo.

INDICE

PROLOGO	Pág.
-------------------	------

CAPITULO I

Derecho, Derecho Procesal e Ideología.

1.- Introducción	Pág.	1
2.- Proceso y Sociedad	Pág.	2
a) Normas Jurídicas: normas sustantivas y normas procesales.	Pág.	5
b) Realidad social del proceso.	Pág.	8
3.- Ideología y Proceso	Pág.	18
a) Relaciones entre normas procesales y - tipos o formas de Estado	Pág.	23
b) El juzgador como vínculo entre la ideo- logía y el proceso	Pág.	27
Notas	Pág.	29

CAPITULO II

Conceptos Fundamentales del Derecho Procesal.

1.- Trilogía estructural del proceso y cien- cia del derecho procesal.	Pág.	44
2.- Litigio y teoría estructural del proceso.	Pág.	46
a) Consideraciones en torno al "litigio" y sus posibles soluciones.	Pág.	46
b) El litigio, la acción y la jurisdic- ción	Pág.	54
c) El litigio y el proceso	Pág.	57
Notas	Pág.	59



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

CAPITULO III

La Concepción de la Acción en la Doctrina.

1.-	Consideraciones preliminares	Pág. 69
a)	Problemas sintácticos y semánticos o de la multiplicidad de acepciones del vocablo "acción".	Pág. 70
b)	Problemas epistemológicos que plantea la determinación del concepto de acción.	Pág. 73
2.-	Las diferentes concepciones acerca de la acción.- Intentos de Clasificación	Pág. 73
	Notas	Pág. 83

CAPITULO IV

Concepciones Privatistas Acerca de la Acción.

1.-	Introducción	Pág. 89
2.-	La <u>actio</u> en la doctrina romana	Pág. 91
a)	La <u>actio</u> durante la época de las <u>legis-acciones</u>	Pág. 99
b)	La <u>actio</u> durante la época del procedimiento formulario	Pág. 106
c)	La <u>actio</u> durante el período de la <u>cognitio extra ordinem</u>	Pág. 111
3.-	El desarrollo de las teorías acerca de la acción durante la época del <u>ius commune</u>	Pág. 114
4.-	La doctrina de la acción ante la encrucijada: la acción como extensión del derecho subjetivo material; la acción como una figura propia e independiente.	Pág. 128
a)	La acción dentro de la teoría de - - - Savigny	Pág. 131
b)	La escuela tradicional francesa	Pág. 139
c)	La tesis de Eduardo Pallares.	Pág. 140
d)	Algunas ideas acerca de la acción dentro de la sistemática tradicional del derecho civil: Filomusi Guelfi y Covello	Pág. 143

e) Las tesis sustentadas por Binder, --
 Betti y Pugliese Pág. 147

f) Tesis de Hans Kelsen Pág. 155

g) La concepción de la acción en un estudio de Pekelis Pág. 158

h) El monismo de Satta Pág. 160

i) Derecho Subjetivo y acción en la tesis de Redenti. Pág. 167

j) La doctrina de Guasp acerca de la pretensión Pág. 171

Notas Pág. 181

CAPITULO V

La Polémica Windscheid-Muther.

1.- Consideraciones previas Pág. 220

2.- La postura de Bernhard Windscheid Pág. 222

3.- Las críticas de Theodor Muther Pág. 225

4.- Importancia de la polémica entorno a la actio Pág. 228

Notas Pág. 233

CAPITULO VI

**Concepciones Públicas ó Intermedias
 Acerca de la Acción.**

1.- Introducción y problemas principales que plantea su estudio Pág. 239

2.- Primeros intentos dentro de la publicación del concepto de acción: la Prozessrechtsverhältnis y las tesis de Degenkolb y Plosz Pág. 242

3.- La reacción en contra de las teorías abstractas acerca de la acción: Adolf Wach y la sistematización de la Rechtsschutzanspruch Pág. 251

4.- Las respuestas de Degenkolb y Muther a -- las críticas formuladas por Wach: nuevos horizontes para la "abstrakte klagerecht!" Pág. 261

5.-	La concepción concreta de la acción. Evolución del pensamiento de Wach en la doctrina de Chiovenda. Postura de Calamandrei.	Pág. 267
6.-	Evolución de las teorías concretas en las obras de Kohler, Jellinek y Alfredo y Ugo Rocco	Pág. 286
7.-	La concepción de la acción en la doctrina de James Goldschmidt	Pág. 294
8.-	Enseñanzas de Carnelutti acerca de la acción	Pág. 300
	Notas	Pág. 305

CAPITULO VII

Nuevas tendencias en el estudio de la acción. Hacia una concepción social y constitucional de la acción y del proceso.

1.-	Consideraciones previas	Pág. 325
2.-	La "pretensión procesal" en la tesis de Leo Rosenberg. La acción y la teoría del "objeto litigioso"	Pág. 329
3.-	La acción procesal contemplada desde un ángulo político constitucional	Pág. 339
	Notas	Pág. 351

CAPITULO VIII

Consideraciones reasuntivas en relación con las diversas doctrinas acerca de la acción.

1.-	Relatividad del concepto de acción.	Pág. 361
	a) Opinión personal acerca de la relatividad del concepto de acción.	Pág. 368
2.-	Unidad de la acción.	Pág. 377
3.-	Categoría jurídica a que pertenece la acción procesal y sus dos elementos.	Pág. 387
4.-	Acción y demanda.	Pág. 399

5.-	Bilateralidad de la acción.	Pág. 408
6.-	Efectos prácticos de la constitucionalización de la noción de acción procesal, - con especial referencia a su desarrollo - en Italia y Alemania.	Pág. 412
7.-	Consideraciones finales acerca de las Teorías acerca de la acción	Pág. 426
	Notas.	Pág. 431

CAPITULO IX

La acción procesal en el Derecho Mexicano

1.-	Advertencia preliminar.	Pág. 453
2.-	La acción procesal como una garantía establecida por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.	Pág. 454
3.-	La acción procesal dentro del enjuiciamiento mexicano	Pág. 480
	a) La acción dentro del enjuiciamiento civil mexicano.	Pág. 481
	b) Estructura de la acción en el enjuiciamiento penal mexicano	Pág. 494
	c) La acción procesal y los enjuiciamientos administrativo, agrario y laboral dentro de los ordenamientos mexicanos vigentes.	Pág. 501
	d) La acción procesal y el amparo mexicano.	Pág. 509
4.-	Consideraciones críticas acerca de la acción en el enjuiciamiento	Pág. 511
	a) Emplazamiento.	Pág. 511
	b) Contenido específico de la garantía de acción: su alcance constitucional	Pág. 512
	c) Generalidad de la acción. Sus excepciones	Pág. 528
	d) La jurisdicción condicionada y los recursos administrativos.	Pág. 546
	e) El libre acceso a la justicia y los pobres.	Pág. 547
	Notas.	Pág. 551

CAPITULO X

La acción procesal y las defensorías de
oficio en el Derecho Mexicano.

1.-	La prohibición de la autodefensa y la <u>jus</u> ticia gratuita.	Pág. 573
2.-	La garantía de acción y los pobres.	Pág. 575
	Notas.	Pág. 580

CONCLUSIONES

1.-	Conclusiones metodológicas.	Pág. 583
2.-	Conclusiones doctrinales.	Pág. 586
3.-	Conclusiones relativas a la acción proce- sal dentro del enjuiciamiento mexicano.	Pág. 587
	Bibliografía.	Pág. 590

Prólogo

En estas breves líneas que preceden a la tesis que a fin de obtener el grado de licenciado en derecho - presentamos ante los ilustres miembros del jurado, intentaremos apuntar algunas de las razones que nos conduje - ron a abordar -temerariamente- el estudio de un problema tan vasto y complejo cual la "acción procesal".

Iniciados nuestros estudios en la Facultad de Derecho en el año crucial de 1968 y habiendo experimentado en forma directa las agresiones que a partir de esa - fecha han encontrado como blanco a nuestra Universidad - Nacional Autónoma de México, numerosos eran los proble--mas jurídicos que la realidad nos brindaba como objeto - de estudio. Empero, en épocas en las que la opresión se - enseñorea, no es siempre fácil estudiar derecho, menos - aun creer o confiar en su vigencia.

En estos momentos, en que hemos terminado ya - los estudios correspondientes a la licenciatura y nos -- vamos al recuerdo de nuestra entrada y paso por las au--las, nos vienen a la memoria los nombres de no pocos compañeros que ya no están entre nosotros. No pocos caye--ron el dos de octubre de 1968, otros el diez de junio de 1971, varios están presos, algunos más en el exilio y -- varios hubieron de abandonar sus estudios no soportando-



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

las aparentes contradicciones que implica el estudiar derecho en un país en que el mismo no se cumple.

Todo esto, mas que atenuar, agrava las condiciones con que esta tesis se presenta. Desatender esta realidad, negar dicha experiencia, traicionaría nuestra condición misma de integrantes involuntarios de la generación-68-72. Sin embargo, y aun en los momentos más difíciles, hubo maestros que desde la cátedra supieron hacer frente a la borrasca infundiendo a sus alumnos cariño por la ciencia jurídica, siempre hubo textos que, siendo escritos en situaciones igualmente críticas, nos ofrecieron un remanso de esperanza.

Tal vez confirmando aquella frase de Bertold Brecht según la cual "los tiempos en que la opresión es grande son casi siempre tiempos en que se discurre mucho sobre cosas grandes y elevadas", hubimos de inclinarnos hacia el examen de la noción de acción procesal. Vana fue nuestra ilusión e inútiles -al menos así nos parecen- los intentos de fuga. En este estudio la realidad nos acechaba a cada golpe de las teclas y siempre estuvo presente la pregunta: ¿para qué sirve todo esto?

Ante un problema aparentemente inocuo, ajeno a las vicisitudes políticas del momento, las cuestiones sociales no pudieron dejar de presentarse.

Nada de esto constituye sin embargo algún "descu

brimiento". Aun cuando poco analizadas en nuestro medio, - las hondas raíces socio políticas del proceso y de su --- ciencia nos fueron manifestadas de manera indubitable, en la lectura detenida de "Proceso, autocomposición y autodefensa", en el ya clásico estudio sobre "La relatività del concetto d'azione".

Nada cabe agregar a dichos textos, solo nos resta pues, glosar y pretender corroborar lo que en ellos se encuentra asentado. Inútil pretender adicionarlos, jactancioso corregirlos, imposible superarlos, luego, entonces, quedaba aplicarlo directamente, intentando colegir y examinar sus principios y consecuencias, buscáudo siempre un hito de esperanza que nos ayudase a ver en el proceso algo más que la represión, la pena y el castigo: la composición justa y pacífica de los litigios, y, en la acción, - la vía segura que va de litigio a la jurisdicción por el proceso.

Ilustrados con las enseñanzas de tan insignes -- maestros -ajenos del todo, inútil es decirlo, a nuestros- muchos yerros- y presionados por la fuerza de las cosas, hemos querido estructurar de modo sistemático la evolución y contenido de las diversas ideas que acerca de la - acción se han sustentado guiándonos en la indagación por un hilo conductor de carácter ideológico, a saber, los -- matices socio-jurídicos que a cada concepción acompañan.

Nos ha parecido conveniente dedicar una primera parte de nuestro estudio al examen de algunas nociones - previas de índole metodológica -capítulo I - y sistemática -capítulo II -, a fin de abordar, con menor incertidumbre, ese laberinto inexpugnable que constituyen las teorías acerca de la acción. El estudio de dichas tesis, más de carácter informativo que crítico, -capítulos III-VII - tiende a demostrar su evolución histórica desde la antigua Roma hasta nuestros días. En un intento de sistematización dogmática hemos apuntado algunas nociones relacionadas con el concepto de acción, pretendiendo señalar sus elementos y distinguiendo algunas de las figuras suelen confundirse con aquella -capítulo VIII-, para, finalmente, ocuparnos de algunos de los aspectos que posee tan fundamental concepto en el enjuiciamiento mexicano -capítulos IX y X -, en tanto que "garantía constitucional" enmarcada por una realidad socio-política concreta.

Convencidos estamos de la necesidad de depurar y profundizar el presente estudio; igualmente, creemos que la última parte hubiese ganado un mucho de habernos auxiliado de los métodos sociológico y estadístico en el examen de la vigencia de la acción dentro de nuestro enjuiciamiento. Desgraciadamente, no contamos con tales instrumentos y desconocemos su manejo, de ahí que prescindamos de su empleo.

Por último, no podemos dejar de agradecer -si ello es en forma alguna posible- la valiosísima ayuda que en todo momento nos brindó, a lo largo de casi dos años, el insigne maestro don Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, figura señera de ese éxodo que el venezolano Cuenca calificó de "España procesal peregrina", y que en tierras de América hubo de vencer el exilio y el llanto con el trabajo y la enseñanza insustituibles. A él nuestra gratitud.

Igualmente, y aun cuando no de manera siempre directa, nos hemos beneficiado con la ayuda acaso involuntaria de numerosos profesores. Primeramente, de las enseñanzas de nuestros profesores de Introducción al derecho y Derecho romano, Lic. Virgilio Domínguez y Dr. Guillermo Floris Margadant. En segundo lugar, ya por el calor y la vehemencia de sus palabras ya por la de sus obras, siempre encontramos un aliciente a nuestro trabajo en la labor de los señores profesores Mauro Cappelletti, Vittorio Denti, Víctor Fairen Guillén y Santiago Sentís Melendo, a quienes -repetimos- en manera alguna podrán atribuirse las inexactitudes y ligerezas en que hayamos incurrido, aún cuando corresponde -si lo hubiese- el mérito que a esta tesis pudiese benévolamente conferirse. Pero ello no nos toca a nosotros decidirlo.

S.O.

CAPITULO I.

DERECHO, DERECHO PROCESAL E IDEOLOGIA.

" Non donada ma riconquistata
a prezzo di rovine di tortu
re di sangue la liberta
sola ministra di giustizia
sociale per insurrezione di
popolo "

Piero Calamandrei.

1. Introducción.

Piero Calamandrei, autor del epígrafe arriba --
transcrito, que está esculpido en uno de los costados del
"Palazzo Vecchio", trazó con mano firme y espíritu liber-
tario un nuevo programa para la ciencia del proceso sen--
tando las bases de lo que podemos llamar ciencia social -
del proceso (1). La ciencia procesal que con tal carácter
se perfiló a partir de la segunda mitad del siglo pasado,
merced a las obras de Bentham, Windscheid, Muther y, so--
bre todo, a partir de la Die Lehre von den Processeinreden
und die Processvoraussetzungen de Oskar von Bülow (2), y
que alcanzó su expresión sistemática en el pensamiento de
Adolf Wach y Giuseppe Chiovenda (3), cayó durante la pri-
mera mitad de la presente centuria en una pretendida neu-
tralidad ideológica (4) recomendada por el liberalismo y
el positivismo jurídico entonces en boga. La fuerza de -
las cosas, dos guerras mundiales, la guerra civil españo-
la, las luchas anticoloniales del llamado "tercer mundo",
llevaron a los estudiosos del proceso inconformes con to-



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

da mera realidad a cuestionar los efectos e implicaciones de una técnica procesal indiferente y ajena ante los problemas e injusticias sociales que matizan nuestro tiempo.

¿Cuál es la función del proceso en la sociedad contemporánea?, ¿qué función tiene el derecho procesal dentro del actual Estado de Derecho?, ¿cómo influye la ideología sobre el fenómeno denominado proceso?. En nuestra opinión, estas preguntas constituyen la base ineludible de la que debe arrancar el estudio científico de cualquier institución procesal, dentro del marco metodológico de la ciencia social del proceso. Desarrollar las preguntas antes formuladas y aplicar sus implicaciones al estudio de la "acción procesal" constituye el objeto de la tesis que presentamos.

2. Proceso y sociedad.

Hemos afirmado que la doctrina procesal anterior al fin de la segunda guerra mundial pretendió, salvo honrosas excepciones, construir una dogmática capaz de explicar el fenómeno procesal sin tener que recurrir a consideraciones de tipo político o ideológico. Dichas construcciones lograron explicar la naturaleza y funciones de una serie de actos y fenómenos procesales dentro del universo cerrado del derecho positivo, o más concretamente dentro de un determinado conjunto de prescripciones, sin atender a las implicaciones y efectos que dichos actos y fenómenos tienen en la vida social.

A nuestro entender, el afán de dotar a la ciencia procesal de una nueva metodología no es en forma alguna veleidad propia de decadentes hartos de ciencia ya consumada pero no entendida; la ruptura ha sido provocada por estudiosos de la ciencia procesal comprometidos - con el devenir histórico y que, atentos a la naturaleza de las cosas, han sabido dar al proceso su verdadera dimensión dentro de la sociedad percatándose de que el derecho procesal no se agota en normas frías y carentes de valor ideológico alguno. En suma, los intentos metodológicos que tratan de encuadrar el estudio del proceso dentro del campo común de las luchas y pugnas de las diversas clases y grupos sociales responden a necesidades científicas específicas.

La ciencia del derecho procesal debe responder, como toda ciencia, a los imperativos de la evolución social uniendo el pensamiento y la acción en la lucha por la dignidad y libertad de los hombres y los pueblos. Este ideal, de honda raigambre gramsciana, fué plenamente vivido por aquél a quien pudiéramos considerar como el sistematizador (5) de la dogmática procesal social: Piero Calamandrei (6).

Para justificar esta metodología contemplaremos, aún cuando sea brevemente, la naturaleza y efectos del proceso dentro de la sociedad contemporánea.

Así, recordando la recomendación de Carnelutti,

según la cual "lo primero que debe hacer quién estudie - Derecho procesal es, por un lado, ir a ver un proceso, y por otro, tener el Código de Procedimientos sobre la mesa" (7); por un lado se tienen una serie de fenómenos - fácticos realizados por seres que viven en sociedad, y - por otro, se cuenta con un conjunto de normas jurídicas. Conviene pues describir en qué consiste cada uno de nuestros elementos, sin tener el ánimo de definirlos y sólo con el afán de precisar la forma en que los entendemos.

Entendemos por derecho, siguiendo a Alf Ross, - " el conjunto de ideas normativas que sirven como esquema de interpretación para los fenómenos del derecho en acción, lo que a su vez significa que estas normas son efectivamente obedecidas porque son vividas (experienced and felt) como socialmente obligatorias" (8). De acuerdo con esta noción, son objeto de la investigación jurídica tanto la norma que interpreta una conducta determinada, - como la conducta misma que es susceptible de una interpretación jurídica. De esta manera el estudio del proceso comprende una doble realidad unida como un todo dentro de la práctica social. Por un lado se tiene un conjunto de normas, el "Código de procedimientos" de que habla Carnelutti, y por otro, un conjunto de hechos y conductas, el "proceso", que determina la aplicación de un mandato jurídico con efectos obligatorios.

Una vez establecida la indisolubilidad entre hechos y normas que se presenta en el universo jurídico, -

conviene señalar en qué consiste cada uno de dichos elementos en relación especialmente con el proceso jurisdiccional.

a) Normas jurídicas: normas sustantivas y normas procesales.

Primeramente encontramos un grupo de directivas establecidas en forma de normas que integran un conjunto de ideas abstractas dirigidas a interpretar una serie limitada de acciones humanas jurídicamente posibles. Tradicionalmente se ha distinguido entre normas sustantivas y normas procesales o adjetivas. La concepción calificada de "realismo sociológico" (9), ha señalado, a nuestro entender con acierto, las dificultades inherentes a la distinción entre uno y otro tipo de normas, dado que, en última instancia, norma de derecho es aquella que puede ser aplicada en forma coactiva por los tribunales estatales, es decir, aquella que bajo cualquier circunstancia puede vivirse como socialmente obligatoria. Empero, estructuralmente, o si se prefiere sintácticamente, dentro del conjunto de normas jurídicas pueden distinguirse tres clases o grupos de normas: uno primero en que se establece lo que uno puede y lo que no puede hacer, uno segundo en el que se enuncian las sanciones jurídicas que resultan si uno actúa en contra de aquellos preceptos, y uno tercero, en que se prescribe el procedimiento que deberán seguir los tribunales para imponer las sanciones derivadas de la interpretación normativa de un hecho determinado.

A los dos primeros grupos se les suele denominar "derecho sustantivo", -aún cuando en rigor debe hablarse de derecho sustantivo y de derecho de las sanciones -, en tanto que al tercero se le denomina "derecho adjetivo" o "procesal" (10).

En el proceso realizado por los tribunales con el fin de interpretar deónticamente una conducta resolviendo con ello el litigio que les ha sido planteado, intervienen normas de derecho sustantivo y normas de carácter procesal. Las primeras funcionan como base de interpretación de una conducta objetiva que debe ser calificada como prohibida o permitida, en tanto que las segundas posibilitan, en una relación de necesidad, la aplicación de las sanciones jurídicas correspondientes consignadas en el derecho sustantivo, al tiempo que, a su vez, interpretan una serie de conductas realizadas por los intervinientes en el proceso. En vista de lo anterior, las normas jurídicas procesales son consideradas como subsidiarias o instrumentales, en el sentido de que su propósito es servir como instrumentos de realización del derecho sustantivo -- provocando su aplicación (11). Así, el derecho sustantivo y el derecho procesal integran una unidad de acción, cuando una norma se crea, su aplicación o vigencia no puede dejarse al arbitrio exclusivo de los imputados se pena de -- tornarse nugatorios los efectos jurídicos de ella derivados, es necesario, además, hacerla técnicamente posible ;-

de donde se infiere que -y nos apoyamos nuevamente en Alf Ross- "la apreciación política jurídica de una norma debe dirigirse a investigar de qué manera pueden servirse mejor los objetivos sociales por medio de la interacción entre - el derecho sustantivo y el derecho procesal" (12).

La distinción entre las normas sustantivas y las normas procesales no puede establecerse conforme a criterios formales de carácter apriorístico, es necesario considerar a tal efecto las consecuencias que a cada una confiere cada ordenamiento en concreto (13). El no poder establecer una distinción formal entre unas y otras, sólo nos permite constatar el carácter instrumental del derecho procesal, lo cual de ninguna forma equivale a sostener que se encuentra subordinado, sujeto o en dependencia respecto de las normas y principios del derecho sustantivo. La ley y la sentencia, norma y proceso, no son sino momentos diversos de un sólo procedimiento normativo (14), ambos tipos de normas realizan un mismo fin: la observancia efectiva del orden jurídico.

Los mandatos o normas, ya sustantivos ya procesales, son bajo cualquier circunstancia, esquemas de interpretación de la conducta social. Siendo siempre el intérprete la sociedad políticamente organizada, de modo que, - en el moderno Estado social de derecho (15), legislador y juez son intérpretes de la voluntad de los grupos y clases sociales.

b) Realidad social del proceso.

Una vez examinada la cuestión relativa a las normas jurídicas, segunda de las apuntadas por Carnelutti, corresponde contemplar el segundo problema planteado: debemos "ver un proceso". No se trata, desde luego, de responder a la pregunta ¿qué es un proceso?, sino de escudriñar la realidad forense, la vida ante los tribunales, con el ánimo de describir la especificidad fenoménica de la realidad "proceso" dentro del marco de hechos y relaciones que integran lo que comunmente llamamos "sociedad" (16).

La necesidad de contemplar el proceso dentro de la dinámica social, y no como fenómeno independiente, señalada hace ya más de veinte años por Piero Calamandrei en su célebre Discorsi inaugurali (17), nos lleva a observar un conjunto de vínculos y relaciones que integran un todo provisto de significado y que puede caracterizarse como un "actus trium personarum" de tipo contradictorio en el que uno afirma, otro niega y un tercero dirige y decide (18). Este conjunto de relaciones se presenta ordenado bajo una serie de formas que encierran un contenido eminentemente social: el litigio.

Existe un cúmulo de relaciones sociales que se establecen en vista a la satisfacción de necesidades concretas y que generan conflictos cuando, como afirma Carnelutti, "la satisfacción de una necesidad excluye la situación favorable a la satisfacción de una necesidad distinta" (19), cuando dicho conflicto puede interpretarse normativamente y

es igualmente posible solucionarlo jurídicamente nos encontramos frente a lo que se denomina "litigio". Esta noción creada por Carnelutti (20) y desarrollada por Alcalá Zamora (21), constituye la base metajurídica y social del proceso jurisdiccional.

Alcalá-Zamora y Castillo enseña que el proceso, sea civil, penal, laboral o de cualquier índole, tiene su origen y razón de ser en el litigio, que no es sino "el conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución asimismo jurídica" mediante el proceso, la autocomposición ó la autodefensa (22). Tras examinar con la precisión y claridad que le son características los tres distintos medios de solución de los conflictos de intereses, Alcalá-Zamora apunta que "el proceso se presenta como el medio que mayores probabilidades ofrece de aportar la solución justa y pacífica al conflicto" (23) preservando así la seguridad y bienestar sociales. Y esto es así porque, como con gran exactitud señaló Chiovenda, el proceso crea la certeza jurídica que asegura el goce y disponibilidad de todo derecho por lo que puede calificársele de "fuente autónoma de bienes de la vida, que no pueden conseguirse de otra manera que mediante él" (24).

El problema de la "solución justa y pacífica" de que habla Alcalá-Zamora, así como el de la "sentencia justa" de acuerdo con las inolvidables palabras de Calamandrei (25), constituye, a nuestro entender, el eje sobre el cual gira, en última instancia, la moderna problemática procesal.

La igualdad ante la ley ha sido tal vez "el bien de la vida" máspreciado por las democracias liberales que surgen históricamente con la caída del "ancien régime" y el advenimiento del Estado de derecho. El antiguo derecho-procesal, que en el mundo occidental de tradición romano-germánica se caracterizaba por un acentuado formalismo -- ("quod non est in actis non est in mundo") que se traducía en la desigualdad procesal del docto frente al iletrado y que consagraba igualmente una serie de privilegios y prebendas derivados de la situación económica y social de los justiciables (26), tuvo que ceder ante el espíritu libertario que, engendrado por la revolución francesa del 1789, -- cristalizó en un nuevo sistema jurídico-político. Bajo este sistema surgió el "proceso liberal" en el que se suprimieron las jurisdicciones especiales y todos los esfuerzos se dirigieron a garantizar eficazmente la igualdad y la -- libertad a través de un enjuiciamiento "público y oral" -- (27).

Esta reforma, que representó un avance gigantes -- co en relación con el sistema de enjuiciamiento de corte -- medieval hasta entonces vigente, que en gran medida se debió a la obra legislativa de Franz Klein (por lo que hace al proceso civil) y a la de Glaser (en relación con el enjuiciamiento criminal) (28), así como a la labor doctrinaria de Wach y Chiovenda (29), ha sido, en no pocas ocasiones (30) inoperante, o por lo menos deficiente, ante la -- realidad de los últimos veinte años, dado que, como afirmó

Angel Osorio y Gallardo (31) "no es el derecho heraldo sino escolta de la realidad. Y a veces tan desidiosa y olvidadiza, que deja a su señora abandonada en las más arriesgadas aventuras, sin cuidarse siquiera de marchar a su lado para prestarle apoyo o para infundir respeto a los buscavidas que traten de forzarla en satisfacción de su codicia".

Así pues, afirmamos que la naturaleza social del proceso deriva fundamentalmente del carácter igualmente social de la situación "extra y meta procesal" que a través de él se resuelve, así como que la sistemática del derecho procesal inspirada en los principios políticos del liberalismo decimonónico se ha visto en crisis recientemente a raíz de los nuevos problemas que acompañan a nuestra época. Ambas afirmaciones merecen un exámen más detenido.

Si se acepta que el proceso es un sector de la realidad social compuesta por actividades humanas motivadas por intereses (32) y que el proceso surge como medio de solución de un conflicto metajurídico (por ende socioeconómico) de carácter litigioso, habrá también que aceptar -y empleamos las bellas palabras de Cappelletti- que "nel processo si rifletteno como in un specchio, i granditemi della libertà e delle giustizia, i fondamentali problemi della convivenza sociale e internazionale" (33). A nuestro entender, "los grandes temas de la libertad y de la justicia" se concretizan en nuestra época en los problemas de la libertad e igualdad sociales que han de ser alcanzadas mediante el proceso para que éste pueda ser un --

instrumento eficaz que garantice la paz social.

El problema de la crisis del proceso liberal implica que primeramente se señalen, aún cuando sea brevemente, sus características. Hemos dicho que surge directamente del pensamiento liberal inspirador del Estado de derecho, con lo cual se afirma, implícitamente, que el derecho procesal lejos de ser una técnica pura es una manifestación ideológica. Para aclarar esta última cuestión hemos dedicado el siguiente apartado de este mismo capítulo, dada su especificidad y envergadura, por lo que ahora simplemente trataremos de mostrar algunas de las manifestaciones sociales del proceso liberal.

Todo proceso es un fenómeno de "necesidad social" (34) en el que están en juego intereses que siempre son, en mayor o menor medida, sociales por lo que en todo proceso la participación del Estado (mediante la jurisdicción) es un requisito "sine qua non" (35). Así, como base del problema, se presenta la relación Estado-ciudadano en el proceso. El derecho "clásico" de libertad motivó que dentro del enjuiciamiento se garantizasen los derechos del ciudadano en forma efectiva mediante los principios de independencia del juzgador (a través del principio de la división de poderes) (36), principio del juez natural, garantía de audiencia, oralidad, etc. (37).

Todos estos principios, y de manera especial la oralidad, "palabra símbolo del nuevo proceso", (38), y la-

función de dirección que debe desempeñar el juzgador, determinaron una democratización indudable del proceso, respecto del cual es posible formular dos tipos distintos -- de observaciones genéricas. Por una parte se puede contemplar el proceso desde un ángulo estrictamente jurídico -- positivo señalando sus características "liberales" y "autoritarias" en base al criterio diferenciador del debido proceso legal y, subsidiariamente, del funcionamiento de los principios "dispositivo" e "inquisitivo" (39). El segundo tipo de observaciones que en torno al proceso pueden emitirse, consiste en la caracterización del mismo como instrumento de la democracia liberal o bien como aparato de la democracia y justicia sociales, partiendo de el examen de las normas en tanto que criterios de valoración formal con aplicación real y efectiva.

El proceso que hemos calificado de liberal se funda necesariamente en los principios de igualdad y libertad de los ciudadanos. Sin embargo, en numerosas ocasiones dichos principios no pasan de ser desiderata con el carácter de declaraciones formales, puesto que en la realidad prevalecen tanto la desigualdad socio-económica como la representación política. Esta realidad, a nuestro modo de ver, hace necesaria una revisión del sistema procesal en base a observaciones directas de carácter eminentemente jurídico político. Es decir, debemos preguntarnos no si se reconocen formalmente los derechos de defensa e igualdad, o cuáles sean las normas que garantizan el contradictorio dialéctico en el en-

juiciamiento penal, sino en que medida los ideales de -- igualdad y libertad formalmente consagrados, tienen vigencia dentro del ordenamiento y práctica procesales.

En nuestra opinión, la oposición entre igualdad formal y desigualdad socio-económica y la pugna entre libertad formal y represión política, lejos de haber sido dejadas por el proceso, se han perpetuado a través del mismo.

Así, nos encontramos con el hecho de que frecuentemente el proceso civil no pasa de ser un negocio privado entre las partes (Sache der Parteien) (40) en el que los -- económicamente poderosos encuentran un arma frente los pobres en virtud de que la igualdad en el proceso no se realiza efectivamente (41). Igualmente, en materia laboral, -- aún cuando la huelga lejos ya de considerarse como delito y habiéndosele reconocido como un derecho de la clase trabajadora (42), la lentitud del procedimiento contraría el principio de igualdad, que para ser una realidad en dicho -- tipo de enjuiciamiento, debe de partir de la desigualdad -- económica existente entre las dos clases en conflicto (43). En el proceso penal también encontramos un arma de interés político cuando, como desgraciadamente ha ocurrido recientemente en nuestro país, además de servir de mamparo a la -- represión política a través de farsas cuasi-procesales en ocasión del "enjuiciamiento" de opositores al régimen, el ejercicio de la acción penal cae bajo el dominio de las -- facultades discrecionales de la autoridad (44).

Frente a esta realidad innegable, y ante la creciente socialización del derecho, el proceso y su disciplina han tenido que experimentar un cambio radical. Así, por ejemplo, y en relación con el enjuiciamiento civil, la igualdad procesal de los desiguales económicamente ha sido propugnada por procesalistas conscientes de la misión social del proceso y a través de medidas tales como la asistencia judicial a los necesitados (legal-aid) (45). En relación con el proceso penal, más elocuentes que las certeras diatribas que contra el sistema acusatorio, permanecen las denuncias que día a día se escuchan con mayor fuerza en torno a la aplicación de torturas y vejaciones de toda índole (46).

Ya dentro del terreno de la teoría general del proceso, y en ocasión de clasificar los distintos "tipos de procesos", la denominación de derecho procesal social ha ido adquiriendo carta de naturalización (47). La denominación de derecho procesal social se ha aplicado a determinadas ramas del enjuiciamiento que bajo tal rubro se clasifican atendiendo a sus principios o caracteres típicos. Así, por ejemplo, Fix Zamudio califica de "derecho procesal social" a los enjuiciamientos laboral, agrario y el relativo a la seguridad social, entendiendo por "derecho procesal social" aquel "conjunto de normas destinadas a la actuación de los procesos materiales que tutelan los intereses de los grupos o clases sociales, desde el punto de vista de su situación económica y los cuales han veni-

do incrementando su importancia en los últimos tiempos, - en tal forma que su participación en la vida política del Estado contemporáneo es cada vez más relevante, determinando a su vez la intervención estatal en las actividades -- productoras" (48). Para nosotros, lejos de discrepar de - la connotación de derecho procesal social desarrollada -- por Fix Zamudio, todo derecho procesal, para ser garantía verdadera de una "justicia con paz", ha de ser derecho -- procesal social.

Consideramos que todo derecho procesal es social- en virtud de que en todo proceso, cualquiera que sea su - clase o tipo, se encuentra presente el litigio (49) que - es, como anteriormente hemos sostenido, una situación me- tajurídica de carácter socio-económico que va a ser re -- suelta, con efecto de cosa juzgada, por el Estado, árbitro y juez de todas las pugnas y luchas sociales (50).

El proceso civil es social por que en el se ponen en juego valores que siempre son económico-sociales (pro- piedad, familia, bienes y derechos); en igual medida, den- tro de las sociedades regidas por el sistema económico -- capitalista, los litigios de "naturaleza" mercantil, po- nen en juego las bases mismas de la economía liberal - - (vgr. la reglamentación de la competencia desleal); no -- puede decirse menos del enjuiciamiento criminal dentro - del cual está de por medio la seguridad misma del Estado- y de la sociedad y que refleja, como sostiene Goldschmidt, los "segmentos de la política estatal en general"; la po-

sición individuo-autoridad que tal vez con mayor nitidez se presenta dentro del proceso, se encuentra en la justicia administrativa, en tanto que la justicia constitucional no puede sino concebirse como "la jurisdicción constitucional de la libertad" (51).

Hemos dicho que participamos plenamente de la - caracterización que del derecho procesal social ha establecido con acertado criterio científico y concreto --- Héctor Fix Zamudio, el derecho procesal social es, en su ma, el que regula los procesos materiales que ponen en - juego intereses de grupos o clases sociales. Dicho carácter se presenta de modo indubitable en los enjuiciamientos laboral, agrario y asistencial, pero en igual medida se manifiesta, desde un ángulo jurídico-político, dentro de todos los tipos de enjuiciamiento. El proceso civil, - calificado por Cappelletti como el "espejo de la socie-dad", como ya antes había sido demostrado por Klein, es una institución destinada al bienestar social (Wehlfart-seinrichtung) (52) que no puede ser tal sino cuando es - general (53).

Así pues, en resumen, consideramos que el derecho procesal es una rama del saber humano que tiene por objeto, tanto las normas jurídicas destinadas a hacer -- efectiva la observancia de las conductas y consecuencias previstas por las normas, como la realización efectiva - de dichas prescripciones dentro de la realidad. Esta realidad del ordenamiento procesal y del proceso mismo, funda

do en la noción eminentemente socio-económica del litigio, nos obligan a conceptualizar al proceso como una realidad jurídica de derecho social, entendiendo por esto último, las directivas dirigidas directamente a la regulación de las actividades de los grupos y clases sociales. Afirmamos lo anterior convencidos junto con Ripert de que vivimos en una época en que "tout devient droit public" y que el derecho, como totalidad, está integrado por la fusión entre las fuerzas conservadoras y las fuerzas reivindicadoras del pueblo (54). Lo anterior presupone que el derecho sea una manifestación cultural de carácter ideológico. De este problema habremos de ocuparnos a continuación.

3.- Ideología y proceso.

¿Cómo influye la ideología sobre el fenómeno de nominado proceso?, ¿expresan las normas procesales valores políticos determinados, o se trata simplemente de normas técnicas carentes de significación ideológica alguna?, ¿en que medida la dirección del proceso por parte del juez se encuentra sujeta a los caprichos de príncipes y gobernantes? (55).

La problemática que encierran estas cuestiones, que en nuestra opinión se reduce a las relaciones ideología-proceso, ha sido objeto de numerosos y profundos estudios en tiempos recientes (56). En páginas anteriores --

nuestro estudio se ha referido también, aún cuando sea implícitamente, a dicha cuestión. Ahora nos ocuparemos de precisarla, más que de resolverla, habida cuenta de que dentro de las ciencias sociales las soluciones rara vez son unívocas y definitivas.

Para poder determinar las relaciones entre proceso e ideología, conviene ponernos previamente de acuerdo con la interpretación que damos a cada uno de dichos conceptos. Por "proceso", podemos entender, genéricamente, el medio jurídico para la solución jurisdiccional de un litigio a través de la intervención de un tercero y con la participación dialéctica de dos partes (57). Dicho proceso comprende, como ya antes hemos señalado, una esfera de naturaleza normativa y un contenido fáctico que se integran en un todo dentro de la realidad social de una comunidad política determinada y bajo un orden jurídico concreto.

Sin pretender realizar un examen exhaustivo de la evolución histórica del término (58), cabe recordar que la voz "ideología" suele tener dos significados usuales y varias posibles interpretaciones de índole científica o doctrinaria.

Dentro del lenguaje común, suele entenderse actualmente por ideología tanto el conjunto de ideas o concepciones que sobre cualquier aspecto poseen un grupo de individuos o uno de ellos en particular (59), como aquellas concepciones descabelladas y acientíficas respecto de todo tipo de cuestiones (60). Del estudio científico de la ideolo-

gía se han ocupado las ciencias sociales, habiendo sido con-
templada desde distintos enfoques metodológicos por pensado
res tales como Pareto y Marx, y Manhein y Kelsen (61).

En el presente estudio adoptaremos la concepción-
elaborada por la escuela de Althusser y que ha sido reelabo-
rada por Poulantzas en base a los estudios de Antonio Grams-
ci (62). Dentro de esta corriente, el estudio de la ideolo-
gía tiene como premisa la distinción entre estructura y su-
praestructura, distinción establecida en forma aún precaria
por la sociología, incluidos los teóricos marxistas, que -
nes en no pocas ocasiones han abusado de ella en análisis -
simplistas (63). La distinción entre estructura y supraes--
trutura, puede delinearse, a grosso modo, afirmando que den-
tro del todo coherente de significado y motivación que in-
tegra la realidad social se presentan dos distintos tipos -
de realidades: por un lado, se tienen un conjunto de activi-
dades y fenómenos destinados de modo directo e inmediato a-
la producción, distribución y consumo de bienes y servicios
que posibilitan la subsistencia de la colectividad (estruc-
tura económica) y, por otro, dado que el hombre es un ser -
racional, se tiene un conjunto de valores y concepciones --
que dotan de sentido y representan, en abstracciones concre-
tas históricamente determinadas, dichas actividades. A es -
te segundo sector se le suele llamar supraestructura y a él
pertenecen el nivel jurídico-político (integrado por las -
formas del derecho y el estado) y la estructura ideológica-
(a la que pertenecen distintas formas de conciencia social,
tales como la religión, la educación, las diversiones, los-

convencionalismos sociales o reglas del trato social, -- etc.) (64).

Teniendo presente que la realidad social es esencialmente dinámica, las estructuras económicas, jurídico-política e ideológica no constituyen estancos separados -- y si realidades entrelazadas, presentes en los actos de -- todo individuo en forma constante e indiscriminada. No -- puede aceptarse, en vista de lo anterior, que cualquiera de ambas estructuras sea determinante respecto de la otra, ambas se encuentran en una relación de influencia recíproca (65).

Así pues, en resumen, en la supraestructura (niveles ideológico y jurídico-político) se ordena la actividad socio-económica de los individuos confiriendo a cada uno un status social determinado e imputándoles derechos y -- obligaciones específicas. El derecho, dentro de esta perspectiva, se encuentra formado por aquellas concepciones ideológicas que en un momento determinado, por la voluntad del titular de la soberanía, se concretan y adquieren -- fuerza formal a través de un conjunto de "aparatos institucionales" debiendo el Estado tutelar su cumplimiento y observancia, a fin de preservar el buen funcionamiento de la sociedad (66).

En este orden de ideas, las relaciones entre litigio, proceso e ideología, pueden esquematizarse de la siguiente forma: el litigio tiene como base un conflicto de intereses concretos que se presentan dentro de la esfera-

de las relaciones socio-económicas (67); la solución de dichos conflictos, dentro del Estado de derecho, debe de excluir la autodefensa (prohibición de origen ideológico que ha sido concretada en normas jurídicas) y ofrecer una solución definitiva a la que hallan de conformarse las partes (cosa juzgada) (68) y que, garantizando un bien de la vida, restablezca la paz social (69); dicha solución se obtiene, teóricamente, a través del proceso jurisdiccional (70) mediante una sentencia conforme a derecho (desiderata de índole jurídico político).

En el proceso se ven, pues, de modo claro, los vínculos y relaciones entre ambos tipos de estructuras. Si la estructura o infraestructura se compone de todos aquellos actos relativos a la producción de "bienes de la vida", la supraestructura se ocupa de la "reproducción" de dichas condiciones mediante la restauración del orden jurídico violado que ampara, protege y tutela la situación social concreta (71). Pero, afortunadamente, el derecho en general y el proceso en particular, no se limitan a "reproducir" situaciones y a mantener la realidad inalterada. Derecho y proceso pueden ser instrumentos de cambios dentro la estructura (72) siempre y cuando en ellos se mantengan vivas las luchas ideológicas productoras de distintas conciencias sociales.

El problema de la acción ideológica dentro del proceso comprende, a nuestro entender, dos cuestiones de

índole diferente: las leyes de enjuiciamiento y la realidad forense. En relación con el primero de los problemas, debe probarse el carácter ideológico de las normas procesales demostrando la relación entre tipos de Estado y tipos de enjuiciamiento, en tanto que el segundo tiene como clave el problema del juez y, también, el de las profesiones forenses. El contenido ideológico del proceso es la resultante de ambas respuestas: no basta afirmar que el mismo tipo de enjuiciamiento puede darse en Estados de diversa ideología para predicar válidamente que no hay influencia ideológica de ninguna especie, pues siendo verdadero lo anterior, puede ocurrir que mientras en algunos de dichos Estados los juzgadores cuentan con instrumentos que garantizan su imparcialidad, en otros la magistratura puede hallarse como apéndice del soberano y no gocen sus miembros de libertades concretas (73).

a) Relaciones entre normas procesales y tipos
o formas de Estado.

Las formas o tipos de Estado que son, de acuerdo con Loewenstein (74), materializaciones de la ideología dominante (75), que reflejan, en última instancia, la distribución del poder entre los distintos grupos y clases sociales que integran una sociedad determinada. En el moderno Estado de derecho, la Constitución, decisión política fundamental por antonomasia, es el resultado de un compromiso entre los detentadores del poder. Conforme a --

ella, entendida en sentido material, se ha de organizar la sociedad y, a través de ella, en sentido formal, se han de regular jurídicamente las actividades y relaciones tanto de los individuos entre sí, como las de éstos con el Estado. Partiendo de la norma fundamental, y apoyándose en ella, se promulgan y mantienen en vigor los cuerpos legales relativos al enjuiciamiento. El carácter ideológico de un Estado se manifiesta de modo claro en su Constitución, o a falta de ésta, en sus leyes fundamentales. ¿ Puede afirmarse otro tanto de las leyes procesales?.

Siendo innegables las influencias políticas, sociales y económicas sobre el derecho en general y sobre el proceso en particular, puestas ya de relieve por Piero Calamandrei (76), deben de señalarse con precisión los modos concretos en que determinadas formas estatales se han manifestado en sistemas de enjuiciamiento en concreto. James Goldschmidt, "maestro del liberalismo" según le calificó Calamandrei (77), hablando del enjuiciamiento penal sostuvo que "... los principios de la política procesal de una nación no son otra cosa que segmentos de su política estatal en general" (78). En forma similar Cordero ha afirmado que "los principios acusatorio o inquisitorio del proceso penal son formas que históricamente se combinan generando tipos intermedios que se corresponden a distintas concepciones del proceso y de la sociedad" (79). Igualmente, participa de esta posición Mauro Cappelletti, quien en diversos trabajos (80) se ha encargado de poner de manifiesto -

las gravitaciones ideológicas sobre el sistema probatorio, el derecho de defensa, etc.

En un profundo análisis del problema Niceto Alcalá-Zamora y Castillo ha criticado esta postura, si bien reconociendo la influencia política sobre el enjuiciamiento, señalando que "el criterio político, o más exactamente histórico político, no sirve, a causa de sus propios vaivenes, para caracterizar de liberal o de autoritario un determinado proceso" (81). A nuestro entender, Alcalá-Zamora ha mezclado dos problemas de índole diversa. La caracterización de un proceso como autoritario o liberal, si bien ambos -- términos son de un claro origen político, se realiza no en base la mayor o menor influencia de la ideología "liberal" o "autoritaria" de un determinado Estado, sino teniendo -- como referencia ineludible una serie de principios de carácter técnico-jurídico (especialmente, el del debido proceso, cfr. supra p.(12)). La determinación del carácter -- ideológico de las normas o leyes procesales atiende, preferentemente, a la instrumentalidad del proceso dentro -- la política general de una nación partiendo del examen del enjuiciamiento como un aparato de la democracia y justicia sociales en atención, principalmente, al desarrollo dentro del enjuiciamiento de las garantías constitucionales del -- proceso (82) y al desarrollo del proceso dentro del progreso político y económico de una nación determinada. .. este -- último tipo de consideraciones debe circunscribirse, en -- nuestra opinión, el examen ideológico de las leyes procesales.

Para la determinación de la naturaleza ideológica, propiamente dicha, de las normas procesales es necesario - especificar las formas en que se conjugan los intereses -- presentes en el proceso y no los principios técnicos y políticos (de política procesal) del enjuiciamiento (83). - A este criterio es fundamental la distinción establecida - con gran claridad por Alcalá-Zamora en su estudio sobre - "Los problemas jurídicos suscitados por la planificación - económica y social" (84), en donde señala que dentro del - proceso se encuentran presentes el interés particular, propio de las partes, el interés público, correspondiente al Estado y el interés social, distinto del público y no necesariamente coincidente con el de las partes, que se satisface no sólo mediante el pronunciamiento, y ejecución en su caso, de una sentencia que dirima el litigio, ni tampoco con la sentencia favorable, sino exclusivamente a través de la sentencia justa. A este resultado es al que debe conformarse la sistemática procesal en general.

Empero, suelen darse casos, y a ellos se refiere - Alcalá-Zamora en su trabajo "Liberalismo y autoritarismo - en el proceso", en que el carácter político de un Estado - determinado no se refleja fielmente en sus leyes procesales. Si bien, históricamente se han presentado elocuentes ejemplos, a nosotros nos parece que, en términos generales, las normas procesales se adecúan a la realización - de los intereses sociales que, en un momento determinado, - son considerados como deseables por la ideología dominante

dentro de la estructura política. Si las leyes responden a intereses ideológicos, y normalmente suele ser así en virtud precisamente de las influencias que sobre el derecho, - en tanto que supraestructura, ejercen la política y el poder económico, es necesario, igualmente, que la aplicación coactiva de las mismas no los contraríe. Este carácter - - ideológico de las normas procesales depende, en última instancia, del carácter de instrumento ideológico del derecho en general y del procesal en particular, que se manifiesta no sólo a través de principios técnicos (vgr. normas relativas al derecho probatorio) sino también en materias tales como organización judicial (pensamos en la oposición - tribunal popular-consejo de guerra) fijación de competencia, que se presenta en el distinto sistema de enjuiciamiento al que se sujetan litigios de diverso montante económico, regulación de costas judiciales, y, en fin, todasaquellas nociones entrañan una distinción dentro del terreno económico político de los justiciables.

En resumen, hablamos de que toda norma procesal - posee un carácter ideológico en virtud de su naturaleza jurídica, y, en cuanto tal, aparato ideológico del Estado - (85) que se encuentra al servicio de la ideología dominante, coincida ésta o no, de modo pleno, con la que formalmente ostenta un Estado determinado.

b) El juzgador como vínculo entre la ideología y el proceso.

El juzgador, elemento subjetivo fundamental de todo proceso (86), es ante todo un ser humano, y en cuanto

tal, miembro de un grupo social determinado que expresa con su conducta los valores ideológicos propios de su condición. Es por ello que Piero Calamandrei afirma que "... las leyes son fórmulas vacías, que el juez en cada caso llena, no sólo con su lógica, sino también con sus sentimientos" (87).

Se ha insistido en numerosas ocasiones en el carácter neutral y en la imparcialidad que deben animar al juzgador, tal requerimiento tiende a brindar una garantía específica al principio básico de igualdad ante la ley, y por su cumplimiento han muerto numerosos jueces comenzando con Papiniano. Empero, "también los jueces son hombres", y la corrupción debida a influencias económicas y políticas no pocas veces ha matizado sus fallos.

A nuestro entender, la actividad del juzgador, "árbitro de los conflictos sociales" (88) que a través de su labor tiende a "la adaptación social mediante desiciones jurisdiccionales" (89) se encuentra matizada por influencias ideológicas de diverso tipo. Algunas de ellas pueden calificarse de patológicas (vgr. la corrupción), en tanto que otras son normales. Dentro de estas últimas deben enmarcarse aquellas medidas adoptadas por los juzgadores en la dirección misma del proceso, las cuales podrán variar de juzgador a juzgador y de caso a caso. En estas hipótesis, la actividad del juzgador, en uno u otro sentido, depende fundamentalmente de su propio criterio, de su sentimiento, de su ideología (90).

NOTAS.

Capítulo I.

1. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad, (tr. de Héctor Fix Zamudio), en: "Rev. Fac. Der. Méx", (1956), núm. 24, p.p. 153-189.
2. La obra de Bulow, que con el título que se cita en el texto fué publicada en Giesen en 1868, es considerada, por lo general, como punto de arranque de la modernización jurídica procesal. En este sentido véanse, entre muchos otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, (2a. ed.), México, 1970, p. 105; y SENTIS MELENDO, Santiago. Palabras del editor, a la traducción castellana del estudio de Bulow (BULOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, (tr. de Miguel A. Rosas Lichtschein), Buenos Aires, 1964) p. xiii.
3. El célebre ensayo de Chiovenda sobre la acción (CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, - en: "Saggi di diritto processuale civile", vol. I, - Roma, 1930, p.p. 3-99) ha sido reconocido como la piedra angular de la escuela procesal italiana. Cfr - especialmente, CALAMANDREI, Piero. El método, en: - "Chiovenda, recuerdo de juristas", (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1959, (p.p. 75-84), - p. 77.
4. En este sentido Calamandrei había afirmado que "Il peccato più grave della scienza processuale di quest' ultime cinquentennio è stato secondo me proprio questo: di aver separato il processo dal suo scopo sociale..." CALAMANDREI, Piero. Processo e giustizia, en: "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953, (p.p. 9-23), p.13; últimamente véanse, DEFTI, Vittorio. Le ideologie del processo di fronte al problema sociale, en: "Processo civile e giustizia sociale", Milano, 1970, (p.p. 13-29), p.p. 16-19; y CAPPELLETTI, Mauro. El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil italiano, texto de la conferencia inédita pronunciada en la ciudad de México, el 13 de marzo de 1972, ítem. 3.

5. Decimos "sistematizador", y no "creador" porque, en rigor, la orientación social del derecho procesal se presenta ya en el Das Bürgerliche Recht und die Besitzlosen VolksKlassen del austriaco Anton Menger (MENGGER, Anton. El derecho civil y los pobres, (tr. de Adolfo G. Posada), Buenos Aires, 1947, capítulo I, núm. IV, p.p. 50-56). Igualmente puede citarse la obra del jurista sardo Cao (Esigenze sociali ed individualismo nel processo civile) publicada en 1915 dentro de la colección de escritos en homenaje a Chironi, tal y como lo recuerda Denti (DENTI, Vittorio. Op. cit., p. 15, nota 4). Por lo demás, en la obra de Chiovenda no faltan consideraciones de naturaleza social (Cfr., por ejemplo, CHIOVENDA, Giuseppe. Azioni e sentenze di mero accertamento, sobretiro de la "Riv. dir. proc. civ.", (1933), núm. 1; en donde afirma que a las acciones y sentencias de mero accertamento corresponde realizar la función más elevada, delicada y autónoma del proceso, dado que "la sua importanza giuridico-sociale consiste nella sicurezza che essa permette di dare alle relazioni giuridiche tra gli uomini, e nel fatto che essa previene e impedisce gli atti illegittime, in luogo di colpirli dopo avvenuti col peso di gravi sanzioni" (p. 3), y, especialmente, Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno, en: "Saggi di diritto processuale civile", Roma, 1930, p.p. 379-394. En contra, véase ALLORIO, Enrico. Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale, en: "Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile", cit., (p.p. 127-144), p. 137.
6. Así, CAPPELLETTI, Mauro. Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la libertad, cit., p. 135. Cfr.; igualmente, ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia, en: "Riv. Trim. Dir. Proc. Civ." (1958), núm. 3, (p.p. 844-860), p. 844.
7. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, (tr. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo), tomo I, Buenos Aires, 1944, p. 1.
8. ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia, (tr. de Genaro R. Carrio), 2a. ed., Buenos Aires, 1970, p.p. 18 y 35.
9. Para su crítica, véanse, entre otros: GARCIA MAYNEZ, Eduardo. En torno a la filosofía de Alf Ross, en: "Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía" (1967), núm. 3, México, p.p. 3-15; Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, México, 1968, p.p. 75-124; KELSEN, Hans. Una teoría realista -

- y la teoría pura del derecho, en: "Contribuciones a la teoría pura del derecho", (tr. de Eduardo A. Vásquez), Buenos Aires, 1969, p.p. 9-46; y, especialmente, KALINOWSKI, Georges. Théorie, métathéorie ou philosophie du droit chez H.L.A. Hart et Alf Ross, en: "Philosophies du droit anglais et américaines, et divers essais", Archives de philosophie du droit, tomo XV, Paris, 1970, p.p. 179-196.
10. Debe señalarse sin embargo, que si bien el derecho procesal se ha caracterizado tradicionalmente como "adjetivo" en su contraposición con el derecho "sustantivo", ni todo derecho "adjetivo" es procesal, ni todo el derecho procesal es "adjetivo".
 11. Cfr. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil, según el nuevo código, (tr. de Santiago Sentis Melendo), Buenos Aires, 1943, p.p. 292-293.
 12. ROSS, Alf. Op. cit., p. 206.
 13. En este sentido, LIEBMAN, Enrico Tulio. Norme processuali nel codice civile, en: "Riv. Dir. Proc." (1948), núm. 1, (p.p. 154-172) y, DENTI, Vittorio. Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, en: "Riv. Dir. Proc." (1964), núm. 1, (p.p. 64-77), p. 77.
 14. Esta concepción ha sido sustentada por Hans Kelsen en el terreno de la teoría general del derecho, en tanto que ha sido expresamente adoptada por Cordero dentro de la dogmática procesal (cfr. KELSEN, Hans. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 1960 (reimpresión de la 2a. ed. de 1923) y Teoría general del derecho y el estado (tr. de Eduardo García Maynez), México, 3a. ed., 1969, p. p. 159-160. CORDERO, Franco. Procedura penale, Milano, 2a. ed., 1971, p.p. 6-7).
 15. En el sentido en que la emplea Cappelletti. (Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano, en: "Riv. Dir. Proc." (1972), núm. 1, (p.p. 11-34), p. 11).
 16. Cfr., al respecto, ABBAGNANO, Nicola. Sociedad, en: "Diccionario de filosofía" México, 1966, p. p. 1087-1089.

17. CALAMANDREI, Piero. Processo e giustizia, Op. cit., - p.p. 9-23.
18. Cfr., entre otros, CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil, Op. cit., p. 242; CARNELUTTI, Francesco. Actus trium personarum, en: "Riv. Dir. - Proc." (1964), núm. 4, p.p. 521-526. Igualmente, véanse las consideraciones de Carlo Furno, en "Atti del - Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", op. cit., p.p. 109-114.
19. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, op. cit., p. 16.
20. Cfr., CARNELUTTI, Francesco. Op. ult. cit., p. 44; - Lite e processo, en: "Riv. Dir. Proc." (1941), núm. 1, p.p. 348-350, e Istituzioni del processo civile italia no, vol. I, 5a. ed., Roma, 1956, p.p. 6-17.
21. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, en: "Estudios de derecho procesal en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, 1946, (p.p. 761-820), - p.p. 775-778, y Proceso, autocomposición y autodefensa, op. cit., p.p. 12-14.
22. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., loc., cit.
23. Ibid., p. 14.
24. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil, (tr. de Emilio Gómez Orbaneja), vol. I, Madrid, 1936, p. 52.
25. CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia, Padova, -- 1954, p.p. 63-66.
26. Cfr., al respecto, entre otros, CHIOVENDA, Giuseppe. - Romanesimo e germanesimo nel processo civile, en: - "Saggi di diritto processuale civile", vol. I, Roma, - 1930, (p.p. 181-224), p. 207; WIEACKER, Franz. Privatrechts-geschichte der Neuzeit (unter Besonderer Berücksichtigung der deutschen entwicklung), Göttingen, - 1952, p.p. 100-103; RADBUCH, Gustav. Introducción a la ciencia del derecho, (tr. de Luis Recaséns Siches), Madrid, 1930, p.p. 175-179.

En relación con el carácter clasista de la justicia y su administración en el período anterior a la revolución francesa, véase CAPPELLETTI, Mauro. Op. ult.cit., especialmente p.p. 11-13 y bibliografía ahí citada, así como BAUR, Fritz. Liberalización y socialización del proceso civil, (tr. de Raúl Nocedal), (inédito), Tübingen, 1972.

27. Dichos caracteres se establecieron como un desideranta tanto para el proceso civil como para el proceso penal.
28. La reforma introducida por Franz Klein responde, evidentemente, a una nueva concepción social del proceso fundada en la realización fáctica del principio de la oralidad y en la socialización del enjuiciamiento a través de la creación de un sistema autoritario en el que el juzgador está llamado a ser un agente directo dentro de las pugnas y luchas sociales. Al respecto, véanse, entre otros, CALAMANDREI, Piero. La obra de Francisco Klein y el proceso civil austriaco, en: "Chiovenda, recuerdo de juristas", cit., p.p. 151-159; FAIREN GUILLEN, Víctor. El proyecto de la ordenanza procesal civil austriaca visto por Franz Klein, en: "Estudios de derecho procesal", Madrid, 1955, p.p. 381-423; SCHIMA, Hans. Esquema del proceso civil austriaco, en: James Goldschmidt "Derecho procesal civil", (tr. de Leonardo Prieto Castro), Barcelona, España, 1936, (p.p. 37-47), p. 38, así como DENTI, Vittorio. Le ideologie del processo di fronte al problema sociale, cit., p.p. 13-14. En relación con la labor de Glaser respecto del código procesal penal austriaco de 1873, y de su influencia en hispanoamérica a través de la ley española de 1882, cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (en colaboración con LEVENE (h.) Ricardo). Derecho procesal penal, tomo I, Buenos Aires, 1945, p.p. 88-89.
29. Al lado de las orientaciones autoritarias y sociales que Klein supo imprimir al enjuiciamiento austriaco, la doctrina conservó, especialmente Adolf Wach, por no citar a Richard Schmidt, un marcado carácter liberal. El influjo de ambas corrientes se manifestó claramente en Chiovenda. Al respecto, cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda, en "Revista de Derecho Procesal" (Argentina) (1947), I, p.p. 389-410.
30. La excepción más significativa la constituye sin duda el enjuiciamiento austriaco. Véanse, entre otros, FASCHING, Hans Walter. Die Mündlichkeit im Osterreichischen Zivil-und Strafverfahren, (inédito, Wien, 1972, item. 2.

31. OSSORIO Y GALLARDO, Angel. El contrato de opción, Buenos Aires, 1939, p. 7.
32. CARNELUTTI, Francesco. Instituzioni del processo civile italiano, cit., p. xi.
33. CAPPELLETTI, Mauro. Processo e ideologie, Bologna, -- 1969, palabras impresas en la cubierta del volumen -- que dieron lugar a duras críticas, más emotivas que -- fundadas, de Salvatore Satta (SATTA, Salvatore. Ideologie nel diritto e nel processo, en: "Quaderni del -- diritto e del processo civile", Padova, 1969, núm. 2, p.p. 146-151).
34. BAUR, Fritz. Op. cit., item III, de las conclusiones -- con referencias a Klein.
35. Toda vez que se acepte que ni el arbitraje ni la "jurisdicción" eclesiástica (en aquellos casos en los -- que el Estado reconoce u homologa sus juicios), implican una derogación al principio del monopolio de la -- función jurisdiccional a cargo del Estado. En este -- sentido, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho -- procesal penal, cit., tomo I, p.p. 185-186.
36. Principio debido a Carlos María de Secondant, barón de Montesquieu y que ha sido objeto de una profunda re -- visión por el constitucionalismo contemporáneo (cfr., entre otros, ALTHUSSER, Louis. Montesquieu, la política y la historia, (tr. de María Esther Benítez), Ma -- drid, 1968, p.p. 82-90; LOEWENSTEIN, Karl. Teoría de -- la constitución, (tr. de Alfredo Gallego Anabitarte), Barcelona, 1954, p.p. 54-57).
37. Al respecto, véase, BAUR, Fritz. Op. cit.
38. CAPPELLETTI, Mauro. Procédure orale et procédure -- écrite, Milano, 1971, p.p. 59-66.
39. Así lo establece ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso, sobretiro de -- "Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli", Napo -- li, 1969, p.p. 46-51. Teniendo siempre presente que la connotación del proceso como "inquisitivo" o "dispositivo" se relaciona con el civil, en tanto que los ca -- lificativos "acusatorio" e "inquisitivo" se vinculan -- con el enjuiciamiento penal.

40. Cfr., en este sentido, MENGER, Anton. El derecho civil y los pobres, cit., p.p. 65-66.

41. Ya el Fuero Juzgo había claramente previsto esta hipótesis disponiendo: "Que iuyzio que es dado por mandado del rey ó por miedo, si es tortizero, que non vala.- A las vezes los sennores con su poder suelen destorvar - la iusticia, é pues que ellos son siempre poderosos, - siempre semeia que la pueden destorvar. Ca pues ellos - an voluntad de la destorvar, siempre semeia que numqua por ellos tornará la iusticia en su derecho. E porque - los iuezes suelen muchas vezes iudgar tuerto, é contra las leyes por mandado de los principes ó por su miedo: por ende con una malecina queremos sanar dos lagas, y - establescemos que todo pleyto, ó todo otorgamiento, ó - todo iuyzio que fuere fallado desta manera, que non -- seya dado con derecho, ni segund la ley; mas si es da - do con tuerto, ó por miedo, ó por mandado del príncipe, mandamos que sea desfecho, é non vala nada. E los - iuezes que lo iudgáron por miedo, non sean ende disfa - mados, ny ayan ninguna pena. Todavía si quisieren iurar que non iudgáron tuerto por su grado, mas por miedo -- del rey" (F.J. II, 1, 27). Véanse, igualmente, en las - Siete Partidas del Rey Sabio, P. III, 4.8 y P. III, - 5.11. y también, la ley 7, título I, del Libro II del - Fuero Real de Castilla. (Cfr. las interesantes conside - raciones que al respecto formula ALCALA-ZAMORA y CAS - TILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 229-231).

Por lo que hace a la administración de justicia y el - poder económico dentro del mundo contemporáneo, resul - tan de especial relieve las conclusiones a que reciente - mente llegó el Congreso del Sindicato de la magistra - tura francesa desarrollado en París durante la última - quincena de noviembre de 1971. Al respecto, véanse, -- BUCHER, Philippe. L'application de la loi est compro - mise par les influences qui s'exercent sur le juge, en: "Le Monde", París, 30 de noviembre de 1971, p. 14; y - BREDIN, J.D. La justice et l'argent, en: "Le Nouvel -- Observateur", París, 6 de diciembre de 1971, p. 24. En relación con Italia destaca el número de junio de - 1968 de la revista "Il Ponte" (glosado y discutido en - extenso por Satta; SATTÀ, Salvatore. Il giudice e la - legge negli interni contrasti della magistratura ita - liana, en: "Quaderni del diritto e del processo cív - ile" (1969), núm. 1, p.p. 66-85) y, últimamente, TREVES, Renato. L'amministrazione della giustizia in Italia. - Bilancio di una indagine, en: "Riv. Dir. Proc." (1972), núm. 1, p.p. 81-96.

Por lo que hace a México, véanse, especialmente, ALCA - LA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Causas y efectos socia -

les del derecho procesal, en: Estudios sociológicos - (sociología del derecho)", México, 1957, p.p. 171-194, y también BUSTAMANTE FERNANDEZ, Agustín. La justicia como variable dependiente, en: "Revista Mexicana de - Ciencia Política", México, julio-septiembre de 1968, - p.p. 367-404.

42. Cfr., al respecto, la intervención de Alcalá-Zamora - en el Primer Congreso Internacional de Derecho Procesal (en: "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", cit., p.p. 124-125) y, DE LA CUEVA, Mario. Derecho mexicano del trabajo, México, - (10a. ed.), 1970, p.p. 759-764.
43. En este sentido, COUTURE, Eduardo J. Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo, en: - sobretiro de "Tribunales de Trabajo. Derecho procesal del trabajo", Santa Fé, 1941, p.p. 111-126; ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y - autodefensa, cit., p.p. 230-231, y, últimamente, - - KURCZYN DE STEPHAN, Patricia. Derecho procesal social, con especial referencia a la nueva ley federal mexicana, en: "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", (1971), núm. 4, (p.p. 819-855) especialmente, p.p. - 841-842.
44. Al hablar de "farsas cuasi procesales" nos referimos - a los llamados "procesos políticos", que son, como -- con justicia los ha calificado la pluma de Alcalá-Zamora, ejemplos de la autotutela estatal (Proceso, -- autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 45-47) en - los que se dá, a nuestro entender, la figura del "juzgador-parte" (en relación con el concepto, véase - - ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas, so - bretiro de los "Scritti giuridici in memoria di Piero Calamandrei", Padova, 1957, especialmente p.p. 15-16) y cuya proliferación durante el presente siglo, tanto en los países pertenecientes a la órbita socialista como a la capitalista, nos llevan a pensar que tal -- vez la "estampa procesal" (para emplear la bella ex-- presión de Alcalá-Zamora) de nuestros días la consti-- tuyen los versos de Blas de Otero que dicen:

"Me llamarán, nos llamarán a todos."
 "Tú, y tú, y yo, nos turnaremos, "
 "en tornos de cristal, ante la muerte"
 "Y te expondrán, nos expondremos todos"
 "a ser trizados izaz! por una bala"
 "Bien lo sabeis, Vendrán"

"por ti, por ti, por mi, por todos".
 "Y también por ti"
 "Aquí no se salva ni dios"
 "Lo asesinaron"
 "Escrito está. Tu nombre está ya listo"
 "temblando en un papael. Aquél que dice:"
 "abel, abel, abel... o yo, tú, él..."

La lista de países en los que, y sólo durante el último decenio, se han verificado procesos políticos, sería difícil de establecerse, pues ni serían todos los que son, ni estarían todos los que fuesen. Por ello, y sólo a título ejemplificativo, véanse: ANONIMO, Los procesos de México 68, México, 1970 (cuya objetividad es inigualable ya que se limita a recopilar, simple y llanamente, los documentos judiciales relativos a acusaciones, defensas, declaraciones de testigos, caros y sentencias); HALIMI, Gisèle. Le procès de Burgos, París, 1971; SALABERRI, Kepa. El proceso de Euzkadi en Burgos (Sumarísimo 31/69), París, 1971; ANONIMO, Minutes du procès de Alain Geismar, París, 1970; STARAKIS, Jean. Dans les prisons des colonels, París, 1971; CAVAGLIONI, Francois. Ben Barka chez les juges, París, 1967; HAYDEN, Tom. Trail, London, 1971; HALIMI, Gisèle y BEAUVOIR, Simone de. Djamila Boupacha, (tr. de Nuria Petit), Barcelona, 1963 (teniendo siempre a la vista la excelente reseña de Santiago Sentís Meleno, SENTIS MELENDO, Santiago. Proceso a la tortura -- (un crudo testimonio sobre colonialismo), en: "Estudios de Derecho Procesal", vol. II, Buenos Aires, 1967, p.p. 5-16), y por último, y por las referencias que en ellos se hacen a los procesos en contra de Angela Davis y Pietro Valpreda (éste último, guarda not pocas coincidencias con el de Dimitrov y los "incendios" del Reichstag, al respecto, cfr. ANONIMO, El proceso de Leipzig, Sofía, 1962) véanse, respectivamente: DAVIS, Angela Yvonne y otros. Si llegan por ti en la mañana... vendrán por nosotros en la noche, (tr. de F. González Aramburu), México, 1972, y ANONIMO, L'état massacre, París, 1971. Para una visión general del problema, cfr. KIRCHHEIMER, Otto. Political Justice, Princeton, New Jersey, 1961.

En relación con el ejercicio de la acción penal en -- atención al principio de oportunidad, cfr. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, en: "Principios generales del proceso", vol. II, Buenos Aires, 1961, p.p. 119-125, y, en relación con la vigencia de tal principio en el derecho mexicano, en tratándose de la tristemente célebre "ley de fugas" -- aplicada recientemente en México sin que hasta el momento se halla ejercitado la acción penal, véase la información y declaraciones publicadas en el número de enero de 1972 de "La Internacional".

45. Cfr., entre otros, CALAMANCREI, Piero. Processo e democrazia, op. cit., p.p. 147-149; DENTI, Vittorio. -- L'assistenza giudiziaria ai poveri e la suarecente -- evoluzione, en: "Processo civile e giustizia sociale", cit., p.p. 31-52; CAPPELLETTI, Mauro. La giustizia dei poveri, en: "Processo e ideologie", cit. p.p. 547-556 y Poverta e giustizia, sobretiro de "Il Foro-Italiano", Roma, 1969; DE MIGUEL Y ALCMSO, Carlos. -- Los costos y las costas en el proceso civil español, en: "Revista de Derecho Procesal Iberoamericana", -- (1969), p.p. 901 y s.s. OPETIT, Bruno. L'aide judiciaire, en: "Recueil Dalloz-Sirey" (1972), 9eme. cahier, p.p. 41-46; RUMI, Jacinta. Le evoluzione dell' assistenza giudiziaria en Inghilterra, en: "Riv. Dir.-Proc." 1970, núm. 3, p.p. 412-433. Por lo que hace a la defensoría de oficio en México, con referencia al ordenamiento penal, laboral y agrario, véase: GARCIA-RAMIREZ, Sergio. Noticia sobre el defensor en el derecho mexicano, en: "Comunicaciones mexicanas al octavo congreso internacional de derecho comparado", México, 1971, p.p. 391-406; e infra Capitulo IX.
46. La tortura realizada por "los ángeles del orden", según las palabras del bardo español José Angel Valente, lejos de haber quedado relegada a la historia del proceso y del derecho penal, como con tanto ahínco lo propugnó la ilustración, se ha recrudecido en formas tales que los horrores cometidos por los célebres verdugos Sanson, de París, o los de la famosa Heilige Veme, se verían reducidos. Además de la obra de Gisele Halimi y Simone de Beauvoir citada en la nota 44, véase el escalofriante artículo La tortura en Brasil, de Angelo Pizzuti de Silva (ex-presos político), publicado en "Libre (revista crítica trimestral del mundo de habla española)" (1971), núm. 1, París, p.p. 86-88.
47. Cfr., especialmente, FIX ZARUDIO, Héctor. Introducción al estudio del derecho procesal social, en: "Revista hispanoamericana de derecho procesal" (1965), -- núm 3, p.p. 389-418.
48. Ibid. p. 413.
49. En torno a la posibilidad de un proceso sin litigio, -- que en un tiempo sostuvo Carnelutti y que fué adoptado por Cortesia di Serego (Il processo senza lite, Padova, 1930) y también por Couture, quién luego habría de rechazarlo, véase ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Prólogo a la traducción castellana de las Lecciones sobre el Proceso Penal de Carnelutti, Buenos Aires, -- 1950, (p.p. 1-30), p.p. 4-5.

50. Cfr. DENTI, Vittorio. Il processo come strumento di politica sociale, en: "Processo civile e giustizia sociale", cit. (p.p. 51-75), p.p. 69-72.
51. Título del libro de Cappelletti sobre la justicia -- constitucional (CAPPELLETTI, Mauro. La jurisdicción constitucional de la libertad, (tr. de Héctor Fix Zaudino), México, 1961).
52. KLEIN, Franz. Zeit-und Geistesströmungen im Prozesse, 1958, reimpresión de la edición de 1901, Frankfurt, - p.p. 25-29. (Cit. por CAPPELLETTI, Mauro. Procédure orale et procédure écrite, cit., p. 93, nota 193).
53. En suma, consideramos que todo proceso es social en virtud de la naturaleza socio-económica común a todo litigio. Dentro de lo "social" se encuentran comprendidas tanto las relaciones interpersonales como personales-estatales. Lo "económico" se encuentra constituido por aquellas relaciones que tienden a la producción, distribución o consumo de bienes y servicios. Pueden presentarse litigios en los que sólo se presente el interés social (vgr. relaciones afectivas), independientemente de que puedan poseer matices económicos de gran relevancia (vgr. disolución de la sociedad conyugal a raíz de un litigio que verse sobre divorcio). En cambio, en todo litigio de naturaleza -- económica se encuentra presente el interés social, -- que es más amplio que la suma de los intereses de ambas partes.
54. De acuerdo con la conocida lamentación inscrita por Portalis en la exposición de motivos del código civil napoleónico de 1804, recordada y glosada por Ripert. -- (RIPERT, Georges. Evolución y progreso del derecho, -- en: "Crisis del Derecho" (tr. de Marcelo Cheret), Buenos Aires, 1961, p.p. 13-31).
55. A la presión ejercida directamente por los gobernantes, que se traduciría en la falta de independencia -- real del juzgador, originando la figura del "juzgador-parte"; pueden agregarse también las presiones -- provenientes de los grupos de interés y los grupos de presión, así como también la de la opinión pública, -- tanto nacional como internacional, que en no pocas -- ocasiones ejercen, de hecho, una coacción sobre la libertad de apreciación y valoración por parte del juz-

gador. Ya la vieja legislación hispánica hubo de prestar especialísima atención a la cuestión sancionando -- con nulidad aquellos juicios en los que los poderosos -- "estorben" la buena marcha del proceso (Cfr., vgr. Fuero Juzgo, II, 2, 2; Partida III, 4, 8; Espéculo, XIV, 2, 14; Fuero Real de Castilla, II, 1, 5, etc.). Cfr. -- también, art. 1o., apartado 2o., de la Ley del Jurado -- (española) de 20 de abril de 1888, que establece: -- "Los Jurados serán, por regla general, del partido judicial de que proceda la causa, en la proporción que -- esta Ley establece; pero cuando el Tribunal de Derecho creyere que por el ambiente de pasión local o comarcal -- que rodee el proceso, o por presunción suficiente de -- probables influjos coactivos, haya peligro de que se -- desvíe la justa y libérrima actuación del Jurado, podrá acordar, a petición del Ministerio fiscal, tratándose -- de partidos judiciales que no sean capitales de provincia, ni poblaciones de más de 50.000 habitantes, que -- los Jurados sean de otros de la misma provincia, designa -- dos por sorteo. Igual resolución podrá tomar el Tribunal de Derecho cuando, por manifiesta equivocación del -- primer Jurado, hiciera uso de la facultad de revista ante otro; en este caso, también podrá resolver que el -- nuevo Tribunal popular esté formado sólo por los comprendidos en las capacidades que establece el artículo -- 8o. de esta Ley".

56. Basten solamente a título ejemplificativo, las siguientes: CAPPELLETTI, Mauro. Ideologie nel diritto processuale, cit., Valore attuale del principio di oralità, -- en "Processo e ideologie", cit., p.p. 99-110; Poverta e giustizia, sobretiro de "Il Foro Italiano", 1969; Pare -- re iconoclastico sulla riforma del processo civile, sob -- retiro de "Giurisprudenza italiana", 1969; Una proce -- dura nuova per una nuova "giustizia del lavoro", sob -- retiro de "Rivista giuridica del lavoro e della previden -- za sociale", (1971), núm. 4-6, p.p. 283-304. DENTI, -- Vittorio. Processo Civile e giustizia sociale, cit. Así también, dentro de los temas escogidos para ser desarro -- llados en el V Congreso Internacional de Derecho Proce -- sal, el interés en el problema se puso de manifiesto en la discusión del segundo de ellos ("Liberalización y -- socialización del proceso civil").
57. Cfr. al respecto ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proce -- so, autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 13 y -- 14.
58. Amplias referencias a la evolución del concepto pueden -- verse en ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de filosofía, -- cit., voz "Ideología", p.p. 644-6.

59. Este primer significado corresponde al que originariamente le confirieron Condillac y Destut de Tracy. (Cfr., al respecto, op. cit., supra nota 58, p.644).
60. La connotación despectiva que frecuentemente se le dá al término fué implantada por Napoleón Bonaparte, quien llamó "ideólogos" a las personas privadas de sentido político (cfr. al respecto PICAVET, J. Les ideologies, París, 1891).
61. PARETO, Vilfredo. Tratado de sociología general, párrafo 14, cit. por Abbagnano. MARX, Karl. Miseria de la filosofía, Habana, 1963, vid. especialmente, - p.p. 99 - 117. MANHEIM, Karl. Ideología y utopía, - México, 1943. KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho, Buenos Aires.
62. Nos referimos a los siguientes estudios: ALTHUSSER, Louis. Idéologie et appareils idéologiques d'état, - en "La Pensée", junio de 1970, p.p. 3-38; HERBERT, Thomas. Notas para una teoría general de las ideologías, en "Ciencias sociales: ideología y conocimiento", Buenos Aires, 1971, p.p. 79-105; POULANTZAS, Nicos. Fascisme et dictature, París, 1970, capítulo VII, p.p. 325-338.
63. Cfr. lo que al respecto afirma GRAMSCI, Antonio. Notasul Macchiavelli, sulla politica e sullo stato moderno, Torino, 4a. ed., 1963, p.p. 38-39.
64. Cfr. ALTHUSSER, Louis. Op. cit., supra nota 62 y - - HARNECKER, Marta. Los conceptos elementales del materialismo histórico, Buenos Aires, 6a. ed., 1971, - p.p. 87-112.
65. Así lo sostiene expresamente GRAMSCI, Antonio. Antología, (selección y traducción de Manuel Sacristán), - México, 1970, p.p. 275-8.
66. Sobre el carácter represivo y preventivo del Derecho en general véase GRAMSCI, Antonio. Op. cit., supra - nota 63. En relación con el carácter represivo-preventivo del derecho procesal véanse las interesantes observaciones de Alcalá-Zamora en Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. 135.
67. Cfr., supra, nota 53.

68. De acuerdo con el pensamiento de Wach y Goldschmidt.
69. En consonancia con Carnelutti.
70. Cfr. ALCALA-ZAMORA, Niceto. Op., ult. cit., p. 14.
71. ALTHUSSER, Louis. Op. ult. cit., p.p. 3-5.
72. Así, explícitamente, lo acepta DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale, cit., p.p. 53-72.
73. Cfr. la demoledora crítica de ALCALA-ZAMORA al libro de Fenoch "La posición del juez en el nuevo Estado: - Ensayo de sistematización de las directrices actuales", hecha en la nota 7 de su Liberalismo y autoritarismo en el proceso, cit., p. 5. Así como los diversos casos de "juez defensor" examinados por ALCALA-ZAMORA, Niceto. El antagonismo juzgador partes: - situaciones intermedias y dudosas, cit., p.p. 14-17.
74. LOEWENSTEIN, Karl. Op. cit., p. p. 32-3.
75. Ibid., p. 412-5.
76. Especialmente en su estudio La relativita del concetto d'azione, en "Studi sul processo civile", volumen quinto, Padova, 1947, p.p. 1-28.
77. CALAMANDREI, Piero. Un maestro del liberalismo procesal, en "Chiovenda, recuerdo de juristas", cit., p.p. 161-176.
78. GOLDSCHMIDT, James. Principios generales del proceso, Tomo II, "Problemas", Buenos Aires. 1961, p.p. 109-10.
79. CORDERO, Franco. Procedura Penale, cit., p.p. 17-8.
80. Cfr., supra, nota 56.
81. Nos referimos a Liberalismo y autoritarismo en el proceso, cit., p.p. 14-5.
82. Cfr., entre otros, el clásico estudio de COUTURE, - Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil, en "Estudios de Derecho Procesal Civil", Tomo I, Buenos Aires, 1948, p.p. 19-96.

83. Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Principios técnicos y políticos de una reforma procesal, en: "Revista de la Universidad", Tegucigalpa, Honduras, 1960, p. p. 7-38; y también, aun cuando con diverso sistema -- PRIETO CASTRO, Leonardo. Principios políticos y técnicos para una ley uniforme, en "Actas del I Congreso Ibero-Americano y Filipino de Derecho Procesal", Madrid, 1950, p.p. 129-237.
84. Estudio publicado en el tomo primero de "Problemas Contemporáneos de Droit Comparé", Tokio, 1962, (p.p. 415-446) p. 426. Son igualmente importantes, para el estudio de la relación proceso e ideología, dos trabajos anteriores del mismo autor, a saber: Justicia penal de guerra civil, en "Ensayos de Derecho Procesal civil, penal y constitucional", Buenos Aires, 1944, p.p. 253-294 y, en el mismo volumen, La justicia según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias,
85. Cfr. CALAMANDREI, Piero. Processo e giustizia, cit., - p. 16.
86. Op. cit., p. p. 14-15.
87. Para las connotaciones de la expresión, véase FOULANT-ZAS, Nicos. Op. cit., lec. cit.
88. De acuerdo con los principios subjetivos (juzgador-partes) y objetivo (litigio) señalados por ALCALA-ZAMORA, Niceto. El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas, cit. p. p. 8-9.
89. CALAMANDREI, Piero. Elogio de los jueces escrito por un abogado, (ediciones de Santiago Sentís Melendo), (Tr. de Sentís Melendo, Finzi y Alcalá-Zamora y Castillo), Buenos Aires, 1969, p. 219. En sentido similar, el Digesto Justiniano, hablando a los jueces, les decía: "hoc solum tibi rescribere possum... ex sententia animi tui te aestimare oportore quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris" (D. 22.5. 3.3.).
90. DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale, cit., p. 69.
91. BAUR, Fritz. Socialer Ausgleich durch Richterspruch, en: "Juristenzeitung" (1957), p. 193 (cit. por CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano, cit., p. 34. nota 72).

CAPITULO II.

CONCEPTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO PROCESAL.

"... nella scienza del diritto processuale risultano tre grandi partizioni che si completano a vicenda..."

Giuseppe Chiovenda.

1. Trilogía estructural del proceso y ciencia del derecho procesal.

La ciencia del derecho procesal (1) se construye, en tanto que ciencia, a partir de una serie de conceptos o principios fundamentales que sirven como base de interpretación del fenómeno denominado "derecho procesal".

La dogmática jurídica procesal se apoya en principios de dos clases, los principios comunes a todas las ramas del derecho (2) y los principios comunes a todas las ramas del enjuiciamiento (civil, penal, laboral, administrativo, constitucional, etc...) (3). El estudio de los principios, conceptos e instituciones del enjuiciamiento, así como su construcción sistemática, es lo que posibilita, en última instancia, la existencia de una ciencia que tenga por objeto de estudio el fenómeno procesal. Dicha ciencia es piedra angular y sustento indispensable de todo examen y estudio del orden normativo vigente en cualquier universo - espacio temporal determinado.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Partiendo de la idea de Chiovenda (4) que hemos empleado como epígrafe del presente apartado, Piero Calamandrei afirma que, en relación con el proceso jurisdiccional, existen "tres nociones fundamentales de orden sistemático, que no están definidas, sino presu- puestas, por las leyes positivas: jurisdicción, acción, proceso" (5).

Jurisdicción, acción y proceso, "fundamental - trinomio sistemático" (6), son los conceptos teóricos - fundamentales comunes a todas las ramas del enjuicia- - miento. Esta realidad ha sido reconocida y aceptada por gran parte de la doctrina (7), no obstante lo cual, co- mo asienta Alcalá-Zamora (8), ninguno de dichos concep- tos ha sido definitivamente elaborado. He aquí uno de - los problemas centrales de nuestra disciplina, ya que - de la noción que de cada uno de dichos conceptos se ten- ga, dependerá, en buena medida, el desarrollo cientifi- co y sistemático del derecho procesal.

El deslinde y funcionamiento de las tres nocio- nes forma parte de la teoría general del proceso que ha de ocuparse de ellas en virtud de que es necesario que- dicho "trinomio fundamental", o "trilogía estructural - del proceso" como prefiere llamarle Podetti (9), sea -- realmente, no un "trípode desvencijado" (10), sino una- trilogía proposicional "apta para dar al conocimiento - del proceso comunicación con lo real, al mismo tiempo - que validez universal" (11).

La hipótesis según la cual acción, proceso y jurisdicción constituyen los principios comunes a todos los tipos o formas de enjuiciamiento (12), no puede verificarse, válidamente, sino a posteriori. Para su demostración es preciso, previamente, determinar doctrinariamente cada uno de dichos conceptos y, a partir de ellos, corroborar su encuadramiento dentro de cada una de las formas de enjuiciamiento y en relación con los distintos períodos de los mismos (13).

2. Litigio y teoría estructural del proceso.

Habiendo señalado en el capítulo precedente que el litigio constituye la razón de ser del proceso conviene, una vez señaladas sus posibles formas de solución, -- confrontarlo con las nociones de "acción", "jurisdicción" y "proceso" indicando las relaciones que entre los cuatro elementos se presentan.

a) Consideraciones en torno al "litigio" y sus posibles soluciones.

Dentro de los múltiples conflictos y choques que dentro de la vida en sociedad existen, y cuya naturaleza está inscrita dentro de la propia dinámica social, hemos hablado de una especie dentro del género "conflictos" a la que hemos denominado litigio. El litigio, teniendo como género próximo al conflicto social, participa de las notas características de este (contraposición de intere--

ses individuales, públicos o sociales, que se manifiesta a través de la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro) y se diferencia del mismo en virtud de dos notas que operan a modo de diferencia específica, y que son, siguiendo las enseñanzas de Alcalá-Zamora, su trascendencia jurídica y la suceptibilidad de ser resuelto de acuerdo con las normas jurídicas vigentes (14) a través de la realización objetiva de la tutela jurisdiccional que, actuando la voluntad concreta de la ley, pone fin a la obra del legislador (15).

La "trascendencia jurídica" y la "posibilidad de solución asimismo jurídica" no son términos sinónimos -- puesto que cada uno de ellos responde a la diferencia existente entre normas sancionadoras y normas instrumentales o realizativas (16).

De acuerdo con lo anterior, la trascendencia jurídica del litigio estaría determinada, en nuestra opinión, por la existencia de una norma o directiva jurídica que establezca, con carácter imputativo, las consecuencias jurídicas correspondientes a dicha conducta litigiosa; en tanto que la expectativa o posibilidad de solución jurídica estaría condicionada a la existencia de las condiciones necesarias y suficientes para aplicar (hacer -- efectivas) las consecuencias previstas hipotéticamente -- por la norma dotándolas de fuerza obligatoria en relación con el caso concreto,

La concepción del litigio encontró su sistematizador más refinado, si bien no a su creador (17), en la figura de Francesco Carnelutti (18) quien tuvo el mérito de construirla como un auténtico presupuesto del proceso civil capaz de soportar, dentro su coherencia interna, la construcción de un nuevo sistema conceptual en torno a dicho enjuiciamiento. Sin embargo dicha concepción, que fué depurándose y decantándose a lo largo de la obra de Carnelutti, según intentamos dar cuenta en la nota anterior, no puede lógicamente hacerse extensiva a todas las formas de enjuiciamiento a pesar de ser su autor un decidido partidario de una teoría general del proceso (19). A nuestro entender la teoría carneluttiana del litigio responde a una concepción privatística del proceso al considerar que la jurisdicción se agota en la composición del litigio (20), olvidando, por una parte, que dentro del moderno Estado de derecho, no sólo es necesario resolver o componer los litigios, sino que, para mantener la paz social como quiere el propio Carnelutti, es necesario que dicha solución se realice de acuerdo con la ley mediante la actuación de la misma (21), y por otra, que ni todo litigio se resuelve legalmente a través de la jurisdicción (22) ni toda actividad jurisdiccional se constriñe, exclusivamente, a la solución de los litigios que le son planteados (23).

En suma, y suponiendo que entendamos correctamente el pensamiento de Carnelutti, nos parece que ha --

contemplado la función jurisdiccional sólo desde un punto de vista: el del individuo, el del sujeto litigioso, y no, como creemos que resulta más coherente con nuestro tiempo, desde el ángulo que mira en la resolución de los litigios una forma, patológica si se quiere, de actuación de la voluntad soberana del pueblo constituida en poder legislativo y que se encuentra igualmente representada por el juez, sin que esto último implique, en forma alguna, que sólo son representantes de la sociedad los juzgadores que han alcanzado dicho rango en virtud del sufragio (24).

Ahora bien, concebido el litigio como conflicto jurídicamente trascendente y susceptible de solución mediante la actuación concreta de la tutela jurídica a través del proceso jurisdiccional, la autotutela y la autocomposición, se le generaliza, adecuándolo a la realidad de nuestra época y convirtiéndolo en verdadero presupuesto de todas y cada una de las ramas del enjuiciamiento. Al calificarlo como conflicto jurídico, se abre la puerta para incluir en él todo tipo de problemas y situaciones resultantes de la oposición o incertidumbre calificada jurídicamente, que respecto de un bien cualquiera se presenten entre el interés privado, el interés público y el interés social. Igualmente, su aplicación al enjuiciamiento criminal, e incluso al administrativo y al constitucional, no se realiza dilatando innecesariamente concepciones privatistas, tal y como en un principio lo intentó Carnelutti en relación con el enjuiciamiento penal, sino poniendo en juego

el interés social que media en todo enjuiciamiento y, en términos más generales, en toda solución de conflictos sea ésta jurisdiccional o no.

En consonancia con las atinadas puntualizaciones de nuestro maestro Niceto Alcalá-Zamora la composición de los litigios es posible a través de tres formas genéricas de solución: el proceso, la autocomposición y la autotutela, pudiendo caracterizarse las dos últimas como soluciones parciales, es decir, realizadas por los propios litigantes, en tanto que a la primera cabe reputarla, teóricamente, como imparcial, esto es, aquella que se produce por encima de las partes, sin que esto equivalga a afirmar que se produce por fuera de ellas o sin contar con su participación (25).

Históricamente, es probable suponer que la primera forma de composición de los litigios fué la autodefensa, y que al evolucionar la colectividad humana, fueron surgiendo las formas autocompositivas y las figuras que importan una solución imparcial de los litigios (26).

Sin embargo, una vez organizada la colectividad -- dentro de un marco jurídico, y habida cuenta de que el litigio ha sido caracterizado como trascendente y capaz de recibir una composición jurídica, es el propio ordenamiento normativo el que señala la forma idónea en que cada tipo de litigio (individualizado de acuerdo con los intereses que en el se hallen en juego) ha de resolverse, por lo que en la actualidad proceso, autocomposición y autodefensa no -- constituyen estancos separados sino formas que se mezclan y

tas ha sido realizado de modo indirecto. La fuente más importante con que al respecto contamos es el manuscrito de Verona de la Instituta de Gayo (I.G. 4.10-30), -- completado en buena parte por las investigaciones egipcias de Vincenzo Arangio-Ruiz y la señorita Norsa. A esto debemos agregar que dado que Gayo vivió durante el -- siglo II de nuestra era su exposición de las legis -- actiones es una reconstrucción histórica del sistema.

Puede suponerse --con Arangio-Ruiz (31)-- que la etapa de las legis actionem se abre con la fundación de Roma en virtud de que en esa época se afirmó el poder -- de la civitas sobre los pequeños grupos subordinados a su autoridad (32) con las consiguientes limitaciones a las prácticas autodefensivas que dicho acto implica.

Sin embargo, las palabras de Gayo en I.G. 4.11. (33) y la denominación misma de legis actionem, han dado lugar a que se piense que fueron introducidas por la Ley de las XII Tablas. En contra de esta opinión, el -- exámen sociológico, e incluso psicológico, del funciona miento mismo del procedimiento per legis actionem ha -- puesto de manifiesto que es más probable que dicho cuer po normativo haya recogido una serie de prácticas enton ces en vigor fijando formalmente costumbres anteriores -- que no eran sino el reflejo de la prohibición tácita -- de la autodefensa (34).

Desde tiempos remotos podemos distinguir dos -- clases de conflictos: aquellos que dan lugar a una pre-

sistema de enjuiciamiento romano en vigor durante el -- siglo III de nuestra era (29).

El procedimiento extraordinario y su doctrina, habrían de convertirse en antecedentes directos del -- "proceso romano-canónico" o, simplemente "común" en -- el que los elementos romanos se combinan con los germá -- nicos para posteriormente, y a través de diversas in -- terpretaciones, convertirse en las raíces históricas -- de no pocas instituciones procesales modernas (30).

A los dos primeros períodos, fase primitiva o -- preclásica de las legis actiones y clásica o del proce -- dimiento formulario, se les conoce como ordo iudiciorum -- privatorum, en tanto que a la etapa post-clásica de la cognitio extra ordinem se le denomina ordo iudicorum -- publicorum. Las denotaciones indican, como en breve ve -- remos, el carácter público o privado que campea a todo -- lo largo de la composición de los litigios en una y -- otra época, la transición de lo privado a lo público es, en suma, el "leit motiv" de la historia del enjuicia -- miento romano.

a) La actio durante la época de las legis -- acciones.

En primer lugar, debemos recordar que el cono -- cimiento de esta primera fase por parte de los romanis --

que pueden presentarse conjuntamente (27).

La autodefensa, que como medio idóneo para resolver todo tipo de litigios resulta extremadamente peligrosa para el interés social, tiene cabida en casos excepcionales dentro del moderno Estado de derecho, y los ordenamientos, prohibiéndola genéricamente (28), la admiten sólo en aquellos casos en que, en virtud de las propias características del litigio, la intervención estatal sería nula o insuficiente (29).

Por su parte, la autocomposición, que a diferencia de la autodefensa que se realiza en virtud de la preponderancia de una fuerza -normalmente física pero que -- también puede ser política o económica- sobre otra, es el resultado de la interacción de intereses en conflicto que se traduce en el sacrificio consentido -sacrificio que -- también se presenta en la autodefensa, sólo que en ella -- es siempre impuesto- de uno o ambos intereses, en forma total o en forma parcial. Las formas de autocomposición -- se encuentran también autorizadas por el ordenamiento jurídico dado que, además de la economía procesal que suele acompañarles, como afirma Pohle (30) al examinar su especie más característica, puede ser ventajoso para la paz jurídica la admisión de medios amistosos de resolución de los litigios siempre y cuando ello no entrañe la imposición autodefensiva disfrazada de autocomposición en detrimento de los principios democráticos de igualdad y lega -

lidad (31).

Como tercera y más importante forma de composición de los litigios encontramos el proceso. En él, la solución no proviene de una sola de las partes, ni exclusivamente de la actividad conjunta de ambas. La composición del litigio a través del proceso se caracteriza, desde el ángulo que aquí nos interesa, por la resolución del litigio obtenida merced a la intervención de un tercero imparcial que, actuando con la colaboración de las partes pero decidiendo por encima de ambas, decide sobre el fondo del litigio (32) realizando la voluntad de la ley respecto del caso concreto con fuerza superior a la de los contendientes vinculando la conducta de estos a su resolución (33).

Así caracterizadas las tres formas posibles de composición de los litigios, puede afirmarse que, dentro de la autotutela, la composición del litigio se obtiene a través del empleo directo de la fuerza que trae aparejado un resultado aleatorio socialmente peligroso, en tanto que en la autocomposición se resuelve el litigio mediante el consentimiento de ambas partes respecto a una solución que puede haber sido formulada por alguna de ellas, por ambas o por un tercero (34), mientras que en el proceso la solución del litigio es el resultado de la actividad de las partes dirigida por un tercero que decide y otorga la tutela estatal correspondiente dentro de la relación litigiosa que le ha sido sometida (35).

La ley suprema de la autodefensa es la fuerza; - de la autocomposición, las artes y buenos oficios; en -- tanto que del proceso es ley suprema la voluntad de la - comunidad organizada en forma de Estado. Tanto la auto - defensa como la autocomposición, ponen en juego el inte - rés exclusivo de los contendientes, en el proceso inter - viene un nuevo interés: el interés social en la compo -- sición pacífica de los litigios provisto de la fuerza es -- tatal necesaria para ser salvaguardado en cualquier caso y frente a cualquier contingencia. Es por ello que el -- proceso representa, teóricamente y dentro del Estado so - cial de derecho (36), una verdadera garantía de composi - ción justa (37) de los litigios, ya que eliminando la -- parcialidad de la autotutela y la autocomposición, garan -- tiza, al estar respaldado por la fuerza del Estado, la - vigencia real de la solución obtenida (38).

Los peligros inherentes a la autotutela y a la - autocomposición han determinado que, en un gran número - de casos, la composición a través de ellos obtenida deba someterse a la correspondiente homologación mediante un - proceso jurisdiccional (39) en el que el Estado sanciona formalmente los dos tipos de composición parcial garan - tizando así el interés social en la justa composición -- del litigio.

Conviene igualmente señalar que mientras que la - autodefensa se presenta siempre al margen del proceso - (40), aún cuando con posterioridad a su realización com -

positiva pueda ser objeto de un nuevo proceso en torno a su licitud; la autocomposición puede desarrollarse antes o después de surgido el proceso, dando lugar, cuando surge antes que el proceso, a una homologación jurisdiccional (41) y para que pueda llevarse a efecto requiere, en determinados casos, y siempre para proteger a los débiles jurídicamente hablando, autorización del órgano jurisdiccional competente (42).

Una vez examinada la naturaleza del litigio y señalado que mientras este surge siempre dentro del acontecer fáctico, es posible componerlo mediante tres figuras diversas que tienen en común el poner fin a un conflicto de intereses mediante una solución jurídica. A nuestro entender, y sin entrar en ulteriores consideraciones de índole sociológica, sólo a través del proceso-jurisdiccional se logra dirimir la controversia con un mayor margen de garantía para el individuo y la sociedad (43) según nos proponemos demostrar en los capítulos siguientes y en especial cuando examinemos la garantía constitucional de la acción jurisdiccional (44).

b) El litigio, la acción y la jurisdicción.

Cuando un litigio se resuelve mediante la autotutela la forma de componerlo se funda esencialmente en la fuerza física (45), económica (46) o política (47) de los contendientes. En la autotutela primitiva el único interés que se pone en juego durante la composición es el de los propios contrincantes.

La evolución misma de los pueblos les llevó a -- sujetar la autotutela a ciertas normas o principios (48). Así, y como ya antes hemos indicado, dentro del moderno-Estado de derecho se la prohíbe genéricamente y sólo se la acepta como excepción salvaguardándose el interés social superior al de las partes. Surge así la necesidad de dirigirse a un tercero imparcial y no directamente al adversario; la acción directa del interesado en la composición del litigio se suprime al ser sustituida por -- una instancia frente al Estado quien velará por la composición del litigio tutelando los bienes de la vida mediante la realización concreta del ordenamiento jurídico garantizando la paz y justicia sociales que se encuentran directamente en juego en todo litigio (49) "conservando la libertad de acción y responsabilidad del particular, coordinada con la dirección, limitación y complemento del Estado, de acuerdo con las orientaciones de -- la política social" (50).

De esta manera, la intervención del Estado en la composición de los litigios realizando la tutela jurídica de los intereses en pugna constituye un sustituto necesario de la limitación de la autotutela (51). La acción -- directa frente al adversario encuentra su correlativo -- contrapunto en la "pretensión de tutela jurídica" (52).

Pero debe señalarse también que, siendo necesaria la composición de los litigios, la prohibición de la autotutela entraña igualmente la creación de una forma --

imparcial de composición que garantice la solución del mismo conforme a derecho (principio de legalidad) (53) - realizando, de modo mediato, la voluntad que el pueblo ha consagrado en la ley: la jurisdicción.

Al intervenir el Estado como consecuencia de el interés social immanente al litigio y de la exclusión de la justicia privada, es necesario también crear un mecanismo "en virtud del cual la regulación pueda obtenerse a cualquier costo... dando a las partes la posibilidad de pretender en todo caso la composición... y por otro lado es necesaria la posibilidad de pronunciar a cualquier costo la regulación del litigio" (54). De este modo puede afirmarse que el problema de la acción procesal surge directamente de la necesidad de resolver el litigio a través de la realización del ordenamiento jurídico (55) mediante la puesta en marcha de la actividad procesal (56). Conviene tener presente que la prohibición de la autodefensa tal y como se encuentra planteada dentro de la moderna sistemática constitucional, implica también una limitación a la auto-ejecutoriedad de ciertos actos estatales que no podrán realizarse válidamente sino con la intervención de la jurisdicción (57).

Si quisieramos resumir lo que hasta aquí hemos delineado, bastaría tener presente que litigio, jurisdicción y acción se presentan como una unidad estructural respecto a la realidad denominada proceso. Históricamente, litigio y acción preceden a la jurisdicción (58), pero -

sistemáticamente no puede hablarse de "acción procesal", o si se prefiere jurisdiccional, sino cuando existe un poder formalmente instaurado capaz de dirimir los conflictos jurídicamente calificados y susceptibles de una solución jurídica.

c) El litigio y el proceso.

Con gran claridad Carnelutti ha señalado que "el proceso no es el litigio, sino que lo reproduce o lo representa" ante la jurisdicción, "el litigio no es el proceso, pero está en el proceso" y dado que el proceso es una de las formas de composición de los litigios entre proceso y litigio media, por fuerza de las cosas, "la misma relación que entre continente y contenido" (59).

Sin ánimo de desentrañar la naturaleza del proceso podemos afirmar que, a primera vista, se nos presenta como una forma de resolución o composición de los litigios que se realiza a través de la actividad jurisdiccional del Estado que opera en virtud del ejercicio de la acción jurisdiccional que reemplaza a la autodefensa.

Metafóricamente puede decirse que el proceso es un torrente que corre bordeado por dos márgenes: la jurisdicción y la acción, teniendo como lecho al litigio. Desde esta perspectiva nos parece que los conceptos de acción,-

jurisdicción y proceso, trinomio fundamental del derecho-procesal cimentado en el litigio, se presentan como unitarios para todas las ramas del enjuiciamiento. Esta hipótesis se verá demostrada cuando señalemos las diferencias y semejanzas que caracterizan a cada una de las tres figuras, y de modo especial a la acción, dentro del cuerpo de los capítulos subsiguientes.

Si con anterioridad se había afirmado que el litigio es ante todo una realidad, puede afirmarse también, con Calamandrei, que "la acción, antes que una construcción dogmática de los teóricos, es una realidad práctica aceptada por el derecho de todos los Estados civilizados, el ordenamiento procesal de los cuales no puede llegar a ser comprendido según lo que es en su estructura positiva y aparente, si al describirlo no se considera como uno de sus fundamentos precisamente esta acción... la cual es una realidad que puede determinar las más variadas interpretaciones dogmáticas, pero con la cual no puede dejarse de contar quien quiera comprender como está formado, en la civilización contemporánea el proceso" (60).

NOTAS.

Capítulo II.

1. Entendemos por "ciencia del derecho" el estudio metódico y sistemático del contenido abstracto de las -- preposiciones normativas que tiene como finalidad la determinación conceptual del contenido normativo que sirve como esquema de interpretación del derecho en acción, así como la exposición de dichas normas y -- contenidos dentro de un sistema coherente e integrado (cfr. ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia, - cit., p. 19). De acuerdo con lo anterior, "ciencia - del derecho procesal" es aquella rama de la dogmática jurídica (ciencia del derecho) que se ocupa del - estudio de las normas procesales determinando su contenido y construyendo un sistema coherente que permita explicar el fenómeno procesal en todas sus manifestaciones e implicaciones político-sociológicas - (en relación con el "sistema" de la ciencia del proceso, cfr. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, cit. tomo I, p. 4.).
2. Tales como garantías constitucionales, principio de equidad, y los conceptos jurídicos fundamentales de imputación normativa, persona, interés, derecho subjetivo, patrimonio, etc...
3. Principios generales objeto de la "teoría general - del proceso" que se ocupa, de acuerdo con uno de sus paladines, de la "exposición de los conceptos, instituciones y principios comunes a las distintas ramas del enjuiciamiento" (ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La teoría general del proceso y la enseñanza - del derecho procesal, separata de la "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1968, p. 5)
4. CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, en: "Saggi di Diritto Processuale Civile, 1900-1930", Roma, 1930, p. 30, nota 2.
5. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo código, cit., p. 29.
6. Ibid., loc. cit.

7. Cfr., entre otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanza y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit. p.p. -- 767-769; Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. 103; CALAMANDREI, Piero. Instituciones..., cit., p. 29; CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 30, nota 2; PODETTI, Ramiro J. Teoría y técnica del proceso civil, Buenos Aires, 1942, p.p. 64-66; Trilogía estructural de la ciencia del proceso, en: "Revista de Derecho Procesal" (Argentina), 1944, fascículo I, (p.p. 113- -- 170); CARLOS, Eduardo B. Acción, en: "Enciclopedia Jurídica Omeba", tomo I, Buenos Aires, Argentina, -- 1954, p.p. 206-211.
8. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. 103.
9. PODETTI, Ramiro J. Trilogía estructural de la ciencia del proceso, cit.
10. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., p. 768.
11. COUTURE, Eduardo J. Algunas proposiciones fundamentales de derecho procesal civil, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", tomo IV, octubre-diciembre de 1956, núm. 24, p. 73.
12. Hablamos de diferentes "tipos o formas de enjuiciamiento" atendiendo a su clasificación de acuerdo -- con la materia litigiosa que, dadas sus diferencias innegables se traduce en un fraccionamiento de la -- jurisdicción y en la correlativa especialización de -- que es objeto el juzgador, así, vgr., cabe hablar -- de enjuiciamiento civil, penal, commercial, admi -- nistrativo, etc., sin que ello implique que se desconoce la disciplina procesal, unidad -- fundada no en la identidad sino en la diversidad de -- objetos o materias litigiosas susceptibles de un -- examen general fundado en la naturaleza procesal de -- cada tipo de enjuiciamiento. (Cfr. ALCALA-ZAMORA Y -- CASTILLO, Niceto (en colaboración con LEVENE H.), -- Derecho procesal penal, cit., vol I, p.p. 37-47.

13. Hablamos de "períodos del enjuiciamiento" partiendo de la distinción entre fase de conocimiento y fase de ejecución establecida en virtud de la diversa función que en cada una de ellas despliega el poder jurisdiccional y que se encuentran formando una misma realidad en virtud de la unidad de la relación jurídica en ambas fases, así como por la idéntica finalidad de ambas: la actuación de la ley. (Cfr., en este mismo sentido, CHIOFFENDA, Giuseppe. Principios de Derecho Procesal Civil, cit., Vol. I, p.p. 97-98 y ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 146-150.)
14. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. 12.
15. Cfr., en este mismo sentido, MICHELI, Gian Antonio. -- Curso de Derecho Procesal Civil, (tr. de Santiago Sentis Melendo), vol. I, Buenos Aires, 1970, p. 4.
16. Véase lo que al respecto decimos en el capítulo anterior
17. Así lo sostiene Calamandrei, apoyándose en una cita a Wach, en su estudio sobre la noción de litigio en las Lezioni di diritto processuale de Carnelutti. Igualmente participa de esta opinión Florian. (Cfr. CALAMANDREI, Piero. El concepto de "litis" en el pensamiento de Francesco Carnelutti (litis y jurisdicción; litis y proceso), en: "Estudios sobre el proceso civil", cit., (p.p. 263-294), p. 269, nota 20; FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal, (tr. de Leonardo Prieto Castro), Barcelona, España, s.f. (1933), p. 23)
18. El concepto de litigio no es, dentro de la obra de Carnelutti, ni constante ni invariable, tal y como lo ha puesto de manifiesto con precisión Alcalá-Zamora y Castillo (cfr. su Prólogo a la traducción española de las Lecciones sobre el proceso penal de Carnelutti (tr. de Santiago Sentis Melendo), Buenos Aires, 1950, (p.p. 1-29) especialmente p.p. 3-7, y también ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso, cit., p.p. 227-237.). Así, en sus Lezioni di diritto processuale civile, la noción de litigio se vincula especialmente con las de interés ("situación favorable a la satisfacción de una necesidad") y conflicto de intereses ("fuerza centrí-

fuga de la comunidad") (cfr. Lezioni dir. proc. civ., cit., p. 3 núm. 1, p. 13, núm. 8, p. 14, núm. 9 y p.p. 130-138, núm. 89, así como p.p. 40-52, núms. 75-78 y Sistema de der. proc. civ., cit., p. 3, núm. 118). El litigio se concibe como la causa metajurídica del proceso civil y en relación directa con la fase de conocimiento, admitiéndose expresamente la existencia de un proceso sin litigio y sin que se pretenda trasplantar el concepto de litigio al enjuiciamiento penal o a cualquier otro tipo (cfr. Sistema, cit., núms. 80 y 81). Posteriormente, en su monumental Sistema di diritto processuale civile, Carnelutti desenvuelve la noción esbozada en las Lezioni presentándola como un auténtico presupuesto del proceso civil, afirmando que entre litigio y proceso media una relación idéntica a la que se presenta entre "continente y contenido". El litigio sigue conservándose como apoyatura la noción de conflicto de intereses (cfr. Sistema, cit., núm. 118), minimizándose la importancia que en las Lezioni se le confirió al proceso sin litigio, ya que abiertamente se reconoce que "un proceso sin litigio es como un lienzo sin cuadro" (Sistema, cit., núm. 118) ubicándolo dentro de los inciertos linderos de la jurisdicción voluntaria y sin que tampoco en esta obra se hable de un concepto unitario de litigio para todos los tipos de enjuiciamiento (lo cual no quiere decir que Carnelutti niegue la unidad fundamental del derecho procesal según se desprende de los parágrafos 1b y 89 del propio Sistema).

A nuestro entender es en las Istituzioni del processo civile italiano en donde la noción de litigio se depura definitivamente, eclipsándose la figura del proceso sin litigio (Istituzioni, cit., p.p. 6-23) al configurarse el litigio en relación con la pretensión y la resistencia ejercida por los sujetos del mismo. En esta obra tampoco hay extrapolación alguna de la noción en cuestión, examinándose el enjuiciamiento penal desde un ángulo más próximo al del "derecho privado" fuera de contexto espacio temporal con la disciplina aludida, semejante al que le llevó a rechazar abiertamente la noción de litigio como genuino presupuesto del proceso penal al redactar sus Lezioni sul processo penale (cfr. a este respecto ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores... cit., p. 229, notas 86 y 87 en relación con el apartado núm. 90 de las Lecciones sobre el proceso penal) en las que introduce, con calidad de "presupuesto", la noción de controversia (cfr. Lecciones sobre el proceso penal, cit., núm. 60) en un sentido distinto al que nosotros damos al término al hablar de la controversia como el género al que pertenece la especie litigio.

Finalmente, en su Diritto e processo, obra ya plena - de misticismo, la noción de litigio se ve avasallada - frente a la de relación jurídica (cfr. especialmente - el párrafo 20 de la obra a que nos referimos), con - siderando que la noción de litigio, por él mismo for - mulada y que constituyó el núcleo de sus trabajos más - profundos sobre el proceso civil, debe desplazarse -- del terreno estrictamente procesal hacia el más vasto - de la teoría general del derecho. En cambio mantiene - la opinión de que las diferencias fundamentales entre - el enjuiciamiento civil y el penal se sitúan dentro - de la naturaleza de la condena que en cada uno de -- ellos se aplica (cfr. Diritto e processo, cit. núm - 33). Igualmente la noción de litigio ocupa un papel - muy secundario en su precioso ensayo intitulado Dei - rapporti giuridici processuali (en: Riv. dir. proc., - (1963), núm. 3, p.p. 349-361).

19. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Sistema..., cit. núms. 1b- y 89 in fine, así como su prólogo a Il processo senza lite de Cortesia di Serego (Padova, Italia, 1930) p.- vi. La posición de Carnelutti acerca de la teoría ge - neral del proceso se encuentra contemplada en detalle - por ALCALA-ZAMORA, Niceto. Trayectoria y contenido -- de una teoría general del proceso, en: "Jus" (México), - marzo de 1950, núm. 140, p.p. 153-177 y también en - La teoría general del proceso y la enseñanza del de - recho procesal, cit., especialmente p.p. 14-16.
20. Véanse especialmente los números 13, 14, 44-47, 79 y 82 de sus Lezioni dir. proc. civ. y 16, 57, 82, 83, - 410 y 519 del Sistema de der. Proc. civ.
21. Cfr. CRIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho proce - sal civil, cit., vol. I, p.p. 177-202 e Instituciones de derecho procesal civil, cit., vol. I, p.p. 38-49 - y CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho proce - sal civil. cit., p.p. 30-31.
22. En este sentido, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. -- Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., espe -- cialmente p.p. 12-19
23. Como sucede, vgr., cuando los órganos jurisdicciona - les realizan funciones típicamente administrativas co - mo las que les atribuye el art. 133 de la L.O.T.J.F.- C.D.T.F. entre otras muchas disposiciones similares.

24. En este sentido véase ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Un grave problema judicial y político: La justicia municipal, en "Estudios de derecho procesal", Madrid, España, 1934; p.p. 67-78; y, últimamente, DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale, cit., p.p. 69-72 y CAPPELLETTI, Mauro. Una procedura nuova per una nuova "giustizia del lavoro", en: "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", (1971), núms. 4-6, Roma, (p.p. 285-304), especialmente p.p. 301-4.
25. Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas, - cit., p.p. 11-12.
26. Cfr. ALSIN, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Vol. I, Buenos Aires, 1941, p.p. 29-30. Teniendo siempre presente que, como ha señalado ALCALA-ZAMORA (proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. 163), las tres formas de composición de los litigios se han ido ligando y combinando a lo largo de la historia. En igual sentido que ALCALA-ZAMORA véase ARANGIO-RUIZ, Vincenzo Cours de -- Droit Romain (Les actions), Napoli, 1935, p. 2. Para una interesante exposición del problema véase PUGLIESE, Giovanni. Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare, Milano, s.d. (1945), pp. 13-36.
27. ALCALA-ZAMORA, Niceto. Op. ult. cit., loc. cit.
28. Consideramos como prohibición de tipo genérico la contenida en el artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ("Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho").
29. Cfr., entre otros muchos. artículos, art. 303 del C.-Civ. Mex. por no mencionar los varios que aluden a la legítima defensa y estado de necesidad en materia penal.
30. POHLE, Rudolf. Sobre la terminación del proceso civil por medio de la transacción, (tr. de Víctor Fairén - Guillén), en: "Revista de Derecho Privado", núm. 442, Madrid, 1954, p.p. 1-19.

31. Cfr. al respecto ALCALA-ZAMORA, Niceto. Proceso, - autocomposición y autodefensa, cit., p. 89
32. Cfr. ALCALA-ZAMORA, Niceto. El antagonismo juzga -- dor-partes: situaciones intermedias y dudosas, cit., p. 13.
33. Es por ello que dentro del moderno Estado de Dere - cho la actividad del Estado, y muy especialmente la de la administración pública, ha de sujetarse al -- control jurisdiccional en aras del principio de le - galidad. Cfr. al respecto, entre otros, TSOUTSOS, - Athos G. Les notions d'administration et de juri -- diction (leur nature et leurs relations), Paris, - 1968, p. I
34. En este sentido, la mediación se considera como una forma de composición del litigio de carácter auto - compositivo, en tanto que se afirma la naturaleza - procesal del arbitraje (cfr. en el mismo sentido, - ALCALA-ZAMORA, Niceto. Proceso, autocomposición y - autodefensa, cit., p.p. 75-77).
35. Así, expresamente, WACH, Adolf. Conferencias sobre - la ordenanza procesal civil alemana, (tr. de Ernes - to Krotoschin), Buenos Aires, 1958, p. 59, en donde sostiene que: "el órgano del Estado en el proceso, - el juez, se encuentra en una posición imparcial. - La tarea del juez se limita al amparo del interés - que el Estado tiene en la realización del Derecho - privado".
36. Véase supra, p. p. 15-18.
37. En el sentido empleado por Calamandrei en Processo - e giustizia, cit.
38. ALCALA-ZAMORA, Niceto. Proceso, autocomposición y - autodefensa, cit., especialmente, p. 14.
39. En dicho proceso ulterior deberá reconocerse la li - citud de la composición obtenida a través de proces - sos no jurisdiccionales. En estos casos, el juzga - dor, mediante el pronunciamiento de una sentencia -

de mero accertamiento, homologará la resolución obtenida intra-partes, aprobando judicialmente la composición al comprobar que no se han violado garantías durante la misma y constatando que el empleo del medio-autotutelar o autocompositivo se ajusta a lo dispuesto por el ordenamiento, acertando la oportuna "causa de justificación".

40. Independientemente de su posterior aprobación judicial, y teniendo presente que aquellas formas procedimentales de carácter autocompositivo no pueden, estrictamente, llamarse procesos. Es el caso vgr. de los llamados "procesos políticos" a los que nos hemos referido en la nota 37 del primer capítulo, así como también, dentro del enjuiciamiento administrativo, el llamado "recurso jerárquico" (en relación con este último, cfr. ALCALA-ZAMORA, Niceto. Protección del particular frente al ejecutivo en México, en: "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", (1970), núm. 8, (p.p. 289-326).
41. En punto a homologación judicial Alcalá-Zamora y Castillo ha pensado que se trata de un "proceso sin litigio" (Proceso, autocomposición y autodefensa, p. 186). A nuestro entender en el procedimiento de homologación, y en el de autorización, sí existe un verdadero litigio, sólo que distinto al de la relación que se pretende componer (autorización) o se pretende compuesta (homologación). Cuando interviene el juzgador en dichas situaciones lo hace siempre en vistas a la composición de un litigio que se caracteriza por la pretensión de legalidad o ilegalidad de la medida compositiva que hace valer el interesado, consistente en que la resolución intra-partes obtenida se mantenga, o se reputable, en relación con otro litigio que puede ser de cualquier índole. Creemos que lo anterior se desprende del examen de aquéllos casos en que, en materia penal, se echa mano de la autodefensa para dirimir un conflicto de intereses, y, como consecuencia de la legítima defensa, se produce un resultado presumiblemente delictuoso que genera la notitia criminis que presupone la investigación de la conducta generándose un litigio en el que habrá que determinar si la legítima defensa empleada por el inculpado se realizó o no dentro de la legalidad.
42. Cfr., vgr., los artículos 2884 y 2887 del C. Civ. -- Mex.

43. La distinción fundada en la resolución de un litigio mediante la autotutela, la autocomposición y el proceso, así como la posible aprobación judicial de las dos primeras formas nos lleva a rechazar la tesis de Carnelutti según la cual, en relación con las dos -- primeras puede hablarse de "equivalentes jurisdiccionales" (cfr. Sistema de Der. proc. civ., cit. núms. 49-59).
44. Véase capítulo VII.
45. Así, por ejemplo, la consignada en los artículos 872, 848 y 845 del Cod. civ., y los artículos 15 frs. III y IV, 297 y 308 Cod. pen.
46. Tal ocurre principalmente con la huelga del derecho-laboral constitucionalizada en el ordenamiento mexicano (cfr. art. 123 Constitucional en relación con los arts. 440-471 de la L.F.T.)
47. En dichos casos encontramos como base común la carencia de independencia real del juzgador, así, vgr. -- los procesos llamados "políticos" a los que ya nos -- hemos referido en varias ocasiones en el presente -- trabajo.
48. Cfr., por lo que hace al derecho romano, Digesto IX, 2, 45, 4 y XLVIII, 7, 7; en relación con dichas disposiciones véase el párrafo dedicado por Windscheid a la Sebsthilfe en: WINDSCHEID, Bernard. Diritto delle Pandette, Vol. I, (tr. de Carlo Fadda y Paolo-Emilio Bensa), Torino, 1930, núm. 123, p.p. 420-424. Igualmente, SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento civil-romano. Ejercicio y defensa de los derechos, (tr. de Santiago Sentis Melendo y Marino Ayerra Redin), Buenos Aires, 1954, p.p. 73-80.
49. Cfr., entre muchos otros, WACH, Adolf. Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, cit., p. 59. CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de Derecho procesal civil, op. cit., tomo I, p. 81. ROSENBERG-SCHAWB. Zivilprozessrecht (10a. ed.) München, Alemania, 1969, núm. III, 2, p. 2. BELING, Ernest. Deutsches Reichs-trafprozessrechts, Berlín y Leipzig, 1928, p. 1 -- (cit. por LEVENE (h.), Ricardo. Manual de Derecho Procesal Penal, (2a. ed.), Buenos Aires, 1967, p. 15, -- nota 14.)

50. KLEIN, Franz. Zeit-und Geistesströmungen im Pro- - zesse, 1901, p. 192 (cit. por SCHONKE, Adolf. Dere- - cho procesal civil; op. cit., p. 15).
51. En este sentido, ALCALA-ZAMORA, Niceto. Proceso, -- autocomposición y autodefensa, cit., p. 164 MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y Acción, cit., p. 162 y ROSENBERG-SCHAWB, Zivilprozessrecht, cit., p. 3.
52. Cfr. GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, -- p. 2 y ALCALA-ZAMORA, Niceto. Proceso, autocomposi- - ción y autodefensa, cit., p. 164.
53. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho proce- - sal civil, cit., p.p. 38-39.
54. CARNELUTTI, Francesco. Ensayo de una teoría inte- - gral de la acción, en: "Cuestiones sobre el proceso penal" (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos -- Aires, 1961, (p.p. 25-39), p. 30.
55. En el mismo sentido en que Rosenberg entiende a la- jurisdicción en general, "actividad del Estado diri- gida a la realización del ordenamiento jurídico". - Cfr., ROSENBERG-SCHAWB. Op. cit., p. 37, núm. 11.
56. ALCALA-ZAMORA, Niceto. Proceso, autocomposición y - autodefensa, cit., p. 164 y MICHELI, Gian Antonio.- Jurisdicción y Acción, cit., p. 165.
57. Así, expresamente, MARQUES, José Frederico. Insti - tucoes de Direito Processual Civil, Tomo II, (4a.- ed.), Rio de Janeiro, 1971, p. 24.
58. Cfr., entre otros, LIEBMAN, Enrico Tulio. Manuale - de Diritto Processuale, tomo I, cit., p. 5.
59. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de Derecho Pro- - cesal Civil, tomo II, cit., núm. 118. p. 3.
60. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de- - acción, cit., p. 139.

CAPITULO III.

LA CONCEPCION DE LA ACCION EN LA DOCTRINA.

"la teorie sull'azione...,
come le notte della leggenda,
sono mille e una, e tutte me-
ravigliose"

Piero Calamandrei.

1. Consideraciones preliminares.

El examen del concepto de acción en la doctrina, importa un conjunto de problemas de índole diversa, que conviene distinguir a fin de precisar el ángulo de la presente investigación.

En páginas anteriores se ha sostenido, siguiendo a Calamandrei, que la acción antes de construirse como una categoría esencial de la dogmática procesal, es una realidad incorporada a la práctica social que, junto con la jurisdicción, enmarca al proceso. Así concebida, puede afirmarse que la acción -al igual que la jurisdicción- "nace" con la prohibición estatal de la autotutela y "brota" naturalmente en presencia del litigio (1).

El estudio sistemático de la acción, al igual que el de cualquier concepto, y con independencia de las orientaciones metodológicas que se utilicen, comprende tres géneros de problemas tipo que se encuadran dentro -



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

de los campos teóricos de la sintaxis, la semántica y - la epistemología.

a) Problemas sintáctico y semántico o de la multiplicidad de acepciones del vocablo "acción".

El término acción, como la mayoría de las expresiones que componen el lenguaje jurídico, es susceptible de una o varias acepciones comunes y, también, de uno o multiples sentidos dentro del universo jurídico - (2).

Haciendo a un lado los usos comunes del vocablo y ciñéndonos al terreno estrictamente jurídico, nos encontramos con que la voz acción se usa tanto en relación con el enjuiciamiento (civil, penal, laboral, etc.) como dentro de variadas de las disciplinas denominadas-sustantivas. Así, se habla de la "acción" de que es titular el socio de una sociedad mercantil, de la "acción" típica de un determinado delito, etc. (3).

Desde un ángulo jurídico procesal también en encontramos que el término acción tiene diversos usos y variados significados. En vista de lo anterior pueden distinguirse un conjunto de usos sintácticos y múltiples connotaciones semánticas del vocablo en cuestión - (4), por lo que cabe reputarlo como una expresión múltivoca. Los usos sintácticos de que suele ser objeto pueden dividirse en dos grandes grupos: la acción como-vocablo empleado por el legislador dentro de un determinado cuerpo normativo y la acción como término utili-

zado por la ciencia o dogmática jurídico-procesal(5).

Dentro de cada uno de estos dos contextos lingüísticos, con la palabra acción se designan realidades diferentes en virtud de que al usarse en uno y -- otro su empleo responde a diversos principios sintácticos, al tiempo que se le dota de diversos contenidos semánticos. En el lenguaje normativo con la palabra acción se designa o califica una conducta, y su uso -- tiene un significado específico dentro de los diversos modos o formas de interpretación normativa (6), en tanto que, dentro de la doctrina, la misma voz sirve para señalar la manera en que el jurista entiende un determinado conjunto de expresiones normativas induciendo -- de las mismas los principios generales que las animan -- y examinando la manera concreta en que dichos principios actúan sobre la realidad. Al estudio sistemático de estos principios y sus relaciones es a lo que denominamos doctrina (7).

Así, al disponernos a estudiar la acción en -- contramos con que la misma se emplea dentro de dos distintos campos sintácticos y semánticos -- a los que tal vez debiéramos de agregar uno tercero constituido por la jurisprudencia (8) que conviene siempre distinguir (9), y de los que surge una primera dificultad: cuando se indaga el concepto de acción ¿dentro de qué campo -- habremos de buscarlo?

Si se tiene presente que dentro de la moderna - sistemática legislativa la incorporación de definicio-- nes dentro de los cuerpos normativos constituye una im- propiedad técnica (10), el concepto de acción habremos- de encontrarlo en la doctrina (11), puesto que, aun -- cuando dentro de nuestro sistema no tenga el carácter - de "fuente formal" (12), es en ella donde se encuentran formuladas sistemáticamente las nociones que presupone- el legislador (13) cuando habla de acción, de juris -- dicción, de prueba, etc. La problemática derivada de la multiplicidad de acepciones se extiende igualmente al - terreno de la doctrina científica del proceso, al grado que puede afirmarse, como han reconocido numerosos au - tores (14), que el concepto de acción es actualmente - uno de los más debatidos dentro de la moderna ciencia - procesal a causa de la infinidad de acepciones que - -- posee tanto dentro del tiempo como dentro del espacio - (15).

Las aclaraciones anteriores no deben desdeñar- se, ya que, en última instancia, las palabras son las - herramientas de toda construcción científica y -como ha señalado Austin (16) - "por lo menos debemos de emplear herramientas limpias" en aquellas construcciones que -- pretenden ser útiles y relevantes dentro de cualquier - disciplina científica.

b) Problemas epistemológicos que plantea la determinación del concepto de acción.

Si por problemas epistemológicos hemos de entender aquellos que se presentan con motivo de la posibilidad de descripción conceptual de una determinada realidad (vgr. la acción procesal), a dicho campo habrán de adscribirse los relativos a la unidad y a la relatividad del concepto. Dichos problemas deben, lógicamente, ser el resultado de, por un lado, el estudio de la evolución histórica de los conceptos que la doctrina ha ido acuñando a lo largo de su historia acerca de la acción (problema de la relatividad) y, por otro, la validez descriptiva que dichos conceptos presentan en relación con la realidad misma de la acción dentro de los diversos sectores o ramas del enjuiciamiento (problema de la unidad).

2. Las diferentes concepciones acerca de la acción. - Intentos de clasificación.

Los conceptos doctrinarios de tipo científico acerca de la naturaleza jurídica de la acción no surgen hic et nunc dentro del desarrollo de la disciplina procesal. Todas las concepciones se han ido construyendo paso a paso a lo largo de la historia. En vista de lo anterior, varios estudiosos del problema-

han pensado que la determinación del concepto de acción debe de buscarse en su historia (17).

A nuestro entender, la investigación histórica del mencionado concepto puede todavía brindar importantes aportaciones a la dogmática procesal -independientemente de los frutos que rinda a la historia del derecho- siempre que, reconociéndose el carácter ideológico que toda doctrina lleva inscrito (18), sepa evitar las hipertrofias tanto formales como materiales que en no pocas ocasiones han tenido como resultado verdaderas logomáquias que no producen sino sombras en torno del multicitado concepto (19); al tiempo que, teniendo también en cuenta que la acción, en tanto que sustituto jurídico de la autodefensa, -- constituye un "material viviente" de permanente actualidad (20).

Así --como ha afirmado Niceto Alcalá-Zamora y Castillo- "si la acción es realmente un concepto fundamental de nuestra disciplina, ello habrá de traducirse necesariamente en que sea un elemento constructivo a la vez esencial, útil y trascendente" (21). Y por si lo anterior fuese poco, las teorías acerca de la acción han tenido una importancia muy especial, mayor tal vez que la de cualquier otro concepto procesal, en virtud de que ellas han colaborado en buena medida al desarrollo científico del estudio del proceso (22).

Las dificultades y problemas a que venimos haciendo referencia, aunadas a la historicidad del concepto, han dado como resultado una serie interminable de teorías, al grado de que Satta ha llegado a afirmar que acerca de la acción existen tantas teorías como autores se han ocupado de ella (23). En vista de lo cual, la exposición de las diferentes doctrinas y teorías es materialmente imposible si, previamente, no se formula un catálogo o clasificación general de las mismas en base a uno o varios de sus caracteres peculiares.

De esta manera Eduardo J. Couture, por ejemplo, reduce a tres grandes grupos las doctrinas que sobre la acción se han expuesto (24): 1) teorías sustancialistas o tradicionales; 2) teorías que reconocen la autonomía de la acción, y 3) teorías que conciben a la acción como un derecho abstracto de obrar vinculado al derecho constitucional de petición y a la función jurisdiccional. Dado que el segundo grupo posee numerosas variantes, Couture lo subdivide a su vez en diferentes categorías según se considere a la acción como un derecho abstracto, concreto, potestativo o se le repute como un simple hecho. Dentro del segundo grupo también incluye Couture a aquellas teorías que ven en la acción un concepto relativo y a las que del mismo predicen su unidad. La división establecida entre los dos primeros grupos toma como criterio diferenciador -

la posición que dentro de cada doctrina guardan la acción y el derecho subjetivo (material), en tanto que el tercer grupo se establece en atención a las consideraciones político-constitucionales que animan la propia tesis de Couture (25) y que le llevan a ver en la acción una forma de relación entre el particular que pide justicia y el Estado que la administra dentro de la dialéctica del binomio autoridad-libertad.

Por su parte, Alcalá-Zamora y Castillo en su trabajo acerca de la acción en el pensamiento de los procesalistas sudamericanos destinado al volumen de homenaje a Hugo Alsina (26), establece una división de las teorías acerca del fundamental concepto (tanto dentro del enjuiciamiento civil como dentro del penal) atendiendo a la determinación del destinatario de la acción (el demandado para unos, el Estado para otros). De esta manera, aquellas teorías que contemplan preferentemente el punto de partida o presunto origen de la acción, proclamen o no su autonomía y sostengan o impugnen su carácter abstracto, deben considerarse como "obligacionistas" en virtud de que, partiendo de premisas claramente iusmaterialistas o sustantivistas, inducen al concepto de acción de la situación extraprocesal en que suponen se manifiesta un poder de obligar a la contraparte del mismo modo que dentro del derecho sustantivo se conjugan los derechos y las obligaciones. Por el-

contrario, son teorías "jurisdiccionalistas" aquellas - que contemplan a la acción como una figura estrictamente procesal vinculada indisolublemente a la noción de - jurisdicción y haciendo a un lado la obligación pre-procesal (a lo sumo, litigiosa) que se pretende existente-entre las partes del proceso (27).

Una clasificación en cierta medida semejante a la anterior la constituye, a nuestro entender, la formulada por Enrico Tullio Liebman (28) entre las doctrinas acerca de la acción según la estudien desde el punto de vista del actor o en atención a la posición del - juzgador en relación con los nexos existentes entre ordenamiento jurídico, sujeto que pone en marcha el procedimiento y órgano destinado a ejercitar, en concreto, - la jurisdicción. Esta clasificación, al igual que la de Alcalá-Zamora, establece la distinción en función del - carácter netamente procesal que poseen las tesis integrantes del grupo calificado por Alcalá-Zamora como -- "jurisdiccionalista" haciendo posible su aplicación tanto a las doctrinas penales como civiles de la acción.

Pra Fairón Guillén (29), las doctrinas en cuestión pueden agruparse, en rigor, bajo tres grandes rubros: 1) aquellas que identifican a la acción con el derecho subjetivo material (tesis monistas); 2) las que - diferencian el derecho subjetivo material (tesis dualistas) y, finalmente, las que negando a la acción cabida dentro del derecho procesal, centran su estudio en el -

acto procesal denominado "pretensión" o en otras figuras afines no necesariamente de orden procesal (vgr., de -- acuerdo con el autor de la clasificación, derecho público subjetivo, derecho potestativo, etc). El criterio que orienta la clasificación del distinguido procesalista -- aragonés es similar al empleado por Couture en relación -- con los dos primeros grupos de ambos catálogos, si bien el tercero difiere en cada una de dichas exposiciones, -- aun cuando, como posteriormente veremos (30), la teoría -- del propio Fairén Guillén acerca de la acción se encu -- dra perfectamente dentro del tercero de los grupos esta -- blecidos por el profesor uruguayo.

En una importantísima investigación sobre la -- acción a la que ya antes hemos tenido ocasión de referir -- nos (31), Orestano tras investigar en detalle la histo -- ria de los distintos modos de concebir la acción, los -- clasifica en dos grandes grupos: teorías "subjetivistas" y teorías "objetivistas", según que la contemplen en re -- lación con la potestad del sujeto o con la unidad del -- ordenamiento jurídico.

En un trabajo de reciente publicación pero que -- data de 1965, Fernando de la Rúa (32) establece un cua -- dro de clasificación partiendo de una división de tipo -- histórico, distinguiendo entre teorías "clásicas" y "mo -- dernas" según sean anteriores o posteriores a 1856, fe -- cha en que se publicó la Die actio des römischen Zivil -- rechts vom Standpunkte des heutigen Rechts de Bernhard --

Windscheid que habría de dar lugar a su célebre polémica con Theodor Muther (33). Para De la Rúa las teorías "clásicas", según su terminología, pueden considerarse como monistas cuando identifican a la acción con el derecho subjetivo o conciben a aquella como una mera -- transformación de éste, en tanto que las "modernas" se subdividen en sustancialistas y autonomistas, pudiendo estas últimas ser privatistas u obligacionistas y publicísticas o jurisdiccionalistas. También forman parte de la clasificación de Fernando de la Rúa, pero en grupos separados, las teorías que consideran que la acción debe sustituirse por el de pretensión y las que sostienen la relatividad del concepto en cuestión.

A Piero Calamandrei debemos importantísimas consideraciones en torno a la posible clasificación de las doctrinas acerca de la acción, pues él, tras señalar -- dos grupos fundamentales: teorías concretas y teorías abstractas (34) en función de la resolución jurisdiccional que en cada caso se considere como la expectativa -- de las partes (serán concretas las teorías que ven en el ejercicio mismo de la acción una posibilidad de resolución favorable al actor, en tanto que serán abstractas las que ven en la acción un obrar abstracto que -- tiende a una solución jurisdiccional independientemente del sentido de la misma), señala que "el problema no -- puede ser formulado en estos términos", ya que éste só-

lo tiene sentido cuando "se plantea históricamente respecto de un determinado ordenamiento positivo en una -- cierta fase de su desarrollo" y cuando se considera a las teorías en función de la relación entre el interés individual y el interés público que, bajo diversas formas, - se presenta en relación a todos los conceptos e instituciones jurídicas (35). De esta manera Calamandrei, para quien "le teorie dei giuristi hanno un valore solo in - quanto possono servire a far capire qual è il diritto - en un certo momento storico" (36), elabora una distin -- ción entre las concepciones individualistas de la - - acción (liberales), colectivistas (sociales) e interme -- dias (37). A nuestro entender, las consideraciones anteriores -independientemente que pueda discutirse la "re - latividad" del concepto (38)- nos permiten examinar, en concreto, la acción como un concepto verdaderamente útil y trascendente para la práctica procesal haciendo así de la teoría un elemento fundamental del desarrollo y humanización del enjuiciamiento.

En igual sentido, Alcala-Zamora considera que - en función de la tríada de intereses que se encuentran - en juego en todo proceso (particular, público y social)- (39) las teorías acerca de la acción (consideradas en - relación el ejercicio concreto de la jurisdicción) han - cargado su atención hacia cualquiera de los tres intere -- ses antes citados. Así, cuando se ve en la acción un --

derecho a la sentencia favorable, se le examina sólo - en función del interés de quien pide la intervención jurisdiccional en vista a la composición de un litigio; - cuando simple y llanamente se afirma que la acción es un poder o un derecho destinados a la obtención de una sentencia, se hace prevalecer en el concepto el interés público que tiene el Estado en la composición pacífica de los litigios, en tanto que cuando se afirma que la acción es un derecho que se dirige a la obtención de una sentencia justa, se toman en consideración no sólo el interés privado y el interés público, sino, primordialmente, el interés social.

Atendiendo a la historicidad del concepto y a su trascendencia práctica dentro de la dogmática procesal creemos que el estudio de las teorías de la acción debe de tener presente los distintos intereses que en cada una de ellas se contemplan y su relación con las demás nociones fundamentales del proceso en tanto que fenómeno jurídico que transforma "la lite violenta en lite jurídica y el derecho de rebelión (genero de la autotutela) en acción". (40).

Así, habremos de examinar los siguientes grupos de doctrinas:

I. Concepciones privatistas acerca de la naturaleza de la acción.

a) La concepción romana en torno a la actio.

- b) El desarrollo de las teorías acerca de la acción durante la época del ius commune.
- c) La acción y su posición frente al derecho -- subjetivo.
- d) Manifestaciones modernas de las concepciones privatistas.

II. Concepciones públicas o intermedias en torno a la -- noción de acción.

- a) La polémica Windscheid-Muther.
- b) La evolución del concepto de acción durante -- la etapa correspondiente a la "publica -- ción" del proceso.
 1. Doctrinas sustancialistas.
 2. Doctrinas autonomistas. Sus variantes funda-- mentales: obligacionistas y jurisdiccionalis-- tas.

III. Hacia una concepción social de la acción.

- a) La acción como una garantía fundamental del-- Estado contemporáneo.
- b) La acción concebida como una figura afín a -- las garantías constitucionales.
- c) Acción, jurisdicción y proceso dentro del Es-- tado social de derecho: problemas y perspec-- tivas.

IV. Unidad y relatividad epistemológica de la acción en el derecho contemporáneo.

NOTAS.

Capítulo III.

1. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., p. 785.
2. En relación con la importancia de los problemas sintáctico y semántico de los conceptos jurídicos véanse los ya clásicos trabajos de Hart (HART, Herbert-L.A. Definition and theory in jurisprudence, Oxford, Inglaterra, 1953 y The concept of law, Oxford, Inglaterra, 1961).
3. Véanse, entre otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., p. 771, en relación con su Derecho procesal penal, cit., vol. I, p. 13 y, también, COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de derecho procesal civil, (3a. ed.) cit., p. 59.
4. Adoptando el concepto de sintaxis elaborado por Carnap, quien la entiende como "teoría formal de las expresiones lingüísticas... que no hace referencia alguna al significado... o sentido último de las expresiones" (CARNAP, Rudolf. Filosofía y sintaxis lógica, (tr. de C.N. Molina) México, U.N.A.M., 1963, p.p. 25-26). Y entendiendo por semántica el significado o referencias propias de cada término dentro de un sistema específico de conocimientos (cfr., al respecto, QUINE, W. From a logical point of view, Cambridge, Mass., E.U.A., 1953).
- 5.- Las distinciones semánticas y sintácticas propias de la dogmática y de la legislación son estudiadas por OLIVECRONA, Karl. Lenguaje jurídico y realidad (tr. de E. Garzón Valdés) Buenos Aires, Argentina, 1968.

6. El rigor sintáctico, o la falta del mismo, con que el legislador maneja determinados términos tiene -- trascendencia en el momento de la interpretación jurídica. Así, vgr., dentro un sistema interpretativo-matizado por el formalismo riguroso, el empleo de -- las palabras exactas de la ley o la realización fáctica de todas y cada una de las condiciones en la -- forma precisa en que la ley las establece determinan el éxito del negocio. Tal era la interpretación prevaleciente en el procedimiento romano formulario según lo atestigua el conocido ejemplo de Gayo de -- acuerdo con el cual un campesino perdió su pleito -- porque habiendo intentado una acción con motivo del corte que se había realizado indebidamente a sus -- vides se olvidó de emplear en su demanda el género -- "arbores" que era el consignado en la ley y no, como el pedía, el de "vites" (GAIUS. Institutas, IV, -- 11).
7. En el estudio de los "nessi nascosti" que va más -- allá de la simple descripción de una-serie de actos-externos (procedimentalismo) fué considerado por -- Chiovenda como el razgo fundamental de la moderna -- ciencia procesal (CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 4 y nota 2 p.p. 30 -- 31).
8. De acuerdo con las direcciones lingüísticas que se -- vienen exponiendo, doctrina y jurisprudencia (en el -- sentido latino) pueden identificarse formalmente, -- puesto que ambas son interpretación -metalenguaje- -- de las normas. Sin embargo, formalmente, se distin- -- guen en razón de la fuerza coactiva de que se encuen- -- tra provista la segunda en relación con la composi- -- ción del litigio (cfr., al respecto, CAPELLA, Juan -- Ramón. El derecho como lenguaje, Barcelona, 1968, p. -- p. 29-39).
9. Así lo reconoce expresamente ORESTANO, Ricardo. Azio- -- ne. L'azione in generale, en "Enciclopedia del Diritto", vol. IV (Atto-Bana), Milano, 1959, (p.p. 785 -- 822), p. 787.
10. En relación con las definiciones legales de la ac- -- ción y su impropiedad técnica, véase COUTURE, Eduar- -- do J. Fundamentos de derecho procesal civil, cit., -- p.p. 61-62.

11. Toda vez que se entienda que la doctrina no consti-
tuye un bastión aislado y separado de la práctica. -
Es por ello que, como señala Capograssi, las teorías
deben siempre de conducirse a través del análisis -
interno de los sistemas positivos y de las experien-
cias concretas del derecho en modo de "reflejar las-
lógicas y los significados objetivos de aquellos --
sistemas y de aquellas experiencias, y no los pre- -
conceptos alcanzados por aquella o esta filosofía" -
(CAPOGRASSI, Impressioni su Kelsen tradotto, en - -
"Rivista trimestrale di diritto pubblico", (1952), -
p. 775).
12. La doctrina procesal no tiene en México, tanto en el
ámbito federal como en el estadual, el carácter de -
fuente formal o directa del derecho procesal (ALCA-
LA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Síntesis del Derecho -
Procesal, México, U.N.A.M., 1966, p. 34 y nota 76).
13. MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y acción, cit. -
p. 153.
14. Así, por ejemplo, SATTI, Salvatore. Diritto proces-
suale civile, (7a. ed.), Padova, 1967, p. 104.
15. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de derecho procesal
civil, cit., p. 59, y FAIREN GUILLEN, Víctor. La -
acción, el derecho procesal y el derecho político, -
en "Estudios de derecho procesal", Madrid, 1955, -
(p.p. 62-122), p. 62.
16. AUSTIN, J. L. A plea for excuses, en "Philosophical
Papers", Oxford, Inglaterra, 1970, p. 175.
17. Así, por ejemplo, FAIREN GUILLEN, Víctor. Op. ult.-
cit., p. 64 y ORESTANO, Ricardo. Op. cit., p. 788.
18. Ya que, como afirma Cappelletti, "ninguna técnica -
jurídica es un fin en sí misma, ninguna es ideológi-
camente neutra" (CAPPELLETTI, Mauro. Social and po-
litical aspects of civil procedure-Reforms and -
trends in Western Europe, cit., p. 882).
19. Alcalá-Zamora y Castillo, siguiendo a Roberto Golds-
chmidt, ha señalado que la moderna hipertrófia pro-
cesal es uno de los factores que han contribuido a-

la falta de precisión en torno al concepto de acción. La hipertrofia material se refiere al empleo de criterios no procesales en la determinación del concepto, en tanto que la formal alude al sistema procedimentalista de no pocas elaboraciones teóricas y a la falta de claridad e inconsistencia derivada de los mismos (Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., p.p. 772-3). Un ejemplo reciente de este fenómeno, tanto por lo que hace a la naturaleza material como formal de las hipertrofias, puede verse en el trabajo de López Lastra intitulado ¿Qué es la "acción" en ciencia procesal? (en: Problemática actual del derecho procesal, libro homenaje a Amilcar A. Mercader, La Plata, 1972, p.p. 503-531).

20. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., p. 770.
21. Ibid., p. 768.
22. En este mismo sentido, Alcalá-Zamora considera que "se da el caso singular de que los trabajos acerca de la acción, entre los cuales acaso se cuente la mayor cifra de obras capitales de la literatura procesal... han contribuido al avance general de las instituciones y del pensamiento procesales en medida incomparablemente superior que a la del progreso específico del concepto en cuestión" (Op. ult. cit., p. 769). Eduardo B. Carlos también se adhiere a esta postura (Acción en general y civil, en "Enciclopedia Jurídica Omeba", tomo I, Buenos Aires, 1954, p. 206), en tanto que Enrico Alloripienza que la atención que el concepto en cuestión ha recibido por parte de la doctrina es desmedido y no merecido (Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale, en "Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale", cit., p.p. 140-141, y también en La pluralità degli ordinamenti giuridici e L'accertamento giudiziale, en "Riv. dir. civ.", 1955, p. 247).
23. SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile, cit., p. 103.
24. COUTURE, Eduardo J. Fundamentos de derecho procesal civil, cit., p.p. 64-8. Esta clasificación es-

- también adoptada por MIGUEL Y ROMERO y DE MIGUEL Y ALONSO en su Derecho procesal práctico, (11a. ed.), Barcelona, España, 1966, p.p.43-45.
25. Véase infra, Capítulo VII.
 26. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit.
 27. Un desarrollo de este criterio de clasificación - puede verse en DE LA RUA, Fernando. El concepto de acción en la doctrina, en: "Problemática actual - del derecho procesal, libro homenaje a Amilcar A.-Mercader", cit., p.p. 283-284.
 28. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile, en: "Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti", vol. II, Padova, 1950, p. - p. 425-54.
 29. FAIREN GUILLEN, Víctor. Acción, en: "Nueva Enci -- clopedia Jurídica", tomo II, Barcelona, 1950 (se -- parata), p.p. 2-3; y La acción, el derecho proce -- sal y el derecho político, cit., p.p. 63-64.
 30. Véase, infra, capítulo VII.
 31. ORESTANO, Ricardo. Azione. L'azione in generale, - cit., p.p. 786-787.
 32. El concepto de acción en la doctrina, publicado en 1972, pero redactado originalmente en forma de con -- ferencia en 1965 según se indica en la advertencia del autor a su publicación y atestigua Sentís Me -- lendo en su crítica al libro de Reimundín "Los -- conceptos de pretensión y acción en la doctrina -- actual" (cfr. SENTÍS MELENDO, Santiago. Acción y -- pretensión, en "Estudios de Derecho Procesal", -- Buenos Aires, 1967, vol. I, (p.p. 143-197), p.147, nota 12).
 33. Véase, infra, Capítulo V, números 1 a 4.
 34. CALAMANDREI, Piero. Instituciones..., cit., p. - - 163-175.

35. Ibid., p. 176.
36. CALAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina en: "Studi sul processo civile", vol. V, Padova, 1947, p. 106.
37. CALAMANDREI, Piero. Instituciones..., cit. p.p. 176-8. En igual sentido ha formulado una clasificación el venezolano Humberto Cuenca en su Derecho Procesal Civil, vol. I, p.p. 136-137 (Caracas, 1969, 2a. ed.)
38. Véase infra, Capítulo VIII.
39. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Los Problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social, en: "Problemes Contemporains de Droit Comparé", tomo I, Tokio, 1962, (p.p. 415-446), p. 426.
40. CAPPELLETTI, Mauro. La jurisdicción constitucional de la libertad, cit. p. 120 y nota 407.

CAPITULO IV.

CONCEPCIONES PRIVATISTAS ACERCA DE LA ACCION.

1. Introducción.

Bajo el rubro común de "concepciones privatistas" examinaremos las diversas teorías que a lo largo de la historia han visto, en el acto de dirigirse a un tercero, en vistas a la composición imparcial de un litigio conforme a derecho, el ejercicio de una actividad que persigue la satisfacción concreta de la necesidad del accionante.

Para ello, y habida cuenta que nuestra clasificación no puede reputarse ni completa ni absoluta, examinaremos las implicaciones de cada doctrina en relación con la tríada de intereses existente en la composición de todo litigio.

Hemos dicho que nuestra enumeración y análisis de las teorías en cuestión no pretende abarcar la totalidad de ellas, porque, primeramente, no examinaremos todas las teorías que de una u otra manera han postulado la supremacía del interés particular en la-



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

composición, y, en segundo lugar, tampoco será absoluta en virtud de que algunas teorías sólo pueden calificarse de privatistas en relación con algunos de sus postulados y no con cada uno de sus enunciados. Así, encontramos que mientras ciertas teorías son a todas luces privatistas, otras sólo lo son en parte. Igualmente, en un tercer sentido, nuestra labor es incompleta desde el momento en que centraremos nuestra atención en aquellas concepciones provenientes de la doctrina jurídica propia de la familia romano-germana de tradición pandectista e ibero lusitana (civil law), quedando fuera del marco de nuestro análisis tanto las doctrinas anglosajonas (common law) como aquellas formuladas dentro del pensamiento jurídico soviético socialista (1). Las exclusiones anteriores pueden justificarse, a nuestro entender, en virtud del diferente peso específico que dentro de cada una de dichas familias poseen las teorías sobre la acción.

Nuestra exposición arranca del estudio de la concepción romana de la acción y del ulterior desarrollo de la misma por la Escuela de Bolonia, continúa con el examen de su evolución durante la fase procedimentalista y se cierra con las manifestaciones modernas de la doctrina privatista de la acción.

2. La actio en la doctrina romana.

Si la noción de acción tiene dentro de los países de tradición jurídica romano germánica el carácter de categoría fundamental de la ciencia del proceso, en el derecho romano puede decirse que ella es la noción - clave por excelencia, no sólo del enjuiciamiento, sino del sistema jurídico en general (2).

La teoría romana de la acción ejerció una influencia determinante en la evolución del concepto durante toda la etapa precientífica de la doctrina procesal, y sus características no han desaparecido del todo en tiempos más recientes. Por ello, el estudio histórico de la misma resulta importante, además de que, como afirma Calamandrei, "la historia mitiga la sed teórica de confundir lo contingente con lo eterno, de proyectar el pasado en el futuro y de postular como verdad de todos los tiempos la del nuestro" (3).

En roma encontramos que, desde temprana época, la venganza privada y la autotutela se fueron restringiendo (4) y sustituyéndose por moldes jurídicos específicos a través de los cuales el litigante que, para la satisfacción de su pretensión, precisaba de la intervención, concurso o abstención de un tercero, debió de -- adecuar su conducta litigiosa a las formas permitidas -- por la comunidad (5). A estas conductas reconocidas y -- amparadas por la colectividad primitivamente organizada

se les dió posteriormente un rango legislativo. Así, - primeramente, se regula el empleo de la autodefensa, - posteriormente la acción del pretensor debe apegarse - a las costumbres populares, y finalmente, teniendo como base las costumbres y el interés, tanto el del particular como el de la comunidad, la actio (entendida aquí como la mera conducta pretenciosa) alcanza el rango legal a través de su consagración expresa en una ley (6).

La actio constituye, en derecho romano, un tema extraordinariamente complejo desde un ángulo sintáctico-semántico en virtud de los problemas que surgen desde las mismas fuentes, en donde la multiplicidad de acepciones se combina con variadas interpretaciones de un mismo texto. Sucede con esta vieja institución, tan antigua como la misma reglamentación de la autodefensa, lo que es muy frecuente que ocurra con casi cualquier institución jurídica del pueblo romano. Los jurisconsultos romanos fueron gente de una extraordinaria fineza intelectual; su talento jurídico estaba dotado de una facultad analítica sorprendente, pero carecían del don de la síntesis. Quizás por ello nos legaron recias estructuras jurídicas, y no doctrinas filosóficas.

Los prudentes, y antes que ellos los pontifi -

ces y sacerdotes, formaron la ciencia del derecho al calor de la práctica cotidiana y en íntimo contacto con las necesidades del caso concreto que sometían a su consideración los interesados. Por ello, el derecho romano es esencialmente casuista y también el lenguaje de los juristas --salvo uno que otro tecnicismo casi siempre de procedencia helénica--: es el idioma del pueblo que, en más de una ocasión, resulta inadaptado a las necesidades de una ciencia, como la moderna ciencia jurídica, que exige precisión en los conceptos y claridad en el vocabulario (7). Como consecuencia de lo anterior, nos encontramos con que la jurisprudencia romana, tanto clásica como republicana, y no se diga su legislación, casi nunca define una institución, sino que nos brinda ejemplos y paráfrasis, no siempre esclarecedoras, en los cuales se realiza la institución en cuestión.

A los escollos señalados, y a punto de la determinación y caracterización de la actio, cabe agregar -- las diversas etapas por las que el enjuiciamiento romano atravesó dentro de la evolución seguida por el ius civile y su dualidad, y en ciertos casos contraposición, con el ius honorarium.

De lo hasta aquí expuesto se desprende que los romanos no ocuparon su ingenio en determinar la natural za jurídica de la actio, como tampoco contemplaron sus relaciones con el derecho subjetivo; en cambio, conce -

dieron especial atención a la fijación meticulosa de los distintos tipos de acciones, al esclarecimiento de sus condiciones de procedencia, a la acumulación, etc.

Sin embargo, de la actio contamos con la famosa cita de Celso, incorporada por los compiladores bizantinos al Digesto (D.44.7.51) y parafraseada en la Instituta justiniana (I.J.4.6.1), misma que se tomó durante mucho tiempo como definición cabal de la acción en el derecho romano. A este respecto cabe recordar que el multicitado "Nihil aliud est actio quam ius perse- quendi in iudicio quod sibi debetur", independientemente que se le considere o no como definición (8), constituyó uno de aquellos enunciados ocasionales que se encuentran dispersos a todo lo largo de la jurisprudencia clásica, que no pretenden delimitar un concepto en forma categórica y precisa y sí señalar las condiciones --bajo las cuales puede afirmarse que existe o no una "actio" en concreto (9).

La cita de Celso no adquirió el carácter de noción fundamental sino hasta que fue aislada o seleccionada --para fortuna de nuestra ciencia (10)-- durante la refundición realizada por Triboniano y demás juriconsultos bizantinos encargados de la monumental compilación justiniana.

Además, como recuerda Biondo Biondi (11), es absurdo pretender que la definición o caracterización --

contenida en D.44.7.51 sea comprensiva de la totalidad del enjuiciamiento si se tiene presente que Celso no co noció la cognitio extra ordinem por haber vivido durante las primeras décadas del siglo II d.J.C. Igualmente, no podemos suponer que, en un sistema que sufrió tan - variadas y significativas transformaciones como el romano, la actio haya sido un concepto sub specie aeternitatis; por el contrario, debe tenerse presente que el - sistema procesal romano se fué modelando y transformando a lo largo de siglos en una progresiva penetración - de intereses públicos en la esfera de los intereses privados (12) con el consiguiente perfeccionamiento técnico y evolución de la noción de jurisdicción (13); todo - ello dentro de la evolución misma de la constitución -- social y política del pueblo romano (14), determinada - por las más variadas luchas y pugnas político-ideológicas de las que el derecho es resultado, y, en ocasiones fundamento (15).

En relación con la multiplicidad de acepciones del vocablo actio en el derecho romano, es perceptible una evolución de la que se han ocupado numerosos autores (16). En su significado original, de acuerdo con -- Vittorio Scialoja (17), "actio es en sustancia, un sinónimo de actus" y se refiere a todas aquellas figuras - que dentro de la terminología contemporánea denominamos actos y negocios jurídicos. De acuerdo con ello, y en -

virtud de lo que modernamente se ha denominado "aktionen rechtliche" o "pensamiento en términos de acción" (18), para los romanos tuvieron capital importancia aquellos - actos solemnes que "se debían cumplir para obtener la - ejecución de un juicio o la decisión de un punto controvertido" y que, por encontrarse señaladas en la ley las - diversas formas en que dichos actus debían cumplimen -- tarse, recibieron el nombre de "legis actiones" (19). - Tal vez dentro de esta acepción pueda encontrarse la - prístina expresión del ius agendi desligada todavía de - las connotaciones sustancialistas en que posteriormente - se vió envuelta.

Al lado de esta primera significación encontra - mos que el término actio sirvió igualmente para designar lo que hoy cabe calificar de procedimiento (20), es de - cir, el conjunto de actos (actum) que han de realizarse - para lograr la composición efectiva de un litigio. En es - te sentido, el Ius Flavianum, proveniente de la "indis - creción" del plebeyo Cneo Flavio (21) justamente califi - cado por Schulz como auténtico Prometeo democrático (22), se conoció bajo la denominación de liber actionum (23) - y la obra de Sexto Aelio Peto Cato del 198 a J.C. que se denominó frecuentemente tripertita, consagró su tercera - y fundamental parte al estudio de las actiones. Gran im - portancia tuvo también a este respecto la conocida expre - sión de Gayo según la cual "la totalidad del derecho que utilizamos se relaciona o con las personas, o con las --

cosas, o con las acciones" (I.G.l.8.) (24).

No es sino hasta fines de la época republicana, con el surgimiento de la vigorosa jurisprudencia clásica, cuando se habla de la actio como posibilidad concreta de hacer triunfar la pretensión (petitio) (25). Es en este momento cuando se inicia, a nuestro entender, la sustancialización del concepto de acción: la actio es un ius.- El acto formal se contempla cada vez más en dirección del derecho material al que se dirige, o como afirma Scialoja, se le despoja de la corteza para introducirse al contenido sustancial del acto mismo (26).

En una etapa subsiguiente, la palabra actio se vincula estrechamente con las obligaciones hasta el grado de que el vocablo mismo se injerta en el terreno propio del ius civile sustancial (27); así, acción y derecho subjetivo material se examinan en una situación semejante a la existente entre causa y efecto (28), la acción se construye como posibilidad concreta de demandar con la seguridad de alcanzar la satisfacción de nuestra pretensión.

Una vez examinados, y aun cuando sea en forma liminar, los diversos usos sintácticos y los contenidos semánticos más generales de la voz actio, pasaremos a estudiar su realidad práctica y doctrinal dentro de las diversas fases históricas del procedimiento romano.

Tradicionalmente el enjuiciamiento romano ha sido dividido en tres distintas etapas. La más antigua, denominada de las legis actiones, se remonta en sus orígenes a la fundación misma de Roma (aprox. 754. a. J.C.), inicia su decadencia durante el siglo II a J. C. (lex Aebutia de 150-130 a J.C.) y desaparece formalmente en los albores de la era cristiana por mandato expreso de las leges Juliae iudicariae de 17 a J.C.

Con la lex Aebutia surge el procedimiento per formulae, clara conquista popular, que se consolida definitivamente en 17 a J.C. y se mantiene prácticamente en vigor hasta el siglo III d. J.C. Es por ello que al procedimiento formulario se le conoce también como "clásico".

El proceso formulario fue desplazado por la cognitio extra ordinem, tercera y última fase histórica del derecho procesal romano, que se desarrolló primeramente como un procedimiento especial dentro del enjuiciamiento formulario aplicándose a la composición de los litigios administrativos y penales. Con la evolución del Estado ciudad y el advenimiento del Estado imperial, como consecuencia directa de la centralización del poder público, la expansión territorial y económica y las profundas mutaciones ideológicas que sufrió el pueblo romano, la cognitio extra ordinem aumentó poco a poco su ámbito de competencia material a expensas del procedimiento formulario para convertirse en el único

tas ha sido realizado de modo indirecto. La fuente más importante con que al respecto contamos es el manuscrito de Verona de la Instituta de Gayo (I.G. 4.10-30), -- completado en buena parte por las investigaciones egipcias de Vincenzo Arangio-Ruiz y la señorita Norsa. A esto debemos agregar que dado que Gayo vivió durante el -- siglo II de nuestra era su exposición de las legis -- actiones es una reconstrucción histórica del sistema.

Puede suponerse --con Arangio-Ruiz (31)-- que la etapa de las legis actionem se abre con la fundación de Roma en virtud de que en esa época se afirmó el poder -- de la civitas sobre los pequeños grupos subordinados a su autoridad (32) con las consiguientes limitaciones a las prácticas autodefensivas que dicho acto implica.

Sin embargo, las palabras de Gayo en I.G. 4.11. (33) y la denominación misma de legis actionem, han dado lugar a que se piense que fueron introducidas por la Ley de las XII Tablas. En contra de esta opinión, el -- examen sociológico, e incluso psicológico, del funcionamiento mismo del procedimiento per legis actionem ha -- puesto de manifiesto que es más probable que dicho cuerpo normativo haya recogido una serie de prácticas entonces en vigor fijando formalmente costumbres anteriores -- que no eran sino el reflejo de la prohibición tácita -- de la autodefensa (34).

Desde tiempos remotos podemos distinguir dos -- clases de conflictos: aquellos que dan lugar a una pre-

sistema de enjuiciamiento romano en vigor durante el - siglo III de nuestra era (29).

El procedimiento extraordinario y su doctrina, habrían de convertirse en antecedentes directos del -- " proceso romano-canónico" o, simplemente "común" en - el que los elementos romanos se combinan con los germá - nicos para posteriormente, y a través de diversas in - terpretaciones, convertirse en las raíces históricas - de no pocas instituciones procesales modernas (30).

A los dos primeros períodos, fase primitiva o - preclásica de las legis actiones y clásica o del proce - dimiento formulario, se les conoce como ordo iudiciorum privatorum, en tanto que a la etapa post-clásica de la cognitio extra ordinem se le denomina ordo iudicorum - publicorum. Las denotaciones indican, como en breve ve - remos, el carácter público o privado que campea a todo lo largo de la composición de los litigios en una y -- otra época, la transición de lo privado a lo público es, en suma, el "leit motiv" de la historia del enjuicia - miento romano.

a) La actio durante la época de las legis - - acciones.

En primer lugar, debemos recordar que el cono - cimiento de esta primera fase por parte de los romanis -

tensión cuya satisfacción no incumbe sino al particular que la ejercita y los que hacen surgir una pretensión -- tendiente a la satisfacción de una necesidad de orden -- colectivo (35). En el período preclásico ambos tipos de litigios son objeto de una composición de naturaleza -- privada a través del arbitraje ejercido primitivamente -- por el Rex y que funcionó como fase estructural de tran -- sición entre la autotutela y el proceso (36).

Si el sistema del derecho preclásico puede -- caracterizarse por la "expresión plástica" (37) que -- adoptan sus instituciones, la acción procesal adopta -- también una forma escénica o teatral (38), en la que se conservan frescos los instintos autodefensivos y se ges -- tícula pronunciando decires rituales ejecutados por los adversarios con el objeto de representar ante la comu -- nidad el litigio en una forma pacífica. Ante esta rea -- lidad, Lévy-Bruhl ha formulado una sugestiva tesis de -- acuerdo con la cual la matriz del derecho subjetivo es -- taría constituida por un agere, en tanto que rito "mági -- co" condicionante de la realización jurídica de la pre -- tensión: "c'est le rite qui crée le droit" (39).

El período del enjuiciamiento calificado de -- legis actionem tiene carácter privado en virtud, espe -- cialmente, del carácter igualmente privado del juzgador escogido por las partes. De la necesidad que tienen las partes de nombrar a un iudex privatus surge la divi --

sión en fases del procedimiento. Una primera, in iure, en la que los contendientes se presentan ante el magistrado (autoridad pública) afirmando el actor su pretensión a través de fórmulas solemnes que deben observarse estrictamente (40), en tanto que el adversario negaba o se allanaba a lo pedido por el actor con un formalismo similar al de aquel. Todo esto acontecía en un lugar público (por lo general en el comitium), invitándose a los presentes a actuar como testigos (testes estote) (41). La civitas interviene a través del magistrado quien en el ejercicio de la iurisdictio (ius-dicit) se limita a vigilar que los litigantes "no lleguen a las manos" y una vez que las partes han concluido con su representación abre las puertas de la fase apud iudicem concediendo o negando la protección de tutela jurídica concreta solicitada por el actor (actionem dare, denegare actionis) de acuerdo con la aplicación de la ley al caso ante él representado solemnemente (42).

En caso de que el magistrado conceda la actio, las partes de común acuerdo designan al iudex privatus que habrá de zanjar la cuestión ejerciendo la iudicatio que le confiere el magistrado para el caso concreto. En el período apud iudicem las partes actúan tratando de convencer al iudex probando y alegando en torno a sus pretensiones y defensas. La composición aportada por el iudex se encuentra provista de los efectos de la - -

res iudicata, ya que en esta etapa histórica el enjuiciamiento romano no admite, en términos generales, apelación alguna (43).

En el momento de su máximo esplendor, el sistema de las legis acciones comprendió cinco legis acciones tres de carácter cognoscitivo y dos de índole ejecutiva. Las más antiguas, anteriores en la opinión de muchos a las XII Tablas, fueron la legis actio per manus iniectio-
tionem, de naturaleza ejecutiva, y la legis actio per
sacramentum, que durante la vigencia de las Leyes de las XII Tablas habría de convertirse en la acción de conocimiento de carácter general (44). Al lado de ésta última encontramos las legis acciones per iudicis postulationem
y per conditionem, en tanto que junto a la legis actio-
per manus iniectio-
tionem, con carácter igualmente ejecutivo, se localiza la legis actio per pignoris captionem.

Como afirma Pugliese (45), las cinco legis
acciones no constituían propiamente cinco formas distintas de iniciación del procedimiento: en realidad integraban cinco tipos diferentes. La actio entendida como ius-
agendi se limitaba en estos remotos tiempos a un ritual-solemne por el que la autotutela se legitimaba, ya que la resolución del iudex no hacía sino autorizar al actor a hacer valer su pretensión frente al deudor o, en su -- caso, impedir que actuase contra este. Muy probablemente se desconoció la condena del actor.

Este sistema de las legis acciones, surgido de la práctica primitiva y del ritual sacerdotal, era exageradamente formalista y privatista. La civitas se limitaba a vigilar la pacífica composición de los litigios. Además, este sistema sólo se encuentra abierto a los -- ciudadanos romanos, de donde se derivan innumerables limitaciones tanto a la legitimación activa como pasiva.-- El procedimiento, ya que no el "proceso", porque no existe propiamente jurisdicción pública, es un instrumento-exclusivo de las partes, quienes a través de él tienden a satisfacer sus pretensiones. Igualmente, las legis -- acciones acusan una tipicidad absoluta respecto a las -- pretensiones que pueden hacerse valer, tan sólo atenuada por el carácter general de la legis actio per sacramentum, lo cual, aunado a la interpretación estricta -- entonces imperante, originó que variadas formas de litigios no contemplados por la ley careciesen de composición jurídica (46).

De lo hasta aquí expuesto se colige fácilmente que, como afirma Biondo Biondi (47), la actio (ius -- agendi) no presentase mayores problemas al primitivo -- pensamiento jurídico romano. La actio no era sino la -- facultas agendi reconocida por la ley, esto es, la facultad legal de desplegar un conjunto de actos procedimentales encaminados a la declaración, tutela y realización fáctica del derecho subjetivo. De ahí que pueda afirmarse que durante esta fase pre-clásica la actio --

constituyó un pruus respecto del derecho subjetivo (48).

El desarrollo territorial de Roma y el consiguiente aumento del número de súbditos no romanos que se encontraban imposibilitados para componer sus litigios y hacer valer sus pretensiones a través del procedimiento per legis acciones, y la aparición de nuevas relaciones comerciales y sociales no reguladas por el riguroso y antiguo sistema, motivaron la evolución del fino espíritu jurídico romano que, combinado con el desarrollo de la autoridad estatal, provocó la decedencia del primitivo enjuiciamiento de las legis acciones, que "pau latin in odio venerunt" (G.I., 4.30) (49).

El ius civile antiguo fué un cuerpo normativo surgido con la propia estirpe, y contó así con la fuerza de la razón misma de la naturaleza de las cosas (50); pero esa razón, natural y sencilla, quedó prisionera de la rigidez propia de las formas. El rigor y la inmutabilidad formales prohicaron fácilmente las iniquitates. Ante ellas habría de alzarse vigoroso el ius honorarium (51), y con él, un nuevo sistema de enjuiciamiento introducido por la práctica de los pretores y magistrados que desarrollaban sus funciones fuera de Roma: el procedimiento per formulas (52).

La introducción formal de este sistema se realizó en virtud de la lex Aebutia (promulgada entre 150 y 130 a. J. C.), sin que se derogase de inmediato el sistema de las legis acciones. De aquí surge la distinción en

tre iudicia legitima (legis actiones) y iudicia imperio-continencia (G.I., 4, 104). La primera desciende directamente de la ley, se ciñe, en su ámbito personal de validez, a los cives. La iudicia imperio continencia, desarrollada inicialmente por el praetor peregrinus (insti- tuído en 242 a. J. C.) tiene como fundamento, no la ley, sino el imperium y se aplica siempre que en el litigio- participen uno o más peregrinus (53).

En este nuevo sistema procedimental, el pretor - fué desarrollando e interpretando conforme a las necesi- dades propias de la época, las rígidas instituciones del ius civile. El pretor no se limitaba a ius dicere, sino- que realizaba la voluntad colectiva mediante la conce- sión de acciones y medios procesales de diversa índole - (vgr. interdictos), que lejos de poseer un carácter ex- clusivamente técnico o instrumental, servían como formas creadoras de nuevos derechos. Estas trascendentales modi- ficaciones, y algunas más a las que a continuación nos - referiremos, repercutieron necesariamente en la concep- ción de la actio.

b) La actio durante la época del procedimiento- formulario.

El enjuiciamiento formulario no fué un procedi- miento público: sus raíces se hincan todavía en princi- pios de carácter privatista y se mantiene la duplicidad

de fases. Durante la primera -fase in iure- actor y de -mandado se presentan ante el pretor a exponer los hechos mismos del litigio. Para que esta fase pueda llevarse a cabo, se requiere la presencia del demandado. Para lo --grar la comparecencia del pretendido deudor, el preten --sor lo llama a juicio personalmente (in ius vocatio); y --en el supuesto de que aquel se negara a comparecer, el --pretensor le obliga, físicamente, a que le acompañe an--te el pretor (54). Al exponer el litigio ante éste, las--partes litigantes lo hacen sin tener que recurrir a los--complejos ritos y ceremonias característicos del siste--ma anterior. Al pretensor corresponde señalar el tipo de procedimiento y la forma o tipo de actio necesaria pa--ra hacer valer su pretensión. El pretor, adoptando una --posición activa, escucha a las partes y confiere, dis--crecionalmente, la actio. Así, la actio adquiere un nue--vo significado, la actio es, fundamentalmente, un dere--cho al juicio (iudicium dat). El juicio integra la se--gunda fase del procedimiento. En ella, el juzgador es --siempre un particular (iudex, recuperatores). Pero para--que la fase apud iudicem pueda válidamente celebrarse, --no basta con el otorgamiento de la actio: es preciso que las partes convengan en someter su litigio a la decisión de un tercero imparcial. Este acto en el que las partes aprueban la fórmula otorgada por el pretor se conoce --como litis contestatio (55).

La litis contestatio es la figura procesal esencial del procedimiento formulario. Sin litis contestatio no hay composición efectiva de la relación litigiosa; dicha figura es condición indispensable para que pueda darse un pronunciamiento del iudex, y, en su caso, para que pueda exigirse la ejecución de la sententia.

Como Wlassak ha puesto de manifiesto (56), la litis contestatio es, esencialmente, un acto de las partes que determina la actuación de la voluntad de la ley en el litigio. A través de la litis contestatio las partes tienen un poder de disposición tanto sobre el litigio como sobre el proceso. De aquí deriva fundamentalmente el carácter privatista que anima al sistema formulario. Si algún carácter público quiere darse al enjuiciamiento formulario, éste habrá de encontrarse en la intervención del pretor, quien fija los términos de la fórmula y, previa aprobación de los litigantes, confiere al iudex la facultad de resolver el litigio (iudicare iubere o iussum iudicandi), invistiéndolo a tal efecto de un munus publicum, que se agota con la solución del litigio que se le hubiere confiado (57).

La noción de actio dentro la fase formularia del procedimiento romano debe analizarse a través de su relación con la figura clave: la litis contestatio. De acuerdo con Pugliese, la actio tenía como contenido la actividad procedimental a través de la cual se compelia al --

adversario a presentarse ante el tribunal a fin de entablar contra él un juicio de acuerdo con la fórmula que - él seleccionase entre las contenidas en el album del - pretor (58). En este sentido, la actio antecede, y en - cierta medida, es presupuesto de la litis contestatio. - A nuestro entender, Pugliese llega a identificar la - actio con la in ius vocatio, la despoja de toda rela- - ción con la pretensión litigiosa y la construye como un auténtico presupuesto procesal (59). No creemos que este haya sido realmente el contenido del término actio dentro del enjuiciamiento formulario.

Según se desprende de numerosos textos, la - actio tenía un carácter marcadamente sustantivo (60) y - era más bien fijar por el pretor en la fórmula (61). La - actio concedida por el pretor no era un derecho o un poder de una parte frente a la otra, sino, en realidad, la tipificación jurídica de una relación litigiosa (62). -- Por ello, las fórmulas y las acciones son típicas: a toda pretensión corresponde una fórmula, que no es sino la instrucción escrita girada por el magistrado al iudex, - con vista a la composición de un litigio (63). Actio y - fórmula no son sinónimos: en la fórmula se concreta la - acción principalmente a través de la intentio (64).

Cuando el pretor formula el programa a que deberá apegarse el iudex, tipifica la actio y delimita su -- alcance. Con ello, el derecho subjetivo empieza a perfi-

larse, si bien a condición de su ulterior acertamiento por parte del iudex. La actio se presenta como la posibilidad-concreta del actor a obtener un bien de la vida a través - de la resolución del iudex: por ello, para que la datio -- iudicii tenga lugar es necesario que el magistrado consi-- dere que la pretensión del actor merece ser tutelada (65).

La estrecha relación existente entre la actio y - el derecho subjetivo reclamado, o más concretamente, entre actio y pretensión (entendida como objeto litigioso) de -- terminaron, en opinión de Albertario, el surgimiento de - los derechos reales y los derechos personales (66).

Ya en los albores de la era cristiana, el sistema formulario, caracterizado por la naturaleza privada del enjuiciamiento, se tornó poco efectivo. Una nueva gama de re laciones en las que se hizo necesaria la participación ac- tiva del poder público en la composición de los litigios - fué apareciendo. Conjuntamente el Estado romano se fué con- solidando y la convivencia ordenada, fundada en buena par- te en la solución pacífica de los litigios, requirió la in tervención directa del Estado. A esta necesidad respondi- ron la lex Iulia iudiciorum privatorum y la lex Iulia iudi ciorum publicorum. La primera de dichas leges abrogó en for ma definitiva el procedimiento per legis actiones que, de- hecho, ya había prácticamente desaparecido. Como principal innovación respecto al tema que nos ocupa, reglamentó la le gitimación activa, introduciendo la figura del interés en -

obrar, de acuerdo con el cual sólo estaría legitimado para actuar en juicio aquel que previamente demostrase la necesidad de tutela jurídica (67).

Por su parte, la lex Iulia iudiciorum publicorum introdujo un nuevo sistema que rompía la dualidad de fases. Los procesos por ella regulados se desarrollaban ante un juzgador permanente, instituido por el Estado con competencia para conocer especialmente de los delitos públicos (68). Este tipo de proceso no se funda ya en el acuerdo entre las partes, en él, la figura de la litis contestatio se desvanece (69), abriéndose la posibilidad anteriormente desconocida del procedimiento contumacial. En relación con la actio encontramos una reglamentación de acciones para las cuales se concede la legitimación quives ex populo (70).

De la misma manera comienzan a surgir nuevos procedimientos encaminados a la tutela de relaciones antes desconocidas, como el fideicomiso y las de naturaleza administrativa. Es entonces cuando surge el procedimiento extra ordinem, que habría de consolidarse durante la época de Diocleciano (71).

c) La actio durante el período de la cognitio extra ordinem.

Como brevemente hemos señalado, durante la época clásica el sistema formulario y la cognitio extra ordinem,

surgida directamente de las necesidades de su época, -- coexisten. Dos factores determinan el abandono de la primera y su sustitución por la segunda: el primero, de carácter sociológico, consiste en la mayor rapidez y excelente calidad técnica de la cognitio extra ordinem (72), en tanto que el segundo es de naturaleza jurídico política y tiene como raíz la afirmación del poder absoluto del Estado imperial (73). Estas dos causas motivaron el aumento de las cognitiones extraordinarias que, durante la fase post-clásica, harían "caer como una rama seca" -- (74) el sistema formulario.

El procedimiento extraordinario tiene como -- rasgo fundamental el carácter público que asume la función jurisdiccional. La composición de los litigios se reputa como una función propia del Emperador. El iudex -- deja de ser un particular investido de un munus publicum, para convertirse en un órgano estatal con carácter permanente. Se rompe la dualidad de fases y todo el procedimiento se concreta en la etapa apud iudicem: con ello -- la litis contestatio carece ya de sustentación lógica y el proceso adquiere naturaleza pública (75), al tiempo -- que puede delinearse una tímida frontera entre el derecho procesal y el derecho material (76). También conviene recordar, que la jurisprudencia post-clásica realiza una interpretación menos concreta y tiende a las formulaciones generales y abstractas (77).

Durante esta fase del enjuiciamiento romano la palabra actio sufre, como recuerda Biondo Biondi (78), numerosos ataques en virtud de su origen. Los juristas clásicos tienden a hablar de persecutio (79) pero la fuerza de la costumbre logra imponerse conservándose dentro del lenguaje jurídico las voces actio y agere, sólo que, merced a las nuevas directrices políticas que animan al enjuiciamiento, con un contenido esencialmente diferente (80).

Al desaparecer el sistema formulario, deja de existir la tipicidad de fórmulas y acciones. No puede ya hablarse de acciones: la actio adquiere con ello un sentido unitario, no siempre recordado por la doctrina (81).

La actio se entiende, pues, y de modo especial durante el proceso per libellum justiniano, como la forma concreta de obtener la tutela jurídica de un derecho subjetivo. En esta fase, el derecho subjetivo es un prius respecto de la actio (82).

En materia penal, la cognitio y la accusatio determinan dos formas distintas de procedimiento. La primera tiene como base el carácter inquisitivo del proceso penal extraordinario, en tanto que la segunda se funda en el carácter privado de la acción (83).

La concepción de la actio en el derecho post-clásico deja ya de ser una mera sustitución de las formas autodefensivas y se convierte en una actividad reglamen -

tada por la ley, que se encamina directamente a la consecución de una resolución estatal que realice el contenido de la ley. Con ello, el derecho romano empieza a formularse como un sistema de derechos subjetivos, adquiriendo la acción la naturaleza de "diritto-mezzo" presente en las ulteriores concepciones que la entienden como "el cordón umbilical a través del cual el derecho sustantivo circula en el proceso alimentándolo y salvándolo del peligro de reducirse por inanición a una tenue forma carente ya de sangre" (84).

3. El desarrollo de las teorías acerca de la acción durante la época del ius commune.

Durante la alta Edad Media las invasiones bárbaras introducen en gran parte del antiguo Imperio Romano sus leyes y costumbres. El proceso germánico (longobardo-franco) (85), se superpone así a las refinadas instituciones romano-justinianas entonces en vigor. Sin embargo, el derecho romano no desaparece. Los centros culturales de Roma y Rávena, así como los tribunales eclesiásticos, mantienen vivas algunas de las instituciones procesales justinianas ("ecclesia vivit lege romana") (86).

El espíritu procesal romano hubo de resistir -

el embate de las rudas prácticas germánicas, combinándose con ellas en una progresiva influencia recíproca que, en el flujo y el reflujo de la historia, habría de traducirse en el resurgimiento vigoroso de la "idea romana" al producirse el renacimiento cultural del siglo XII - - (87), que coincidiría con la decadencia del sistema feudal en la península itálica.

La fusión de los elementos germánicos con los-romanos dieron lugar a un nuevo y original sistema procesal que habría de servir de base fundamental a los sistemas actualmente en vigor en el universo jurídico centro europeo y latinoamericano (civil law tradition) (88): el proceso germano-romano canónico, que, mediante el fenómeno general de la recepción (89), se convirtió, para Alemania a partir del siglo XIV y hasta la época de las codificaciones en el resto de Europa, en el sistema de enjuiciamiento común de la Europa continental. Dicho sistema, surgió como el fruto natural y espontáneo del renacimiento cultural y socio-político que anunció las postrimerías de la Edad Media (90).

Al finalizar el siglo XI, el derecho romano se encontraba vigente sólo en la práctica judicial de la Iglesia; sin embargo, en la Escuela de Bolonia, "la Roma del derecho procesal" como le llamó Chiovenda (91), se redescubren las fuentes romanas, que primeramente son estudiadas como un simple producto literario de gran interés filiológico. Irnerio, el magister artium, se apli-

ca al estudio del Digesto en grado tal, que termina por - convertirse en un jurista de altísima categoría (92), formando en torno a él a un grupo de juristas que habrían de convertirse en la primera generación de "glosadores" del Corpus Iuris Civilis (destacando, Búlgaro, Hugo, Jacobo y Martino, "los cuatro doctores") (93).

La Escuela de Bolonia, cuyos orígenes se pierden en los misterios de la época (94), estudió los textos justinianeos desde una perspectiva teórica desvinculada, en sus orígenes, de la práctica judicial de la época. -- Los primeros glosadores dirigieron su atención, preferentemente, hacia el ordo iudiciorum publicorum caracterizado por la unicidad de fases (apud iudicem) y el procedimiento per libello, al que antes hemos hecho una breve referencia. Apegándose a la Constitutio Tanta, los glosadores estudiaron el derecho romano como una unidad sin contradicciones; así, los elementos del Corpus Iuris Civilis, y especialmente los provenientes del Digesto, referentes al proceso clásico (en concreto, formulario) se mezclaron con los derivados del sistema extraordinario, dando lugar a la superfetación e hipertrofia de no pocos conceptos (95).

En relación con la actio, los glosadores examinaron las manifestaciones de ésta durante el período de la cognitio extra ordinem, pero con algunas connotaciones provenientes de la fase anterior. De especial importancia

para el estudio de las teorías acerca de la acción resultan los trabajos de Piacentino y Azón.

Piacentino y Azón son miembros de la segunda y tercera generación de glosadores respectivamente, y de ahí que en sus obras tomen ya en cuenta algunos aspectos de la práctica procedimental de su época, recogidos, en su mayoría, en los famosos ordines iudiciorum y ordines iudiciarii que, lejos de constituir meras exposiciones del procedimiento romano justiniano, contienen elementos sistemáticos provenientes del derecho y del procedimiento germánico (96).

Durante el siglo XII, Piacentino elabora su Summa de actionum varietatis que, en cierta medida, puede considerarse como uno de los primeros estudios sistemáticos del tema que viene ocupándonos (97). Para Piacentino, el estudio de la acción - en tanto que agere - tendiente a la obtención de la tutela jurídica, o "azio ne in astratto" de acuerdo con Redenti (98) - constituyó un capítulo o apéndice del derecho subjetivo material. Piacentino distinguió primeramente la acción de la petitio, auténtica base del sistema procedimental medieval (99). La petitio (intentio se le llamó también) era la prestación concreta que el actor reclamaba (pretensión material). Para Piacentino, la actio es el fundamento legal de la petitio, de manera que sin acción no hay pretensión. Estos razonamientos llevaron a Piacentino a identificar la acción con el sustrato sustancial de la pretensión, de modo que actio y obligatio -

son sinónimos.

Posteriormente, Azón -conocido también como Azo dei porci, o simplemente Azo- discípulo de Giovanni -- Bassiano, criticó las tesis de Piacentino en sus dos -- obras fundamentales: Summa Institutionum y Summa Codicis (100). En ellas, Azón sostiene que la actio, el contractus y la obligatio son nociones distintas pero inter- -- dependientes, de manera que la acción y la obligación no son sinónimos, como sostuvo Piacentino, sino realidades- vinculadas en una relación similar a la que media entre- antecedente y consecuente. La actio procede de la - - obligatio, por lo que esta última puede considerarse co- mo "mater actionis", no existiendo en cambio, diferencia alguna entre actio y petitio.

Azón y Piacentino elaboran también una profunda- sistematización del concepto al reconocer que el término "actio" -y aquí vemos todavía algunos resabios del méto- do filiológico de Irnerio- "generale est" y se encuen -- tra "posita in definitione cum ponatur ut genus"(101). - Piacentino, al decir de Redenti (102), distinguió entre- la acción en general y las diversas formas o modos de -- ser de la acción, diferenciando ciento noventa y un va- -- rietate actionum a las que examinó de acuerdo con el nom- bre que cada una de ellas recibe en la práctica, dado -- que "plures sunt actiones quam earum nomina" (103).

La divergencia fundamental entre las teorías de Piacentino y Azón no estriba en las varietate acciones, sino en la noción genérica de acción. La concepción de Piacentino enmarca la acción dentro del derecho material, considerándola como el derecho mismo, al identificar la obligación, o causa de la pretensión, con la acción. Esta teoría, plenamente acorde con el pensamiento post-clásico romano (104), no dejó de presentar algunos problemas a los juristas de la época (105). En cambio, la interpretación de Azón, logra desvincular, aun cuando sea muy tenuemente, la obligación, y en general, el derecho sustantivo-material, de la acción (entendida como agere), resolviendo ciertos problemas tales como la acumulación de acciones, en virtud de que si la obligación es la fuente de las acciones, nada impide que de una sola obligación surjan dos o más acciones (106).

Así, como afirma Kaufman, mientras Piacentino piensa en términos de derecho subjetivo, la concepción de Azón entronca directamente con el derecho romano clásico, a la vez que hace resurgir el problema de la "causa" (107).

Giovanni Bassiano, por su parte, tuvo el especial cuidado de indagar la determinación del "nombre de la acción" (nomen actio) que limita la materia del litigio que ha de ser resuelto por el juzgador. Dentro de esta concepción, la acción puede considerarse, al igual que la fórmula del período clásico romano, como la medida y límite de la función jurisdiccional. Tal vez de esta

práctica hallan surgido los conocidos aforismos iura -- novit curia y da mihi facta dabo tibi ius (108).

Posteriormente, en el Speculum de Duranti, la acción se construye sistemáticamente como algo distinto al derecho subjetivo material pero que se agota en lograr la eficacia real del mismo. Para Duranti, la acción es uno de los elementos fundamentales del libello con el cual se incoa el proceso. De esta manera, la teoría de Azón empieza a expandirse generando la conciencia de que entre acción y obligación existe efectivamente una relación, pero no una identidad (109), mientras que actio y netitio se confunden.

La distinción entre acción y obligación encontró bases sólidas en D.2.13, 1er. párrafo, el cual señala como momento crucial del procedimiento la editio actionis mediante la cuál el actor fijaba los límites del litigio y no era la designación de un derecho sustancial sino del nomen actionis, esto es, de un concepto o de una realidad no sustancial (lo cual no quiere decir que fuese ya plenamente procedimental) (110). A través del libellus conventionalis del procedimiento común, el demandado se enteraba formalmente de la pretensión que en su contra esgrime el actor, quien ante el juzgador, le entrega su demanda (libelli oblatio). De esta manera, la acción es, primordialmente, un

acto de comunicación entre las partes, y, subsidiariamente, una manifestación de voluntad del interesado -- consistente en el reclamo de la tutela jurídica (111).

Es indudable que si bien acción y derecho -- subjetivo tienden a separarse, para la glosa el proceso no pasa de ser un mero "accesorio del derecho civil", que se encuentra a disposición de las partes para que éstas lo empleen de la manera que más les convenga.

Los problemas en torno a la naturaleza de la acción cobraron nuevo interés para los postglosadores, solo que la mayoría de sus trabajos se vió a menudo -- envuelta en esa "empty cleverness" (112) deseosa de -- formular distingos y clasificaciones capilares tan -- complejas como poco útiles y superficiales. La época -- de los postglosadores se encuentra orientada de modo -- prevalente hacia el procedimentalismo, hacia el acontecer de los actos procesales que durante dicho período se ven matizados por el excesivo formalismo que se manifiesta especialmente en el empleo exagerado de la -- escritura y en el rigorismo del principio de orden -- consecutivo que priva durante todo el desarrollo del enjuiciamiento (113).

Donello, jurista francés originario de Cha -- lon-sur-Saône, aplicó su ingenio al examen de la defi-

nición de Celso, perfeccionandola mediante la introducción del apéndice "aut quod nostrum est" para comprender dentro de ella tanto las acciones reales como las personales (114) al tiempo que, al igual que Hotman, tuvo el acierto de desplazar la distinción in rem e in personam, hasta entonces aplicada a las acciones, del procedimiento al derecho sustantivo material (115). Por otra parte, Donello se encargó también de distinguir entre la actio, como ius agendi, de las formas concretas de su ejercicio. Así, concibió el ius agendi como un derecho público, en virtud de que cuique iure publico datum est. Distinción esta que en buena medida se encuentra ya contenida en la Gran Glosa de Acursio en la contraposición entre el ius propter quod persequimur con el ius quo persequimur y que se confunden un tanto en Hotman, para quién actio vero in agendi tantum potestate consistit, nec nullam obligationem adiunctam habet (116).

La Escuela de Bolonia tuvo en la figura del Maestro Jacobo de las Leyes a su representante más autorizado en la península ibérica (117). A él se debe, probablemente, la Partida III del código Alfonsino (118) de la que quizás hayan sido borrador "Las flores del derecho" (119). Las concepciones relativas al proceso, y en concreto a la demanda (más que a la acción), contenidas en la Partida III se encuadran dentro de la etapa que con --

toda propiedad ha sido calificada de "judicialista" por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo (120). En ella, bajo - la influencia del ius commune, la acción es el acto realizado por el demandante con el fin de incoar un juicio, en función de la distinción que en las Partidas de in - troduce entre pleito y juicio. Al lado del término -- acciones aparece también como sinónimo el de "voz" (121).

La Partida III, comprensiva de treinta y tres - títulos con un total de seiscientas cuarenta y un leyes, no dedica ley o título alguno a la acción en forma ex - clusiva. La influencia del libello del proceso común le lleva a hablar de "demanda", en relación con las partes y sujetos del juicio, así como con referencia a los -- tiempos mismos en que se descomponen los pleitos (de -- conformidad con el ya mencionado principio de orden -- consecutivo). La ley primera del título segundo descri - be al demandador como aquel que "faze demanda en juyzio, por alcanzar derecho; quier por razón de debda, o de -- tuerto que ha recibido en el tiempo pasado, de que nou - ouo justicia, o delo que fazen en aquel en que esta to - mandole, o embargandole aquello, de que es el tenedor, - o en que ha algun derecho". Como se aprecia facilmente, lo que las Partidas llaman demanda guarda estrecha co - nexión con lo que los glosadores llamaron petitium, y - la demanda tiende a la actuación del derecho subjetivo - material configurándose como un auténtico "diritto --

mezzo" tendiente no sólo a la composición del litigio, sino a "alcançar derecho". Igualmente puede verse en la demanda "en juyzio" un auténtico "ius persecuendi" tanto de pretensiones reales ("de lo que fazen en aquel tomandole, o embargandole aquello, de que es el tenedor, o en que ha algun derecho") como personales ("por razón de -- deuda, ò de tuerto que ha recibido... de que nou ouo -- justicia") (122).

Podemos suponer que la indicación de los hechos (de acuerdo con el iura novit curia) era parte medular de la demanda en consonancia con la ley 39 del título segundo de la tercera Partida ("que el demandador deve catar ante que comience su demanda, que recaudo tiene para provarla"). De mucha mayor importancia, en relación con el tema de la acción, resulta la ley 40 del mismo -- título y Partida, que tras señalar que la demanda tanto puede hacerse por escrito como oralmente, recomienda preferentemente la primera forma en virtud de la seguridad e inmutabilidad que ofrece (123), indicando los elementos de que debe componerse, y que son: "el nome del Juez ante quien deve ser fecha derechamente... el nome del -- que la faze... el de aquel contra quien la quieren fazer. .. la cosa o la cuantía o el fecho de la demanda... y la razón por que la pide" (124). No son pocas las semejanzas que guardan estos requisitos con los de la fórmula y especialmente con los del libello justiniáneo. En ella

podemos notar que la razón por la que se demanda es la causa petendi y no como en un sentido plenamente sustancialista (vgr. Piacentino) la causa debendi. Muchas otras reglas pueden encontrarse en torno a la demanda: sin embargo, a nuestro entender, con las aquí citadas -- basta para advertir que la relación derecho subjetivo -- acción se manifiesta dentro de una visión unitaria del derecho en la que la segunda no es sino la forma de -- hacer valer el primero. Así la acción se concibe como un apéndice, y en ocasiones llega a confundirse, con el derecho material mismo. Tales concepciones se fueron sucediendo y aceptando en España hasta tiempos no muy lejanos (125).

A los judicialistas siguen, dentro de la historia de la ciencia procesal hispánica, los prácticos. Para estos, de acuerdo con Alcalá-Zamora y Castillo -- (126), la ciencia del proceso no pasa de ser, a la luz de sus obras, un arte que tiene por objeto central el stylus curiae. Sin embargo a ellos se deben no pocos -- logros en el estudio del proceso; Cañada, Febrero y el más grande concursalista español, Salgado de Somoza -- (127) contribuyeron a sentar bases firmes a la ciencia procesal.

En sus Instituciones prácticas de los juicios civiles así ordinarios como extraordinarios el Conde -- de la Cañada dedica el capítulo tercero al examen de --

la demanda civil, distinguiendo en ella varias partes -- fundamentales. En la demanda o libelo debía, de acuerdo con Cañada, señalarse la causa de la obligación (causa debendi) refiriéndose ésta "con la mayor claridad en todas sus partes señalando la cosa, que se pide en modo -- cierto, de suerte que pueda comprobarse su identidad, y poner desde luego al reo en cabal conocimiento para contradecir la instancia, ó condescender á ella; y una de las partes que mas principalmente influye en esta deli-- beración, que produce otros efectos favorables al mismo actor, y hace mas expedita la acertada resolución del -- juez, consiste en que se exprese la causa ó título de -- donde procede la acción, ya sea personal ya real ó mix -- ta" (128). Con ello, Cañada vincula definitivamente la -- acción en justicia a la causa sustancial de que esta se -- "deriva" haciéndonos recordar a Azón cuando afirma que -- la obligatio est mater actionis, al tiempo que la dota -- de propiedades consuntivas respecto del litigio (129).

En Cañada también encontramos fuertes resabios de la editio actionis cuando sostiene expresamente que -- la determinación de la acción es "la conclusión del pe -- dimento" que vincula al juez en su resolución, si bien -- no de modo tan riguroso como dispone el "neat iudex -- -- ultra petitia partium" del derecho común, o el "sententia debet esse conformis libello" de Baldo (130).

Igualmente Cañada distingue con exactitud entre

la absolucióndel juicio y la absolucióndel de la instancia --
marcando con ello un importante logro.

A tratadistas como Antonio Gómez y a Ramos del --
Manzano, debemos profundos estudios acerca de las accio --
nes posesorias (131), mientras que a Yáñez Parladorio co --
rresponde un lugar especial dentro del estudio del orden --
en la acumulacióndel de acciones, en tanto que la acción de --
clarativa encontró en Cristobal de Paz un importante in --
térprete (132).

De esta manera, y aun cuando sea en forma un tan --
to breve, concluimos la exposicióndel de las diferentes con --
cepciones doctrinales que dentro del estudio del proceso --
común o romano canónico-germánico se fueron presentando. --
En ellas destaca, por un lado, el problema de la vincula --
cióndel de la acción con el derecho subjetivo, tema que Peke --
lis consideraría como uno de los ejes en torno a los cua --
les giran las teorías acerca de la acción (133), en tanto --
que, por otro, abren una alternativa para las ulteriores --
concepciones doctrinales, la acción debe de estructurarse --
como un derecho autónomo, independiente del derecho sustan --
cial y de la causa petendi, o por el contrario, su estudio --
debe comprenderse dentro del examen del derecho a través --
de él garantizado. Dentro de estas dos vertientes habrá --
de oscilar la pandectística y la mayor parte de las teo --
rías anteriores a la polémica Windscheid-Muther (134).

4. La doctrina de la acción ante la encrucijada: la acción como expresión del derecho subjetivo material; la acción como una figura propia e independiente.

Una vez realizada la recepción, y con el surgimiento y expansión vigorosa del ius commune, los problemas que durante los siglos XII y XIII habían inquietado las mentes de Azón y Piacentino, quedaron relegados a la historia; su función dentro del desarrollo de la dogmática procesal había concluido. En ausencia de una verdadera ciencia del proceso, los estudiosos del mismo se sumergieron en las sutilezas del procedimentalismo, entregándose por entero a la exposición del formalibus y perdiendo de vista la naturaleza misma de los actos e instituciones del proceso.

Las "prácticas judiciales" del siglo XVIII y primeros decenios del XIX, consignan numerosas y variadas clasificaciones de "las acciones", en razón de los diversos modos en que las demandas se ejercitan y de las varias formas de hacer valer las distintas pretensiones. Es precisamente la noción de demanda la que, teóricamente, viene a sustituir a la de acción, pues siendo esta última una noción fundamentalmente dogmática, aquélla resulta eminentemente práctica.

Durante el período practisista, la noción de actio acuñada por Celso y depurada por Donello, como -

ha sido recordado, era una verdad por todos aceptada -
(135).

No es sino hasta principios del siglo XIX, en -
Alemania, cuando la naturaleza jurídica de la acción -
vuelve a ocupar un lugar importante dentro de nuestra -
tradicción jurídica. Para la ciencia jurídica romano-ger-
mánica, el resurgimiento de la acción como noción clave
del proceso, se debió en buena medida al firme espíritu
analítico que anima a los juristas de la época.

Para determinar el lugar que la acción ocupó --
dentro de los estudios jurídicos de dicha fase históri-
ca es menester recordar algunos de los rasgos más impor-
tantes de la ciencia normativa de tales tiempos. Como -
es bien sabido, el iusnaturalismo y el iusracionalismo-
de los siglos XVII y XVIII habían construído un andamia-
je doctrinario fundado en dos vértices: el individuo y-
su libertad. Dichas ideas cardinales fueron, respecti--
vamente a cada siglo, los centros mismos del orden so-
cial a la manera en que el sol lo era del sistema solar
para Galileo Galilei.

Siendo el hombre el fulcro de la sociedad, y -
esencia del mismo la libertad individual, el derecho se
construye a partir del individuo, teniendo el Estado --
mismo, y por consecuencia su ordenamiento jurídico posi-
tivo, como fin primordial indeclinable la obtención, el
mantenimiento y la consolidación de la libertad e indi-

vidualidad de los seres humanos. Dentro de tal universo - ideológico, el fin del proceso será fundamentalmente el - del particular en tanto que sujeto de derecho que somete su voluntad a la decisión del Estado en la composición de un litigio (136). Al considerarse al ser humano como "sujeto de derecho", aparece dentro de la dogmática jurídica la noción del derecho subjetivo, a la luz de la cual, la acción procesal vendrá a consistir, teórica y sistemática mente en el vínculo que une al derecho con el proceso y - que, en un terreno jurídico político, representa una forma de relación entre el individuo y el Estado, de modo - que a través de la acción se manifiestan dos relaciones - de diversa índole teórica: por un lado, la ley abstracta y general se vincula con la sentencia concreta y particular, realizando el derecho subjetivo a instancia del sujeto que pretende la tutela de un bien de la vida mediante la intervención del Estado que imparte justicia; por otro, aparece un estrecho vínculo que une al individuo en ejercicio de su libertad, con el órgano estatal que objetiviza la tutela del derecho subjetivo material consagrado en la norma (137).

Se abre así una doble perspectiva: la acción, - entendida como vínculo, como puente de intercomunicación- -diritto mezzo-, puede construirse como parte o apéndice del derecho subjetivo material teniendo como sustento ge-

nético al individuo que demanda la intervención del Estado, o por el contrario, puede concebirse como una noción autónoma independiente del derecho subjetivo material perteneciente a un universo teórico diferente, es decir, al mundo del proceso, fundado en el interés público que domina al mismo.

Tal encrucijada tiene como consecuencia lógica la discusión de la unidad o diversidad sistemática del orden jurídico, y en concreto implica la liberación del derecho procesal frente al derecho subjetivo material, especialmente el civil, frente al que adquirirá autonomía cuando teóricamente responda a principios propios. De esta manera, el problema de la acción viene a ser un capítulo, y tal vez uno de los históricamente más importantes, dentro de la larga serie de intentos teóricos encaminados a levantar el edificio de la ciencia del proceso sobre bases sólidas propias. Es en este marco en el que habrán de moverse los estudiosos del tema que nos ocupa durante la primera mitad del siglo XIX en Alemania (138). Igualmente, conviene tener presente, que las teorías sobre la acción elaboradas durante el período del reinado del derecho subjetivo fueron, fundamentalmente, relativas a la "acción civil".

a) La acción dentro de la Teoría de Savigny.

Por contraposición histórica al ius commune, el

iusracionalismo dieciochesco carecerá de la literatura de actionibus o de iudiciis, posará en cambio un "sistema de derechos subjetivos". Expresión cabal de dicha problemática encontramos en la doctrina de F.K. von Savigny acerca de la acción.

La concepción de la acción para Savigny se encuentra en relación directa con la del sistema de derechos subjetivos, y éste es a su vez el resultado de una especial posición doctrinal.

Para el exponente más preclaro de la escuela histórica, la ciencia del derecho responde a dos exigencias fundamentales de orden metódico: por un lado, toda institución jurídica, antes que producto legislativo, es el resultado natural de una serie de hechos concretos, y por otro, la ciencia del derecho es una unidad en la que cualquier institución se encuentra impostada dentro de cualquiera de las dos grandes ramas que integran la totalidad del orden normativo: el "derecho público o político" y el "derecho privado" o "sistema del derecho subjetivo".(139).

El sistema del derecho subjetivo se concibe -por Savigny- como la disciplina teórica y sistemática enderezada hacia el estudio de las relaciones entre los individuos; fuera de él, se encuentran todos aquellos sectores que tienen por objeto de investigación la actividad del Estado "en tanto que manifestación or

gánica del pueblo", tales disciplinas son el derecho penal, el constitucional, y, lo que aquí más nos interesa destacar, el derecho procesal tanto civil como penal. -- (140).

Savigny excluye del campo de su investigación -- las figuras procedimentales, pero, en función de sus necesidades sistemáticas, se ve obligado a examinar el -- derecho subjetivo que ha sido violado (141). Tras haber considerado los "derechos en sí mismos como condiciones necesarias para la vida social de los seres libres", -- asienta Savigny que "por lo mismo que la libertad constituye la esencia, debemos admitir la posibilidad de actos libres contrarios a este orden, es decir violaciones del derecho que turban su estado normal" (142).

Ante esta posibilidad de violación o incumplimiento voluntario y espontáneo de los derechos subjetivos materiales, Savigny incursiona por los meandros del procedimiento; así, habrá de referirse a la jurisdicción, a la pena y a las formas y actos de contenido procesal (143), a los que genéricamente considera como -- fundados en la necesidad de reprimir la violación del orden jurídico.

Savigny se rebela contra aquellas teorías que en sus tiempos pretendieron sostener la autonomía del "derecho de las acciones" (144) equiparándolo al derecho sucesorio, al derecho familiar, al derecho de propiedad,

etc. (145). La teoría de la acción ocupa un lugar de -- importancia dentro de la sistemática de Savigny porque, para él, la acción es el aspecto bajo el que se nos presenta el derecho subjetivo violado. De esta manera, ante la alternativa de liberar a la acción del campo del derecho privado inscribiéndola en el público, Savigny -- opta por la contraria y concibe a la acción procesal -- como un momento del derecho subjetivo.

De la violación de un derecho subjetivo material surge una nueva relación en la que la parte lesionada asume una posición similar a la del acreedor, -- mientras que la posición que correspondería al deudor -- es asumida por aquél que ha inferido la lesión a través de la violación de un derecho subjetivo material (146).

La obligación no es ya la mater actionis de que hablara Azón. El origen de la acción se encuentra en la violación del derecho subjetivo, siendo por ello su titular el ofendido y su destinatario el que ha perpetrado la violación. Sin embargo, Savigny tiene el cuidado de no confundir la relación obligacional con lo que, -- en terminología carnelutiana, podríamos llamar relación litigiosa, cuando señala que "esta nueva relación -- permanece en el estado de posibilidad y no determina acto alguno de la parte lesionada, no podemos considerarla como obligación verdadera y perfecta, sino como un germen susceptible de transformarse, por virtud de su -- natural desenvolvimiento, en verdadera obligación"(147).

La relación entre acción y derecho subjetivo es clara. Toda acción implica, necesariamente, la existencia de un derecho subjetivo material y la violación del mismo. Sin derecho subjetivo material no hay acción, -- sin violación no hay tampoco acción. La "actio nata" no existe, afirma Savigny.

Numerosas serían las contradicciones a que esta tesis acerca de la acción pudiera llevarnos si el propio Savigny no se hubiese preocupado por diferenciar -- entre "un derecho de acción general" y "un derecho de acción especial". El primero se refiere a una noción -- unitaria, común y genérica respecto de todos los tipos y formas que integran el "sistema de las acciones" cuyo estudio es parte específica del procedimentalismo. La acción como "derecho general", es para Savigny, un aspecto que forma parte de la categoría "de los desenvolvimientos y metamorfosis que experimentan los derechos por sí mismos subsistentes" (148). Sin embargo, la distinción no disipa todas nuestras dudas. Si la acción -- no surge sino donde un derecho existente ha sido violado, y ella es la condición necesaria y suficiente para que el Estado intervenga directamente sobre una relación de derecho privado, ¿qué es lo que sucede cuando -- la sentencia del juzgador es desestimatoria en relación con la "acción" (pretensión) del actor?

La tesis de Savigny es incapaz de explicar la sentencia desestimatoria porque, de acuerdo con la máxima de que la acción es la facultad de poner en movimiento la intervención jurisdiccional del Estado, en los -- casos en los que la "acción" no prospera, el tribunal ha brá actuado indebidamente dentro de las relaciones de -- los particulares. La acción, según la entiende Savigny, no existiría, propiamente, sino hasta que el juzgador -- confiere la tutela concreta del ordenamiento jurídico -- acogiendo la pretensión del actor.

Igualmente, de acuerdo con la concepción de -- Savigny, la acción se dirige exclusivamente a hacer -- reparar la violación del derecho subjetivo. La acción -- es el propio derecho subjetivo en estado de defensa, -- por lo que "las instituciones establecidas para comba -- tir la violencia" -la principal de las cuales es el proceso jurisdiccional- "reobran (rectius:repercuten) so -- bre el contenido y la esencia del derecho mismo" (149).

Dentro de este orden de ideas es fácil cole -- gir las consecuencias teóricas a que tal concepción nos lleva: en primer lugar, el proceso se agota, aun cuando Savigny lo encuadre dentro del terreno del derecho pú -- blico o político, en la composición de la violación tutelando el interés del sujeto privado que se ha sentido lesionado por la conducta de un tercero. Toda la actividad jurisdiccional se dirige, en forma inmediata, a sa-

tisfacen las pretensiones de tutela jurídica de los particulares, y en concreto del individuo mismo, con independencia de los intereses públicos y sociales que se hallan presentes en todo litigio. El interés social, o incluso el público, sólo se ponen en juego al evitar el proceso jurisdiccional el empleo directo e indiscriminado de la autotutela. Al concebir la acción como el resultado potencial de la violación de un derecho subjetivo de carácter material, se deja al arbitrio del lesionado la realización de la voluntad concreta de la ley, que para Savigny no es la norma codificada, como pretendiera Thibaud, sino "la sede propia de la conciencia común del pueblo" (150), con lo que, la realización objetiva de dicha conciencia violada queda al arbitrio libre y soberano del particular.

El carácter sustancialista de la concepción de Savigny lo lleva a equiparar, aun cuando no a identificar, como antes hemos dicho, a la relación entre actor y demandado con la existente entre acreedor y deudor. Con ello, la relación procesal no varía subjetivamente en relación con la relación litigiosa: ambas se constriñen a dos partes. El Estado no integra la relación procesal y el proceso no puede concebirse sino como una relación privatista, en la que el principio dispositivo encuentra expresiones irrestrictas.

Si a Savigny puede concedérsele el mérito de --

haber trazado un sistema sólido y científico del orden jurídico, a punto de su conceptualización de la acción, no podemos calificar su tesis sino de incompleta y privatista, o como ha afirmado Cuenca, de "liberal y romántica", como correspondió al estilo jurídico y cultural de su tiempo (151). Desde otro ángulo, la tesis de Savigny abrió nuevas bases para las investigaciones en torno a la naturaleza de la acción, ya que de conformidad con Crestano (152), sus planteamientos tienen un valor paradigmático respecto a la gran mayoría de doctrinas que acerca de la acción han sido formuladas en vena subjetiva (153).

Al lado de las doctrinas subjetivistas o sustancialistas, fueron abriéndose paso, aun cuando sin tener un éxito inmediato, nuevas concepciones que, sin dejar de considerar a la acción como una manifestación del derecho subjetivo material, vieron como destinatario de la acción no ya al adversario sino al Estado (154). Así empezaba a gestarse el desarrollo de la segunda de las vertientes por las que la alternativa arriba recordada podía desarrollarse. Las concepciones publicistas de la acción encontraron bases firmes en las opiniones de Muther, desarrolladas por Degenkolb y Plósz, difundidas por la escuela procesalista alemana de finales del siglo XIX.

b) La escuela tradicional francesa.

Antes de pasar a examinar la polémica Windscheid Muther, y el ulterior desarrollo de la acción como un derecho autónomo de carácter público, contemplaremos algunas concepciones modernas que entroncan directamente con el carácter sustancialista dado a la acción por Savigny y otros epígonos menores coetáneos suyos (155).

Las concepciones que identifican a la acción con el derecho subjetivo material fueron especialmente sostenidas y propugnadas por la escuela tradicional francesa.- Las ideas romanas encontraron en Francia una tierra fértil para mantenerse en vida. Tal situación se debió, en buena parte, al texto de los artículos 526 y 529 del Code Civil napoleónico que reputan a las acciones como bienes, de -- igual manera que tienen tal calidad los derechos a ellas-subyacentes.

La acción procesal se concibió como una prolongación judicial del derecho sustantivo material (156). -- Acción y derecho material forman --para la corriente francesa tradicional-- un todo perfectamente fundido. Varias -- expresiones reflejan semejante posición doctrinal, siendo, particularmente preciso al respecto el conocido aforismo-- "pas de droit, pas d'action", y sus dos corolarios: "pas de droit sans action" y "pas d'action sans droit", así -- como la expresión "point d'intéret, point d'action". Dentro del mismo orden de ideas, Demolombe afirmó, en su --

curso sobre el código civil francés, que cuando las leyes hablan de derechos y acciones, incurren en un pleonismo (157). Glasson, Tissier y Morel calificaron a la acción de derecho en estado de lucha (158).

Mientras que los ius-privatistas, sobre todo los civilistas, (159) se mantuvieron por mucho tiempo fieles a la postura tradicional, los teóricos del derecho público (160), preocupados más por el contencioso administrativo que por el enjuiciamiento civil, se avocaron al estudio de la naturaleza de la acción con refinado criticismo, descubriendo en ella no una facultad dirigida frente al adversario ni una mera manifestación del derecho subjetivo material, sino la "voie de droit" por excelencia destinada a asegurar la obediencia de la regla de derecho constituyendo, en sí misma, un auténtico y diverso derecho subjetivo (161).

C) La tesis de Eduardo Pallares.

La doctrina tradicional francesa acerca de la acción ejerció particular influencia en España (162) y en México. Un eco de tal tendencia lo constituye sin lugar a dudas el Tratado de las acciones civiles de Eduardo Pallares (163).

Para Pallares, la acción procesal no tiene raíz alguna en los derechos público o constitucional, es, --

simplemente, el poder o la facultad que "un particular tiene contra otro para demandarle el cumplimiento de un contrato o la entrega de una cosa que le pertenece" --- (164). Los argumentos de Pallares resultan, a punto de negar el carácter público a la acción, demasiado vagos; argumenta el tratadista mexicano que la acción ha existido "muchos siglos antes de que existieran los llamados derechos individuales", a los que identifica con los derechos fundamentales constitucionalmente consagrados, y agrega que "la acción procesal nació y se desarrolló en el derecho romano, en el cual no se concebía que un particular tuviese un derecho de orden público contra el -- Estado porque la conciencia jurídica aun no había producido las doctrinas individualistas" (165). A nuestro -- entender ambas afirmaciones son inexactas. En primer lugar, como con anterioridad lo hemos puesto de manifiesto (166), la constitucionalización del derecho de acción surge, entendiendo la constitución en su sentido mate -- rial, a partir del momento en que la comunidad sancio -- na el empleo de las formas autodefensivas, lo cual acontece en Roma a partir de la época de las legis actiones. Igualmente, si el pueblo romano concibió la acción como facultad de un particular frente a otro, ello se debió -- a la estructura política e ideológica en tales tiempos -- imperantes, y, especialmente al carácter privatista que anima los estudios de los jurisconsultos romanos, quienes de haber prestado mayor atención a las "acciones" --

populares, a la acción penal ejercida en relación con los delitos públicos, y, sobre todo, al procedimiento del ius honorarium hubieran podido sentar bases firmes para la publicación, - Permítasenos la expresión de tan fundamental concepto procesal.

Resulta igualmente inaceptable sostener, como lo hace Pallares, que las "doctrinas individualistas" - hayan conducido a la caracterización de la acción como un derecho público, de carácter particular, puesto que lo que en realidad ocurrió (167) es que las doctrinas individualistas difundidas por iusnaturalistas y ius - racionalistas, contribuyeron decisivamente a la consolidación del derecho subjetivo como noción clave de la doctrina jurídica, y con ello posibilitaron la construcción, morae romano, de las teorías subjetivistas de la acción que venimos espigando.

El carácter privatista o subjetivista de la doctrina de Pallares se manifiesta de modo principal en su concepción de la acción como un derecho contra el demandado y su en su clasificación sustancialista de las acciones, argumentación esta última que sólo en encuentra apoyo en nuestro ordenamiento procesal civil (168).

Para Pallares, la demanda procede en juicio - aun cuando quien la ejercita carezca de "acción" (169),

la cual no "existe" sino cuando el tribunal u órgano jurisdicente así lo estima. Con ello, se vincula la "procedencia de la acción" con la obligación que la sentencia impone al demandado. Es evidente que aun cuando Pallares pretende distinguirlos, los conceptos de acción, pretensión (causa debendi) y derecho subjetivo se confunden innecesariamente. Tales consideraciones le llevan a hablar de "demandas imperfectas", es decir, aquellas que existiendo la demanda -en tanto que invocación efectiva de la intervención jurisdiccional- el juzgador determina en la sentencia "que no procede la acción" - - (170). Al concebirse la demanda como el "acto mediante el cual se ejercita la acción" (171), y a la acción como el medio para hacer valer los derechos subjetivos -- materiales (172), quedan sin explicación aquellas demandas "imperfectas" en las que se declara que no hay - - "acción" a ellas subyacente.

- d) Algunas ideas acerca de la acción dentro de la sistemática tradicional del derecho civil: Filomusi Guelfi y Coviello.

Dentro de la misma corriente privatista pueden incluirse las ideas de los civilistas italianos Francesco Filomusi Guelfi y Nicola Coviello.

El primero de dichos tratadistas (173) concibe la acción como una posición que asume el derecho subjetivo material, como una Rechtsposition, que presupone dos distintas esferas: una primera, consistente en la afirmación interna del derecho, y una segunda que se integra por la afirmación externa de dicho derecho. Por "afirmación interna" se entiende la existencia del derecho subjetivo material como presupuesto de la acción procesal, en tanto que la "afirmación externa" no es sino la interposición de la demanda ante juez competente. Así, Filomusi Guelfi identifica la acción tanto con la demanda como con el derecho subjetivo material, para concluir sosteniendo que la acción es "el derecho mismo en su posibilidad coactiva y el medio de hacer valer el derecho en juicio". Con lo anterior, tres nociones de diversa naturaleza se reagrupan para integrar un solo concepto: el de acción. Tal postura implica una posición netamente privatista, por las siguientes razones: a) la coacción se retrotrae de la norma al derecho subjetivo por ella tutelado; b) acción y derecho subjetivo son una misma cosa en posiciones diversas, y c) demanda, acción y derecho subjetivo, son en suma tres diferentes formas de designar una misma cosa. Filomusi Guelfi sostiene que sólo la acción civil puede considerarse como el derecho subjetivo mismo. La acción penal no resiste tales impostaciones, pues no puede considerarse como una y lo mismo que el ius puniendi, sino ex-

clusivamente como el medio por el cual puede "someterse a juicio e imponerse la pena" al autor de un delito -- (174).

Por su parte, Coviello establece una diferen--
cia, en cierta forma ya apuntada por Filomusi Guelfi, -
al sostener que entre la "acción"; considerada como ele-
mento del derecho subjetivo material, y la "acción", en-
tendida como la "invocación efectiva de la autoridad --
jurisdiccional del Estado para la defensa de un dere --
cho" median más diferencias que semejanzas (175). En el
primer supuesto, cuando hablamos de "acción" nos refe -
rimos a una función del derecho subjetivo que, de con -
formidad con la lógica tradicional, puede encontrarse -
en "acto" o en "potencia", siendo la acción, en cual --
quiera de dichos estadios, parte integrante del derecho
subjetivo material participando así mismo de su natura-
leza real o personal. Coviello sostiene que la acción -
no puede, bajo ningún supuesto, considerarse como un de-
recho accesorio, y menos aun reputarse como derecho --
subjetivo público, pues escindir el derecho subjetivo-
de acuerdo con Coviello- equivale a destruirlo. La -
acción, en la segunda de las acepciones que dicho autor
le asigna, esto es, como invocación efectiva de la tute-
la jurisdiccional, carece del carácter de "derecho" y -
se reduce a ser un "hecho jurídico" simple y llanamente,
identificándose, cuando no confundiéndose, con la ins -

tancia y, lo que es más grave, con el propio proceso -
jurisdiccional.

Dentro del plano de la teoría general del derecho, García Máynez ha objetado la postura de Coviello aduciendo que si dicha tesis fuese correcta, en la época en que el poder público no ejercía la función jurisdiccional, nadie tenía, derechos subjetivos (176). En nuestra opinión, la tesis de Coviello representa un esfuerzo en contra de la procesalización definitiva del concepto de acción procesal. Al tratar de examinarlo como una de las nociones fundamentales de la "doctrina general del derecho civil" -tal es el título de su obra- sistematiza a la acción a partir del derecho subjetivo; sin embargo, la realidad del proceso desborda las estrechas márgenes iusprivatistas y Coviello se ve obligado a considerar la acción procesal como un "hecho jurídico" (177) mediante lo cual encuentran explicación aquellas "acciones que de hecho se ejercitan por quienes jurídicamente no tienen el derecho subjetivo" cuya tutela invocan ante el órgano jurisdiccional (178).

La postura de Coviello se mantiene pues dentro de la esfera privatista, si bien concede la categoría de acciones no sólo a las fundadas en un derecho subjetivo material, sino también a las que no lo son -"sino formalmente" (179). Con ello, la acción lejos de

ser objeto de un examen científico, se torna una figura nebulosa vinculada a dos realidades diferentes: el derecho subjetivo material y el proceso, teniendo dentro de cada una de ellas un fundamento y una interpretación jurídicas diversas.

e) Las tesis sustentadas por Binder, Betti y Pugliese.

Si las teorías sustancialistas o privatistas- acerca de la acción han sido bien recibidas por los civilistas, no puede decirse menos de los romanistas. -- Mientras que los cultivadores del derecho privado han luchado por mantener a la realidad procesal dentro de la esfera de tal derecho, los romanistas han querido aplicar las instituciones romanas, hipertrofiandolas - en no pocas ocasiones, al estudio de situaciones lejanas tanto en el tiempo como en el espacio.

En páginas anteriores nos hemos ocupado brevemente de algunas concepciones elaboradas dentro del derecho civil, ahora habremos de referirnos a las formuladas por tres connotados romanistas: Julius Binder, - Emilio Betti y Giovanni Pugliese, quienes además de -- cultivar el derecho romano dedicaron un buen número de sus esfuerzos al derecho procesal (180).

Quien con mayor acierto ha sostenido en nues-

tros tiempos la dependencia de la acción respecto al derecho subjetivo material es, muy probablemente, Julius Binder (181). En Prozess und Recht, su fundamental obra, Binder señala las interferencias y relaciones existentes entre el derecho subjetivo material y el proceso, pues el vocablo "Recht" del título de su obra se refiere precisamente a tal derecho y no, como pudiera pensarse, al derecho objetivo (182). Para Binder, entre el ordenamiento jurídico material, creador de los diversos derechos subjetivos que a la persona humana pueden imputarse o atribuirse, y el ordenamiento de la tutela jurídica u ordenanza procesal, no median diferencias fundamentales, ambos tienden de modo directo a la regulación coactiva de la conducta humana.

En tratándose de la acción, Binder sostiene, - la identidad de esta con la pretensión esgrimida ante el juzgador contra el adversario. Tal pretensión, o es un derecho subjetivo o es una mera conducta fáctica; - si es un auténtico derecho subjetivo -es decir, si el juzgador acoge la pretensión en su sentencia- resulta innecesario otorgarle otro nombre, si por el contrario, dicha pretensión no se funda en un derecho subjetivo material -caso en que el juzgador la desestimarán- todo el fenómeno se reduce a un simple "actuar de hecho". Siendo que en la realidad forense de todas las latitudes nos encontramos con que se interponen "acciones" - fundadas e infundadas, resulta más coherente -en el -

pensar de Binder- reducir el problema a los derechos -- subjetivos (para las acciones fundadas) y a las conductas de hecho (aplicables a todas las acciones antes de que se haya pronunciado la sentencia); con ello el problema de la acción se reduce al de una conducta que puede- a posteriori- resultar jurídicamente relevante, es- decir, trascendente dentro del universo del derecho subjetivo material.

De conformidad con el planteamiento anterior,- para Binder la acción ejecutiva, por ejemplo, íntegra - un todo indivisible con la pretensión ejecutable (183); pues resultaría irrelevante -argumenta Binder- que - - quien acciona en la vía ejecutiva no pretenda la ejecu- ción, y tal pretensión de ejecución no difiere del de - recho subjetivo del acreedor, siendo el título ejecu- tivo un mero documento que legitima al pretensor frente - al juzgador (184).

Así, resumiendo, en la opinión de Binder las - "acciones procesales" no son sino hechos; en el proce - so, lo único que interesa (fin del proceso) es que el - juzgador haga efectivo -tutele en el caso concreto- el derecho subjetivo que es lo fundamentalmente "jurídico".

Siendo altamente sugestivo el planteamiento de Binder, no nos parece que escape a la crítica (185). -- Si bien es cierto que la acción puede reputarse como un hecho, o mejor aún como una realidad tal y como lo ha -

reconocido expresamente Calamandrei (186), es igualmente cierto que su naturaleza no se agota en tal punto. Al -- sostenerse que la acción es una realidad, no se hace sino reconocimiento expreso que día a día son miles quienes "accionan" ante los tribunales, es decir, quienes -- solicitan la intervención del Estado con vistas a la justa composición de sus litigios. Pero la acción, además -- de hecho, es una institución central del proceso, calificada y regulada por el ordenamiento jurídico, de donde -- surge la complejidad de su naturaleza. Así, por ejemplo, puede resolverse el problema acerca de la naturaleza del fenómeno probatorio afirmando que no es sino un "hecho" -- mediante el cual se corrobora la existencia de determinados supuestos, dejando en la penumbra problemas tan centrales como el de las "pruebas ilícitas", que no encuentran cabal respuesta sino cuando se entiende que las normas jurídicas reguladoras del fenómeno probatorio son, -- en correlación con las relativas al "debido proceso", -- verdaderas normas de garantía del justiciable (187).

Retomando la tesis de Binder acerca de la acción, y a la luz de la ejemplificación anterior, el sostener -- que la acción es un hecho aporta poco a la problemática -- (188). Consecuencias de mayor gravedad práctica se des -- prenden del carácter sustancialista de la tesis. Si sólo existe acción ahí donde existe el derecho subjetivo -- y esto debe entenderse en relación con la mente y concien-

cia del juzgador, independientemente de todo carácter objetivo (189)-, el proceso jurisdiccional versaría más sobre derechos que -paradójicamente- sobre hechos, con lo cual el juzgador se vería desvinculado de toda realidad. Igualmente puede reprocharse a Binder que si bien en múltiples ocasiones pretensión y derecho subjetivo pueden identificarse, igualmente es posible que ambas existan independientemente, pues aun cuando un acreedor haya obtenido, por ejemplo, una sentencia favorable en contra de su deudor demandado, la ejecución puede o no llevarse a cabo; de igual manera, quien posee un derecho subjetivo material, puede pretender o no su realización coactiva mediante la intervención del órgano jurisdiccional. En el mismo sentido, puede afirmarse con -- Rosenberg (190), que la identidad entre pretensión y acción, entre derecho subjetivo material y acción, no se haya reconocida siempre por el ordenamiento procesal.

De mayor complejidad resulta la teoría del italiano Emilio Betti, quien en varios de sus trabajos se ha referido al problema de la acción desde un punto de vista sustancialista (191). La posición de Betti puede calificarse de compleja en virtud de que rechazándose la unidad entre derecho subjetivo material y acción, se llega a idénticos resultados con la introducción por parte de su autor de la noción de ragione (causa petendi) o fundamento de la acción (192). Para Betti, la acción --

procesal es una noción específicamente procesal "conferida por la ley respecto de una fundamentación hecha valer (ragione fatta valere), independientemente de que después el juzgador la reconozca como jurídicamente -- fundada" (193). De esta manera, nos encontramos con -- una postura aparentemente abstracta -si bien no en el mismo sentido en que tal calificativo puede aplicarse -- vgr. a la tesis de Degenkolb- en tanto que considera -- que carecen de relevancia práctica aquellas doctrinas -- que al vincular o identificar la acción con el derecho subjetivo material hacen depender su existencia misma -- de la resolución jurisdiccional (194).

La "abstracción" no resulta sino aparente dentro de la doctrina de Betti, porque según el mismo sostiene hablando de la función del proceso, la aplicación de la voluntad de la ley se realiza sólo en relación con el interés que por ella se pretende tutelado (195). Así, la jurisdicción --entendida a partir de -- Giuseppe Chiovenda (196) como actuación de la voluntad de la ley--se sujeta y conforma a las razones hechas -- valer por el actor, quedando con ello circunscrita su aplicación al libre arbitrio del particular, quien -- de tal modo vendría a señalar los límites de la jurisdicción realizándose una interpretación restringida, y por ende defectuosa, de conocido brocardo latino "sententia debet esse conformis libello" (197).

Con mayor claridad se nos presenta el carácter -- privatista de la postura que venimos glosando, cuando se observa que Betti sostiene que la acción procesal va dirigida contra el adversario, quien es su destinatario natural. De tal manera, si la ragione fatta valere se endereza contra el demandado, y no contra el juzgador, ¿cuál sería pues la diferencia entre causa debendi y causa petendi? Lo que a nuestro entender ocurre, es que Betti esfuma las diferencias que median entre litigio y proceso, magistralmente trazadas por Carnelutti, y que nos ayudan a distinguir entre la pretensión de derecho subjetivo, pre -- tensión material o simplemente pretensión stricto sensu, y la fundamentación de la acción procesal que se dirige -- al juzgador generando una relación triangular básica al actus triun personarum que es el proceso.

El sostener que la acción se endereza contra el -- adversario no es óbice para que Betti se oponga a la litis contestatio, pero en cambio, sostenga que la interposición de la acción genera efectos consuntivos en relación con el litigio, que de esta manera queda definitivamente representado ante los ojos de quien ha de decidir -- en justicia su composición (198). He aquí un nuevo rasgo -- privatista por antonomasia. Resulta que siendo el litigio una relación de dos partes insustituibles, su representación ante el juzgador corresponde sólo a una de ellas, el actor. Es evidente que tales postulados resultan inaccepta

bles, además de inadecuados, para los fines y necesidades que debe afrontar el proceso dentro de la sociedad contemporánea (199).

A manera de síntesis, puede afirmarse que la acción procesal es para Betti un poder "abstracto" de naturaleza privada, que se dirige contra el adversario, en forma "independiente" del derecho subjetivo, pero estrechamente determinado y limitado por la "razón o fundamentación hecha valer".

La postura de Giovanni Pugliese nos parece -- igualmente representativa de las doctrinas unitarias o sustancialistas modernas. Pugliese, a quien hemos hecho reiteradas referencias en capítulos precedentes, ha dedicado un profundo estudio al deslinde de los dos conceptos centrales dentro de las teorías sustancialistas: acción y derecho subjetivo material (200).

En el citado trabajo, tras examinar las distintas manifestaciones y transformación que a lo largo de la historia sufrió la actio, así como los distintos niveles en que se relaciona con el derecho subjetivo material, Pugliese considera que la acción procesal es "un poder instrumental al servicio del derecho subjetivo sustancial" (201); con lo que niega validez a -- aquellas tesis que consideran al derecho subjetivo como un todo dentro del que se comprende a la acción, y se adhiere a las que ven en tal derecho un presupuesto

sine qua non de la acción.

Nota distintiva del estudio de Pugliese es la -- consideración de la acción como una de las formas en que puede exigirse el cumplimiento de los derechos subjetivos materiales --y con ello la realización de la coacción-- es decir, como una especie de facultas exigendi (202), -- que Pugliese confunde con la instancia pues considera como destinatario de la acción al obligado que ha sido demandado en juicio (203).

f) Tesis de Hans Kelsen.

Singular relieve asume dentro de las tesis sustancialistas que venimos exponiendo, la postura respecto a la acción adoptada por Hans Kelsen. Dentro del marco -- de la teoría pura del derecho, el jefe de la Escuela -- de Viena considera a la acción como el acto que da pie a la sustanciación del procedimiento y que, por ello mismo hace posible la sentencia jurisdiccional, cuya función -- primordial -- para Kelsen--es la individualización de la consecuencia normativa abstractamente determinada en virtud de la imputación existente entre una norma general -- y una situación de hecho abstractamente considerada; -- siendo tales conductas momentos diversos del procedimiento de "creación" del orden normativo (204).

En sus Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, Kelsen reputa a la acción en justicia como uno de los dos extremos -siendo el otro la facticidad del incumplimiento de un deber ser- que condicionan el ejercicio de la voluntad estatal destinada a aplicar la sanción (205); - en el mismo sentido ha sostenido el propio Kelsen (206) que la acción es "expresión de voluntad de la otra parte (en un contrato) en el sentido de que la sanción se ejecute en contra del infractor", materializándose dicha expresión de voluntad en la demanda que pone en movimiento la maquinaria coercitiva del derecho.

La acción constituye así, un verdadero fundamento de la actividad jurisdiccional, pues integra una condición de procedibilidad respecto del procedimiento normativo (207), ya que sin ella no habría sanción, y por ende -manteniéndonos dentro del pensamiento kelseniano-- tampoco habría derecho. Así, la acción no es un derecho, sino más bien un presupuesto del mismo en relación con la creación normativa en vía jurisdiccional.

Ahora bien, si la acción no es un derecho, sino la condición de la sanción ¿cuáles son los vínculos existentes entre el derecho subjetivo y la acción jurisdiccional? Para Kelsen -y en el supuesto de que hayamos entendido correctamente su pensamiento- el derecho subjetivo material, derivado de la norma jurídica en virtud del principio de imputación, (208) no puede desvincu --

larse de la facultad de iniciar el proceso jurisdiccional que determina la aplicación coactiva de las consecuencias normativas. Así, en los casos de incumplimiento del deber jurídico, si no hay acción tampoco hay, - estrictamente hablando, derecho subjetivo. De esta manera, dentro del pensamiento kelseniano el problema de la acción se resuelve identificando ésta con el derecho subjetivo, con la norma jurídica en su relación -- con un individuo normativamente determinado, es decir, con el actor potencial (209).

Numerosas han sido las críticas que se han en derezado contra la concepción kelseniana de la actio - (210). Nos limitaremos aquí a acotar una dificultad -- que tal tesis nos suscita y que, en buena parte es exa minada por Kelsen en su fundamental monografía sobre la justicia constitucional (211). Siendo la norma jurídica una manifestación de la voluntad estatal concretizada -- mediante el procedimiento normativo (212), resulta que de acuerdo con las tesis sostenidas por el propio Kelsen acerca de la jurisdicción y de la acción, tal procedimiento normativo se ve condicionado en los casos -- de incumplimiento (213) al libre arbitrio del particular, en función de los principios específicos de la -- técnica jurídica del derecho subjetivo (214), con lo -- cual el legislador relega a segundo término el interés público relativo a la solución jurídica de los conflic

tos, a la aplicación coactiva del derecho, colocando en primerísimo plano el interés de los individuos particulares (215).

Independientemente del rigor y la "pureza" que puedan haber conducido a Hans Kelsen a la elaboración de su teoría de la acción, podemos afirmar que la misma es una tesis eminentemente privatista no sólo por la circunscripción teórica de la acción al derecho subjetivo, y aun cuando parangone a la primera con los derechos subjetivos de índole política (216), sino especialmente por sus consecuencias prácticas, que no son sino un reflejo -- como con claridad meridiana ha sabido señalar el insigne Gian Antonio Micheli (217)-- de una concepción jurídica liberalizante animada por la estructura capitalista, contraria a los principios democráticos inspiradores de un auténtico enjuiciamiento social.

g) La concepción de la acción en un estudio de Pekelis.

Las teorías de Kelsen y Binder, antes recordadas, ejercen una particular influencia sobre el pensamiento de Alessandro Pekelis.

En su fundamental ensayo acerca de la acción -- (218), Pekelis considera que la constante fundamental dentro de las diversas posturas doctrinales acerca de la --

misma, la constituye la peculiar "situación de ventaja" en que el titular del poder de iniciar el proceso se encuentra respecto de la contraparte litigiosa. Tal situación de preeminencia suele identificarse con el "derecho subjetivo". Tal situación de ventaja encuentra su contrapunto en la presunción, iuris tantum, del in dubio pro reo; misma que no siempre encuentra apoyo en la realidad. Pekelis, lejos de postular la identidad entre ambas nociones, o de postular a la una como apéndice de la otra, propugna la prioridad lógica de la acción respecto del derecho subjetivo material. Esta idea, como ha señalado Orestano, se encontraba ya latente dentro de la postura de Julius Binder. La innovación de Pekelis consiste en el método por él seguido para llegar a dicha conclusión. Si Binder parte de la indiferenciación práctica entre el ordenamiento de la "tutela jurídica" y la normación sustantiva, Pekelis funda su análisis en la relatividad histórica e ideológica del concepto, sobre la que tanto habría de insistir Calamandrei (219).

Afirmados así los límites ideológicos de las concepciones relativas a la acción, Pekelis sostiene que dentro del moderno Estado de derecho, existe una situación de preeminencia de la acción frente al derecho subjetivo material en función, también, de aquella teoría general del derecho que ve en la coacción la esencia del fenómeno jurídico.

Pekelis considera que si la coacción es la nota específica del sistema normativo y ella no puede realizarse sin que exista el poder de exigirla en cualquier circunstancia al Estado, - quien ejerce el monopolio del poder coactivo-, la acción tendrá en consecuencia una prioridad lógica respecto al derecho subjetivo, pues éste no puede existir sin que correlativamente exista aquélla (220).

En resumen, la acción es para Pekelis una "situación de ventaja", consistente en la facultad dirigida a provocar las conductas estatales tendientes a la realización coactiva del derecho subjetivo, por lo que la acción debe considerarse como un "derecho subjetivo en sentido propio o primario" (221). Presentándose así una dualidad de derechos subjetivos, el uno procesal y el otro sustancial, en donde la acción constituye el prius.

h) El monismo de Satta.

Tócanos ahora examinar el planteamiento de las distintas tesis que acerca de la acción ha venido sosteniendo Salvatore Satta. La evolución que la acción experimenta en el pensamiento del profesor de Roma representa un intento vigoroso, y en ocasiones violento, por presentar posiciones novedosas -y no por ello necesariamente originales- en torno a las relaciones entre el derecho subjetivo material y la acción. Si durante largos años la ciencia procesal se empeñó en construir sus conceptos con independencia de las nociones pertenecientes al derecho privado, al grado de que se puede hablar de una verdadera ruptura epistemológica entre ambos mundos, la postura de Satta - en caso de que se repute como válida- significa el inicio de un nuevo movimiento que con justeza Orestano ha calificado como "hacia el fin de la gran ilusión" (222).

En uno de sus primeros trabajos, Satta (223) reconoce la autonomía de la acción frente al derecho subjetivo material, pero sostiene que para que tal noción resulte verdaderamente útil no basta con negar su pertenencia al derecho subjetivo, sino que es un imperativo construirla en relación con la totalidad del ordenamiento jurídico (224). Para Satta, la totalidad del ordenamiento jurídico consiste fundamentalmente en la tutela jurisdiccional que el poder público garantiza mediante todas las normas integrantes de un sistema. Dicha tutela es la base lógica sobre la que debe construirse la noción de acción, -- pues la acción es la facultad de pedir la tutela de un derecho (225). Esta primera fase de la -- doctrina de Satta puede, sin mayores concesiones, reputarse de "abstracta", pues en ella -- no pasa de concebirse a la acción como uno de -- los presupuestos de la tutela.

De mayor trascendencia resulta, para la conceptualización de la acción dentro de la "totalidad del ordenamiento", su conocida prolucción de 1936 intitulada Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo (226), en el cual la acción se examina en su relación con el proceso y los intereses presentes en el mismo, y que, de conformidad con Satta, no son sino los privados.

Satta rompe sus lanzas contra dos de los pilares fundamentales de la ciencia procesal -ambos examinados magistralmente por Francesco Carnelutti-; nos referimos a la relación jurídica procesal y al litigio. Para Satta, las nociones carnelutianas de litigio y de relación procesal resultan inexactas por haber sido -- planteadas "unilateralmente". Tal unilateralidad radica en la concepción de la relación jurídica procesal -- como una vinculación triangular en la que como vértices aparecen el juzgador, el actor y el demandado. -- A tal concepción, Satta opone otra realmente unilateral, pues considera que el proceso en su conjunto debe observarse desde el ángulo de quien invoca la tutela jurisdiccional (el actor) y no desde un ángulo imparcial, considerando al proceso como un mecanismo destinado a satisfacer las pretensiones del actor mediante la intervención estatal (227). Tales consideraciones --

le llevan a sostener que la satisfacción de lo pedido - por el actor es el fin del proceso (228) y, con ello, - a reputar la acción como el medio destinado a obtener - la tutela de los intereses privados, pues la misma en - encuentra su base en el derecho subjetivo material, en -- tanto que su realización efectiva -y con ello la del or - denamiento jurídico- corresponde directamente a la ju - risdicción, de manera que entre acción y jurisdicción - media una verdadera correspondencia lógica (229).

Así, independientemente de cualquier tipo de - consideraciones de orden político, la posición asumida - por Satta puede, técnicamente, sintetizarse en función - de la tutela del interés privado mediante la "modifica - ción" operada dentro del ordenamiento jurídico en vir-- tud de la sentencia estimatoria. Para Satta, la tutela - de los derechos se verifica mediante la producción de - una modificación jurídica, en tanto que la acción cons - tituye el poder que el titular de un derecho subjetivo - material posee, para lograr dicha modificación tendien - te a la reintegración del derecho violado. Esta tesis - implica que el único interés interviniente en el proce - so jurisdiccional es el del sujeto cuyo derecho subjekti - vo material ha sido insatisfecho extraprocesalmente -- por el obligado, y que el proceso tiene como misión la - reparación jurídica mediante la "modificación" del orde - namiento.

Por si fuera poco, el tono en que tales imposiciones fueron hechas -de "desnudismo" procesal habló- Carnelutti- y la trascendencia técnico-política de las mismas, constituyeron una verdadera afrenta para la escuela de Chiovenda, la escuela del procesalismo científico italiano. El guante lanzado por Satta no quedó en el aire, la respuesta pronta y espléndida fué formulada en términos igualmente polémicos por el entonces profesor ordinario de Pavia: Giovanni Cristofolini; cuya réplica vino a constituir la base de una interesante polémica en el que también intervino Calamandrei sosteniendo con elegancia y rigor inigualables la "relatividad - del concepto de acción" (230).

Las cuatro críticas contra Satta enderezadas - por Cristofolini pueden resumirse en pocas líneas. En primer lugar, Cristofolini sostiene que la tutela del - interés privado a través de la acción y del proceso, no puede mantenerse en pie en relación con los enjuicia- - mientos penal y administrativo (231); en segundo término, Cristofolini señala que existen varias circunstan - cias en las cuales quien ejercita la acción lo hace sin poseer efectivamente el derecho subjetivo material (232); la tercera crítica consiste en considerar la teoría de- Satta como incompleta, pues alude deliberadamente el -- problema de la sentencia injusta, esto es, de aquella - que confiere la tutela a quien no es realmente titular- de ningún derecho subjetivo (233) y, finalmente, en - -

opinión de Cristofolini, a nuestro entender acertada, - la postura de Satta no contempla correctamente el proceso dispositivo (234). A estas críticas cabe agregar una última, a nuestro entender, lapidaria, de acuerdo con - la cual la función del proceso no se limita a tutelar - el interés privado de una de las partes como quiere -- Satta, sino a conservar la paz social mediante la solución compositiva del litigio (235).

Satta hubo a su vez de contestar a Cristofolini reafirmando, con acritud, su postura antes expuesta (236). Satta vuelve al camino de negar función alguna a la acción dentro de la relación jurídica procesal, pues no es sino un poder inseparable del derecho, "distinto" del mismo, pero que participa de su naturaleza - pública o privada. De esta manera, la actio no se re -- suelve sino en el iuditio, antes del cual sólo cabe reputarse como un "mero agere di fatto" (237).

Dejando a un lado la polémica (238), puede decirse que la última fase del pensamiento de Satta (239) consiste en considerar a la acción como punto central - y esencial de la totalidad del ordenamiento normativo, - el cual no puede válidamente distinguirse en "objetivo" y "subjetivo" pues, para Satta, el orden jurídico no se realiza sino mediante los sujetos (240). Una concep -- ción "realista" de la acción, no permite que la calificamos de "derecho", "facultad" o "potestad", sólo pue-

de hablarse de ella como un hecho consistente en la -- efectiva y concreta solicitud de tutela jurisdiccional de un derecho preexistente al proceso (241).

Las diversas posturas sostenidas por Satta -- poseen como denominador común: la concepción estricta de la función jurisdiccional -tutela del derecho subjetivo material-, misma que conduce a una noción de acción de escasa utilidad práctica, pues en suma, la acción se retrotrae a la cosa juzgada y su "reductio del derecho a la acción... está en el mismo plano de la reducción contraria de la acción al derecho sustancial" -- (242).

El punto más débil, a nuestro entender, radica en la supresión, de un sólo plumazo, de las nociones de litigio y relación jurídica procesal, que son las que realmente pueden servir para interpretar adecuadamente tanto la acción como el proceso. La acción, -- constituye para Satta -por encima de sus otros dos pilares: cosa juzgada y jurisdicción (243)- el eje del proceso, su objeto y fin. Con ello, lejos de aclarar el problema de su naturaleza, introduce la confusión innecesaria y deja sin explicación el fundamental problema de la sentencia injusta.

i) Derecho subjetivo y acción en la tesis de Redenti.

Un lugar especial merece, dentro del conjunto-

de tesis privatistas sustancialistas, la noción de acción acuñada por Enrico Redenti. El ilustre maestro italiano tiene el gran mérito de formular un concepto coherente con la totalidad de su sistema, y de manera especial, con su particular concepto de jurisdicción.

Una vez señalado como fin de la actividad jurisdiccional la aplicación de la sanción (244), Redenti concibe la acción como un derecho a la misma. Este "derecho a la sanción" es un derecho subjetivo material de carácter específico -diritto soggettivo sui generis- integrante del conjunto de las normas sancionadoras (245).

La acción entendida como derecho subjetivo hace referencia a la sanción normativa que el juzgador debe aplicar al caso concreto. Así, Redenti distingue entre la acción-derecho y la acción-pretensión, en donde la primera no puede ser declarada sino por el juzgador, en ejercicio de la jurisdicción, realiza la sanción (246); mientras que la acción-pretensión se identifica con la pretensión del actor, que genéricamente puede calificarse como la instancia necesaria para que la sanción se verifique per manu iudicis (247). La acción-pretensión es sólo potencialmente una acción derecho, para cuya realización es preciso que la pretensión sea fundada.

Para Enrico Redenti, tanto la acción-pretensión

como la acción-derecho, representan el vínculo que une al acreedor con el deudor, al actor con el demandado, pero no a estos con el juzgador, quien al realizar la sanción no hace sino prestar un servicio público al que tiene derecho todo ciudadano que con razón o sin ella invoca que la tutela jurisdiccional del Estado (248). La conducta procesal desarrollada por el actor a fin de obtener la tutela jurisdiccional de su derecho no es sino una mera conducta fáctica, que no da lugar sino a la prestación de un servicio público. Quién invoca la intervención del Estado con vistas a la composición pacífica de un litigio, y quien se aposta ante una ventanilla de la oficina de correos en demanda de estampillas, realizan una conducta idéntica en cuanto a su contenido: ambos instan al Estado pidiéndole un servicio. Así, lo verdaderamente relevante para el derecho procesal, en opinión de Redenti, no es la relación que en función del ejercicio de la acción surge entre actor y juzgador, sino, fundamentalmente la sanción a que da lugar la existencia de un derecho subjetivo sustancial (primario, para Redenti) hecho valer mediante la "acción-pretensión" (249), que no es sino el mismo derecho subjetivo considerado en el momento en que quien se pretende titular del mismo solicita su sanción al juzgador.

A nuestro entender, el deslinde establecido por Redenti entre los conceptos de acción-derecho, acción---

pretensión y acción como mero actuar de hecho es elegante y sutil, pero deja en las tinieblas un buen número de problemas, con lo que nos lleva a pensar en la verdad - del aforismo latino "apices iures no sunt iura".

El carácter privatista de la postura de Redenti acerca de la acción no es sino el corolario indefectible a que conduce su rígida y estrecha noción de jurisdicción, derivada a su vez del lugar central que confiere al "derecho sancionador" (250). Como acertadamente - ha señalado Micheli, la función de hacer justicia, si -- bien da lugar a la prestación de un servicio público, di fiere, por sus fines, de los otros servicios públicos -- que pueden encontrarse dentro del Estado de derecho - - (251). Por nuestra parte creemos que la función tan restringida e irrelevante que Redenti confiere a la jurisdicción deriva directamente del carácter individualista de su concepción del proceso, pues si bien es cierto que a través del mismo se satisfacen pretensiones y se tutela el derecho, -se sanciona en terminología de Redenti-, no es menos cierto que al realizar tan alta función el - Estado no se limita a proteger al particular que lo sollicita, sino a la sociedad en su conjunto mediante la composición de ese fenómeno socio-económico que es el litigio.

La posición de Redenti resulta sustancialista, - (252) en alto grado, por considerar a la acción como un

derecho que subsiste en potencia al lado del derecho -- subjetivo, pudiendo o no interponerse y pudiendo o no sancionarse (253). Con ello, lo único verdaderamente relevante es el derecho subjetivo, pues tanto la acción--derecho como la acción--pretensión se reducen a la sanción de aquel y no acarrean ningún tipo de ligamen procesal. La acción como "mero actuar de hecho" tiene jurídicamente un buen número de deficiencias: no explica, por ejemplo, las "sanciones" provenientes de la sentencia injusta, pues en ellas un "mero actuar de hecho" -- acarrearía consecuencias sobre situaciones no tuteladas; de igual manera quedan sin explicación las sentencias -- constitutivas, pues si lo único que puede solicitarse es la aplicación de la sanción a un derecho preexistente, tales sentencias sancionarían sobre la nada jurídica. En resumen, la tesis sustancialista de Redenti tiene sus deficiencias fundamentales en la irrelevancia -- que asigna a la conducta del actor y en el predominio -- desmesurado que confiere al derecho subjetivo material--cuya tutela se pretende, relegando la función jurisdiccional a una posición pasiva, limitada a la aplicación--coactiva de sanciones en interés exclusivo del titular--del derecho subjetivo material.

j) La doctrina de Guasp acerca de la pretensión.

Dentro de las concepciones hasta aquí sumaria

mente examinadas, nos encontramos con que a lo largo de diferentes etapas de la historia de la ciencia procesal numerosos han sido los intentos encaminados a dilucidar el concepto de acción mediante su inclusión dentro del amplio y dilatado concepto de derecho subjetivo material. Dichas teorías conducen a diversos resultados técnico-jurídicos que por nuestra parte hemos agrupado bajo un mismo rubro: el carácter privatista o sustancialista que se asigna a la acción en particular y, como consecuencia de ello, en virtud de la unidad que debe imperar entre las concepciones doctrinales del "trínomio sistemático fundamental", al proceso y a la jurisdicción en general. Dentro del mismo grupo, creemos que deben también encuadrarse -como pretendemos demostrar- aquellas doctrinas que desplazando a la acción del universo procesal, la sustituyen por la noción de pretensión, así como a aquella tendencia, originalmente creada por el procesalismo alemán, que relegando la acción a planos secundarios, centra su atención en el concepto de objeto del litigio (Streitgegenstand).

La noción de pretensión (Anspruch, raggione), - como es sabido, adquirió importancia fundamental para la ciencia del proceso a partir de la polémica en torno a la actio sostenida por Muther y Windscheid (254). - Con posterioridad a ella, ha sido singular la evolución del concepto. Para los efectos del presente apartado, -

sólo consideraremos la importancia que tal noción asume en la obra de Guasp (255).

En diversos lugares de su obra (256), Jaime -- Guasp ha sostenido que el concepto de acción resulta un concepto preprocesal inscrito dentro del terreno del de recho político o constitucional, siendo por ello su estudio extraño al "derecho procesal". Este último, lejos de ocuparse de aquél, debe indagar la noción de pretensión procesal (257), la cual, constituyendo el objeto del proceso (258), delimita igualmente la función -- (259) del mismo.

En virtud de que la tesis de Guasp resulta bastante conocida, aun cuando no siempre aceptada como su autor supone, para los estudiosos iberoamericanos, pasaremos directamente a la formulación de algunas críticas y consideraciones que nos parecen pertinentes (260).

En primer lugar, conviene revisar la afirmación de Guasp según la cual "el proceso se define como una -- institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones" (261). En ella, merecen especial atención -- los términos "institución jurídica", "destinada a la -- satisfacción", y, por último, la voz "pretensión". No -- creemos que sea este el lugar de examinar en detalle la noción de "institución" (262), por lo que sólo nos ocuparemos de las dos restantes.

Cuando en sus Comentarios Guasp resume su concepción institucional del proceso, señala que "el proceso tiene carácter objetivo; su realidad se determina, no por la actitud de las voluntades a que se debe la actividad que lo integra, sino por la significación de la idea objetiva, superior a dichas voluntades" (263).- Tal idea "objetiva", superior a dichas voluntades, la constituye "la función específica estatal por la cual el poder público satisface pretensiones"; así, la jurisdicción se restringe, materialmente, al logro de ese -- "objeto" (264) consistente en la satisfacción de pretensiones.

Para poder aclarar el concepto mismo de jurisdicción, característico de la concepción institucional del proceso de Guasp, resulta necesario indagar lo que el mismo autor entiende por "pretensión".

Guasp, tras criticar un buen cúmulo de teorías (265), distingue la pretensión procesal tanto de la -- acción (noción preprocesal) como de la demanda (acto -- que incoa el proceso), para concluir sosteniendo que por pretensión se entiende "la declaración de voluntad con la cual una persona reclama de otra, frente a un tercero, un bien de la vida, formulando a tal efecto una petición" (266).

Así, coordinando las nociones antes brevemente indicadas, cuando Guasp señala que el proceso "satisface pretensiones", debe de entenderse que el juzgador -

acoge, para con posterioridad decidir, las "declaraciones de voluntad ante él formuladas por las partes".

Las críticas que a nuestro entender pueden -- formularse a la postura de Guasp, pueden resumirse de la siguiente manera: a) la base del proceso no la -- constituye la pretensión sociológica -en la significación que Guasp le confiere-, sino el litigio; b) el -- ver en el proceso una institución destinada a la satisfacción de las manifestaciones de voluntad de las partes no puede considerarse como función, sino como -- efecto y c) considerar a la pretensión como objeto -- del proceso se traduce en una visión privatista del mismo, contraria a sus fines.

En opinión de Guasp, la base sociológica del proceso se encuentra en el reclamo (pretensión en sentido sociológico) que un individuo formula a otro de su mismo grupo a fin de satisfacer sus necesidades - (267). Así contemplada la cuestión, la problemática social que el derecho, en general, y el proceso jurisdiccional en particular, están llamados a resolver mediante la atribución coactiva de derechos y deberes, constituye una realidad unilateral, seccionada. Cuando alguien pretende algo -un bien de la vida- de otro, puede muy bien encontrar satisfecha su petición; el requerido se allana y cumple con lo exigido, bien por temor, bien por conveniencia o bien porque así se lo

"exige" el requirente. En todo ello, la satisfacción puede lograrse conforme a derecho o no: lo único que interesa es que a la instancia del pretensor ha habido una respuesta conforme a su pretensión: se ha satisfecho su pretensión y el poder público puede permanecer perfectamente al margen del fenómeno (268). La pretensión sociológica pura no podría dar lugar que se le considerase como base del proceso, pues en ella falta lo verdaderamente fundamental el conflicto, la resistencia o la insatisfacción a que una pretensión da lugar: el litigio (269), del cual la pretensión no es si no una de sus caras (270). El litigio es lo que verdaderamente da sentido a la pretensión; una pretensión, aislada de la respuesta que a la misma se le da, resulta socialmente irrelevante: su satisfacción interesa sólo al proceso en tanto que ella haya dado lugar a una relación socialmente relevante. En vista de lo anterior, la consideración de Guasp según la cual la pretensión constituye la base sociológica del proceso, nos parece poco afortunada.

Dejando atrás la pretensión sociológica, Guasp nos dice que en sentido procesal la pretensión constituye una manifestación de voluntad mediante la cual un sujeto requiere al poder público su intervención a fin de que su pretensión le sea satisfecha. Para desligarse de las teorías sustancialistas tradicionales, --

Guasp se ve obligado a señalar que por "satisfacción - de la pretensión" no debe entenderse que la solución - sea favorable a quien pretende, sino a que sea acogida, examinada y, aceptada o rechazada (271). Nos parece -- que aquí es donde la tesis de Guasp se muestra menos - sólida. Resulta utópico pensar que quien insta la in--tervención del Estado con el fin de satisfacer su pre--tensión, lo hace con el objeto de que la misma sea de--sestimada. Si la pretensión es, como claramente asien--ta Guasp, una manifestación de voluntad de las partes, es lógico que ellas pidan al tribunal que resuelva de--conformidad con lo pedido y no que pretendan simplemen--te una resolución cualquiera (vgr. el rechazo de la de--manda). A nuestra manera de ver, Guasp ha intentado -- introducir un carácter publicista dentro de su noción--de pretensión al decir que la misma se satisface con - su aceptación o con su rechazo, conductas ambas que -- constituyen una expresión de voluntad del juzgador y - no de las partes. Si la pretensión se satisface con su rechazo por parte del órgano jurisdicente, el vínculo--entre la pretensión sociológica y la procesal -que de acuerdo con Guasp es su "representación" o "sustitu--ción" (272)- se desvanece por entero, pues ya la pre--tensión no se referirá a un "bien de la vida" -en el -sentido chiovendiano del término- sino a una resolución jurisdiccional independientemente del carácter de la -

misma, constituyendo en realidad una Anspruch auf Rechts-
Pflege (pretensión a una resolución jurisdiccional), con-
lo cual Guasp ya no podría estar de acuerdo (273).

Si los que dentro del proceso pretenden no son --
sino las partes (274), resulta que el considerar a quel -
como la institución destinada a satisfacer las manifesta-
ciones de voluntad de éstas, el proceso se reduce -de fac-
to- a una Sache der Parteien desvinculada de los intere -
ses público y social que median en todo litigio y que --
pueden o no presentarse en la pretensión. El que una pre-
tensión sea satisfecha -en el sentido que da Guasp a la -
figura- no interesa fundamentalmente sino a quien la pos-
tula; en cambio, que se resuelvan pacíficamente los liti-
gios interesa tanto a las partes como a los demás miem --
bros del grupo social.

De esta crítica se deriva una tercera, y quizá -
se encuentre ya incluida en la anterior, consistente en -
el carácter privatista que Guasp asigna al objeto del pro-
ceso al considerar que el mismo se encuentra constituido-
por la pretensión. Es indudable que la pretensión de las-
partes constituye parte integrante del proceso, pero no -
es menos cierto que la norma de derecho -y de modo espe -
cial en aquellos procedimientos que versan sobre inconsti-
tucionalidad de las leyes- también se somete al juzgador
para formar parte del material con el que el juzgador de-
be lograr la composición del litigio. Si el objeto del --
proceso se reduce a las manifestaciones de voluntad de -

las partes, no se ve claro cómo el juzgador pueda, por ejemplo, solicitar "de oficio" la práctica de alguna diligencia o de cierta prueba no pedida por las propias partes. Dentro de esta postura, el juzgador actúa al servicio de la voluntad de las partes, con lo cual no se explican aquellos casos en los que el juez resuelve el litigio en congruencia con lo pretendido, pero dentro de los límites diversos a los deseados por las partes.

En síntesis, el desplazar a la acción del campo del derecho procesal relegándola al constitucional y sustituyéndola por la noción de pretensión, no ofrece a nuestro entender mayores ventajas en relación con la construcción científica del trinomio sistemático fundamental; la privatización del proceso a que tal concepción conduce, resulta -en nuestra opinión- contraria a las necesidades del enjuiciamiento contemporáneo (275), independientemente de que tal privatización satisfaga o no las inclinaciones políticas del propio Guasp. El sostener que la pretensión es el objeto del proceso, y al afirmar que la pretensión procesal no es sino la sustitución jurídica de la pretensión sociológica, se confunden innecesariamente las nociones de "objeto" y "causa" (276); al tiempo que poco se ayuda a deslindar el derecho procesal del derecho sustantivo (277).

Finalmente, la sustitución terminológica -- propuesta -pretensión por acción- implica una confusión importante: es indudable que la acción constituye, independientemente de su naturaleza, una manifestación de voluntad dentro del proceso, pero al lado de esta "pretensión" se producen igualmente un buen número de manifestaciones de voluntad (vgr. la confesión del acusado) a las que no cabe en rigor agrupar bajo el mismo rubro de pretensiones procesales, aun cuando puedan responder a la definición que de esta acuña -- Guasp. No es que la acción no sea una pretensión procesal, pero es tan sólo una categoría de pretensión diferenciable de las múltiples pretensiones que en el proceso se presentan, pues encuentra como diferencia específica la iniciación del procedimiento. Confundir o equiparar pretensión con acción, equivale a confundir el género con la especie (278). (279).

NOTAS.

Capítulo IV.

1. La familia jurídica romano germánica (expresión --- equivalente a la de cuño anglosajón "civil law") - comprende los países occidentales del continente europeo, los de América Latina, buena parte de naciones africanas y también Japón e Indonesia (cfr. DAVID, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, (tr. de Pedro Bravo), Madrid, 1967, p.p. 21 y ss.) Esta familia tiene como base fundamental de su sistema procesal las enseñanzas de la doctrina romano germánica, creada durante la época del derecho romano canónico o común, fundado en elementos romanos, generalmente de origen post-clásico o bizantino, mezclados con elementos de procedencia germánica (cfr. al respecto, especialmente, CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel processo civile, en "Saggi", cit., vol. I, p.p. 181-224 y L'idea romana nel processo civile moderno, en "Riv. dir. proc. civ.", (1932), núm. 1, p.p. 317-332).

Entre el "common law" y el brevitatis causa "civil law", pueden encontrarse, en materia de "acción", más de una coincidencia (así, vgr. actio-writ, fase in iure-pretrial, legis acciones-forms of action, etc.) que en la mayoría de los casos pasan a ser algo más que meras analogías formales (al respecto, cfr. GORLA, Gino. Studio storico comparativo della "Common law" e scienza del diritto (le forme d'azione), en "Riv. trim. dir. proc. civ." (1962), núm. 1, p.p. 34-38, 43 nota 7, 44-47 y 50-51. Igualmente, del mismo autor y siempre en la "trimestrale", Formazione e struttura fondamentali delle common law: le forms of action (il novus ordo iudiciorum s. XIV-XIX), (1965), (p.p. 1646-1683) y Le forms of action reggione della tomba anche il "computers", (1966), p.p. 1462-1466; véase también CAPPELLETTI, Mauro. Il processo civile italiano nel quadro della contra pposizione "civil law"- "common law", en "Riv. dir. civ." (1963), núm. 1 p.p. 31-64, especialmente, p.p. 32-33, nota 4). Sin embargo, tanto para el --

common law como para la doctrina soviética contemporánea, la noción de acción no ha despertado mayores preocupaciones a los estudiosos del proceso (así, ORESTANO, Ricardo. Azione, cit., p. 786), aún cuando dentro de los sistemas de enjuiciamiento de los países comunistas se empiezan a plantear problemas bastante similares a los que los países occidentales han hecho frente durante los últimos años (vgr., respecto al proceso en general: su transformación social en un mejor sistema de equilibrio entre juzgador y partes; respecto a costos procesales: gratuidad- especialmente en Polonia y Bulgaria-; etc.) (véase, ultimamente, TROCKER, Nicolás. Il secondo congresso internazionale dei processualisti dei paesi socialisti, en "Riv. dr. proc." (1972), núm. 1, p.p. 128-133).

2. En este sentido, y refiriéndose concretamente a la época clásica, Biondi afirma, inspirado en Ricobbono, que "el derecho romano... es un sistema de acciones y, en general, de medios procesales, más que de derechos sustanciales" (BIONDI, Biondo. Istituzioni di diritto romano, (4a. ed.), Milano, 1965, p. 182). Igualmente -- Schulz sostiene que "la jurisprudencia clásica no se orientaba genéricamente hacia el derecho procesal, sino hacia las acciones" (SCHULZ, Fritz. I principi del diritto romano, Firenze, 1949, p. 36).
3. CALAMANDREI, Piero. Processo attico e processo moderno, en: "Studi sul processo civile", vol. III, Padova, -- 1934, (p.p. 159-177), p. 162.
4. Mommsen señala como antecedente legendario de esta prohibición el relato de Plutarco en que se refiere el castigo impuesto por los dioses a romanos y laurentinos con ocasión del asesinato del rey Tacio (MOMMSEN, Theodore. Historia de Roma (de la fundación a la república), vol. I, (tr. de A. García Moreno), Madrid, (5a. ed.), 1962, p. 200, nota 1).
La autodefensa fue sancionada por Marco Aurelio, y antes que él, por Augusto. Así la vim vi repellere se encuentra reglamentada en varios textos del Digesto (vgr. D.9.2.45 y 42.8.10.16) (Al respecto, cfr. MARGADANT, Guillermo F. El derecho privado romano (3a. ed.) México, 1968, p.p. 135-6.)
5. Este control constituye, a nuestro entender, la primera regulación constitucional (evidentemente en sentido material) del derecho de acción.

6. En sentido parecido Scialoja afirma que "antes de la constitución de la acción existe ciertamente el interés mismo desde el punto de vista social y económico" en relación con el cual la acción se otorga -- (SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento civil romano. -- Ejercicio y defensa de los derechos, (tr. de Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín), Buenos Aires, 1954, p. 103).
7. En relación con el carácter casuista y eminentemente práctico de la jurisprudencia romana véanse, entre otros muchos, BONFANTE, Pietro. Historia del Derecho Romano, tomo I, Madrid, 1944, p. 471 y SCHULZ, -- Fritz. I principi del diritto romano, cit., p. 36.-- El último de los autores citados, señala también que "classical lawyers were not so much concerned with -- laying down rules on rights and duties as with dis -- cussing the conditions under which a certain action -- lies and the redress which might be obtained by it" -- (Classical Roman Law, Oxford, 1951, p. 11).
8. Entre otros, Betti se opone terminantemente a considerar como definición el fragmento de D.44.7.51.; -- prefiere hablar de una "caracterización incompleta -- de la actio in personam del ius civile" (BETTI, Emilio. Istituzioni di diritto romano, (2a. ed.), vol. -- I, Padova, 1947, p. 254, nota 15). En igual sentido -- Kaufman, apoyándose en Windscheid, afirma que el -- brocardo atribuido a Celso no es sino una tentativa -- de clasificación en la que la acción se mira desde -- un ángulo propio de la relación obligacional (KAUFMAN, Horst. Sulla concezione del diritto in termini -- d'azione, en "Riv. trim. dir. proc. civ.", (1966), -- núm 1, (p.p. 269-287), p. 272).
- No está por demás recordar que ya Ulpiano, en D.50.-16. 178. 2, nos enseña que "Actionis verbum speciale est, et generale; nam omnis actio dicitur, sive in -- personam, sive in rem sit petitio".
9. BIONDI, Biondo. Op. cit., p.83-4.
10. Afirmamos "para fortuna de nuestra ciencia" tomando en consideración que gracias a las posteriores elaboraciones y discusiones realizadas en base a ella la -- ciencia procesal realizó grandes progresos aun cuando no siempre logro clarificar la controvertida no --

ción (en sentido análogo. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, - Niceto. Adición al párrafo 12, del "derecho Procesal Civil" de James Goldschmidt, cit., p. 99). Lo ante -- rior no implica que desconozcamos que, como el distinguido maestro también sostiene, la trilogía personas-cosas-acciones haya tenido una gravitación perjudicial y excesiva para la liberación del derecho procesal de las ataduras del derecho material (Enseñanzas y su -- rencias de algunos procesalistas sudamericanos en torno a la acción, cit., p. 769-770).

11. BIONDI, Biondo. Op. cit., p.p. 82-3.
12. Ibid., p. 87.
13. BISCARDI, Arnaldo. L'unità del processo nella espe -- rienza giuridica romana, en "Bulletino dell Istituto -- di Diritto Romano", (1962), p. 19.
14. FAIREN GUILLEN, Víctor. El desistimiento y su bilatera -- lidad en primera instancia (contra la doctrina de la -- litis contestatio), Barcelona, 1950, p.p. 42-43.
15. Una vinculación entre las profundas influencias de la -- historia político social de roma y la evolución del -- enjuiciamiento puede verse en ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. -- Historia del derecho romano (tr. de F. de Pelsmaeker), Madrid, 1943 p.p. 87-95, 207-221 y, especialmente, -- 301-316.
16. Entre otros, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Cours de droit -- romain (les actions), Napoli, 1935, p.p. 1-2; con li -- geras variantes, PUGLIESE, Giovanni. Azione (diritto -- romano), en "Novissimo Digesto Italiano", vol. II, To -- rino, 1958, p. 24; y SCIALOJA, Vittorio. Op. cit., p.p. 96-98.
17. SCIALOJA, Vittorio. Op. cit., p. 96.
18. Cfr. WIEACKER, Franz. Op. cit., p.p. 144-146, y espe -- cialmente, KAUFMAN, Horst. Op. cit., en su integridad.
19. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. ult. cit., p. 5, en rela -- ción con GAYO, Institutas, 4.11.

20. En el sentido que a la palabra asigna Alcalá-Zamora. (Cfr., entre otros trabajos del mismo autor, Proceso, procedimiento, enjuiciamiento, en "Estudios de Derecho Procesal", Madrid, 1934, p.p. 460-475).
21. Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Historia del derecho romano, cit., p.p. 73-74, y MERGEDANT, Guillermo F. - Op. cit., p. 54.
22. SCHULZ, Fritz. History of roman legal science, Oxford, 1953, p. 10.
23. PUGLIESE, Giovanni. Op. cit., p. 26.
24. Véanse también I. J. 1.2.12 y D. 1. 5.1.
25. En este sentido, SCIALOJA, Vittorio. Op. cit., p.p. - 97-98.
26. Ibid., loc. cit.
27. Entre otros, BETTI, Emilio. Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto de vista dell'azione, Pavia, 1920 y su refundición en Teoria generale delle obbligazioni, vol. II, Milano, 1953, especialmente -- p.p. 12-3; teniendo siempre a la vista las brillantes críticas que le hace Carnelutti en Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones, (tr. de Santiago - Sentis Melendo), en: "Estudios de derecho procesal", - Buenos Aires, 1952, p.p. 370-504, especialmente, p.p. 436-38.
28. CORTESE, La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico, Milano, 1962, vol. I., p. 133 (citado por Biscardi, Arnaldo. Azione rapporto giuridico nel sistema formulare classico, en "Riv.-dir. proc." (1965), núm. 3, p. 326, nota 3.)
29. En relación con la clasificación de los distintos -- períodos del enjuiciamiento romano, véanse, entre -- otros, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Cours de Droit Romain (les actions), cit., p.p. 1-4 y BIONDI, Biondo. Op.-cit., p.p. 87-107.

30. En este sentido, Chiovenda llegó a afirmar que -- "l'idea romana è l'anima e la vita del processo civile moderno" (CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nell' processo civile moderno, cit., p. 317), -- mientras que Florian atribuye una gran importancia al procedimiento penal acusatorio romano (FLORIAN, Eugenio. Op. cit., p.p. 64-66).
31. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. ult. cit., p. 3.
32. Así, LUZZATTO, Procedura civile romana (Parte prima: Esercizio dei diritti e difesa privata), Bologna, 1946, p. 145.
33. "Las acciones que estuvieron en uso entre los antiguos se llamaban acciones de la ley... o ya porque estaban ajustadas a las mismas palabras de las leyes y a causa de ello eran observadas de manera -- inmutable al igual que las leyes o ya porque eran creadas por las leyes" (traducción tomada de: GAYO, Institutas, tr. directa de Alfredo di Pietro, La Plata, 1967, p. 280).
34. Hacia esta interpretación se inclina Arangio-Ruiz- (Op. ult. cit., p. 5). Igualmente, Lévy-Bruhl sostiene que la expresión "acciones de la ley" no -- tiene por qué vincularse a las XII Tablas si se -- acepta que la voz "lex-legis" en el primitivo espíritu romano hace referencia al conjunto de costumbres imperantes (LEVY-BRUHL, Henry. Recherches sur les actions de la loi, París, 1960). Corroboró lo anterior el capítulo X del libro vigésimo de las -- Noches Aticas. (AULO GELIO, Noches Aticas (capítulos jurídicos), (tr. de Francisco Navarro Calvo), -- Buenos Aires, 1959, p.p. 232-234). Sin embargo, es innegable que la ley de las XII Tablas contribuyó eficazmente al perfeccionamiento del enjuiciamiento romano primitivo, como lo demuestra claramente el hecho de que sus tres primeras tablas contenían normas procesales relativas a la in ius vocatio, -- a los días y horas en los cuales debía de desarrollarse la fase apud iudicem, a los presupuestos de la manus iniectio, a la ventas trans Tiberim de -- los deudores, intervención del vindex, etc. (cfr. al respecto, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Historia del Derecho Romano, cit., p.p. 89-90; y DECLAREVIL, J. Roma y la organización del derecho, (tr. Ramón García Redruello), Barcelona, 1928, p.p. 71-72).

35. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Cours de Droit Romain (les actions), cit., p. 1.
36. Tal es la concepción de WLASSAK, de acuerdo con la interpretación de BIONDI, Biondo. Op. cit., p. 88. En igual sentido para Hegel la aparición histórica de la función de juzgar puede adoptar la forma de una institución patriarcal, o de un acto de fuerza, o de una selección arbitral voluntaria. (HEGEL, G. W. F. Principes de la philosophie du droit, París, ed. de 1968, - pfo. 219, p. 246). Cfr. igualmente GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso, (2a. ed.), Buenos Aires, - 1961, p. 23.
37. IHERING, Rudolf von. El espíritu del derecho romano - en las diversas fases de su desarrollo, (tr. de Enrique Príncipe de Satorrés), tomo II, Madrid 1891, especialmente, y en relación con el enjuiciamiento, p.p. - 9-10.
38. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo Op. ult, cit., p. 5; y también, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba, en "Estudios de derecho probatorio", Concepción, Chile, 1965, p. - 74. Dicho carácter escénico fué también recordado por Chiovenda en relación con la preclusión. (CHIOVENDA, - Cosa giudicata e preclusione, separata de "Riv. It. - Sc. G.", 1933, p. 33).
39. LEVY-BRUHL, Henry. Recherches sur les actions de la loi. París, 1960, p. 42, nota 4. Esta concepción, más antropológica que jurídica, supone, a nuestro entender, una cierta visión ordálica del derecho y del enjuiciamiento romanos que desapareció durante el período clásico, pero que, tal vez por influencia germánica, volvió a presentarse durante la Edad Media (al respecto cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. Romanismo e Germanesimo nel processo civile, cit., p. 211 y, con amplia información bibliográfica, CAPPELLETTI, Mauro. - La Testimonianza della parte nel sistema dell'oralità, Milano, 1962, p.p. 540-541 y nota 1 p. 541).
40. Recuerdese el ejemplo de la Instituta de Gayo (4.11).
41. Al respecto véanse BIONDI, Biondo. Op. cit., p.p. 88-89 y, especialmente, PUGLIESE, Giovanni. Processo privato e processo pubblico (contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano) en "Riv. dir. proc.", 1948, I, (p.p. 63 -109), especialmente p.p. 80-81.

42. Cfr. PUGLIESE, Giovanni. Azione (diritto romano), - en "Novissimo Digesto Italiano", vol. II, Torino - 1958, p.p. 2.4-25 y ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. ult. cit., p.p. 11-21.
43. Parece ser que durante este período sólo existió la apelación frente al soberano en aquellos casos en - que el inculpado, tras haber confesado y mostrándo- - arrepentimiento, era condenado a muerte; la apela - ción tenía en estos casos carácter popular (cfr. -- MOMMSEN, Theodore. Op. cit. p. 115 y MANZINNI, Vi - cenzo. Diritto processuale penale, vol I, cit., p.- 12).
44. Cfr., entre otros, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Op. ult., p.p. 5-7 y BIONDI, Biondo. Op. ult. cit. p. 90. -- Acerca de sus semejanzas con la autodefensa LEVY- - BRUHL, Henry. Le simulacre de combat dans le sacra - mentum in rem, en "Studi in onore de Pietro Bonfan - te", vol. III, Milán, 1930, p.p. 83-132; BETTI, -- Emilio. Istituzioni di Diritto Romano (2a. ed.), -- cit., p.p. 249-250. Por lo que hace al carácter -- "general" de la legis actio per sacramentum, véase - IHERING, Rudolf von. Op. cit., tomo III, p.p. 370.
45. AZIONE, (diritto romano), cit. p. 27.
46. GROSSO, Giuseppe. Premesse generale al corso di - - diritto romano, (4a. ed.), Torino, 1960, p.p. 149- - 155.
47. Op. cit. p. 82-83.
48. Así, BISCARDI, Arnaldo. Azione e rapporto giuridico, cit., p. 327.
49. Cfr. CARRELLI, F. La genesi del processo formulare, Milano, 1946; y, HOMO, Léon. Les institutions po - litiques romaines. De la cité à l'Etat, Paris, 2a. ed., 1970, p.p. 69-101.
50. IGLESIAS, Juan. Estudios Romanos de Derecho e Histo - ria, Barcelona, 1952, p. 13.
51. Cfr. ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Historia del derecho ro - mano, cit., p.p. 183-187.

52. Cfr. BIONDI, Biondo. Op. cit., p. 93.
53. PUGLIESE, Giovanni. Azione (diritto romano), cit. - p. 26, nota 1.
54. Al respecto, cfr. PUGLIESE, Giovanni. Processo privato e processo pubblico, cit., p.p. 69.
55. Véase, especialmente, PUGLIESE, Giovanni. La litis-contestatio nel processo formulare, en: "Riv. dir.-proc", (1951), 1, p.p. 37-64.
56. En su obra Die Litiscontestation im Formularprozees, Leipzig, 1889, en donde la litis contestatio adquiere el carácter de momento esencial del proceso, en contra de aquellas teorías que, como la de Keller, se limitaban a considerarla como "der ideelle Endpunkt" de la fase in iure. (Cfr. al respecto, PUGLIESE, Giovanni. Processo privato e processo pubblico, cit., p. 67, nota 1; BIONDI, Biondo. Op. cit., p.95; FAIREN GUILLEN, Víctor. El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la litis contestatio), Barcelona, 1950, p. 39, nota 35, y, en relación con la posición de Keller, KELLER, F.L. von. De la procédure civile et des actions chez les romains, (tr. par Charles Capmas), Paris, 1870, p. p. 262-278. Una combinación de las ideas de Keller con las de Wlassak se encuentra en el pensamiento de JOLOWICZ, H.F. Roman foundations of modern law, Oxford, 1957, p. 85.
57. PUGLIESE, Giovanni. Op. ult., cit., p.p. 69-70.
58. Ibid., AZIONE (diritto romano), cit., p. 26.
59. Puesto que considera que de la actio depende "fundamentalmente" la iurisdictio, desplazando curiosamente la importancia que él mismo asigna a la litis contestatio en su trabajo citado en la nota 93.
60. Así se desprende, verbigracia, de los siguientes brocardos: "qui actionem habet ad rem recuperandam, ipsam rem habere videtur" D. 50.17.15; y "minus est actionem habere, quam rem" D.50.17.204.
61. En este sentido, KAUFMAN, Horst. Op. cit., p. 272.

62. Al estudiar la cuestión, Chiovenda señaló nitidamente que "la fórmula è la legge del caso concreto" y - en ella radica la actuación de la voluntad de la ley. CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno, cit. p. 319.
63. Al respecto véanse, entre otros, BIONDI, Biondo. Op. cit. p.p. 96 y 97, y BISCARDI, Arnaldo. Op. ult., - cit. p. 328.
64. De los elementos de la fórmula (institutio iudicis, - demonstratio, intentio, y condemnatio o adiudicatio) la intentio se presenta como constante en todos los tipos de acciones, pues la condemnatio falta en - - aquellas que modernamente conocemos como "acciones - (pretensiones) de mero accertamiento". Cfr., especialmente, CHIOVENDA, Giuseppe. Azione e sentenze di mero accertamento, sobretiro de: "Riv. dir. proc. - civ." (1933), núm 1, p.p. 5-6.
65. PUGLIESE, Giovanni. Processo privato e processo pubblico, cit., p. 64.
66. ALBERTARIO, Emilio. In tema di classificazione delle azioni, en: "Riv. dir. proc. civ.", (1928), I, (p.p. 185-206), p.p. 205-206.
67. PUGLIESE, Giovanni. Op. ult. cit., p. 66.
68. Ibid., p.p. 64-65.
69. Cfr. entre otros, BIONDI, Biondo. Op. cit., p. 105, - y, especialmente FAIREN GUILLEN, Víctor. El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la litis contestatio), cit., p. - p. 41-47.
70. La legitimación activa quives ex populo se presenta respecto de dos tipos diversos de acciones que no - deben confundirse: las acciones públicas y las acciones populares. Ambas pueden ser ejercitadas por un - ciudadano cualquiera, pero mientras que las populares pertenecen al procedimiento civil ordinario, las

públicas se rigen por el procedimiento penal. Cfr.- al respecto, CUENCA, Humberto. La acción popular, - en "Rev. Fac. Der. Mex.", (1956), núm. 22, (p.p. - 97-107) p.p. 97-99.

71. Cfr. PROVERA, Giuseppe. La plus petitio nel processo romano, Vol. I^a, (La cognitio extra ordinem), Torino, 1960, p.p. 7-25.
72. Así, MARGADANT, Guillermo F. Op. cit., p. 169.
73. Cfr., entre otros, ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Cours de - droit romain (les actions), cit., p.p. 91-93.
74. BIONDI, Biondo. Op. cit., p. 104.
75. PUGLIESE, Giovanni. Op. ult. cit., p. 68.
76. En este sentido cfr. WOLF, H. J. Prozessrechtliches und materiellrechtliches Denken in rechtsgeschichtli cher Beleuchtung, en: "L'Europa ed il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker", tomo II, Mila - no, 1954, (p.p. 403-437), p. 415.
77. Cfr. SCHULZ, Fritz. I principi del diritto romano, cit., p.p. 45-48.
78. BIONDI, Biondo. Op. cit., p. 103.
79. Cfr. vgr., D. 50.16.178.2, D. 25.3.5 y D. 50.13.1-6.
80. SCHULZ, Fritz. Op. ult. cit., p. 37.
81. La unidad de la actio se diluye en la dogmática, que continuó hablando de acciones. Así, por ejemplo, -- Scevola habla de una actio ex fideicommisso y no de una persecutio, como correspondería de acuerdo con - D. 50. 16. 178. 2, en relación con D. 50.13.5.1. -- (cfr. al respecto, PUGLIESE, Giovanni. Azione (diritto romano), cit., p. 26). Así también, de acuerdo - con Chiovenda, las formulae praeiudiciales del - --

- procedimiento clásico se conocieron como actiones -- praeiudiciales durante la época justiniana (CHIOVENDA, Giuseppe. L'idea romana nel processo civile moderno, cit., p. 319).
82. Así, BISCARDI, Arnaldo. Op. cit., p. 329.
83. Cfr., entre otros. MANZINI, Vincenzo. Trattato di -- Procedura Penale e di ordinamento giudiziario, vol. I, Torino, 1920, p.p. 1-5.
84. CLAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e le -- responsabilità della dottrina, cit., p. 105.
85. En relación con las características de este procedimiento de tipo primitivo, véanse, entre muchos -- otros: PLANITZ, Hans. Principios de derecho privado germánico, (tr. de Carlos Melón Infante), Barcelona, 1957, p.p. 30-35; ROSENBERG-SCHWAB, Zivilprozessrecht, cit., p.p. 16-18; GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, cit., p.p. 14-18, y, preferentemente, -- CHIOVENDA, Giuseppe. Romanesimo e germanesimo nel -- proceso civile, cit.
86. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil, vol. I, cit., p.p. 114-115.
87. En este sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de -- derecho procesal civil, vol. I, cit., p.p. 10-11 y -- también CAPPELLETTI, Mauro. Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law" -- "common law", cit., p.p. 41-42.
88. Así, Chiovenda afirma que "el proceso civil moderno de la mayor parte de los países europeos es la resultante de la fusión de varios elementos sobre los que descuellan el romano y el germano" (Principios de -- derecho procesal civil, vol. I, cit., p. 114. Mientras que Rosenberg sostiene que "das heutige -- deutsche Zivilprozessrecht hat zwei historische -- Wurzeln, das römisch-kanonische und das germanische Recht" (Zivilprozessrecht, cit., p. 14) y Schönke -- afirma concretamente que "con anterioridad a la formación del código de procedimientos civiles del -- Reich, en Alemania se encontraba en vigor el derecho común, no codificado, que tenía por base el derecho-

italiano medieval, que a su vez representaba una mezcla del derecho justinianeo con el derecho longobardo" (SCHOMKE, Adolf. Derecho procesal civil, (tr. de Leonardo Prieto Castro y otros), Barcelona, 1950, p. 22).

89. En relación con el fenómeno véase WIEACKER, Franz. -- Op. cit., p.p. 89-196.
90. CAPPELLETTI, Mauro. Op. ult. cit., p. 42.
91. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p.p. 3-4.
92. Cfr. KAUFMAN, Horst. Op. cit., p. 274.
93. Cfr., CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil, vol. I, p. 115 y KANTOROWICZ, Hermán. Studies in the glossators of the roman law, Cambridge, 1938, especialmente p.p. 33-35.
94. Cfr. PLANITZ, Hans. Op. cit., p. 81 y WIEACKER, Franz. Op. cit., p.p. 28-31.
95. En este sentido KAUFMAN, Horst. Op. cit., p.p. 274-275. Uno de los conceptos en torno a los cuales se produjo una verdadera hipertrofia fué, a nuestro entender, la litis contestatio que, al desaparecer a dualidad en fases y perder el proceso un cierto sabor privatista, se vió privada de su misma base. Al respecto, véase FAIREN GUILLEN, Víctor. El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia (contra la doctrina de la litis contestatio), cit., especialmente, p.p. 51-53; y, sobre todo El juicio ordinario y los plenarios rápidos (Los defectos en la recepción del derecho procesal común), Barcelona, 1953, p.p. 35-40. (Cfr., también GOLDSCHMIDT, James. Op. ult. cit., p.p. 22-23).
96. Del procedimiento longobardo, estudiado con anterioridad en la Universidad de Pavia, contamos con el Liber Papiensis y la Expositio ad librum Papiensem (cfr., al respecto, MENGOZZI, G. Ricerca sull'attività della Scuola di Pavia nell'Alto Medio Evo, Pavia, 1924.)
97. Puede suponerse, por ser costumbre de la Escuela, que el propio Irnerio haya escrito algún estudio de actio-

nibus (así, BETHMANN-HOLLWEG, Der Civilprozess des -- gemeinen Rechts, vol. IV, Bonn, 1874, p. 19; citado por KAUFMAN, Horst. Op. cit., p. 277, nota 32); sin embargo, el más antiguo de que se dispone, es la -- Summa de Piacentino escrita durante la primera mitad del siglo XII.

98. REDENTI, Enrico. Breve storia semantica di "causa in giudizio", en: "Scritti e discorsi giuridici di un -- mezzo secolo", vol I, Milano, 1962, (p.p. 120-215) - p. 175.
99. Así, KAUFMAN, Horst. Op. cit., p. 276, y ORESTANO, - Ricardo. Op. cit., p. 793.
100. Ambas obras publicadas en Venecia en 1681 pero que - datan del siglo XII o principios de XIII. Citadas por Kaufman, Horst. Op. cit., p. 278.
101. Cfr. CORTESE. La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico, vol. I, Milano, 1962, p. -- 133.
102. Op. ult. cit., p. 176.
103. De ahí que Chioyenda diga de Piacentino: "che aguzzo l'ingegno intorno al concetto e alle categorie delle azioni" (CHIOYENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema -- dei diritti, cit., p. 4. Este tipo de indagaciones -- dieron lugar a la construcción de los esquemas jurídicos co-filológicos conocidos como "árboles de acciones" - (KAUFMAN, Horst. Op. cit., p. 279).
104. Dentro del cual la acción constituyó, como antes vimos, un posterius respecto del derecho subjetivo material. (Cfr., KAUFMAN, Horst. Op. cit., p.p. 278.
105. Puesto que, como afirma Redenti, "si en el libello se debe nomen actionis exprimere o si es suficiente -- exprimere causam y si causa et actio sint idem, causae inducentes actiones sunt actiones" (Op. ult. cit., p. -- 176).
106. KAUFMAN, Horst. Op. cit., p.p. 278-279.

107. Ibid., op. cit., loc. cit.; y en general véanse - REDENTI, Enrico. Op. ult. cit., y para la importación moderna del problema, BETTI, Emilio, Ragione e Azione, cit. e infra p.p. 151-154.
108. Cfr. KAUFMAN, Horst. Op. cit., p. 280. Acerca de los aforismos véase SENTIS MELENDO, Santiago. El juez y el derecho (iura novit curia), Buenos Aires, 1937.
109. REDENTI, Enrico. Op. ult. cit., p. 177 y KAUFMAN, Horst. Op. cit., p. 278.
110. En virtud de que doctrinalmente no existía propiamente una línea divisoria entre ambos campos.
111. Así, incluso dentro del proceso común, la demanda es siempre una manifestación de voluntad y no un mero acto de comunicación entre las partes. (En este sentido, CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil, vol. II, cit., p. 264-267. En contra, SATTA, Salvatore. Diritto processuale civile, (7a. ed.), Padova, 1967, p.p. II7-II8). Sobre el particular véase, infra, cap. VIII
112. SCHULZ, Fritz. History of roman legal science, -- cit. p. 331.
113. Al respecto véase, entre otros, ROSENBERG-SCHAWB. Zivilprozessrecht, cit., p.p. 17-18. Dichas características fueron severamente trastocadas por la famosa Saepe contingit de Clemente V (Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. Le forme nella difesa giudiziale dei diritto, en: "Saggi", cit., vol. I, (p.p. 352-378), p.p. 364-8; y FAIREN GUILLEN, Víctor. Op. ult. cit., p.p. 42-45).
114. CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 7 y nota 13.
115. Cfr. JOLOWICZ, H.F. Roman foundations of modern law, cit., p. 74.
116. ORESTANO, Ricardo. Op. cit., p. 794.

117. De acuerdo con ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., -- p. 105 y Adición al número 1 del "Sistema" de - Carnelutti, cit., p. 6.
118. Así, OTS Y CAPDEQUI, José María. Instituciones, Barcelona, 1959, p.p. 226.
119. JACOBO DE LAS LEYES. Flores del Derecho, (publicadas por Ureña y Bonilla), Madrid, 1924.
120. Op. cit. y loc. cit., supra nota 117. Afirmamos que con propiedad las ha llamado "judicialistas" y no "judiciarias" por ser esta última voz proveniente de la francesa "judiciaire", que por -- su origen, se usó a menudo durante los inicios -- del siglo XIX (Cfr., al respecto, SEOANE, María-Cruz. El primer lenguaje constitucional español - (Las Cortes de Cadiz), Madrid, 1968, p. 109.
121. Así, por ejemplo, véanse las leyes 1-5, del título IX, del libro I del Fuero Real de Castilla -- ("De los vozeros") Igualmente, y ya en los albores del siglo XV, la Glosa de Vicente Arias de - Balboa, Obispo de Plasencia, al citado fuero -- (ARIAS DE BALBOA, Vicente. Glosas al Fuero Real de Castilla, (edición de Joaquín Corda Ruiz- - Funes) Madrid, 1951). Igualmente, aun cuando -- con algunas impresiones, cfr. LALINDE ABADIA, Jesús. Iniciación histórica al derecho español, Barcelona, 1970, p. 756.
122. Cfr., también, Partida III, 2. 15.
123. En este sentido lo dicho por Wach respecto del -- proceso común alemán es aplicable también al español: "el proceso alemán común debe su estructura, en gran parte, a la desconfianza frente a -- los jueces y frente a las partes. El derecho... -- teniendo en cuenta ciertas debilidades de los -- jueces, la pereza de pensamiento y la arbitrariedad, creo el fundamento firme y la seguridad de la escritura, de las reglas de prueba, vínculos rigurosos de la máxima dispositiva, etc." -- (WACH, Adolf. Conferencias sobre la ordenanza -- procesal civil alemana, cit., p. 55). Dentro de-

este mismo espíritu florecieron la rigidez en materia de apelaciones y la prueba legal.

124. Estos mismos requisitos serían recordados después por don José de Vicente y Caravantes a través del conocido dístico latino: "Quis, quid, coram quo, quose jurepetatur et à quo Ordine confectus quisque libellus -- habet" (VICENTE Y CARAVANTES, José de. Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento, tomo II, Madrid, 1856, p.p. 7-8) de donde habrían de pasar a numerosos códigos hispanoamericanos, como, por ejemplo, el mexicano para el Distrito y Territorios Federales de 1935 en su artículo 255.
125. En este sentido, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Adición al número 12 del "Derecho procesal civil" de James Goldschmidt, cit., p. 99, y FAJEN GUILLÉN, Víctor. Acción, cit., p. 3. Puede decirse que la distinción entre acción y derecho subjetivo, y demanda y acción fue introducida en España por el propio Caravantes (así, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, Op. ult. cit. loc. cit.) (Cfr., infra, en este mismo capítulo, No. 4, nota 135).
126. Adición al número 1 del "Sistema" de Carnelutti, cit. p. 6.
127. Véanse, MENENDEZ-PELAYO, Marcelino. Historia de los heterodoxos españoles, tomo III, Madrid, 1881, p.p. 27-28, y, especialmente, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Salgado de Somoza y los concursualistas alemanes, en "Ensayos de derecho procesal, civil, penal y constitucional", Buenos Aires, 1944, p.p. 63-94.
128. CAÑADA, Conde de la. Obra citada en el texto, tomo I, 2a. ed., Madrid, 1794, p. 27.
129. Cfr. Op. cit., p. 28.
130. Acerca de la interpretación del "neat iudex ultra petitia partium" en el procedimiento común, véase CHIOVENDA, Giuseppe. Identificazione delle azioni.

Sulla regola "ne eat iudex ultra petitia partium" en "Saggi di diritto processuale civile", vol. I, cit., (p.p. 157-177), p.p. 157-159. Dichos principios son atenuados por Cañada cuando sostiene que "el juez que conoce de la causa no ha de estar tan escrupulosamente ligado á las palabras de la conclusión de la demanda que no puede suplir algunas para reducir el juicio últimamente en beneficio de las partes, atendida la verdad de lo que solicitan y prueban" (Op. cit., p. 29).

131. Así, GARCIA ROJAS, Gabriel. Llegada a México e -- incorporación a nuestra Escuela del Doctor Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en: "R.E.N.J.", (1946), núm. 30, p.p. 515-516.
132. Ya que en rigor la acción declarativa no fué "des cubierta" por Paz en su célebre Scholia ad Leges-Regias Styli (Madrid, 1608) como quiere García -- Rojas (Op. cit., p. 515). Existió desde el procedimiento romano clásico como en su oportunidad -- señalamos.
133. PEKELIS, Alessandro. AZIONE, cit., p. 96.
134. ORESTANO, Ricardo. Op. cit. p. 794.
135. Cfr., supra p. 122 En relación con la cuestión, -- especial atención reclama el pensamiento de don -- José de Vicente y Caravantes quién, en 1856, seña -- ló las profundas diferencias que median entre la -- acción y la demanda, y como corolario la distin -- ción entre aquélla y el derecho subjetivo. Cara -- vantes, con gran claridad, sostuvo que la demanda es el ejercicio de la acción, siendo aquélla la -- petición que hace el actor al juez y ésta el -- "medio legítimo de reclamar los derechos que nos -- competen", para posteriormente asentar que "ya se considere a la acción como un medio de reclamar -- en juicio, ó como un derecho de pedir en justicia, siempre es distinta del derecho que proviene y de la demanda judicial por la que este se pone en -- ejercicio" (VICENTE Y CARAVANTES, José de. Op. -- cit., tomo II, cit. p. 6, nota 1).
136. Cfr., SEGNI, Antonio. Il processo civile nello -- stato contemporaneo, en: "JUS, Rivista di Scienze Giuridiche", 1954), 1, (p.p. 23-42), p. 23.

137. En este aspecto hubo de centrar su análisis Calamandrei al sostener la "relatividad" de la acción (cfr. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción, cit.).
138. Vid, al respecto, ORESTANO, Ricardo. Op. cit., p. 795.
139. En relación con el método de Savigny, véase, LA - RENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (tr. de Enrique Gimbernat Ordeig), Barcelona, - 1966, p.p. 25-33.
140. SAVIGNY, Friedrich Karl. Sistema del derecho romano no actual, (Tr. de Jacinto Mesia y Manuel Poley), (2a. ed.), Madrid, s.d., tomo primero. p.p. 73- - 77 y p.p. 61-62.
141. Op. cit., tomo cuarto, p.p. 7-279.
142. Op. cit., tomo cuarto, p. 7-8.
143. "Esta posibilidad de violación del derecho -nos - dice Savigny- exige una serie de instituciones -- nuevas, todas las cuales pueden comprenderse bajo la designación general de garantías contra esta - violación, y son las siguientes: la. La jurisdicción como parte integrante del derecho público; - 2a. La pena como contenido del derecho criminal;- 3a. Las formas destinadas al restablecimiento del estado normal del derecho, cuyas formas consti - tuyen el contenido del derecho de procedimien -- tos" Op. cit., p. 8.
144. Op. cit., tomo segundo, p.p. 123-7.
145. El "derecho de las acciones", dentro del pensa -- miento de Savigny, se opone al "derecho de acción" y al "derecho subjetivo" del que es manifesta -- ción, y constituye una esfera particular del pro -- cedimiento civil relativa a las varias formas en -- que se incoa el proceso.
146. Op. cit., tomo cuarto, p.p. 9-10. Tal concepción -- entronca claramente con la primitiva concepción - germana de la acción (al respecto, vid., PLANITZ, Op. cit. p. 33).

200.

147. SAVIGNY, F. K. Op. cit. loc. ult. cit.
148. Op. Cit. tomo cuarto, p. 8.
149. Loc. ult. cit.
150. Véanse al respecto, THIBAUT, U.F. T. Ueber die -- Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen -- Rechts für Deutschland, Heidelberg, 1814 y -- -- SAVIGNY, FRIEDRICH CARL VON. Vom Beruf unserer -- Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, -- Heidelberg, 1814 (ambas obras pueden verse en -- castellano en: THIBAUT y SAVIGNY La Codificación. Una controversia programática. (tr. de José Díaz-García). Madrid, 1970).
151. CUENCA, Humberto. Derecho procesal civil, tomo I, cit., p.p. 142-3.
152. ORESTANO, Ricardo. Op. cit. p. 794.
153. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 6, nota II (p.p. 54-55).
154. Como por ejemplo lo postuló HASSE. (Cfr., al respecto, PUGLIESE, GIOVANNI. Introduzione, a la "Polemica intorno all' "actio" di Windscheid e Muther"; cit., p. XIV).
155. Estos últimos son muy numerosos, baste recordar la conocida expresión de PUCHTA según la cual la -- acción es el "derecho subjetivo en pie de guerra" -- (cfr. PENKELIS, Alessandro. Op. cit., p. 93), o la de UNGER que considera a la acción como "el derecho que abandona la toga para endosar el sagum" -- (cit. por DE LA RUA, Fernando. Op. cit., p. 272).
156. Una exposición de la doctrina tradicional francesa, así como su crítica, pueden verse en VIZIOZ, Henry. Observations sur l'étude de la procédure civile, -- en: Etudes de Procédure", Bordeaux, 1956, (p.p. 3--52), p.p. 27-38; y en SOLUS, Henry et PERROT, Roger. Droit Judiciaire Privé, tomo I, París, 1961, p.p. -- 94-99. Igualmente, aun cuando con menor profundidad, véase: JAUFFRET, Alfred. Manuel de Procédure Civile et Voies d'Exécution, (10a. ed), París, 1970, p.p.--

- 14-15; y, VINCENT, Jean Précis de Procédure Civile, 15a. ed.), París, 1971, p.p. 21-23. Cfr., Igualmente, COUTURE, Eduardo J. Introduction a l'étude de la procédure civile, París, 1950, p.p. 15-16 y nota 2, p. 25.
157. DEMOLOMBE Cours de Code Napoléon, (4a. ed.), tomo IX, París, 1870, núm. 338.
158. GLASSON, TISSIER ET MOREL. Traité théorique et pratique de procédure civile et commerciale, (3a. ed.), tomo I, París, 1925, núm. 173, p. 426.
159. Así lo sostienen Solus y Perrot (Op. cit., p. 98) y tal se desprende, por ejemplo, de la obra de Marcel Planiol quien afirma: "Elles (les actions) ne sont pas autre chose que le droit lui-même déduit en justice... celui qui exerce un action a un droit réel ou un droit de créance, contesté ou violé par une autre personne", siguiendo a POTHIER cuando -- sostuvo, en su Traité de la communauté, la identidad entre derecho y acción al decir que "actio ad mobile est mobilis, actio ad immobile est immobilis" (PLANIOL, Marcel (avec la collaboration de RIPART, Georges). Traité Élémentaire de Droit Civil, (12a. ed.), tomo I, París, 1937, núm. 2233, p.p. 758-759). Conviene sin embargo tener en cuenta que actualmente muchos civilistas discrepan ya de tales concepciones (cfr. infra, nota 197, in fine).
160. Especialmente Leon Duguit (Traité de droit constitutionnel, (3a. ed.), tomo I, París, 1927, p.p. 225-299). Cfr. al respecto, el magnífico estudio de VIZIOZ, Henry. Les notions fondamentales de la Procédure et la doctrine française du droit public, en: "Études de Procédure", Nordeaux, 1956, (p.p. 53-164), p.p. 132-139. Igualmente, consideraciones acerca del enjuiciamiento administrativo -- entre otras muchas -- llevaron a Chiovenda a negar la identidad entre acción y derecho subjetivo (CHIOVENDA, G. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 17).
161. DUGUIT, León, Op. cit., loc. cit., p.p. 433 y 477. -- Esta postura es adoptada por los civilistas Henry, León y Jean Mazeaud quienes abiertamente se oponen a identificar a la acción con el derecho subjetivo-material (MAZEAUD, J.H. et L. Leçons de droit civil, tomo I, París, 1955, p.p. 348-363).

162. Cfr. al respecto ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Adición al párrafo 12 del "Derecho procesal civil" de James Goldschmidt, cit., p. 99.

Así, en vía de ejemplo, en 1806, Juan Antonio de Zamacona afirmaba: "Acción, en sentido que tratamos (judicial) viene á ser el derecho que se tiene para pedir alguna cosa en justicia" -y agrega- "la acción real es aquella con que se pretende tener derecho a los bienes que alguno posee...la acción personal es quando solo está obligada la persona á la deuda... y la mista es la que da el derecho para que al paso que se pide lo que a uno le corresponde como propio, se precise al reconvenido a que satisfaga ó indemnice los perjuicios que ha originado" (ZAMACONA, J. A. Tribunales de España. Práctica de los juzgados del Reyno y resumen de las obligaciones de todos los jueces y subalternos, Madrid, 1806, tomo II, capítulo sexto, #1, p. 214).

Por otra parte, Pérez y López simplemente repite la tradición medieval al decir que "acción es el derecho de perseguir en juicio lo que a cada uno se le debe o le pertenece" y que es constante que el conocimiento exacto de las acciones procede de la inteligencia profunda de las respectivas obligaciones y materias de que ellas nacen" (PÉREZ Y LOPEZ, Javier. Teatro de la Legislación Universal de España é Indias, Madrid, MDCCXCI, tomo II, p.p. 21 y 22).

163. PALLARES, Eduardo. Tratado de las acciones civiles. Comentarios al Código de Procedimientos Civiles, (3a. ed), México, 1962.

Aparentemente Pallares modifica su postura civilista en su Derecho procesal civil (México, 1960), p. 148, en donde afirma que "El derecho procesal de acción, o mejor dicho la acción procesal propiamente dicha, es el conjunto de medios legales, fórmulas y procedimientos (sic) por los que se ejerce el derecho constitucional de acción".

Idéntica postura a la sostenida en el "Tratado" se encuentra en otro trabajo probablemente también debido a la pluma de Pallares, aludimos a: "TACITO". Doctrina de la acción, en "Foro de México", núm. 17, lo. de agosto de 1954, p. 57.

164. Tratado de las acciones civiles, cit., p. 40.

165. Ibid, p. 41.

166. Cfr., supra, p. 91 y nota 5, p. 182.
167. Para demostrar el error en que incurre Pallares -- nos basta invocar las opiniones de dos autorizados historiadores del derecho: Heinrich Dernburg y -- William Blackstone. Para el primero de ellos "Históricamente los derechos subjetivos existieron mucho antes de que apareciera el Estado como un orden jurídico deliberadamente establecido. Tenía su base en la personalidad del individuo y en el respeto que éste era capaz de obtener e imponer. El concepto de orden jurídico pudo lograrse a través de la consideración de los derechos subjetivos -- existentes y gracias a un proceso de gradual, abstracción" (System des Römischen Rechts, 1911, parte I, p. 65). Por su parte Blackstone establece -- una distinción entre los llamados derechos individuales de carácter absoluto cuyo origen se pierden en la noche de los tiempos, y los derechos "sociales", que no surgen sino con la organización social primitiva estructurada y jerárquizada (Commentaries, libro I, núm. 167). Ambos fragmentos los -- hemos tomado de la Teoría general del derecho y el Estado de Hans Kelsen (cit., p.p. 91-92), quien, -- conviene recordarlo, se opone a ambos autores considerando tales opiniones como "insostenibles", no desde un punto de vista histórico -- que es lo que -- aquí nos interesa -- sino desde una perspectiva dogmática que no es este el lugar de examinar.
168. Cfr. infra capítulo VIII.
169. PALLARES, Eduardo. Op. ult. cit. p.p. 48-49.
170. Ibid., p.p. 58-59.
171. Ibid., p. 60.
172. Ibid., p. 62.
173. FILOMUSI GUELF, Francesco. Enciclopedia Giuridica, (7a. ed.), Napoli, 1917, p.p. 678 -680.
174. Ibid., p. 694.
175. COVIELLO, Nicolás. Doctrina general del derecho civil, (tr. de Felipe de J. Tena), México, 1938, p.p. 537-549.

176. GARCIA MAYNES, Eduardo. Introducción al estudio del derecho, (14a. ed.), México, 1967, p.p. 232-233.

177. La acción, concebida como un "hecho jurídico", de conformidad con la teoría que respecto a estos establece el propio Coviello, sería un "acontecimiento al que el derecho objetivo atribuye como consecuencia la adquisición, o la pérdida, o la modificación de un derecho subjetivo"... ex factoritur ius (COVIELLO, N. Op. cit., p.p. 333-334), de donde afloran numerosos problemas, pues si la acción no es un derecho subjetivo, sino un hecho que trae aparejada la adquisición, la pérdida o modificación de aquel, ¿a qué tipo de "derecho subjetivo" puede dar lugar la acción? ¿no se trata más bien de un derecho objetivo -de conformidad con su propia terminología- a la jurisdicción?; y si así fuese, ¿en qué casos puede el ejercicio de la acción originar la pérdida de un derecho subjetivo material?

178. La explicación no es tan diáfana como a primera vista parece serlo, pues Coviello afirma que "la facultad de obrar como elemento del derecho subjetivo, es lo que constituye el fundamento de la acción en sentido procesal" por lo que "está (la acción) será admitida si el magistrado descubre la existencia del derecho, y rechazada en la hipótesis contraria". Con ello se desechan implícitamente, los pronunciamientos de equidad en los cuales el juzgador "a falta de una norma preexistente, está llamado a crear discrecionalmente, según su sentido de equidad, el derecho objetivo que parezca más adecuado para regular el caso concreto" (CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil, cit., p. 122). Tampoco pueden explicarse de esta manera las sentencias meramente declarativas y los procedimientos en que tales resoluciones jurisdiccionales se pronuncian, pues en ellos el procedimiento mismo se reduciría a una tramitación innecesaria en virtud de que si para aceptar la demanda el juzgador ha debido "descubrir" previamente la existencia del derecho por sí y ante sí, sin prueba alguna y sin necesidad de cualquier fase contradictoria, ¿qué objeto tiene el procedimiento mismo? Tal vez a esta pregunta pudiera responderse que el procedimiento se encamina a "afirmar" las convicciones y a demostrar el "descubrimiento" del juzgador per-

mitiendo el juego dialéctico entre la autoridad y las partes, pero ¿que ocurriría en caso que tal acción fuese rechazada?

179. Para Coviello, la acción toma un significado "formal" cuando se habla de ella en el sentido "procesal" --rectius: procedimental-- que dicho autor --confunde tanto con la instancia como con el proceso, según hemos apuntado. Cfr. vgr., COVIELLO, N. cit., p. 539.
180. Lo cual resulta muy comprensible si se tiene en cuenta el especial carácter del sistema romano, --al grado que hay quien ha afirmado que un romanista que no es procesalista no es, tampoco, romanista (BISCARDI, Arnaldo. Op. cit., p.p. 325-326).
181. BINDER, Julius. Prozess und Recht. Ein Beitrag zur lehre von Rechtsschutzanspruch, Leipzig, 1927. Cfr., acerca de la importancia de su obra, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Veinticinco años de --evolución del Derecho Procesal. 1940-1965, México, 1968, p. 148, nota 475; en donde considera al estudio de Binder como la "expresión más acabada" --de las tesis escritas en vena monista. Ya en 1937, la teoría de Binder fue también considerada como el modelo mejor logrado dentro de las tesis sustentivistas, cfr. CRISTOFOLINI, GIOVANNI. A proposito di indirizzi nella scienza del processo, --en "Riv. dir. proc. civ.," (1937) núm. 2, p. 107.
182. Así lo señala perspicazmente Carnelutti. Vid. --- CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo, cit. --p. 163.
183. BINDER, Julius. Op. cit., p. 220 y p.p. 237-238.
184. Ibid. p.p. 254-255.
185. Severas críticas le formula Rosenberg. Cfr. ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil, --(tr. de la 5a. ed. alemana --1951-- de Angela Romero Vera), tomo III, Buenos Aires, 1955, núm. --170, p. 13. Tales observaciones no se encuentran--empero en la décima edición alemana (cit. ante --riormente) publicada al cuidado de Schwab.

186. Cfr., supra, Capítulo segundo, número 2, apartado - "c", in fine.
187. Al respecto véanse las ponencias presentadas al VII Convegno Nazionale de la Associazione fra gli studi del processo civile, por los profesores Vittorio Denti y Giovanni Conso. (CONSO, Giovanni. La natura giuridica delle norme sulla prova nel processo penale y DENTI, Vittorio. La natura delle norme sulla prova nel processo civile, publicados -- ambos trabajos en "Atti del VII Convegno Nazionale", Milano, 1971, p.p. 141-157 y 159-189, respectivamente). Cfr., igualmente, CAPPELLETTI, Mauro. La <<natura>> delle norme sulle prove, extracto dal -- volume "Scritti dedicati ad Antonio Raselli", tomo -- primero, Milano, 1971, p.p. 433-442; vid, especialmente, p.p. 434-435.
188. Si bien resulta siempre conveniente no perder de -- vista la realidad misma de las instituciones procesales, especialmente en momentos en que la abstracción parece comprenderlo todo.
189. Sin llegar a los extremos de la conocida frase de -- O.W. Holmes, según la cual "The prophecies of what the courts will do... are what I mean by the law" -- (the path of the law, en "Collected Papers", p. 173; cit. por HART, H.L.A. The concept of law, cit., p. 1, nota 2).
190. Op. cit., tomo I, p. 5.
191. Nos referimos a: Il concetto della obbligazione -- costruito dal punto di vista dell'azione, Pavia, -- 1920 (especialmente, p.p. 5-71); Teoria generale -- delle obbligazioni, Milano, 1953, tomo II, p.p. 7 -- 28; y, especialmente a su monografía intitulada -- Ragione e azione, en "Riv. dir. proc. civ.", (1932), I, p.p. 205-237 y a las páginas 63 a 86 de su -- Diritto processuale civile italiano (2a. ed.), Roma, 1936.
192. Para Betti existen "due concetti fondamentali, in -- dispensabili per intendere la logica del processo -- civile, strettamente connessi ma distinti...: il -- concetto di ragione e quello di azione" (Ragione e azione, cit., p. 205).

193. BETTI, Emilio. Op. ult., cit., p. 219.
194. En relación con estas teorías véase Cap. VI de este mismo trabajo.
195. Pues sostiene que "l'attuazione della legge nel processo si operi in ordine a un concreto interesse che si pretende da essa protetto: si pretende, cioè si afferma". (Ragione e azione, cit., p. 206).
196. Cfr. vgr., CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho procesal civil, cit., p.p. 177-202.
197. Lo cual significa que la resolución jurisdiccional debe ser congruente con la demanda, en el sentido de resolver sobre lo que en ella se pretende y no de acuerdo o en la forma en que se pide la condena por el actor.
198. La "consumacion" sería el vínculo que une la relación entre actor y juzgador, siendo correlativa a la "litispendencia" que media entre este último y el demandado.
199. Al respecto, cfr. CAPPELLETTI, Mauro, Social and political aspects of civil procedure, cit., p.p. 860-874.
200. PUGLIESE, Giovanni. Actio e diritto soggettivo, - Milano, 1939.
201. Op. cit., p. 260.
202. Al respecto véase MORINEAU, Oscar. Il concetto di diritto soggettivo, en "JUS. Rivista de Scienze Giuridiche", (1954), Fasc. II, (p.p. 157-188), p. p. 165-166.
203. Pugliese, G. Op. cit., p.p. 250-5.
204. Cfr., al respecto, KELSEN, Hans. La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática cien-

- tífica del derecho, (tr. de Jorge G. Tejerina), -
Buenos Aires, 1941, p.p. 114-115; Teoría general del Estado, (tr. de Luis Legaz Lacambra), México, 1951, p.p. 305-307; y, Teoría general del derecho y del Estado, (tr. de Eduardo García Maynez), México, (3a. ed.), 1969, p.p. 159-160.
205. Ob. cit., 1960 (reimpresión de la 2a. ed. de 1923), p.p. 619-620. En donde expresamente se sostiene que acción y derecho subjetivo no son "derechos" distintos, sino que prácticamente se encuentran unidos de modo que su titular lo es de uno en tanto cuanto lo sea también del otro, en virtud de que tanto la acción como el derecho subjetivo son imputados a un sujeto por una misma norma jurídica.
206. Teoría general del derecho y el estado, cit., p.p. 97-98.
207. Cfr., al respecto, op. ult. cit., p.p. 94-97, en relación con p.p. 61-62.
208. Acerca de tal principio véase, TAMAYO Y SALMORAN, - Rolando. La imputación como sistema de interpretación de la conducta, en "Revista Jurídica Veracruzana", (1972), núm. 1.
209. KELSEN, Hans. Op. ult. cit., p. 98, en donde se afirma que "El titular del derecho subjetivo es, en consecuencia, el actor potencial, o el individuo que éste jurídicamente representa".
210. A título ejemplificativo bastenos citar las siguientes: ALLORIO, Enrico. Per una teoria dell'aggetto dell' accertamento giudiziale, en: "JUS. Rivista di Scienze Giuridiche". (1955), (p.p. 158 y s.s.), especialmente, p. 199-200; BETTI, Emilio. Teoría general delle obbligazioni, cit., p.p. 122-123; GARCÍA MAYNEZ, Eduardo. Op. ult. cit., p.p. 232-233; MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y acción (premisas críticas al estudio de la acción en el proceso civil), cit., p.p. 154-157; y VALLADO BERRON, Fausto. Teoría general del derecho, México, 1972, p.p. 153-156.
211. KELSEN, Hans. La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle), en: -

"Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'étranger", (1928), tomo 45, (p.p. 199-257), especialmente, p.p. 245-248.

212. Dentro del cual se enmarca la jurisdicción (cfr. nota 213).

213. Ya que, de conformidad con Kelsen, tres son las condiciones de la sanción" 1) que un contrato haya sido celebrado; 2) que una de las partes no lo cumpla; - 3) que la otra ejercite una acción, es decir, promueva el procedimiento judicial que en último término habrá de conducir a la ejecución de la sanción".- Teoría general del derecho y el estado, cit., p. 62.

A nuestro entender el considerar como presupuesto de la jurisdicción el incumplimiento, resulta inaceptable, en virtud de que los órganos estatales pueden desplegar su actividad y, desde luego, pronunciar su sentencia, sin que el "incumplimiento" se haya verificado. Lo único que es presupuesto indispensable, - tanto del proceso como de la acción es el litigio, - que en concreto puede caracterizarse como la pretensión de incumplimiento de un deber jurídico, misma que puede ser desestimada por el juzgador. El hecho de que el incumplimiento de un deber jurídico (causa debendi) sea de hecho el objeto litigioso de un buen número de procedimientos no puede interpretarse como objeto propio de todo litigio; piénsese por ejemplo, en los esencialmente declarativos (respecto a los cuales el pensamiento Kelseniano es confuso, - puesto que mientras que en la Teoría pura del derecho cit., p. 114, los desconoce al afirmar que la jurisdicción no tiene nunca un carácter meramente declarativo, pues nunca se limita a una Rechts Findung- en lo que estamos de acuerdo no por las razones aducidas por Kelsen, sino en función de la noción carnelliana de composición del litigio-; en tanto que en la Teoría general del derecho y el estado, cit., p. 160-1, asienta que "la función declarativa de la existencia de ciertos hechos, a través de un procedimiento jurídico, tiene siempre un carácter específicamente constitutivo", para agregar que en todo juicio la "declaración de existencia" es lo que determina "jurídicamente" la relevancia de los hechos, - pues estos "en sí mismos" son irrelevantes).

Igualmente puede agregarse, y el mismo Kelsen se percató de ello, que la elaboración teórica de la "acción" por él realizada en función del presupuesto -

del "incumplimiento" de un deber jurídico no es - aplicable -a pesar de que se trata de una "teoría-general"- al enjuiciamiento criminal (Véase al -- respecto, Teoría general del derecho y el estado, - cit., p.p. 99-100).

214. Cfr. al respecto, op. ult. cit., p.p. 98-99.
215. Esta situación reviste especialísima importancia - en relación con los enjuiciamientos penal y cons - titucional. Así, hablando con relación al primero - de ellos, Kelsen se ve obligado a admitir que la - moderna legislación penal de múltiples Estados -- "presenta una técnica opuesta (a la civil)" pues - en ella el facultado para ejercitar la "acción" - es un órgano estatal, pues "en esta esfera... tie - nen que ser protegidos intereses vitales para la - comunidad" por lo que se hace prevalecer el inte - rés colectivo sobre el particular (Op. ult. cit. - loc. cit.). Por lo que hace al enjuiciamiento cons - titucional, Kelsen considera que en virtud de la - trascendencia del control de constitucional "la - plus forte garantie consisterait certainement à - autoriser une actio popularis" puesto que así - - "l'intérêt politique qu'il y a l'élimination des - actes irréguliers recevrait la satisfaction la - plus radicale", aún cuando a renglón seguido desa - conseja tal solución por que en su opinión "elle - entraînerait un danger trop considerable d'actions - timéaires, et le risque d'un insupportable en -- combrement des rôles". Op. cit., nota 247, p. 243.
216. En concreto, con el derecho al sufragio, y en re - lación con el procedimiento de creación del orden - jurídico. Vid. Teoría general del derecho y el es - tado, cit., p.p. 102-105.
217. MICHELI, Gian Antonio. Op. ult. cit., p.p. 179-180.
218. PEKELIS, Alessandro. Azione, voz en: "Nuovo Di -- gesto Italiano", vol. 2, Torino, 1938, p.p. 91- - 108; y también en "Novissimo Digesto Italiano", - vol. 2, Torino, 1958, p.p. 29-46. Una síntesis -- crítica de dicho trabajo puede verse entre noso - tros en TORAL MORENO, Jesús. La teoría de la ac -- ción en Pekelis, en: "Rev. Fac. Der. MEX." (1951), - núm. 3-4, p.p. 121-137.

219. Cfr., especialmente, CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción, cit.
220. PEKELIS, A. Op. ult. cit., p. 98.
221. Ibid. loc. cit.
222. ORESTANO, Ricardo. Op. cit., p. 810.
223. SATTA, Salvatore. Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata, en: "Riv. dir. proc. civ.", (1932), I, p. 358.
224. Ibid. p. 362.
225. Ibid. p. 363.
226. SATTA, Salvatore. Op. cit., publicado originalmente en "Riv. dir. proc. civ.", (1937), I, p.p. 32 - y s.s. Hemos empleado la reedición del trabajo, - apostillada por el propio Satta, publicada en: - "Soliloqui e colloqui di un giurista", Padova, - 1968, p.p. 177-194.
227. Con ello la jurisdicción se enfoca desde un ángulo estrictamente privatista en el que el juzgador no es sino un tercero coadyuvante del actor. Op. ult. cit. p. 190.
228. Ibid., loc. ult. cit., en donde afirma que "Il processo... non è in contraddizione, ma bensì in coordinazione coll'azione".
229. Op. ult. cit., p. 188-9.
230. CRISTOFOLINI, Giovanni. A proposito di indirezzi nella scienza del processo, en "Riv. dir. proc. civ." (1937), num. 2, p.p. 105-124; SATTA, Salvatore. Orientamenti i disorientamenti nella scienza del processo, en "Foro Italiano", 1937, t. IV, p.p. 276 y s.s. (nos hemos valido de la reedición-aparecida en "Soliloqui e colloqui di un giurista", cit., p.p. 195-210); CRISTOFOLINI, Giovanni. Contro i disorientamenti nella scienza del processo, en "Riv.dir. proc.civ.", (1937), num 3, p.p. 282-287.

Sin lugar a dudas se trata de una polémica importantísima, pero no por ello cabe considerarla como más importante que la sostenida entre Windscheid y Muther, como quiere Serra Domínguez en un trabajo en que se adhiere a la mayoría de los postulados de Satta (SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Evolución histórica del concepto de acción, en: "Estudios de derecho procesal", Barcelona, 1969, p.p. 118-158).

231. CRISTOFOLINI, Giovanni. A proposito di indirizzi nella scienza del processo, cit., p. 109.
232. Ibid., p.p. 110-111.
233. Ibid., p. 112.
234. Ibid., p. 110.
235. Ibid., p. 106.
236. Cfr., Orientamenti i disorientamenti nella scienza del processo, cit.
237. Esta postura habría de mantenerla también en la primera edición de su Diritto processuale civile - (1948). Cfr., para su crítica, LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoría del processo civile, en: "Scritti quíridici in onore di Francesco Carlucci", vol. II, Padova, 1950, (p.p. 427-454), p. 431, nota 2.
238. En virtud de que teóricamente sus puntos más interesantes se encuentran en los dos primeros eslabones de la misma: la prolucción de Satta y la réplica de Cristofolini.
239. Cuyas fuentes serían: L'esercizio dell'azione, en "Rivista Italiana per le scienze giuridiche", 1947, p.p. 212-229; Ultime tendenze della teoría dell'azione, en "Rivista di Filosofia del diritto", 1940; la quinta edición del Diritto processuale civile, Padova, 1957, el Commentario al Codice de Procedura civile, Milano, 1959, tomo I, p.p. 43-47; y la séptima edición del Diritto processuale civile, Padova, 1967, así como la voz Domanda, en "Enciclopedia del Diritto", tomo XIII, Milano, 1964. (p.p. 816-26). p.p. 817-9.

240. Commentario..., cit., t. I, p. 46.
241. Diritto processuale civile, (7a. ed.), cit., p.p.-103-111.
242. MICHELI, Gian Antonio. Op. ult. cit. p. 154.
243. SATTA, S. Op. ult. cit., p.p. 112 y 115.
244. REDENTI, Enrico. Profili pratici del diritto processuale civile, (2a. ed.), Milano, 1939, p.p. 39-41; y Diritto processuale civile, (2a. ed.), Milano, 1957, p.p. 18-20.
245. Op. ult. cit., p. 47.
246. Ibid. p. 52.
247. Ibid. p.p. 53-54 y p.p. 47-48.
248. Ibid. p. 46.
249. Ibid. p. 49.
250. Es decir, aquel procedimiento normativo encaminado a la "sujecion" del particular a determinados vñ - culos obligacionales. Cfr. al respecto, Diritto -- processuale civile, cit., p.p. 21-26.
251. MICHELI, Gian Antonio. Op. ult. cit., p.p. 166-168.
252. Habiendo sido durante algún tiempo "il solo in Italia fra i processualisti ad ammettere coraggiosamente un'azione in senso sostanziale" (SATTA, Salvatore. Gli orientamenti pubblicistici della scienza -- del processo, cit., p.p. 190-191). En igual sentido véase FAZZALARI, Elio. Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana, en: "Riv. dir. proc." (1963), - (p.p. 362-380); p. 368.
253. REDENTI, Enrico. Op. ult. cit. p. 49.
254. La pretensión (Anspruch) entendida en sentido sustancial, en tanto que lo que es pedido por el actor

(causa petendi) ha existido siempre, pues como señala Sentís Melendo, siempre, al menos, el litigante ha pretendido algo (cfr. SENTÍS MELENDO, -- Santiago. Acción y pretensión, (con ocasión del libro de Ricardo Reimundín, "Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual", Buenos Aires, 1966), en: "Estudios de Derecho Procesal", vol. I, Buenos Aires, 1967, (p.p. 143-197), p. 157). Lo novedoso dentro del mundo procesal está, en nuestra opinión, en el sentido que a tal expresión le dió la ciencia procesal alemana a partir--probablemente-- de Rosenberg y su crítica a la Rechtsschutzanspruch de Adolf Wach. Así, en la quinta edición de su Tratado (cit., tomo II, p. 35) nos dice que pretensión es la "petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y en cuanto sea necesario por las circunstancias de hecho propuestas para su fundamentación". (En la décima edición, con la colaboración de Schwab, puede verse un ulterior desarrollo de su postura al examinar los conceptos de Justizanspruch y Rechtsschutzanspruch, ROSENBERG-SCHWAB, Zivilprozess-Recht, cit., p.p. 10-14). La existencia de dos connotaciones distintas, por lo menos, de pretensión, una "sustancial" y otra "procesal" hace necesario que cada vez que el término se emplea se aclare su sentido. El problema fundamental, a nuestro entender, radica en deslindar los conceptos de acción y pretensión; al respecto véase, infra, Capítulo VIII.

255. En relación con la forma en que la han entendido algunos de sus seguidores, véase infra. nota 274.
256. GUASP, Jaime. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, (2a. ed.), Tomo I, Madrid, 1948, comentario al artículo 62, p.p. 318-360; La pretesa processuale, (tr. de P. Sella), en: "JUS. Rivista di Scienze Giuridiche" (1951), p.p. 463-491, y (1952), p.p. 101-119, y, Derecho procesal civil, (3a. ed), tomo I, Madrid, 1968, p.p. 211-232.
257. Cfr. Comentarios..., cit., p. 331.
258. Derecho procesal civil, cit., p. 212.

259. Cfr. Comentarios..., cit., p. 25; Derecho procesal-civil, cit., p. 16.

260. En torno a las críticas que se han hecho a la formulación de Guasp nos limitamos aquí a señalar el estudio de ATTARDI, Aldo. Processo e pretesa in una recente concezioni dottrinale, en "JUS. Rivista di Scienze Giuridiche", (1952), p.p. 413-421. Otras críticas pueden verse citadas en las notas 261, 277 y 278 de este mismo trabajo.

261. Derecho procesal civil, cit. p.p. 15-16. Con dicho concepto Guasp pretende haber realizado la "superación" de aquellas posturas conceptuales que determinan el "concepto del proceso" desde ángulos "materiales" o "formales" (p.p. 11-17), al tiempo que sostiene que su posición parte eclécticamente tanto de una base sociológica como de una base normativa. En nuestra opinión, el afirmar que el proceso es un instrumento de satisfacción de pretensiones no puede rigurosamente considerarse como un "concepto" del mismo. Sino como resultado o, mejor aún, como un efecto que puede producirse en función del fin del proceso, entendido este como finalidad normativa: cosa juzgada (cfr., vgr., GOLDSCHMIDT, James. Prozess als Rechtslage: Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin, 1925, p.p. 151-220). Desde un enfoque socio-jurídico fundamental a nuestra disciplina- el proceso cumple una trascendental misión jurídica, política y social; pero esto, podrá decirse, ya es tinta de otro color y, efectivamente, tal lo reconocen Alcalá-Zamora y, siguiéndole, De Miguel y Alonso (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.- Proceso, autocomposición y autodefensa, cit. p.p. 233-234; y MIGUEL Y ROMERO, Mauro y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. Derecho procesal práctico, tomo I, cit., p.p. 4-5) (Cfr. igualmente, ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Causas y efectos sociales del derecho procesal, cit.)

Contundente resulta, en nuestra opinión, la crítica que a tal concepto dirige, con su claridad acostumbrada, Fairén Guillén al considerar, siguiendo a Carnelutti, que el proceso puede también ser un instrumento que, en concreto, logre u obtenga la "satisfacción de resistencias o contestaciones" -- (FAIREN GUILLEN, Víctor. El proceso como función de satisfacción jurídica, en: "Temas del ordenamiento procesal", tomo I, Madrid, 1969, p.p. 360-361).

Por nuestra parte, puede agregarse que el "concepto" que de proceso nos brinda Guasp resulta harto insuficiente para caracterizar al mismo y distinguirlo -- de figuras tales como la autotutela y la autocomposición. Es innegable que en los casos de autotutela-estatal se "satisfacen pretensiones" punitivas y -- otro tanto ocurre en la primitiva y menos "refinada" justicia por propia mano. Al no permitir el concepto de Guasp la distinción entre figuras tan diversas, -- tanto en su contenido como en su finalidad, dudamos -- del "doble enfoque" (sociológico y normativo) que -- pretende aplicar, aún cuando estamos plenamente se -- guros que dicho "concepto" podrá recibir una buena -- acogida por parte de dictadores, caudillos y tira -- nos que se empeñan en llamar proceso a burdas farsas autodefensivas.

262. Para su crítica véase el fundamental estudio de Nicto Alcalá-Zamora y Castillo, Algunas concepciones -- menores acerca de la naturaleza del proceso, cit., -- p.p. 255-261.

Couture, sin duda alguna el jurista más importante -- de los que prestaron sus oídos al "canto de las si-- renas" institucionalistas, acogió la postura de -- Guasp --desarrollándola y modificándola en más de un -- aspecto- en su trabajo intitulado El proceso como -- institución (en: "Studi in onore di Enrico Redenti," Milano, 1951, vol. I, p.p. 349-373). Sin embargo, -- hubo de abandonar tal doctrina, y así en la edición -- póstuma de sus Fundamentos, asienta, en relación con la concepción institucionalista del proceso, que -- " las observaciones que a esta concepción han sido -- dirigidas, de muy diversa calidad y agudeza, revelan que el vocablo, y aun el concepto (de institución) -- no son de los que convienen al lenguaje de la cien-- cia jurídica procesal" (COUTURE, Eduardo J. Funda -- mentos del derecho procesal civil, (3a. ed.), Bue -- nos Aires, 1972, p. 142).

263. GUASP, Jaime. Comentarios..., cit., p. 23.

264. Derecho procesal civil, cit. p.p. 211-213. Puesto -- que, como señala en sus Comentarios (cit. p.p. 25-- 27) tal no es el fin del proceso, sino el concepto, -- siendo su fin sólo en sentido "inmediato o próximo" -- puesto que el "remoto" --inmediato y primordial para -- nosotros (cfr. supra, cap. I) -- lo constituye "el -- mantenimiento de una paz justa social". Curiosamente,

tales consideraciones se omiten en su Derecho procesal civil, en donde (p.p. 24-25) se habla tan sólo de "fundamentos", siendo estos "la seguridad jurídica", "la justicia", "la armonía y la seguridad procesales", y en donde "justicia" ya no se relaciona con "paz", como propugnara Carnelutti y, antes que él, - el Conde de la Cañada, sino con la "concesión a cada una de estas esferas jurídicas (autoridad y partes) de aquello que le es propio".

265. Cfr. vgr., Derecho procesal civil, cit., p.p. 212-216.
266. Tal es la definición que aporta en La pretesa procesuale, cit., p.p. 110-111. En su Derecho procesal civil, cit., p. 217 la modifica privándola del "bien de la vida" como objeto de la pretensión e introduciendo en tal sitio "una actuación de un órgano jurisdiccional" con lo que logra una mayor coherencia con su propia tesis.
267. La pretesa processuale, cit., p.p. 476-478.
268. Ello es así, en función que la pretensión procesal, - en tanto que manifestación de voluntad, forma parte de la categoría facultas exigendi.
269. De acuerdo con el estudio sumario que del mismo hemos hecho en el capítulo II de este mismo trabajo.
270. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Istituzioni..., cit., vol. I, núm. 20, p.p. 8-9; Teoría generale del diritto, - (3a. ed.), Roma, 1951, núm. 8, p.p. 20-21.
271. La pretesa processuale, cit., p. 480.
272. *Ibid.*, p.p. 476-477.
273. Puesto que en sus Comentarios...cit., p. 330, se opone a todas las teorías abstractas acerca de la acción por considerarlas "extraprocesales" (Ver, igualmente, Derecho procesal civil, cit., p.p. 214-215).

274. Y esto interpretando la pretensión como manifestación de voluntad de cualquiera de las partes y no, como parece hacerlo Guasp, circunscribiendo la -- pretensión a la esfera de los actos del actor co-- rrespondiendo al demandado sólo la "oposición" - Cfr., Derecho procesal civil, cit., p.p. 233-241.
275. Cfr. lo que al respecto decimos en este mismo estudio en el cap. I.
276. Así lo señala ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso, cit., p. 260.
277. De conformidad con Gómez Orbaneja (GÓMEZ ORBANEJA, Emilio. y HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho procesal civil, tomo I, (6a. ed.), Madrid, 1969, p.p. 55-56). A esta objeción, Guasp respondió en La pretesa processuale, cit., p. 487, nota 2, aduciendo -- que en realidad no existen dos ordenamientos: material y procesal, sino una multiplicidad de ellos -- que pueden unirse en un tertium genus: derecho judicial, de acuerdo con la terminología acuñada por GOLDSCHMIDT, James. Derecho judicial material, -- (tr. de Catalina Grossmann), Buenos Aires, 1959. -- Aún cuando en general defiende la postura de -- Guasp, comparte esta crítica Serra Domínguez. -- (Op. cit., p. 149).
278. Así, expresamente, MORON PALOMINO, Manuel. Sobre el concepto de derecho procesal, en: "Revista de derecho procesal" (española), (1962), p.p. 532-533.
279. Se adhieren a la postura de Guasp acerca de la pretensión, entre otros, su discípulo González Pérez -- (cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. Los problemas de admisibilidad en el proceso del artículo 14 de la ley hipotecaria, en: "Revista crítica de Derecho Inmobiliario", (1951), p. 121); quien recientemente parece haber dejado atrás tal teoría, pues en su Administración pública y libertad (México, 1971, p. 81), al hablar del "objeto del proceso" afirma que objeto del proceso administrativo consiste en "verificar la legalidad del acto administrativo objeto de impugnación. De aquí la inadecuación del mismo para satisfacer las pretensiones que hoy formula --

un administrado, para el que, más importante que la legalidad, es obtener de la administración determinadas prestaciones". Igualmente se adhieren Viada (VIADA Y LOPEZ PUIGCERVER, Carlos. Curso de derecho procesal penal, Madrid, s.d., p.p. 292-295) y Aragoneses (ARAGONESSES Y ALONSO, Pedro. Proceso y derecho procesal, Madrid, 1960, p.p. 130-132).

Acogen sustancialmente la postura, aún cuando introduciendo variadas críticas Gordillo y Lois Esteves (cfr. GORDILLO. Concepto del derecho procesal, Madrid, 1960, cit. por Serra Domínguez, op. cit., p. 146, nota 258; y LOIS ESTEVEZ, José. Proceso y forma (Ensayo de una teoría general del proceso), Santiago de Compostela, 1947, p.p. 108-118; y Preten-- sión, acción y tutela formal provisoria, en: "Grandes problemas del derecho procesal", Santiago de Compostela, s. d., p.p. 87-99).

Entre los latinoamericanos Lino E. Palacio suscribe una opinión muy similar a la de Guasp en su Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires, 2a. ed., s. d., p. 112, y aplicando la controvertida noción al proceso penal, en su breve ensayo La acción y la pretensión en el proceso penal, en "Problemática actual del derecho procesal, Libro homenaje a Amilcar A. Mercader", cit., p. p. 537-550.

CAPITULO V.

LA POLEMICA WINDSCHEID - MUTHER.

1. Consideraciones previas.

En su célebre prolucción del 1903, Giuseppe Chiovenda señaló la necesidad de examinar la polémica sostenida entre Bernhard Windscheid y Theodor-Muther dentro del marco histórico que la vió surgir (1). Dichas coordenadas espacio temporales contribuyen en forma decisiva a la comprensión de su trascendencia, y son, por un lado, el ambiente jurídico alemán, y por otro, mediados del siglo pasado: 1856-1857.

Windscheid y Muther se mueven dentro de un universo jurídico resultante de la fusión del derecho clásico romano con el primitivo ordenamiento germánico en virtud del fenómeno de la recepción (2). La ciencia procesal en tales tiempos se encuentra aún en gestación, dos fuerzas de diversa magnitud impiden su surgimiento: el procedimentalismo, hijo del derecho intermedio, y el "sistema del derecho subjetivo", fruto del ius racionalismo. La --



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

acción es aún una realidad no procesal, constituye un apéndice o un extremo del derecho subjetivo material, cuando no, se identifica con él. Las enseñanzas de los jurisconsultos romanos, filtradas a través del ahistoricismo de glosadores y postglosadores, constituyen las fuentes primarias de las doctrinas acerca de la acción-imperantes durante toda la primera mitad de la pasada centuria (3). Una construcción dogmática de la acción, fuera de los rígidos parámetros del derecho subjetivo material, resulta contraria a la "naturaleza de las cosas" (Natur der Sache) (4). No cabe hablar aún de Prozessrechtsverhältnis (relación jurídica procesal) y menos todavía de un Klagemöglichkeit (derecho abstracto de obrar); para ello será preciso aguardar a la publicación de la obra de Bülow (Die Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen) acerca de los presupuestos y excepciones procesales de 1868 (5). En la época de Windscheid y Muther el proceso no pasa de ser un acaecer procedimental, un mero "formalibus", mediante el cual el derecho subjetivo violado recupera la plenitud perdida (6).

A la polémica acerca de la actio correspondió, en buena parte, el mérito de iniciar la revisión de los principios informadores de las doctrinas sustancialistas y privatistas entonces sustentadas: Savigny, Puchta,

Boecking, Arndts, Waechter y tantos otros, que partien-
do de las glosas, habían convertido en un dogma inim-
pugnable el "nihil aliud est actio quam ius quod sibi-
debeatur iudicio perseguendi, aut quod nostrum est".-
(7).

La labor de Windscheid y Muther, independien-
temente de las profundas diferencias que median entre-
los trabajos de cada uno de ellos, habrá de centrarse
en la indagación de los fundamentos históricos que de-
terminan tales concepciones romanistas acerca de la --
acción. Este nuevo examen del derecho romano, animado-
por un profundo espíritu histórico analítico, habrá de
conducirlos a un examen sintáctico en el que la sino -
nimia entre actio y klage se pone en tela de juicio;-
en suma, lo que se encuentra en cuestión es la aplica-
ción de viejos moldes a nuevas realidades.

Habiendo ya delineado las orientaciones que -
en el estudio de la acción preceden a los estudios de
Windscheid y Muther, sólo nos resta pasar revista a la
conocida y multicitada polémica (8).

2. La postura de Bernhard Windscheid.

Die Actio des Römischen Civilrechts vom - -
Standpunkte des heutigen Rechts constituye, históri -
camente, uno de los mayores esfuerzos destinados a -

revolucionar el "pensamiento en términos de acción" - (aktionenrechtliche) frente a las concepciones sustancialistas engendradas por el pensamiento privatista fundado a su vez en la sistematización del derecho subjetivo.

Para Windscheid, las doctrinas sustancialistas acerca de la acción se fundan en una errónea identificación entre la actio romana y la Klage germánica; problema que se traduce a su vez en una cuestión de mayor importancia, de acuerdo con la cual entre el ordenamiento jurídico romano y el derecho moderno priva una flagrante contraposición. De acuerdo con Windscheid, para los romanos la actio constituyó un prius respecto al derecho subjetivo material; en cambio, dentro del derecho moderno, la actio constituye un posterius del derecho. Tales afirmaciones las funda Windscheid en la inexistencia de una correlación genética entre actio y obligatio dentro del sistema jurídico romano, mismo que circunscribe al ius honorarium de la fase clásica (9).

El profesor de Greifswald comienza por sostener que la palabra actio "significa -en derecho romano- el acto de actuar en juicio", con lo cual el problema que inmediatamente surge consiste en determinar qué debe de entenderse por "actuar en juicio" (10). A esta cuestión Windscheid responde que el actuar en juicio, - la actio romana, no es sino la facultad de imponer la-

voluntad personal por vía jurisdiccional (11), esto es, imponer nuestro querer per manu iudiciis. La actio es - tá, para los romanos, en el lugar que los modernos asignan al derecho sustancial o a la pretensión (Anspruch)- (12), por lo que la actio, lejos de asimilarse a la -- acción procesal (Klage), se identifica con el derecho -- o con la pretensión. Así, la actio --sostiene Windscheid- no es otra cosa que el derecho mismo, metafóricamente -- denominado por los actos que acompañan el modo normal -- de su surgimiento, que en Roma se materializa a través- de la promesa de juicio que confiere el pretor. (13). -- Ante la alternativa de identificar la actio con el de -- recho sustantivo material o con la pretensión (Ans- -- pruch), disyuntiva por él mismo creada, Windscheid opta por asentar que la actio no es ni el derecho de obrar -- propiamente dicho (Klage) ni tampoco el derecho surgido de la violación de otro derecho, pues si esto último -- fuese verdadero resultaría que el ius constituye un -- prius y no un posterius como en realidad ocurrió entre los romanos; identificando finalmente la actio con la- pretensión (Anspruch). (14)

La exposición de Windscheid conduce a varias -- consecuencias que, a nuestro entender, pueden esquema- tizarse de la siguiente manera:

a) La actio romana no es equivalente a la Klage moderna.

b) Lo que los romanos denominaron actio corres- ponde, conceptualmente, a lo que se denomina pretensión

(Anspruch).

c) La actio se dirige, en tanto que pretensión, contra el demandado, contra quien se pretende obligado.

d) La acción(Klage) es diversa tanto de la pretensión (Anspruch) como del derecho, violado o no.

De dichas conclusiones, la que encuentra un mejor desarrollo es sin duda la de pretensión (Anspruch), pues mientras ella es caracterizada por Windscheid en un sentido positivo, considerando que es el querer hecho valer por el actor en el proceso, la acción procesal, el propiamente dicho Klagerecht germano, es simplemente calificado en forma negativa y no encuentra a lo largo de la obra una elaboración realmente importante (15).

3. Las críticas de Theodor Muther.

Al año siguiente de la publicación del ensayo de Windscheid arriba sumariamente delineado, vió la luz un ensayo debido a la pluma de Theodor Muther dedicado fundamentalmente a criticarlo (16).

La exposición de Muther es un comentario detallado de cada uno de los incisos en que Windscheid dividió su ensayo sobre la actio; en esta labor -de difícil lectura- cabe distinguir, como lo hace Pugliese, dos distintos sectores: uno de carácter crítico contradictorio, y otro propiamente constructivo (17).

Por lo que hace a la parte crítica, puede decirse que Muther intentó destroncar la interpretación "windscheidiana" del derecho romano oponiendo argumentos diversos referidos al mismo sistema jurídico. Sin discutir los diferentes matices de interpretación de la actio romana por parte de Muther, puede decirse que ellos aportan escaso relieve al objetivo propio de la presente investigación (18). No ocurre otro tanto, para fortuna de la ciencia procesal, con la parte dogmática o constructiva de la crítica. En ella, ocupa primerísimo lugar la determinación del concepto "moderno" de acción (19). A él habremos de referirnos en los siguientes párrafos.

Tras haber intentado demostrar que no existe realmente, ni en el derecho romano ni en el "moderno", una prioridad de la actio respecto al derecho, Muther pasa a postular que la actio, al igual que el derecho de acción (Klagerecht), no constituye un apéndice o un complemento específico del derecho subjetivo, ni un nuevo derecho surgido de la violación de éste, como tampoco cabe equipararlo con la pretensión (Anspruch); la actio es, simplemente, el derecho a la fórmula pretoriana, el derecho a la tutela estatal conferida jurisdiccionalmente (20).

Para Muther, la acción tiene una realidad específica, diversa en sustancia tanto del derecho subjeti-

vo material como de la pretensión en que aquél se manifiesta en el proceso; la acción (Klagerecht) es fundamentalmente un "derecho a la tutela estatal" (21) que se distingue del derecho subjetivo material en función del destinatario de cada uno de ellos. De conformidad con Muther, el "obligado" del derecho de acción es el Estado, mientras que sujeto pasivo tanto del derecho -- como de la pretensión sustanciales lo es el particular; por ello, el uno es público y el otro privado (22).

Si Windscheid despeja la problemática en torno a la actio introduciendo la controvertida noción de pretensión (Anspruch) como equivalente de la misma y di -- versa del derecho de acción (Klagerecht), Muther apura su ciencia a la determinación precisa de la acción, sacándola definitivamente del dominio del derecho privado confiriéndole, a tal efecto, el carácter público y abstracto que la sitúa decididamente dentro del universo jurídico procesal.

En su réplica, Windscheid señala que la concepción de Muther resulta inexacta cuando considera que en el derecho romano existieron acciones sin que hubiese derechos a ellas correlativos (23), pero ello no -- obsta para que se adhiera a las consideraciones formuladas por su contrincante respecto al derecho moderno, -- ellas le conducirán a una diversa reelaboración de su -- concepto de pretensión (24).

4. Importancia de la polémica entorno a la actio.

Innumerables son los autores que a lo largo de la historia de la dogmática procesal han conferido un valor paradigmático a las investigaciones de Windscheid y Muther (25). Sobran razones para ello, pues efectivamente constituyen un esfuerzo definitivo dentro de la construcción autónoma y científica de la ciencia del proceso.

Si bien es cierto que Windscheid señaló los confines de sus posiciones y postulados al derecho romano (26), también lo es que al sostener que la actio romana, tal y como él mismo la entendió, no es aplicable al enjuiciamiento moderno, realizó una evidente procesalización del concepto de acción (Klage). Si la actio no es la acción, por que aquélla es la Anspruch, y en tanto tal se vincula aun cuando no se identifica con el derecho subjetivo, resulta que mientras que la segunda es de índole "sustancial", la primera no lo es.

Cuando el profesor de Greifswald llamó Anspruch a la pretensión sustancial hecha valer por el actor en el proceso (27), enfrentándola al actuar en juicio, para el cual reservó el nombre de Klage (28), permaneció fiel a la tradición sustancialista de su tiempo, puesto que la mutación sintáctica por el propugnada entre actio

y Anspruch no se vió acompañada de una transformación - semántica, tendiente a determinar la naturaleza de ese tercer elemento: el Klagerecht; lo que no impide que se abra una nueva brecha de índole fundamentalmente - - - epistemológica que señala la ruptura entre el derecho - subjetivo material y el derecho procesal (29).

La crítica de Muther, y en cierta medida la respuesta de Windscheid -y de modo especial la reelaboración del concepto de Anspruch realizada en su Lehrbuch des Pandektenrechts (30)- vinieron a constituir el acta de defunción de las tesis sustancialistas, y de ellas, la que más habría de resentirse sería -sin duda- la postulada por Savigny (31).

Si anteriormente hemos dicho que la tesis de Windscheid permaneció en el fondo fiel al sustancialismo de su época, no cabe afirmar otro tanto de los postulados de Theodor Muther. Si Windscheid removi6 las -- aguas estancadas (32) al convertir la noción de acción- en tema de interminables polémicas, Muther vino a revolucionar los estudios procesales al introducir como destinatario de la acción procesal (Klage) al juzgador -- tanto que representante del Estado en el proceso.

Al concebir el derecho de acción como un derecho de obrar dirigido al Estado en sus 6rganos jurisdiccionales, como un derecho a la tutela jurídica, y al atribuir al mismo naturaleza pública, Muther ampli6 el-

horizonte procesal hasta confines hasta entonces soslayados por las concepciones dominantes. Cabe aquí puntualizar que con anterioridad al ensayo crítico de Muther, concretamente en 1834, Hasse había señalado, en un breve ensayo intitulado Uber das Wesen der Actio, (33) que la acción tiene como destinatario al Estado y no, como creía entonces la mayoría, al demandado u obligado. Así, Hasse rompió la identidad entre acción y derecho subjetivo material considerando que la acción es el derecho de pedir que la voluntad estatal intervenga afirmando, a través del juzgador, la realización fáctica del derecho subjetivo material (34). Esta postura, indudablemente renovadora, no alcanzó mayor fortuna, y el propio Muther, al referirse a ella (35), no le confiere mayor relevancia. El mérito pues, de señalar como destinatario de la acción al órgano jurisdicente, sería atribuido por la posteridad a Muther y no a Hasse.

Al señalar que el destinatario de la acción es el Estado y no el demandado, se distingue plenamente entre dos esferas jurídicas diversas: la una sustancial, la otra procesal, correspondiendo a cada una de ellas una diversa naturaleza, pues mientras que el derecho del particular a obtener la reparación de la violación de su derecho es eminentemente privado, el derecho que el mismo tiene frente al Estado a reque-

rir la tutela jurídica de su derecho es, esencialmente, un derecho público subjetivo. Así, pues, la verdadera -posición en que está el titular de un derecho insatisfecho o violado no se expresa cabalmente por una relación frente al convenido, sino por el derecho de obrar- que le asiste para invocar la tutela Estatal de su derecho subjetivo material. La postura de Muther no deja de tener como supuesto del derecho de obrar a la relación del derecho privado (36), pero introduce un nuevo-concepto de acción en el que va implícita, aun cuando -de ello parece que Muther no llegó a percatarse por completo, una diversa concepción del proceso jurisdiccional.

Cuando se ve en la acción un poder frente al -Estado, se sientan las bases de lo que posteriormente -habría de calificarse como relación jurídica procesal - (Prozessrechtsverhältnis), la cual lejos de constreñirse a un mero vínculo entre actor y demandado, entre -- acreedor y deudor, adopta una posición triangular en la que se sitúa al juzgador en el ápice del triángulo.

Existiendo una relación jurídica procesal para -lela, aun cuando todavía no plenamente independiente, -de la relación de derecho privado -relación litigiosa - propiamente dicha (37)- ese tercero adquiere una especial significación al reconocérsele como ente supra partes, dotado de la autoridad estatal y destinado a prestar la tutela jurídica a los particulares.

Las nuevas orientaciones que Muther introduce en la concepción de la acción vienen a modificar en definitiva a los otros dos elementos del trinomio sistémico fundamental, pues como acertadamente señala Calamandrei, el "verdadero punctum pruriens del problema de la acción es precisamente el que concierne a la posición jurídica de este tercero" (38) llamado a componer el litigio.

Como se ve, el principal mérito de la polémica radica en haber cuestionado con "ojos de jurista modernos" (39) el problema de la acción. Esta postura metodológica permitió a Muther enderezarse contra una tradición que, como todas las tradiciones, contenía un buen número de elementos, si no muertos, carentes ya de una verdadera significación práctica, capaz de explicar fenómenos engendrados por realidades diferentes. Así, la acción empieza a concebirse como un derecho público subjetivo, con lo que el proceso adquiere también una significación pública, abriéndose las puertas para una revisión más profunda del tercer término del trinomio: la jurisdicción. El desarrollo de nuevas teorías acerca de la acción y el proceso sería lo que en definitiva vendría a dar importancia a la polémica que aquí hemos brevemente examinado.

NOTAS.

Capítulo V.

-
1. CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 6. En el mismo sentido, cfr. PUGLIESE, Giovanni. Introduzione, a la "Polemica intorno all'actio di Windscheid e Muther", cit. p. xviii
 2. Cfr., al respecto, WIEACKER, Franz. Privatrechts-Geschichte der Neuzeit, cit., parte segunda, párrafos 7 a 13.
 3. Al respecto véanse los números 1 a 4 del capítulo precedente. Acerca de la jettatura ejercida por glosadores y postglosadores sobre un buen número de instituciones procesales, cfr. el sugerente estudio monográfico de Fairén Guillén: Proceso, procedimiento, mito jurídico (en: "Temas del ordenamiento procesal", Madrid, 1969, p.p. 435-454), especialmente, p.p. 440-441. Igualmente contiene algunas interesantes referencias el Die arcaistische Tendenz Justinians de Fritz Pringsheim (en: "Studi in onore di Pietro Bonfante", cit., vol. IV, p.p. 553-555).
 4. Acerca del empleo de tan controvertida noción por algunos de los procesalistas alemanes durante la primera mitad del siglo XIX (Grolmann, Gaisberg, Linde, Bayer, Müller y Brackenhoeft), véase: GARZON VALDEZ, Ernesto. La naturaleza de la cosa, en: "Bol. Mex. Der. Comp.", (1970), núm. 7, (p.p. 59-91), especialmente, p.p. 62-63.
 5. Si bien es cierto que con anterioridad al estudio de Bulow hubo quienes tuvieron la feliz intuición de la "relación jurídica". Como el propio Bulow tiene el cuidado de indicar, el viejo Bethmann-Hollweg penetró con su fina mirada la naturaleza

del problema, pero no llegó a elaborar definitivamente el concepto (BETHMANN-HOLLWEG, Civilprocess des gemeines Rechts, tomo I, p.p. 22 y 103; cit. por BULOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, cit., p. 1, nota 1 "a").

Igualmente, Hegel había señalado, en 1821, la existencia de una relación que posibilitaba el paso de lo subjetivo abstracto a lo universal concreto; tal relación constituyó para él, procedimiento jurisdiccional. De la misma manera Hegel reivindicó el carácter publicista de la ciencia procesal cuando señaló que "independientemente de la impresión subjetiva de los intereses particulares, en el proceso existe una potestad pública cuyos intereses son representados por el tribunal en la solución de las controversias" (HEGEL, Principes de la philosophie du droit, cit., párrafo 219, p. 246). Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 10, nota 32; y ALCALÁ-ZA NOVA, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 124-7.

6. Así, concretamente, Savigny. Cfr., capítulo IV, número 4.
7. En este mismo sentido véase CHIOVENDA, Giuseppe. Op. ult. cit., p. 7.
8. Integran la polémica los ensayos Die Actio des römischen Civilrechts vom Standpunkte des heutigen Rechts (Düsseldorf, 1856) y Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. Muther (Düsseldorf, 1857), de Bernhard Windscheid y el Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagegerecht, der Litiscontestation und der Singular-succe-sion in Obligationem. Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs (Erlangen, 1857), de Theodor Muther. Nos hemos valido de la traducción italiana de dichos textos realizada por Heinitz y Pugliese (Firenze, 1954).
9. En relación con el concepto de la acción en dicha fase del enjuiciamiento romano véase la parte al mismo dedicada en el capítulo IV, parte 2, inciso "b" de este mismo trabajo, así como la bibliografía acotada en las notas al mismo. Esta limitación histórica de la investigación de Windscheid se encuentra ampliamente criticada en la Introduzione escrita por Pugliese a la versión italiana de la misma (Op. cit., p.p. XXV-XXX).

10. WINDSCHEID, Bernhard. Die Actio des römischen Civil rechts vom Standpunkte des heutigen Rechts, cit., - num. 1, p. 1. [p. 5 de la traducción italiana]
11. Op. ult. cit., p. 3 [tr. it., cit., p. 8]
12. Así sostiene expresamente que "la actio no se limita a la obligatio. Si uno pretende que otro le reconozca como propietario, o que reconozca la existencia de cualquier otra relación fáctica o jurídica, siempre se pretende algo de otro, pero cuando a tal pretensión viene acompañada la tutela judicial para -- aquello que se pretende, se dice que le es conferida la actio. Actio es así la expresión que designa lo -- que puede en derecho pretenderse; si tratamos de -- sintetizar este fenómeno, podemos concluir afirmando que actio es la expresión que corresponde a prestación (Anspruch)". Ibid., p. 5, (tr., p. 12).
13. Ibid., p.p. 118-119, (tr., p. 174).
14. Ibid., especialmente, p. 228 [tr., p. 183-184]
15. Tal se desprende, vgr. del texto de las p.p. 229-230 y, también, 222 [tr. p.p. 184-185 y 175].
16. La obra de Muther lleva precisamente como subtítulo la indicación "Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs..."
No debe pensarse que el ensayo de Windscheid fué exclusivamente criticado por Muther; como asienta Pugliese (Introduzione, cit., p. XV), formularon igualmente objeciones procesalistas eminentes como Bethmann-Hollweg, Bekker y Bruns; empero, el mérito de haber promovido polémica en su contra, corresponde exclusivamente a Muther, por aquel entonces profesor extraordinario de la Universidad de Königsberg, y -- quien con esta crítica habría de salir del anonimato para inscribir su nombre en la historia de la dogmática procesal.
17. PUGLIESE, Giovanni. Op. ult. cit., p. XXXVIII; en -- cuanto su valor dentro del estudio del derecho romano véase, del mismo autor, Actio e diritto subiettivo, cit., p. 14.
18. Ibid., op. ult. cit., loc. cit.

19. Siendo su importancia especialmente de índole dogmática, pues Muther no dedica al tema sino escasas -- páginas de su obra (números 15 y 16, p.p. 47-54; - tr. it., cit., p.p. 241-248).
20. Así en el parágrafo 12 (p. 40, tr. p. 233) sostiene expresamente: "Por nuestra parte, hemos encontrado un nuevo significado para la actio, un significado- que se desprende de variadas expresiones y de - -- acuerdo con el cual actio quiere decir: pretensión al otorgamiento de la fórmula".
21. MUTHER, Th. Op. cit., p.p. 30, 47, 48 y 54 (tr. p. - p. 222, 240, 241 y 247-8).
22. Ibid., p.p. 40-41 (tr., p. 234).
23. WINDSCHEID, B. Die Actio. Abwehr gegen Dr. Th. -- Muther, cit., p. 9 (tr. p. 294).
24. Al respecto vease nota 30 de este mismo capítulo.
25. Cfr., vgr., CHIOVENDA, Giuseppe. Op. ult. cit., p.- p. 7-9 y notas a las mismas; CARNELUTTI, Francesco. Ensayo de una teoría integral de la acción, en: -- "Cuestiones sobre el proceso penal", (tr. de Santia go Sentís Melendo), Buenos Aires, 1961, (p.p. 23-39), p. 31; ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, - autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 110-111, especialmente neta 167; PRIETO CASTRO, Leonardo. La acción en el derecho español, en "Revista General- de Derecho y Jurisprudencia", México, 1932, tomo -- III, (p.p. 39-70), p.p. 49-53. Destacan por su pro- fundidad, FAZZALARI, Elio. Note in tema di diritto e processo, Milano, 1957, p.p. 9-19; y CUENCA, Humberto. Derecho procesal civil, tomo I, cit., p.p. 34-35 y - 143-144.
26. Die Actio..., cit., p.p. 3-4.
27. Ibid., p.p. 3 y 228, (tr. it., p.p. 8 y 183).
28. Ibid., p. 229, (tr. it., p. 184).
29. En sentido semejante véase FAZZALARI, Elio. Op. ult. cit., p. 9.

30. Como arriba hemos indicado, al responder Windscheid a las críticas de Muther hubo de reconocer el carácter procesal de la acción. En las "Pandectas" al hablar de la pretensión, nos dice que ésta no es un mero hecho sino un Rechts-anspruch por el que se expresa un querer personal tendiente a someter la voluntad de un tercero que normalmente ha violado un derecho de crédito a favor del tenedor del derecho a la pretensión. En esta obra se preocupa por distinguir a la Anspruch de la Klage en función de la "competencia jurídica" que acompaña a la persecución judicial. El Rechts-anspruch de que nos habla Windscheid en su Pandektenrechts sigue conservando como destinatario al convenido, aun cuando en cierto momento llega a sostener que es al Estado a quien debe acudir quien se pretende violado en sus derechos. Cfr. WINDSCHEID, Bernhard. Diritto delle Pandette, vol. I, cit., parágrafos 43-46 y 122; p.p. 121-135, y 417-420.
31. En este mismo sentido, cfr. KAUFMAN, Horst. Op. cit. p. 286.
32. PUGLIESE, Giovanni. Introduzione, cit., p. XV.
33. HASSE, Über das Wesen der Actio, ihre Stellung im System des Privatrechts und über den Gegensatz der "in personam und in rem actio", en Rhein. Museum, VI, 1834. (Cit., por FAZZALARI, Elio. Op. cit., p. 10).
34. Sin embargo, la tesis de Hasse conserva un buen número de elementos de carácter privatista. Pues si bien es cierto que considera como presupuesto de la acción la existencia de la jurisdicción, la actio es simplemente la facultad del particular de pedir la actuación del Estado. Es un derecho privado perteneciente al titular de un derecho, en cuanto tal y no como ciudadano. En virtud de lo anterior, nos parece que Hasse continuó ligando la acción al derecho subjetivo material. (La exposición anterior la hemos fundado en la crítica que formula Chiovenda a Hasse y no en la obra de éste que es prácticamente inexistente en México. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. ult. cit., nota 27, p.p. 62-63).
35. MUTHER, Theodor. Op. cit., p. 30, (tr. it., p. 222, nota 2).

36. Así lo perciben claramente CHIOVENDA, Giuseppe. -- Op. ult. cit., p. 9 y nota 30 (p.63). Igualmente, con sugestivas consideraciones, PRIETO CASTRO, Leonardo. Op. ult. cit., p. 53.

37. Hablemos aquí de "relación de derecho privado" por apegarnos al marco civilista en el que se desarrolló la polémica de que venimos ocupandonos; puesto que, como hemos señalado en el capítulo II, por -- nuestra parte consideramos que todo litigio trasciende los intereses particulares de los posibles-contendientes y se inscribe dentro del marco más - amplio de los conflictos sociales.

38. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción, cit., p.p. 143-144.

39. Así, en sentido crítico, FAZZALARI, Elio. Op. cit. p. 11.

CAPITULO VI.

CONCEPCIONES PUBLICAS O INTERMEDIAS ACERCA DE LA ACCION.

1. Introducción y problemas principales que plantea su estudio.

A lo largo de los dos últimos capítulos hemos examinado una serie de doctrinas y tesis acerca de la acción susceptible de agruparse bajo el denominador común de "privatistas" o "sustancialistas" en función, primordialmente, de la dependencia que establecen entre acción y derecho subjetivo material, misma que repercute, indefectiblemente, en una visión estrecha y defectuosa del proceso jurisdiccional caracterizada por la preeminencia que confieren al interés particular respecto a los intereses público y social existentes en todo proceso. Aquellas teorías formuladas durante el período anterior a la codificación francesa, parten como hemos señalado de la vieja doctrina romana, realizando a menudo verdaderas hipertrófias, apoyándose en concepciones acientíficas del proceso derivadas del procedimentalismo. Dichas teorías, así como las modernas desenvueltas en la misma vena, son ideológicamente individualistas-



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

en mayor o menor grado y, por ello, incapaces de explicar un buen número de fenómenos procesales surgidos de la publicación del derecho.

Si con la tesis de Muther puede afirmarse que se abren nuevos cauces al estudio de la acción, ello se debe al carácter público que a la misma le confiere y, correlativamente, a la naturaleza igualmente pública -- que al proceso jurisdiccional se le reconoce. Estos -- cauces publicistas se verán ensanchados con las nuevas explicaciones de que será objeto el proceso durante la segunda mitad del siglo pasado por parte de la escuela procesal alemana. Dichas tesis contribuirán decisiva -- mente a la construcción científica del proceso y a la publicación del mismo. El contexto ideológico en que tales posturas doctrinales se manifiestan, habrá cam -- biado profundamente, pues en tal período se consolidan -- rán varios Estados nacionales y la hegemonía del poder público será, día a día, una realidad siempre presente. Con ello, la acción procesal experimentará profundos y radicales cambios en su concepción doctrinal. Igualmente el número de teorías explicativas de la misma se verá multiplicado, y extraño es el procesalista que a par -- tir de tales tiempos no ha intentado una formulación -- personal del controvertido concepto.

De esta última consideración surgen un buen nú-

mero de los problemas a que ha de enfrentarse aquel que quiera examinar la evolución doctrinal de la acción procesal (1). El excursus que venimos realizando tendrá -- que modificarse sustancialmente, pues si cuando examinamos las tesis privatistas pudimos contemplar brevemente algunas de sus variantes principales, en tratándose de las teorías públicas o intermedias, la mera labor de reseña de las incontables variantes nos enfrascaría en un verdadero labirynthus inexpugnabilis del que difícil -- mente pudiera obtenerse alguna utilidad.

Ante estas dificultades --para nosotros insalvables-- cabe adoptar dos posiciones diversas en cuanto a la exposición. Por una parte, cabe aplicar al examen de dichas tesis un criterio objetivo, de acuerdo con el -- cual habrán de seleccionarse un conjunto de características relevantes que determinen dentro de diversas tesis la naturaleza pública o intermedia de la acción -- (2). Un segundo criterio aplicable, consiste en examinar las posturas que frente al problema han adoptado -- los distintos procesalistas que se han ocupado del mismo sentando las bases generales en torno a las cuales -- habrán de girar un buen número de doctrinas (3). Por -- nuestra parte, adoptaremos este criterio que nos parece más objetivo y adecuado a nuestras capacidades personales. (4) De esta manera el problema se reduce, fundamentalmente, al acierto en la selección de los autores--

mero de los problemas a que ha de enfrentarse aquel que quiera examinar la evolución doctrinal de la acción procesal (1). El excursus que venimos realizando tendrá - que modificarse sustancialmente, pues si cuando examinamos las tesis privatistas pudimos contemplar brevemente algunas de sus variantes principales, en tratándose de las teorías públicas o intermedias, la mera labor de reseña de las incontables variantes nos enfrascaría en un verdadero labirynthus inexpugnabilis del que difícil -- mente pudiera obtenerse alguna utilidad.

Ante estas dificultades -para nosotros insalvables- cabe adoptar dos posiciones diversas en cuanto a la exposición. Por una parte, cabe aplicar al examen de dichas tesis un criterio objetivo, de acuerdo con el -- cual habrán de seleccionarse un conjunto de características relevantes que determinen dentro de diversas tesis la naturaleza pública o intermedia de la acción - (2). Un segundo criterio aplicable, consiste en examinar las posturas que frente al problema han adoptado -- los distintos procesalistas que se han ocupado del mismo sentando las bases generales en torno a las cuales - habrán de girar un buen número de doctrinas (3). Por -- nuestra parte, adoptaremos este criterio que nos parece más objetivo y adecuado a nuestras capacidades personales. (4) De esta manera el problema se reduce, fundamentalmente, al acierto en la selección de los autores-

a examinar; para ello nos hemos fundado en la mayor o menor influencia por los mismos ejercida durante la dogmática procesal, y, en algunos casos, en la vigencia de sus teorías dentro de nuestro medio. Así, pues, tras estas salvedades, pasamos a caracterizar genéricamente las tesis públicas o intermedias elaboradas acerca de la acción procesal.

2. Primeros intentos dentro de la publicación del concepto de acción: la Prozessrechtsverhältnis y las tesis de Degenkolb y Plösz.

Teniendo a la vista los resultados a que llegaron Muther y Windscheid en su comentada polémica, Oskar von Bülow sostiene abiertamente que bajo ninguna circunstancia al proceso puede ser referido al sistema de las relaciones del derecho privado, pues en él interviene directamente el Estado a través de sus funcionarios encargados de impartir justicia. El proceso no puede comprenderse cabalmente si se deja de lado tan importante consideración: el juzgador es, al lado de las partes, sujeto de la relación jurídica procesal (Prozessrechtsverhältnis), y con ello, la naturaleza del proceso se torna pública y este se concibe como "una relación de derecho público que se desenvuelve de modo progresivo entre el tribunal y las partes" (5).

La concepción de Bülow acerca de la relación jurídica procesal parte de una profunda distinción entre la situación sustancial y la situación propiamente procesal. Con ello la moderna ciencia procesal rompe definitivamente con el procedimentalismo sustancialista y se encuentra en condiciones de construirse y elaborarse como una disciplina autónoma. A partir de Bülow las investigaciones acerca de cualquiera de las instituciones procesales habrán de tener en consideración que el derecho procesal constituye una rama independiente, en la cual, además de existir un interés particular correlativo al derecho subjetivo hecho valer en la pretensión- existe un interés público derivado de la necesaria intervención del juzgador en la constitución de la relación jurídica procesal.

Al introducirse el interés público a la relación jurídica procesal el problema de la acción adquiere una nueva dimensión; pues, si se considera que el derecho subjetivo material puede ser extraño a la relación procesal, resulta inexacto fundar la noción de aquella en un elemento prescindible de ésta. Desde esta perspectiva es que puede aplicarse el calificativo de mixtas o impuras a las teorías sustancialistas (6).

Para establecer una doctrina acerca de la acción coherente con los principios inspiradores de la relación jurídica procesal, Bülow considera que la

acción no se limita a vincular a las partes, sino que tiene, por primordial finalidad, la de vincular a las partes con el Estado mediante la interposición de la demanda respecto a la cual el juzgador tiene la obligación de decidir mediante sentencia derivada de un procedimiento (necessitas cognoscendi et iudicandi) (7).

En función de estas consideraciones acerca del destinatario de la acción, Bülow establece que la acción es una noción científicamente independiente del derecho subjetivo material que las partes buscan tutelar mediante la intervención del juzgador, así como diversa del "derecho" a una sentencia favorable, por lo que sólo lo cabe reputarla de derecho a una sentencia que surge con la demanda y no se funda en situaciones fácticas o jurídicas anteriores al proceso. Este derecho a la sentencia jurisdiccional se desdobra en un conjunto de de rechos y deberes procesales; por una parte, actor y de mandado tienen, en función de la relación jurídica pro cesal, el derecho a una sentencia que, el que resulte en ella favorecido tendrá derecho a obtener y quien resulte condenado deberá soportar en sus efectos. Por su parte, el juzgador tiene el deber de sentenciar y el derecho de, para tal efecto, conocer (8).

La doctrina de Bülow se sitúa ya dentro de un marco publicista, puesto que, además de señalar como destinatario de la acción al poder público del Estado-

en sus órganos jurisdicantes, separa netamente la acción del derecho subjetivo material. En cuanto método, nos parece que Bülow acierta definitivamente al elaborar la noción de acción teniendo como punto de partida, o si se quiere, como premisa mayor, la noción de Prozessrechtsverhältnis, de manera que el enfoque resulta estrictamente procesal (9). El haber dejado de lado el derecho subjetivo material motivó en su época numerosas críticas, dentro de las cuales destacan especialmente las de Wach y algunas de las divergencias promovidas posteriormente por Chiovenda, (de las que más adelante habremos de ocuparnos en detalle (10), pues, en cierta forma, constituyen puntos centrales de las teorías de ambos).

Si a la concepción de Bülow se interpusieron objeciones, también se manifestaron adherencias. De aquellas que durante su época se desarrollaron (11) merecen especial atención las doctrinas de Degenkolb y Plösz.

Heinrich Degenkolb recoge en un trabajo publicado originalmente en 1877, las ideas expuestas por Bülow en su fundamental ensayo de 1868 (12). Especial objeto de atención recibe en la obra de Degenkolb el estudio de la acción desde una concepción publicista del proceso fundada en la Prozessrechtsverhältnis

bulowiana. Dicho estudio marca uno de los momentos centrales dentro de las concepciones autónomas y publicistas de la acción (13), cuya influencia se extendería hasta nuestros días.

Degenkolb concibió la acción procesal - -- (Klagerecht) como una de las nociones básicas de la ciencia del proceso, que en cuanto tal, debe de poseer bases autónomas, objetivos particulares y finalidades-imparciales. A estas tres normas habrá de apegarse con rigor sistemático y claridad expositiva pocas veces -- hasta entonces lograda (14).

Una vez determinada la naturaleza pública de la relación jurídica procesal, Degenkolb se propone -- explicar claramente el problema de las acciones que -- dentro del proceso civil se ejercitan. Para él, las -- teorías privatistas o sustancialistas, además de contrariar la naturaleza misma de la relación jurídica procesal -- que en general son incapaces de explicar --, sólo son aplicables a los procedimientos en que el jugador confiere la tutela estatal requerida respecto a determinado derecho subjetivo material invocado por el actor (15). Si la acción ha de ser un concepto realmente procesal es preciso -- considera Degenkolb -- que en el se contengan tanto los casos en que la "acción" -- -- (rectius: pretensión de tutela) es admitida, como -- -- aquellos en que la misma es rechazada (16). En uno y --

otro caso, quien pierde el juicio como el que lo gana, es admitido al mismo "para promoverlo y conducirlo" - (17).

El elemento común tanto en las "acciones" - - fundadas como en las "infundadas" lo constituye para - Degenkolb la Einlassungszwang (18) que caracteriza a la acción procesal como derecho (Klagebefugnis), como facultad. Toda acción, con independencia absoluta del derecho subjetivo material que pueda o no servirle de fundamento, genera un ligamen en virtud de cual el - deudor "debe" comparecer a juicio para con ello, constituir en forma definitiva la relación jurídica procesal. Como claramente se ve, hasta aquí Degenkolb no ha construido una teoría propiamente publicista, la concepción de la Einlassungszwang contiene -al igual que la de Bülow antes recordada- un cierto arcaísmo derivado del carácter privatista, si bien no necesariamente sustancialista, con que se examina la perfección de la relación procesal a través de la constricción a que se sujeta el demandado (19). Sin embargo, la Klagebefugnis no agota sus efectos en la Einlassungszwang, su dirección y su destinatario no se reducen al demandado; -- siendo la relación procesal una noción perteneciente - al derecho público, la Einlassungszwang adquiere su -- verdadera dimensión sólo con la intervención del Estado que, al prohibir genéricamente la autodefensa, asu-

me el deber de resolver sobre las peticiones de tutela jurídica que le sean sometidas por los particulares. - Con lo anterior, la Klagebefugnis es un concepto dotado de una "finalidad imparcial" pues, frente al Estado, tiene como contenido el derecho de iniciar la actividad jurisdiccional.

En resumen puede sostenerse que para Degenkolb la acción procesal -Klagebefugnis- es un concepto procesal, autónomo y abstracto. No se hace depender su existencia del derecho subjetivo material, se construye sobre bases propias; no tiende a la obtención de una sentencia determinada en sus resultados, sino simplemente a una sentencia con fuerza de cosa juzgada.

A nuestro entender, la teoría de Degenkolb atiende, más que al interés público o privado del derecho ejercitado, a la construcción de la relación jurídica procesal, para la cual, es necesario un doble contenido de la acción: por una parte, constricción o coacción al contradictorio (Einlassungszwang), que determina la configuración de la relación jurídica; pero, para que tal pueda realizarse, es necesario que el Estado garantice efectivamente la dualidad de partes sin la cual -en opinión de Degenkolb, que aquí se apoya definitivamente en la noción de presupuesto procesal acuñada por Bülow- el procedimiento no puede realizarse. Por ello, la acción se dirige necesariamente-

contra el Estado, pues sólo él puede garantizar eficazmente el contradictorio.

El carácter más endeble de la sugestiva tesis de Degenkolb se encuentra, como en su oportunidad lo detectaron las plumas de Wach y Chioventa, en las "condiciones" de la acción en tanto que derecho abstracto de naturaleza pública. Como es bien sabido, -- Degenkolb (20) señaló como único requisito indispensable para la existencia válida de la acción, la buena fe de quien la ejerce. No es condición sine qua non en el ejercicio de la acción (Klagerecht) la existencia efectiva de un derecho subjetivo de carácter material, pero lo es, en cambio, la buena fe del actor -- (21). Con ello, la acción se sujeta a condiciones -- subjetivas de difícil comprobación por parte del órgano estatal obligado a resolver sobre la controversia que le es sometida por las partes, pues la buena fe -- es un concepto que carece de bases sólidas y que, -- igualmente, presenta infinidad de problemas para los que los asideros que pueden llevarnos a su recta interpretación no son siempre del todo seguros (22).

Cuando los autores estudian las llamadas teorías abstractas acerca de la acción, el nombre de -- Degenkolb se suele ver precedido por el del jurista húngaro Alejandro Pósz al grado que sus teorías llegan a exponerse como una sola. A nuestro entender, --

conviene distinguirlas (23) en función de las razones- que a continuación exponemos.

En su obra Beitrage zur Theorie des Klage -- rechts (24), Plosz examina el concepto y el contenido de la acción procesal partiendo de bases metodológicas diversas a las empleadas por Degenkolb. Si este último parte esencialmente de las enseñanzas de Bülow acerca de la noción fundamental de Prozessrechtsverhältnis, - intentando saldar las "deudas" que el derecho procesal ha contraído a favor del derecho civil (25), Plosz - arranca de un detenido examen de la noción de derecho-subjetivo (26), que le lleva a reconocer dos tipos diversos de éste: el uno de naturaleza pública y, por -- ende, procesal; y otro de carácter sustancial o privado, perteneciente al derecho civil.

Dentro de su investigación, concibe la ac -- ción como un poder de la parte actora dirigido al juzgador y al demandado que tiene como contenido especí - fico el derecho subjetivo público tendiente a garantizar la constitución efectiva de la relación jurídica - procesal (27).

Para Plosz, la acción se dirige fundamental-- mente contra el Estado, pues es éste quien debe inter- venir para configurar la relación jurídica procesal me diante la intervención del juzgador formalmente insti-

tuido y es también él quien debe constreñir al demandado a presentarse en juicio. Al demandado se dirige la acción pidiéndole que comparezca ante la autoridad estatal, pero en realidad es el Estado el único que puede hacer efectivo este derecho. El carácter público y abstracto que anima la concepción de la acción por parte de Plosz, se ve notablemente disminuido cuando éste, tras afirmar que el ejercicio de la misma no presupone ni requiere de la existencia de un derecho subjetivo material preexistente, sostiene que el actor debe depositar un título bastante y suficiente para exigir la actividad del Estado y la comparecencia del demandado (28); este título, dicho se está, no es ni el derecho-subjetivo, ni un reflejo de aquél, sino tan sólo una situación especial de carácter fáctico.

Las tesis de Degenkolb y Plosz llegan así a conclusiones muy semejantes, pues ambos conciben la acción como un derecho público de naturaleza abstracta tendiente al proveimiento jurisdiccional independientemente del sentido del mismo.

3. La reacción en contra de las teorías abstractas acerca de la acción: Adolf Wach y la sistematización de la Rechtsschutzanspruch.

Las consecuencias implícitas en los estudios

de Bülow, Degenkolb y Plosz no podían convertirse, en virtud de su trascendencia teórica y práctica, y de la noche a la mañana, en verdades aceptadas y reconocidas por una tradición jurídica de profundas raíces-pandectistas y de marcado espíritu liberal. Las críticas no se hicieron esperar. De quienes en su época -- hubieron de oponerse al abstrakte publizistische Klagerecht, destaca, muy por encima de todos, el maestro de Leipzig, Adolf Wach, "acaso el más genial cultivador que la ciencia procesal haya tenido" (29).

Pasando del terreno estrictamente crítico al fundamental campo de la construcción dogmática, Adolf Wach traza, en su Handbuch del 1885, el concepto de Rechtsschutzanspruch (30) que, al lado del de Prozessrechtsverhältnis acuñado por Bülow, vendría a constituir la piedra de toque sobre la que la ciencia procesal moderna laboraría en forma incansable durante toda la primera mitad de la presente centuria, sin que se pueda decir aun que tales nociones han sido definitivamente superadas (31).

La teoría de la "pretensión de tutela jurídica", conocida también como del derecho de acción en sentido concreto, consideró que la llamada teoría abstracta no aludía realmente al concepto de acción. Retomando los postulados fundamentales de la tesis -

de Muther, Wach construyó el concepto de acción como - un derecho de naturaleza pública, independiente, pero relativamente vinculado al derecho subjetivo material. El concebir la acción (Klagerecht) como un derecho a la constricción del demandado a fin de instaurar válidamente la relación jurídica procesal - como pretenden Degenkolb y Plösz- resulta contrario a la naturaleza misma del proceso, pues no viene sino a romper toda posibilidad de relación entre el derecho subjetivo material y el derecho procesal. Para Wach, el objeto del proceso, la finalidad del accertamiento procesal, consiste en la afirmación en concreto de la pretensión de tutela jurídica (32).

Lo que la doctrina abstracta denomina derecho de acción, es por Wach entendido como una res merae facultatis, como una simple posibilidad de accionar (Klagebarkeit), que no es en forma alguna identificable con un derecho y, menos todavía, con el derecho de acción. La posibilidad de demandar pertenece, realmente, no al derecho procesal sino a ese amplio sector de "subjektivirte Formulierung des abstrakten Rechtssatzes" que integran la capacidad jurídica de los individuos (33).

A estas severas críticas, y a algunas otras formuladas por Wach en sus Defensionspflicht und

Klagerecht y en Der Feststellungsanspruch, hubieron de responder con energía Bülow y Degenkolb (34). Pero antes de reseñar dichas réplicas, conviene examinar el aspecto constructivo de la postura de Wach.

Wach define la pretensión de tutela jurídica como el acto de amparo jurisdiccional objeto del proceso (35); y es esta noción la que él considera como definitiva de la acción procesal. Al traducir la acción en una pretensión de tutela jurídica, Wach introduce una nueva mutación semántica equiparable a la realizada por Windscheid al señalar las diferencias entre actio y Klage (36). La pretensión de tutela jurídica tiene como destinatario al Estado, el cual debe procurar, al interesado a quien asista el derecho, la protección solicitada, confiriéndole en concreto lo que en abstracto le corresponde (37).

La pretensión de tutela jurídica se descompone, de acuerdo con Wach, en tres axiomas fundamentales. En primer lugar, la pretensión de tutela jurídica es una entidad de naturaleza procesal diversa del derecho subjetivo sustancial y de la pretensión (Anspruch) del derecho civil. El segundo axioma consiste en sostener que dicha pretensión de tutela jurídica constituye un derecho "relativamente independiente", que sirve al mantenimiento del orden concreto de los derechos privados, por lo cual es un derecho de tipo

secundario, e independiente del primario en cuanto a sus requisitos de validez formal. Finalmente, la pretensión de tutela jurídica integra una relación de carácter público y tiene como destinatarios tanto al Estado como a la parte contraria. Ante el derecho a pretender la tutela jurisdiccional, surgen a cargo de sus destinatarios el deber de otorgar la tutela jurídica mediante la administración de justicia y el deber de soportar o tolerar la decisión del órgano estatal encargado de la jurisdicción (38).

La pretensión de tutela jurídica sólo tiene una existencia efectiva ahí donde viene acompañada de las condiciones necesarias para la obtención de la sentencia favorable. Esto, y no otra cosa, es lo que pretende el actor. Para Wach, la acción, en cada caso que se pretende la tutela jurídica, es un derecho concreto, determinado, a obtener una sentencia que satisfaga al actor, de manera que sólo tiene acción quien la ejerce con fundamento (39). De esta manera Wach relaciona, mediante vínculos estrechos, el derecho subjetivo material, o con mayor propiedad, una situación sustancial o relación jurídica de índole privada, con la Rechtsschutzanspruch (40).

El examen de algunas figuras procesales, tales como la pretensión de declaración negativa (41), -

llevan a Wach a sostener la independencia entre acción -entendida como pretensión de tutela jurídica- y derecho subjetivo material. Para él, lo determinante en el ejercicio de la acción radica en el interés jurídico -de quien solicita la protección jurisdiccional, pues -considera Wach- no siempre el actor posee un derecho-subjetivo material anterior al proceso -violado o insatisfecho, agrega-, pero lo que requiere para obtener -el proveimiento de fondo que garantice una situación -jurídica determinada es el interés que califica su -- pretensión procesal, su acción (42).

Si dentro de su primer axioma la tesis de -- Adolf Wach conserva estrecho paralelismo, aun cuando -no identidad plena, entre la pretensión de tutela jurídica -que sólo lo es la fundada- y el derecho subjetivo material; el segundo de los axiomas -que es en realidad un corolario del primero- señala el carácter secundario de la acción respecto al derecho sustancial e implica, en rigor, una concepción netamente privatista del proceso. Es en este aspecto en donde Wach ha llegado a dar, como asienta Piero Calamandrei, "la formulación técnicamente más perfecta y más enérgica de la -- concepción esencialmente liberal según la cual el proceso civil no es otra cosa que un instrumento de actuación de los derechos subjetivos privados" (43). Cuan-

do Wach coloca en el centro de su sistema procesal la acción de Rechtsschutzanspruch, señala, como finalidad del proceso la realización fáctica, en el caso concreto, del derecho subjetivoprivado de carácter material. El proceso sirve a la parte que posee un interés -- acreedor a la tutela jurídica; quien no posee dicho -- fundamento se encuentra desamparado y sólo le resta -- "soportar" el acto de tutela.

De los dos primeros axiomas, esencialmente -- privatista el segundo y levemente el primero, parece -- difícil que el tercero pueda mantenerse en pie. Empe -- ro, ocurre lo contrario, siendo tal vez este último el que constituya la aportación decisiva de Wach a la teoría de la acción, y con ello, a la ciencia del proceso (44).

Al señalar la naturaleza y los destinatarios de la acción, Wach coloca la acción francamente en el campo del derecho público, como expresión fiel de una relación que corre no ya entre particular y particular como un mero duplicado del derecho de crédito, sino -- entre ciudadano y Estado. Esta relación no es una relación de derecho privado, sino de derecho público en -- virtud de que para Wach "puedese llamar pública la relación que --quiérala o no-- contrae el ciudadano con -- el Estado en concepto de tal, esto es, la relación que no podría contraer con otros ciudadanos" (45). Aparen-

temente, en el trasfondo de esta concepción se encuentra la prohibición estatal de la autotutela, pero lo que nos parece que ocurre, es que aquí se encuentra de por medio una concepción esencialmente privatista de la función jurisdiccional, y en concreto de su finalidad, que se limita a la sustitución jurídica tendiente a obtener la prestación que el obligado se ha negado a prestar voluntariamente ("acciones" de condena) o a satisfacer las necesidades de certeza que respecto a una relación sustancial interesen al actor ("acciones" declarativas). Tal concepción se vincula estrechamente con la conocida Verhandlungsmaxime que Wach definió como "el principio del desinterés estatal respecto al objeto litigioso, y al impulso procesal" (46).

Como antes hemos señalado, la tesis de Wach -- entronca plenamente con la ideología liberal que ve en el proceso una función pública destinada, fundamentalmente, a la satisfacción de las pretensiones del particular. Resulta indudable, igualmente, que al señalarse como destinatario de la acción al Estado, se confiere al juzgador un puesto relevante dentro de la sistemática procesal (47), pero no por ello asume una función -- verdaderamente pública y social acorde con la triada de intereses componentes del litigio y el proceso. La misión del juzgador, en consonancia con la concepción de Wach respecto a la pretensión de tutela jurídica, se

concreta en asegurar al particular una expectativa -- respecto a una conducta de contenido concreto y determinado a cargo del Estado. Mediante la Rechtsschutzanspruch, el actor formula una pretensión respecto a una conducta que "sólo puede ser desempeñada por el Estado" y que se constriñe al pronunciamiento de una sentencia favorable, el juzgador debe permanecer -- en función de la Verhandlungsmaxime -- tan al margen de la relación litigiosa como sea posible, el interés de las partes consiste en la obtención de la tutela jurídica y el del Estado se limita a satisfacer dicho interés mediante el proceso jurisdiccional, en el que, el libre juego de intereses entre ambas partes garantiza, por sí solo, el contradictorio fundamental e indispensable (48). La obligación del juzgador en materia de garantías procedimentales, se concreta a la posición pasiva expresada por el precepto "audiatur et altera pars" y en el proverbio germano medieval "Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed"(49); con ello, el juzgador está imposibilitado para intervenir de un modo directo y efectivo en la conducción real del enjuiciamiento que le permita decidir el litigio con base en un conocimiento superior al que le proporciona la suma de las pretensiones particulares --y parciales-- que cada una de las partes les somete.

Es innegable que dentro del moderno Estado de derecho, el particular tiene un derecho a la protección jurídica tanto de su persona como de sus bienes, derecho que opera tanto frente a cualquier tercero -- como, fundamentalmente, frente al Estado (vgr. garantías individuales), pero resulta inexacto identificar dicho derecho con la facultad de obtener una sentencia que concretamente tutele las pretensiones con independencia de los intereses público y social.

La tesis de Wach, ha sido duramente combatida y ampliamente desarrollada, tanto en tiempo como en el espacio, pero es ya un lugar común dentro de la -- dogmática procesal la consideración de que la misma -- se torna inoperante ante las modernas exigencias del enjuiciamiento (50). Así, por ejemplo, dicha tesis no concibe el proceso sino como la actividad de acuerdo con la cual se tutela, ampara y protege, un interés concreto --el del actor--, en detrimento de otro, que -- se ve sacrificado y obligado a resistir y soportar -- tal amparo. En esta postura no cabe, a nuestro entender, hablar de una igualdad ni siquiera formal entre las partes, pues el contradictorio responde a imperativos análogos a los de la economía libre cambista: -- laissez faire, laissez passer, que llevados a la dialéctica procesal generan, o al menos posibilitan, la-

desigualdad entre las partes, que se ven en el proceso abandonadas a su suerte y a la mejor o peor "esgrima" de sus patronos o representantes. La aplicación de la voluntad abstracta contenida en la ley se limita a lo pretendido, y con ello, en el proceso sólo recibe tutela el interés individual de alguno de los contendientes.

4. Las respuestas de Degenkolb y Muther a las críticas formuladas por Wach: nuevos horizontes para la "abstrakte klagerecht"

Ante las objeciones formuladas por Wach a las teorías abstractas acerca de la acción, los principales sistematizadores de éstas habrían de reaccionar formulando nuevamente sus tesis originales, modificándolas en determinados aspectos y depurándolas en algunos otros.

El primero en responder, aún cuando sin un ánimo definido de polemizar, fue Bülow, quien en un artículo publicado en la vieja y afamada "Zeitschrift für deutschen Civilprozess" (51), considera que la teoría de la pretensión de tutela jurídica formulada por Wach representa una nueva sujeción del derecho procesal al derecho material. De acuerdo con Bülow, la teoría sostenida por Wach no contempla sino una sola de

las tres caras que contiene la relación jurídica procesal. El concebir la acción como un derecho a la sentencia favorable responde exclusivamente a la visión que del proceso se ha formado una sola de las partes (la parte actora); deja de lado tanto la postura del demandado, como la posición clave del juzgador; o lo que es igual, expresado con la moderna terminología carnelutiana, para Bülow, el error fundamental de Wach, radica en haber concebido, como "llave maestra" del proceso, la posición e intereses particulares de la parte actora, y no, como resulta más congruente con la realidad de su época, la posición y función del juzgador, a quien compete coordinar su actividad no sólo con el actor sino también con el demandado (52). Brota así en Bülow la idea de la sentencia justa como contenido específico del derecho de acción (Klagerecht) (53).

Esta nueva elaboración del concepto de acción por parte de Bülow, reafirma el carácter público de la acción y de la relación jurídica procesal. Para él no puede existir un derecho a exigir una sentencia favorable antes y fuera del proceso, pues ello -objeto Bülow- equivaldría a equiparar la pretensión de tutela jurídica con la Anspruch del derecho sustancial, a lo cual --acertadamente se ha opuesto el propio Wach. La pretensión de tutela jurídica no surge sino hasta que, constituida la relación jurídica procesal, consta en forma-

fehaciente que el demandante tiene derecho a una sentencia favorable, pero esto, más que el objeto del proceso, constituye la finalidad eventual del mismo. Lo realmente anterior a la constitución de la relación jurídica procesal radica en la expectativa de una sentencia justa. Esta expectativa no puede identificarse exclusivamente con el interés concreto del actor, sino que viene a ser la pretensión de ambas partes en ocasión de la constitución de una relación jurídica procesal determinada.

El considerar como contenido específico del Klagerecht la expectativa no de una sentencia cualquiera, de una sentencia tout court, sino de una sentencia justa, esto es, imparcial y fundada en las alegaciones de ambas partes, sugiere una nueva dimensión al contenido de la acción.

En una breve nota, y sin que hasta el momento haya sido objeto de una elaboración más a fondo, el finno espíritu de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo describió en esta puntualización de Bulow una de las bases fundamentales para una nueva construcción del derecho de acción en la que se tomen en cuenta -además de los intereses privado y público- los intereses sociales que median en todo proceso (54).

Si en relación con el Die neue Prozessrecht swissenschaft puede hablarse de innovaciones, no cabe

otro tanto en relación con el Klage und Urteil redactado por Bulow en 1903 (55). En este último trabajo lo más relevante lo constituyen, a nuestro modo de ver, las modificaciones y rectificaciones de que es objeto la original teoría del derecho de acción en sentido concreto. La rectificación fundamental consiste en reconocer que la posibilidad abstracta de invocar la constitución de la relación jurídica procesal no constituye propiamente un derecho, sino, más bien, un aspecto de la capacidad general que posee todo sujeto de derecho, como una posibilidad subjetivamente individualizada por el fin que persigue, mismo que es, la instauración válida de un proceso jurisdiccional en el que el juzgador, en tanto que órgano estatal, no se limita ni a tutelar derechos, ni a aplicar la ley, pues su función trasciende dichos marcos y se inscribe dentro de las formas de creación del derecho objetivo (56). Con ello, se reafirma el carácter público de la acción procesal y se le desvincula de una manera más tajante del derecho privado; pero se le reduce a la categoría de una mera posibilidad jurídica, diversa de la categoría de los derechos subjetivos públicos sobre los que habría de trabajar Jellinek. Igualmente, el aspecto directamente social de la acción no recibe un tratamiento más profundo con el que podrían haberse marcado nuevos derroteros para la dogmática procesal.

La respuesta de Heinrich Degenkolb no habría de producirse sino hasta 1905, fecha en que da a la prensa su conocido ensayo sobre la discusión en torno al concepto de acción (57), en el que, defendiéndose de las críticas de Wach, amplía y rectifica su postura original (58).

Degenkolb reconoce, en su trabajo de referencia, que hablar de un "derecho" de accionar corresponde a cualquiera que en buena ley considere que le aiste la razón, no es en realidad un derecho subjetivo. Su naturaleza corresponde más bien a aquella categoría de las facultades jurídicas, de las "res merae facultatis". Así, acepta una de las principales objeciones que mereció del maestro de Leipzig.

La facultad de accionar, que en la primera formulación de Degenkolb tenía como vértice concreto la Einlassungszwang que dirigida contra el demandado se proyectaba frente al juzgador -en función de la prohibición de la autotutela (Selbsthilfe)- con el carácter de deber de constituir la relación procesal; encuentra como elemento central, en esta nueva formulación, el derecho a la audiencia judicial (Recht auf rechtliches Gehör) que tiene como destinatario exclusivo a la persona del juzgador en tanto que representante de la autoridad estatal. La constricción de comparecer ante el juzgador (Einlassungszwang) se concreta en un deber que el

demandado debe cumplir -y a ello le puede apremiar el -tribunal- a fin de que pueda dictarse una sentencia - (59).

Las modificaciones introducidas por Degenkolb -mismas que tratamos de ejemplificar en la nota ante --rior- poseen a nuestro entender una especial relevan- -cia. Lejos de perder la acción su carácter abstracto, -se concretiza el contenido de esa facultad de obtener -una sentencia. La sentencia a que se tiende permanece -indeterminada en cuanto a su sentido, pero no en cuanto a la forma en que debe llegarse a ella. En opinión de -Degenkolb para que el Klagerecht se vea satisfecho, pa- ra que se produzca una sentencia jurisdiccional con -- fuerza de cosa juzgada, no basta con que se constriña -al demandado al contradictorio, es esencial que dentro de un terreno neutral, en un plano de igualdad, se concrete el Grundsatz des beiderseitigen Gehoers (princi- pio de bilateralidad de audiencia).

Si se vincula el derecho a la sentencia justa - de que habla Btlow, con el derecho a la audiencia judi- cial que Degenkolb asigna como contenido a la acción, -se encuentran, "in noce", dos de los elementos típicos- de la garantía procesal conocida como del "debido proce- so legal" (due process of law clause) que, llegada a -nuestros ordenamientos por vía del common law, represen- ta uno de los pilares más sólidos de los modernos estu- dios acerca de la acción procesal (60).

Estos son, a nuestro modo de ver, los principales "jalones" que dentro de la doctrina de la acción - produjeron las formulaciones originales de las doctrinas publicistas de la acción, tanto en su vertiente abstracta como en su dirección concreta. Dichas posturas - habrían de señalar el derrotero de numerosas doctrinas-uteriores, que modificando, completando, e incluso combatiendo, vendrían a configurar lo que en forma moderna entendemos por acción.

5. La concepción concreta de la acción. Evolución del -
pensamiento de Wach en la doctrina de Chioventa. -
Postura de Calamandrei.

De aquellas críticas formuladas en contra de - Wach merece especial atención la formulada por Chioventa, quien si bien sigue en líneas fundamentales el pensamiento de aquel, sabe introducir un buen número de elementos tendientes a colocar dentro de su justo medio la doctrina de la acción como derecho o pretensión a la tutela jurídica de carácter concreto.

Chioventa, quien se consideraba discípulo de - Wach, dedica una buena parte de su prolucción de 1903 a la crítica y sistematización de la noción de Rechtsschut
zanspruch (61).

El eje en torno al cual giran las objeciones de Chiovenda se sitúa en la problemática del destinatario. ¿La acción se dirige sólo contra el juzgador, o más bien contra éste y contra el demandado, o en realidad es simplemente un poder que tiene como destinatario al demandado? Para Wach, como antes hemos recordado, la acción es el derecho autónomo a la tutela estatal que se dirige contra el Estado, así como contra el demandado. Para Chiovenda, en cambio, la acción no se dirige sino contra el demandado. Dicho poder se ejercita frente al Estado a fin de que este dirija la actividad jurisdiccional contra el demandado.

La teoría de Wach resultaba a Chiovenda demasiado vinculada al derecho subjetivo material; para él era preciso plantear la cuestión en términos más adecuados a la naturaleza publicística del proceso (62), por ello, el concebir a la acción como un derecho subjetivo constituye una noción merecedora de una renovación, de una rectificación. Así, de estas críticas, surgiría vigorosa la idea del derecho potestativo.

Al examinar la acción, como un elemento autónomo, como noción fundamental del derecho procesal civil, Chiovenda comienza por negar rotundamente que ésta sea una y lo mismo que el derecho subjetivo. En sus obras es frecuente encontrar tal pensamiento expresado de modo claro y terminante: "L'azione... non ha che fare col

diritto subbiettivo, non é una sua parte, non una sua -
funzione, non una sua potenza, né un diritto che surge-
necessariamente dalla violazione d'un diritto" (63).

De esta manera la acción se desplaza definitivamente -- del derecho subjetivo material y se abre la puerta para construirlo como una noción auténticamente procesal. -- He aquí uno de los grandes méritos de Chiovenda, pues -- si bien ya el paso fundamental había sido dado por Wach, es Chiovenda quien con un aparato crítico y sistemático impresionante se encarga de examinar las múltiples teorías sustancialistas a fin de señalar los errores en -- que las mismas incurren.

Ahora bien, ¿si la acción "non ha che fare col diritto subbiettivo", qué nos impide considerarla como -- la pretensión de tutela de dicho derecho subjetivo ma -- terial? La respuesta a esta pregunta nos la ofrece -- Chiovenda mediante su profunda crítica a la noción de -- Rechtsschutzanspruch. La tesis de Wach resulta parcial -- a los ojos de Chiovenda para quien el proceso civil no -- se agota en la tutela de los derechos subjetivos mate -- riales, la finalidad del proceso civil no se agota en -- la tutela del interés privado, el proceso trasciende -- dichos límites pues constituye el organismo destinado a la "realización de la ley", tal es su fin constante e -- invariable. Dicha función es la que confiere al proceso su carácter público pues, con la realización de la ley,

del derecho objetivo, el Estado moderno realiza una de sus funciones esenciales: la administración de justicia (64).

Cuando la acción se concibe como el poder destinado a obtener la tutela del derecho subjetivo material y el proceso es entendido como el medio destinado exclusivamente a satisfacer dichas pretensiones de tutela, se deja de lado, dentro de una visión unitaria del problema, el carácter público que, en todo proceso, se presenta.

Lo anterior lleva al ilustre Chiovenda a sostener que la acción procesal, más que un derecho frente al juzgador, constituye un poder contra el demandado. La acción, concebida como un derecho o pretensión de tutela jurídica contra el Estado no puede --en opinión de Chiovenda-- existir con anterioridad al proceso. El Estado no puede, ni debe, proceder sin que para ello se interponga la demanda; en el proceso civil, para Chiovenda, el derecho a la tutela jurídica no puede presentarse fuera del proceso. Siendo necesaria la instancia de parte para la intervención válida del juzgador, la acción se construye más bien como el poder de constituir el derecho a la tutela jurídica (65), pero dicho poder no se dirige contra el órgano jurisdiccional, su destinatario es el demandado, pues es contra él contra quien se pide al Estado el efecto jurídico derivado directamente de la realización concreta de la voluntad de la ley (66).

El particular no puede obligar al Estado a que tutele sus derechos subjetivos materiales, la acción no genera un vínculo obligacional entre actor y juzgador;— por ello, más que un derecho subjetivo constituye un — tipo especial dentro de las figuras jurídicas: la ac— ción es, un derecho potestativo, distinto y autónomo, — independiente de la obligación y del derecho subjetivo, ya que perteneciendo al proceso, posee condiciones de — vida propias, naturaleza específica y un contenido es — pecial (67).

La acción tampoco puede considerarse como un — derecho subjetivo autónomo que posee el actor contra el demandado, puesto que este último "no puede hacer abso— lutamente nada para satisfacer al actor, su voluntad — es totalmente inútil, completamente impotente..."(68). Las relaciones procesales entre actor y demandado en — encuentran su explicación sólo cuando la naturaleza de la acción se inscribe dentro del campo de los derechos po testativos que tienen como principal característica la sujeción que generan. Quien ejercita un derecho potes— tativo no obliga al destinatario del mismo, simplemente genera un vínculo de sujeción en relación con los efec— tos jurídicos que de tal poder se derivan; el derecho — potestativo es un diritto mezzo, un poder destinado a — generar un conjunto de efectos jurídicos que no pueden resultar ni de un derecho real ni de un derecho perso—

nal. El derecho potestativo se agota en el momento mismo en que se ejercita, pues no tiene como correlativo un hacer o un no hacer, su efecto exclusivo es la producción de un nuevo estado jurídico o el reconocimiento jurídico de un estado de hecho a cuyos efectos se sujeta el destinatario en función de la unidad del ordenamiento jurídico (69).

Tal es la naturaleza del poder de acción dentro de la sistemática chiovendiana. La acción es para Chiovenda "un diritto potestativo, anzi é il diritto potestativo per eccellenza... é il diritto mezzo per eccellenza" (70) que tiene una naturaleza neutra, pues la acción será pública o privada no en sí misma, sino sólo por analogía con el interés al que se coordina en cada caso concreto, en cada demanda en particular (71).

La acción -entendida como derecho potestativo- no depende en su existencia de la existencia efectiva del derecho subjetivo material público o privado al que se vincula en la demanda. La acción existe siempre que la propia ley haga depender su realización práctica de la voluntad del individuo, del particular interesado en la realización efectiva de la voluntad de la ley. La acción es un elemento correlativo al derecho y al deber que tiene el Estado de mantener el orden jurídico mediante la realización de la ley tanto en el actuar de sus propios órganos como respecto a la conducta de los par-

ticulares, pero dicha realización de la legalidad puede -en opinión de Chiovenda- condicionarse o limitarse, "no por razones indispensables y absolutas, sino por consideraciones de utilidad social", a la voluntad de los particulares. Tal poder de iniciativa dirigido a crear las condiciones necesarias -más no suficientes- para la realización efectiva y concreta de la voluntad estatal, del derecho objetivo es lo que Chiovenda entiende por acción (72).

La concepción chiovendiana de la acción como "il potere giuridico di rendere incondizionata la volontà della legge rispetto alla sua attuazione", como "il potere giuridico di porre in essere la condizione per l'attuazione della volontà della legge" (73), construye la acción como un derecho preexistente al proceso que tiene por contenido la obtención de un determinado resultado favorable al actor que la ha fundado y motivado correctamente (74).

El carácter concreto asignado por Chiovenda a la acción radica fundamentalmente en el contenido de ésta, a saber, en la sentencia favorable. De esta manera, el derecho de acción se compone del poder de "dar vida a la condición para la actuación (realización) de la voluntad de la ley" (75) que contiene, asimismo, la expectativa o la aspiración de una sentencia favorable. Tal expectativa no alcanza su plenitud sino mediante la decisión jurisdiccional, puesto que si durante el proce -

dimiento ambas partes pueden aspirar al fallo favorable, la sentencia no puede -en opinión de Chiovenda- favorecer sino a una de ellas, a aquella que realmente "acción" (76).

De esta manera quedan esbozados los dos pilares fundamentales de la tesis de Chiovenda. La acción es un derecho potestativo que pone en juego dos intereses: el privado y el público. El primero de ellos se manifiesta en la aspiración a una sentencia favorable a la que el titular del poder tiene derecho, en tanto que el segundo aparece representado por la intervención jurisdiccional que, al tutelar un derecho subjetivo material, satisface un interés público mediante la administración de justicia (77).

Para Chiovenda la acción es un derecho potestativo autónomo e independiente del derecho subjetivo material en que puede fundarse, tiene su origen en la ley y se dirige contra el demandado, tendiendo siempre a la obtención de una sentencia favorable.

La acción pertenece exclusivamente a aquella - de las partes que tenga razón (ragione). Si el actor - ejerce una acción infundada hace nacer un derecho de acción a favor del demandado consistente precisamente - en el rechazo por parte del juzgador de la pretensión - de tutela solicitada por quien ha accionado sin razón. Así, la acción no es una facultad o un derecho potesta-

tivo de carácter bilateral, la bilateralidad no se produce sino durante el procedimiento, esto es, hasta que no se haya dictado sentencia, pues en dicho tiempo ambas partes pueden pretender al proveimiento jurisdiccional favorable (78).

Es indudable que la teoría de Chiovenda representó un avance determinante dentro de la sistematización doctrinal del concepto de acción. En este sentido, tuvo el mérito de vincular dentro del proceso, y precisamente en función de la acción, los intereses público y privado en él existentes. El proceso, nos enseña - Chiovenda, no se agota en tutelar derechos subjetivos, no se limita a velar por el exacto cumplimiento de las obligaciones, tiende directamente a la satisfacción de un interés público. El proceso es "el desarrollo de una relación de derecho público", pero es también -asienta Chiovenda- el ejercicio o el medio de realización de los intereses privados que son presupuesto o condiciones del deber del juzgador y de la sujeción de las partes (79).

Dentro de un plano ideológico la tesis chiovendiana se nos presenta como "intermedia", esto es, como una forma de compromiso entre las corrientes publicistas y privatistas, entre las posturas liberales que no ven en la acción sino la pretensión de la tutela efectiva de un derecho subjetivo, y las posturas pú

blicas acerca de la acción que tienden a un concepto jurisdiccionalista de la misma (80).

En función de lo antes dicho, la tesis de Chiovenda es de carácter "obligacionista" y presenta a nuestro entender dos defectos teóricos de carácter fundamental. En primer término, no explica cabalmente la relación jurídica procesal, puesto que si la acción es el derecho potestativo que, generando la sujeción del adversario a la sentencia y sus efectos, no corresponde sino a quien tiene "razón", existe un período del procedimiento en el que la actividad jurisdiccional y la sujeción del demandado no se encuentran fundadas. Puede resultar que quien ha accionado no tenga fundamento alguno para su expectativa de sentencia favorable, carezca de acción, y no obstante vincula al tribunal a su petición y "sujeta" al demandado a los efectos derivados de la actuación concreta de la voluntad de la ley mediante la sentencia jurisdiccional. Además, puede ocurrir que en el ejercicio de la acción mediante dos demandas exactamente iguales, referidas a situaciones idénticas, pero interpuestas ante diversos juzgadores, uno de estos "realice la ley" en favor del actor y el otro haga exactamente lo contrario (81). De esta manera puede decirse, al menos así lo creemos, que la tesis de Chiovenda no explica "todas" las acciones que los particulares ejercitan ante los tribunales. Un caso en-

el que tampoco encuentra apoyo la teoría del ilustre -- maestro sería aquel en el que habiéndose iniciado el -- proceso, éste no culmina mediante sentencia, sino a través de uno de los medios anormales reconocidos por Chioventa, como podría ser la "renuncia a los actos del juicio" (desistimiento de la instancia) que al producirse -- pone fin a la relación jurídica procesal sin que se -- haya dictado una sentencia de fondo, sin que se pueda -- saber a ciencia cierta si ha habido o no "acción". En -- tales casos nos parece que, de conformidad con el lúcido espíritu de Chioventa, sólo cabría afirmar que en dichos procedimientos sólo se ha puesto en marcha el procedimiento con el fin de que se actuase o realizase la -- voluntad de la ley, pero que, en función del principio -- dispositivo, las partes han decidido de común acuerdo -- dejar latente su realización (82). Situación diversa es la que se presenta en aquellos casos, menos frecuentes -- desde luego, en los que no es posible que el proceso -- realice completamente su función, casos en los que no -- puede darse "a quien tiene un derecho todo aquello y -- precisamente aquello que él tiene derecho de conseguir", y que pueden presentarse cuando el actor es incapaz de -- demostrar el fundamento de su "acción" por no poder probar sus afirmaciones, no por no tener derecho, sino por no tener los medios probatorios necesarios.

En la perspectiva de la teoría general del --

proceso, en la cual cabe a Chiovenda un primerísimo lugar en virtud de la sistematización por él realizada del proceso de conocimiento (83), puede objetarse que la doctrina chiovendiana de la acción se circunscribe al proceso civil, aun cuando dentro de la dogmática procesal penal existan quienes elaboran la noción de acción penal de acuerdo plenamente con las tesis expuestas por Chiovenda. Tal es el caso de Eugenio Florian, quien a pesar de ser un decidido enemigo de la teoría general del proceso (84) y de manifestar que para el estudio de la acción penal deben de hacerse a un lado los esquemas provenientes del derecho procesal civil (85), define la acción penal como "el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal" (86).

Igualmente, la idea chiovendiana de la acción se encuentra fielmente reflejada en la noción que de acción penal nos ofrece Massari, cuando sostiene que la acción penal es "el derecho potestativo público de activar el proceso penal para la realización de la ley" (87), y, dentro del mismo género, puede incluirse la definición propuesta por Girolamo Bellavista cuando afirma que la acción penal es "el derecho (poder-deber)-ejercitado por un órgano estatal, el Ministerio Público, frente a un órgano estatal, la jurisdicción, a fin de provocar la verificación de la pretensión punitiva esta

tal dirigida contra el demandado" (88).

Sobre la definición del maestro de la escuela procesal italiana habrían de trabajar denodadamente sus discípulos. Sin la doctrina de Giuseppe Chiovenda acerca de la acción, y en especial sin su prolucción de Bologna, la doctrina procesal italiano no sería lo que actualmente es. Así también, es a Chiovenda a quien debemos en América Latina el conocimiento de la doctrina procesal alemana, pues antes de sus obras el pensamiento germánico permanecía prácticamente desconocido por los tratadistas de este lado del océano.

Más que su valor intrínseco, la tesis de Chiovenda posee un cierto valor paradigmático, pues es a partir de ella que el proceso y la acción reciben, también en Italia, un estudio científico y autónomo. De igual manera tiene el mérito de señalar las profundas raíces liberalizantes del pensamiento de Wach, introduciendo profundas transformaciones a las nociones clave de acción, jurisdicción y proceso.

Tradicionalmente se ha sostenido que las ideas acerca de la acción sostenidas por Chiovenda fueron aceptadas por Piero Calamandrei. A nuestro entender tal afirmación debe ser relativizada. Cuando más, podrá decirse --como en breve veremos-- que Calamandrei ha sabido entender, como ninguno, las profundas verdades encerradas en la enseñanza chiovendiana ubicándolas dentro de-

un tiempo y un lugar determinados, o si se prefiere, ha sabido recibirlas bajo beneficio de inventario.

Conocida es la célebre tesis del maestro florentino en torno a la relatividad del concepto de acción (89), relatividad tanto en sentido histórico como político, que lejos de limitarse a dar una nueva explicación a tan fundamental noción, supo trascender el marco común de la investigación, afectando -en virtud de - las consecuencias a las que con claridad y limpieza -- inigualables lo llevó su indagación- las raíces más hondas de la ciencia procesal. Como de este problema habremos de ocuparnos in extenso en el capítulo octavo, -- aquí nos limitamos a partir -aceptando a priori- dicha tesis.

Para Calamandrei, la acción dentro de los Estados modernos, encuentra su razón de ser en la prohibición estatal de la autotutela. Una vez prohibida la defensa de los intereses y derechos por propia mano, el Estado debe crear los medios para reaccionar contra la inobservancia del derecho objetivo, esto es, del ordenamiento jurídico en su integridad y no exclusivamente de las obligaciones y deberes de naturaleza privada; y esto es así, porque al Estado compete asegurar el cumplimiento del ordenamiento jurídico positivo a fin de preservar la "legalidad" que debe caracterizarlo en el man

tenimiento de la paz pública entre los coasociados. De esta manera, la prohibición de la autotutela genera, -- dentro del Estado moderno, un conjunto de garantías jurisdiccionales (90).

De la misma manera que en la prohibición de la autotutela condiciona la existencia de las garantías jurisdiccionales, dicha prohibición hace surgir el poder de "invocación de la garantía estatal". Este poder no es otro que la acción procesal (91).

Para Calamandrei, la acción es la compensación que el individuo recibe al perder --en virtud de los vínculos existentes entre los coasociados-- el derecho de hacer imperar su voluntad sobre la de otro. Pero ello no basta, además se requiere de la existencia de un poder estatal destinado a hacer observar, en cualquier circunstancia, la vigencia del derecho objetivo. De estas consideraciones se desprende que "el prius lógico de la acción resulta ser la existencia de una praeformata --tutela" (92), esto es, el previo establecimiento por parte del Estado de los medios prácticos idóneos para hacer respetar el derecho.

Esta caracterización de la acción permite la ulterior elaboración del concepto de acuerdo con las razones que animan a los diversos sistemas de enjuiciamiento. En líneas anteriores no hemos señalado sino las impostaciones fácticas con que Calamandrei caracteriza la acción. Dentro de los ordenamientos procesales mo --

ernos, el proceso se construye como un procedimiento a base de acción (Klageverfahren), mediante la realización de principios tales como el nemo iudex sine actione; en dichos procesos encontramos que un sujeto invoca la garantía jurisdiccional del Estado en busca de la tutela de sus derechos, misma garantía que el Estado debe proporcionar aplicando el derecho objetivo (93). Surge así una fundamental disyuntiva resumida brillantemente por Calamandrei en una inquietante interrogante: "¿se debe ver en el proceso civil un servicio que el Estado presta al ciudadano, proporcionándole el medio de actuar su derecho subjetivo, o bien un servicio que el ciudadano presta al Estado, proporcionándole la ocasión para realizar el derecho objetivo?" (94). La pregunta formulada por Calamandrei lleva ya inscrita, si no la respuesta, si la orientación mediante la cual se tiende a despejarla.

Tal orientación comprende a nuestro entender dos partes, que pueden representarse esquemáticamente mediante dos binomios: individuo y autoridad jurisdiccional estatal, por un lado; y, por el otro, acción y proceso. Estos cuatro elementos habrán de conjugarse y combinarse en diversas formulaciones del problema de la acción. Calamandrei considera -con acierto- que en ellas se encierra el punctum pruriens de la cuestión: el dile

ma se traduce, en cualquiera de las combinaciones posibles, en la dialéctica presente en todo proceso entre - el interés del particular que reclama la tutela y el interés público tendiente a la aplicación o realización - en el caso concreto del derecho objetivo. Dentro de este péndulo incesante entre ambos intereses giran las -- teorías acerca del concepto de acción. De ahí, su relatividad histórica (95).

Concebido el proceso como la realización del - derecho objetivo merced al ejercicio de la acción, el - interés privado condiciona el surgimiento en concreto - de la garantía de tutela, la cual se invoca no simple - mente para que se actúe el derecho, sino, fundamental - mente -en opinión de Calamandrei-, para que actuándose - el derecho se provea una determinada providencia destinada a obrar en la esfera jurídica de otra persona - - (96).

Si Chiovenda señala como destinatario de la - acción al demandado, Calamandrei invierte el planteamiento y sostiene que destinatario de la acción no es - sino aquél que puede conferir la tutela: el Estado - - (97).

Esta modificación del pensamiento chiovendiano nos permite una concepción plenamente pública del proceso aun cuando no necesariamente de la acción. Para Piero-Calamandrei el interés privado en virtud del cual las partes someten al juzgador sus pretensiones de tutela-

no puede tender sino a la obtención de la misma, por lo que la acción posee carácter concreto, persigue la obtención de una sentencia favorable en virtud de la cual, acogiéndose el petitium, se actuó el derecho objetivo. Así, Calamandrei concilia a través de la acción el interés particular y el interés público admitiendo el carácter de derecho subjetivo potestativo que tiene la acción en la doctrina de Chiovenda (98).

Ahora bien, Calamandrei no concibe el proceso como un simple instrumento destinado a la satisfacción de los intereses privados porque ello le llevaría a desvanecer el carácter público de la jurisdicción que se disolvería en el interés particular de quien invoca la garantía jurisdiccional. La acción no es más que una petición que, desde el punto de vista del juzgador, colabora con el Estado en la preparación de la providencia (99) la cual no llega a producirse sino cuando se reúnen los requisitos de la acción, esto es, las condiciones que permiten la satisfacción de tal derecho potestativo mediante la sentencia favorable que agota y extingue el poder de acción (100) y que, a su vez, presuponen los requisitos indispensables para que el juzgador pueda pronunciarse sobre el mérito del negocio, mismos que son los presupuestos procesales (101).

Otra de las diferencias fundamentales que pre-

sentan las doctrinas de Calamandrei y de Chiovenda, consiste en que, mientras que éste considera que la acción no pertenece sino al actor, salvo en los casos en que la demanda es infundada, Calamandrei sostiene que, en todo caso, la acción debe caracterizarse por su bilateralidad. Para él, la bilateralidad del proceso deriva, directamente, de la bilateralidad de la acción (102). Con ello, el juzgador no está obligado simplemente a aplicar el derecho objetivo en relación con la petición de tutela de quien ha instado su intervención, debe, igualmente, atender con la misma voluntad (en función del principio de imparcialidad) (103). las alegaciones y propuestas del demandado, quien a su vez acciona ante el invocando la garantía jurisdiccional. Esta diferencia entre las teorías de Calamandrei y Chiovenda representa una importante innovación, pues, además de fundarse en orientaciones típicamente publicistas, lleva implícito el principio de igualdad entre las partes.

Los elementos de carácter público, siempre presentes en la postura de Calamandrei, incansable luchador por la libertad del hombre mediante la dignificación del ser social en el proceso, sólo se ven atenuados por el carácter concreto que atribuye a la acción, y también, por la forma en que en ocasiones contempla el proceso en función de la acción y no de la jurisdicción. La conclusión según la cual "parece que la teoría que -

mejor se adapta al actual momento histórico del Estado-italiano sea aquella, intermedia, del derecho potestativo formulada por Chiovenda" (104), debe de encuadrarse siempre, so pena de desvirtuar vilmente su pensamiento, dentro de un tiempo y respecto a un Estado determinado; no constituye una postulación de principio, ni un ideal intemporal, es la simple constatación de un hecho real, de una realidad actuante interpretada desde un ángulo procesal. Es en este punto en donde creemos que la tesis de Calamandrei adquiere su verdadero significado; no se reduce a formular hipótesis ideales o a sostener meras convicciones: busca ante todo, la explicación de la acción en tanto que realidad (105) hincando firmemente sus bases en el acontecer histórico que determina inexorablemente una cierta concepción del proceso, una cierta concepción del hombre. Lejos de perderse en abstracciones y sutilezas, sabe dar una orientación científica, y por ello, de importancia práctica fundamental, al estudio de las instituciones procesales. Tal es, en nuestra opinión su insustituible aportación no sólo al estudio de la acción sino a la ciencia procesal en general.

6. Evolución de las teorías concretas en las obras de Kohler, Jellinek y Alfredo y Ugo Rocco.

Al tiempo que la teoría de Wach era elaborada-

y depurada por sus seguidores, surgen en Alemania, de donde habrían de extenderse a Italia, un conjunto de doctrinas y opiniones que, oponiéndose a la concepción de la acción como Rechtsschutzanspruch, sostienen el carácter "abstracto" de la acción aduciendo para ello diversas razones.

En 1904 Kohler publica su ensayo intitulado Der sogenannte Rechtsschutzanspruch (106) en el cual desarrolla algunas de las ideas apuntadas por Bülow y Hellwig en trabajos anteriores (107). Kohler se opone a la caracterización de la acción elaborada por Wach y sostiene que el problema de la acción, y en concreto el de su naturaleza, debe de buscarse en un sector más amplio que el del derecho subjetivo o el del derecho a la tutela jurídica. Dicho sector es -para Kohler- el "derecho a la personalidad" que se integra como un haz de facultades pertenecientes en modo absoluto al ciudadano (108). Dentro de tales facultades se encuentra aquella que posibilita la interposición de una demanda de tutela en relación con cualquiera otra de las facultades pertenecientes al ciudadano, tal es, justamente, la acción procesal, que para Kohler no se identifica ni con los derechos ni con las pretensiones pues es, simplemente, una facultad idéntica en su naturaleza a la facultad de realizar cualquier tipo de negocio jurídico. Lo anterior le conduce a su conocida interpretación de-

la relación jurídica procesal y del proceso mismo, que se ven reducidos a un negocio en el que las partes se relacionan entre sí sin vincularse con la persona del juzgador (109), con lo que el proceso se reduce a una forma perfeccionada o civilizada de la defensa privada (110).

Siguiendo a Windscheid, Kohler distingue entre Anspruch y Klage, considerando a la primera como una facultad derivada directamente del derecho (111), en tanto que la segunda es una facultad que, sin vincularse con ningún derecho autónomo, realiza el contenido de este "derecho a la personalidad" (Persönlichkeitsrecht) (112). Siendo la acción esencialmente una facultad, una manifestación de voluntad, se dirige contra el demandado generando el deber del juzgador, consistente en la sujeción de sus funciones a la iniciativa de las partes. Cualquier acto del juzgador que viole este rígido principio es considerado por el propio Kohler como una "violación al derecho a la personalidad" que hace surgir una Anspruch contra el Estado.

La tesis de Kohler, además de haberse ceñido al proceso civil y de ser absolutamente ineficaz respecto a cualquier otro tipo de enjuiciamiento (113), presenta numerosos puntos de crítica. En primer término, como han señalado numerosos autores (114), la construcción de la relación jurídica procesal como un negocio -

entre las partes resulta en extremo privatista y no -- ofrece una explicación a la intervención del juzgador en el proceso. Kohler transporta la disponibilidad sobre la facultad de demandar ("accionalibilidad" o -- Klagemöglichkeit (115)) a la disponibilidad sobre el -- proceso mismo, esto es, confunde la disponibilidad sobre la acción, que es una expresión de la Dispositions maxime, con la disponibilidad sobre los actos del procedimiento derivada de la Verhandlungsmaxime, mediante una coordinación de dos aforismos clásicos: nemo iudex sine actore y ne eat iudex ultra petitia partium (116). De esta manera su tesis resulta, si no sustancialista, privatista.

Sostener que la acción es una facultad equiparable a la facultad general de celebrar negocios jurídicos tiene consecuencias igualmente criticables. Si el proceso se reduce a una relación negocial, se le convierte de inmediato en una auténtica Sache der Parteien en la que se excluyen, por principio, los intereses sociales que median en todo proceso y difícilmente se tutelan los de carácter público. A nuestro entender, -- Kohler confunde diversas situaciones. Es evidente que la demanda constituye un acto de manifestación de voluntad y que, los negocios jurídicos presuponen también un acto de manifestación de voluntad (117), pero esta identidad entre dos de sus elementos no permite --

equiparar figuras por naturaleza diferente, pues mientras que el negocio jurídico normalmente supone un concurso de voluntades, el proceso, abandonada la cansinilitis contestatio, no presupone de dicho acuerdo (118).

La relevancia de la teoría de Kohler, a pesar de sus deficiencias arriba señaladas, radica -en nuestra opinión- en la concepción de la acción como una facultad perteneciente a todo ciudadano en tanto que tal, con independencia plena del derecho subjetivo material. Tal construcción habría de ejercer, como a continuación veremos, una decisiva influencia, o por lo menos - debe de considerarse como un precedente de la doctrina de Jellinek.

Para Jellinek la acción es un derecho subjetivo de carácter público, independiente de la pretensión. En su System der subjektiven öffentlichen Rechts (119), Jellinek distingue entre Anspruch y Klage considerando a la primera como una emanación del derecho subjetivo material que se presenta de modo concreto como una expresión de la facultas exigendi, en tanto que considera a la acción como la manifestación concreta de lo que el mismo denomina status civitatis (120).

Así concebida, la acción es un poder de dirigirse al Estado en demanda de la tutela jurídica de un determinado interés o de una determinada situación, pero como las facultades derivadas del status civitatis -

nacen no del derecho subjetivo material sino de la personalidad jurídica -entendida como conjunto de facultades, derechos y deberes del ciudadano-, su existencia es independiente de la de la pretensión y de la situación subjetiva cuya tutela se reclama (121). Para Jellinek, pues, la acción constituye una manifestación no de la facultas exigendi sino de la facultad de peticionar- que todo ciudadano tiene de frente al Estado (122).

Hasta este punto parece que la tesis de Jellinek, además de reafirmar el carácter esencialmente público de la acción y la triangularidad de la relación jurídica procesal, se sitúa abiertamente dentro de - - aquellas doctrinas concretas desarrolladas especialmente por Degenkolb y Plösz. Sin embargo, Jellinek restringe el carácter abstracto de la acción, o como el prefiere llamarle de la "Rechtsschutzanspruch" derivada del - status civitatis, al considerar que esta no es equivalente a un ilimitado Klagemöglichkeit cuya violación - se traduce -como afirma Kohler en una Anspruch sustancial dirigida contra el Estado. Para él, la pretensión de tutela jurídica puede y debe limitarse en su ejercicio, pues, de lo contrario, se abusaría de la misma -- (123).

Los elementos comunes que presentan las tesis de Kohler y Jellinek radican, como es claro tras esta superficial revisión de las mismas, en el ángulo novedo

so hasta entonces desde el que contemplan la acción. - Es aquí en donde tal vez por primera ocasión se concibe el poder de invocar la tutela jurídica del Estado desde parámetros pertenecientes a esferas distintas al derecho sustancial, como expresión del "derecho a la personalidad", ya como manifestación del "status civitatis", la acción adquiere un nuevo perfil que sería desarrollado posteriormente como una expresión del derecho constitucional.

Las doctrinas "abstractas", y en especial las expuestas por Degenkolb y Plosz, fueron recibidas y aceptadas por Alfredo Rocco, quien las desarrolló siguiendo en líneas generales el planteamiento de Jellinek.

Para Rocco (124), todo aquel que es titular de obligaciones y derechos, "todo aquel que es persona" tiene un interés general y abstracto en que el Estado intervenga cuando no se ha querido o no se ha podido realizar la norma jurídica que le atribuye algún derecho (125). Tal interés general y abstracto pertenece al individuo en tanto que persona ("status civitatis") y no en cuanto que titular de derechos o intereses subjetivos materiales, "no es más que el interés de la intervención del Estado para la realización de los propios intereses tutelados" (126). Rocco considera, discrepando de Degenkolb, que la acción tiene como destina

tario al órgano jurisdicente que en el proceso representa la autoridad del Estado (127). Así, la tesis de Rocco tiene como característica la separación tajante entre derecho subjetivo material y acción, pero su propia concepción de esta relega al juzgador a una posición estática en la que al juzgar más que ejercitar un poder cumple con un deber (128), con lo que el carácter público de su teoría es un tanto unilateral, pues se limita y constriñe la actividad del juzgador a la actividad de las partes.

Por su parte Ugo Rocco (129) ve en la acción un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado, que teniendo como contenido específico el interés abstracto en la intervención del juzgador como garante de un conjunto de intereses y derechos subjetivos materiales, (130) constituye una relación procesal derivada del deber de jurisdicción que en su opinión tiene el Estado frente al ciudadano (131) que, por contrapartida posee una "facultas exigendi" (132) de carácter general, mediante la cual se pretende la prestación de la actividad jurisdiccional encaminada al accertamiento o a la realización coactiva de los intereses, ya sustanciales, ya procesales, tutelados en abstracto por las normas del derecho objetivo (133).

Creemos que lo antes dicho respecto a la tesis

de Alfredo Rocco es igualmente válido frente a la de Ugo Rocco, pues ninguno de ellos logra ver en el ejercicio de la jurisdicción el ejercicio de una función pública que rebasando los estrechos límites de la tutela de intereses realice, a un tiempo, la consecución de fines más altos, esto es, del verdadero ejercicio de la jurisdicción en tanto que actividad estatal - - supra ordenada por intereses sociales.

7. La concepción de la acción en la doctrina de James Goldschmidt.

Cuando en las primeras páginas de este trabajo hablábamos de aquellos procesalistas que, "inconformes con toda mera realidad", han sabido dar al proceso nuevos enfoques, tendientes a buscar en él al ser humano en tanto que tal y no como mera abstracción normativa, y que investigando y cuestionando la realidad social del proceso han sabido encontrar tras actor y demandado, tras juzgador y ujieres, a hombres de carne y hueso a los que en el proceso les va la vida y la libertad, pensábamos, antes que en ningún otro, en Piero Calamandrei, pero también recordábamos a aquel profesor de Berlín que en 1925, al coronar una de las obras más revolucionarias que la ciencia procesal haya teni-

do, escribía lo que sería una profecía: "Aber das Prozessrecht kann nur auf dem Boden des Liberalismus oder es kann garnicht gedeihen" (El derecho procesal ha de progresar sobre las bases del liberalismo o no lo hará, en absoluto).

Aún no había estallado la segunda gran conflagración mundial, aún no llegaba para el mundo estráxico julio de 1936, pero la opresión clamaba ya libertad y justicia. No es este el lugar, y menos es esta la pluma, para ponderar la revolución que ideológicamente introdujo James Goldschmidt en los estudios procesales (134). No obstante, creemos necesario destacar -en la medida de nuestras limitaciones- la trascendencia que tiene la obra del "maestro di liberalismo processuale" para el nuevo estudio de nuestro tema. El haber señalado la necesidad de una nueva metodología fundada en la libertad del individuo, constituye -en nuestra opinión- el primero de los pasos que conducirían a una plena ciencia procesal social, que atenta a las necesidades concretas de una sociedad cambiante, aspira a ser una ciencia útil, a la par que encuentre en el proceso una vía firme hacia la justicia social.

De acuerdo con un nuevo instrumental método lógico en consonancia con las más legítimas aspiracio

nes de su tiempo-y que ya entonces fué calificado con el incierto epíteto de "sociológico" (135)-, Goldschmidt rompió sus lanzas contra las dos grandes mojone-
 ras de la ciencia procesal de aquellos tiempos: la --
Rechtsschutzanspruch y la Prozessrechtsverhältnis. -
 Mientras la una aparece a los ojos de James Goldsch--
 midt como "metafísica" (136) y carente de bases rea--
les, la otra le resulta excesivamente abstracta y de-
 masiado alejada de la voluntad de los sujetos que an-
 te el juez acuden para dirimir sus controversias - -
 (137).

La crítica contra ambos conceptos aparece -
 ya en una de sus primeras obras procesales; gran par-
 te de su Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch
und Strafrecht), publicado en 1905, se destina a tal-
 efecto. En ella, Goldschmidt establece ese tertium -
genus del "derecho judicial material", al que entien-
 de como el derecho privado o público contemplado des-
 de un punto de vista jurídico-público (138). A él per-
 tenece no el derecho subjetivo material en tanto que-
 tal, sino la facultad de hacerlo valer, la posibili-
 dad de obtener su satisfacción (139). A tal sector -
 confina Goldschmidt la "pretensión de tutela jurídi-
 ca" de Wach, pues ésta, al emanciparse de la Anspruch
 no ha perdido su carácter jurídico material, tan sólo

ha perdido su carácter privado (140). La pretensión de tutela jurídica es un derecho material de carácter público (141) que tiene como destinatario al Estado - - (142). Lo único realmente procesal -considera Goldschmidt- lo constituye el derecho que tiene todo ciudadano a obtener un fallo en general, una sentencia con - fuerza de cosa juzgada (143).

En Der Prozess als Rechtslage (144) estas -- ideas encuentran un amplísimo desarrollo en gran parte coincidente con el pensamiento apenas arriba señalado. Las concepciones sustanciales y las concepciones objetivas vuelven a fundirse, apoyadas en la imperatividad normativa (145) del derecho judicial material, que le permite nítidamente distinguir entre una "acción abstracta" y una "acción concreta", entendida la primera como una pretensión a la administración de justicia - (Anspruch auf staatliche Justizgewährung) en tanto que la segunda se agota en el derecho a la sentencia favorable (146). Ambas son para Goldschmidt indisolubles, pues estando la "situación jurídica procesal" - - - (Rechtslage) compuesta por un conjunto de cargas, posibilidades y expectativas (147), todo acto procesal, ya de postulación (Erwirkungshandlungen), ya de constitución (Bewirkungshandlungen), se dirige a la obtención de una sentencia de contenido determinado. Así, - la acción dentro de la concepción de Goldschmidt se --

compone de dos elementos: la pretensión dirigida a la obtención de la tutela jurídica (derecho justicial -- material) y la pretensión de administración de justicia (derecho político).

Ambos elementos vienen a unirse para integrar un sólo concepto, así en su Derecho procesal civil la acción se encuentra definida como "derecho de obrar procesal, que tiene como contenido una pretensión de sentencia, es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo" (148). El haber señalado que la acción es un derecho (justicial material, desde luego) indica, a nuestro entender, la existencia de fuertes vínculos entre la concepción genérica de la misma y las doctrinas concretas de carácter público; por ser un derecho (149) la acción no pertenece abiertamente al terreno procesal (150) aun cuando no puede existir -- antes del proceso (151). Si se hubiese reconocido que la acción, además de ser la "posibilidad de obtener -- una sentencia favorable" y la "expectativa de la misma", constituye una "posibilidad" genérica de obtener una sentencia "tout court" (pero creemos que tal postura se hallaría en contradicción con la distinción -- establecida por Goldschmidt en relación con los actos procesales (152), su caracterización sería plenamente procesal y autónoma (153).

Con sus críticas a la relación jurídica procesal de Bülow y a la pretensión de tutela jurídica de Wach, Goldschmidt se percata de la existencia de una Anspruch auf staatliche Justizgewährung perteneciente al derecho político y que se origina en el status civitatis que caracteriza la personalidad del individuo en sus relaciones con el poder público (154). -- Es esta "pretensión a la administración de la justicia estatal" lo que permite la creación de la situación jurídica procesal, el deber del juzgador de conocer sobre la demanda del actor no se funda en una relación jurídica procesal, pues en el proceso no existen ni derechos ni obligaciones, simplemente cargas y posibilidades. Tal deber del juzgador "se basa en el derecho público, que impone al Estado el deber de administrar justicia mediante el juez, cuyo cargo, a su vez, le impone, al mismo tiempo, obligaciones frente al Estado y al ciudadano" (155). Igualmente, de acuerdo con la precisión conceptual que a este respecto -- caracteriza a la construcción de Goldschmidt, el demandado no tiene sino la carga de comparecer a juicio, pudiendo también optar por la contumacia (rebeldía total) o por la rebeldía (rebeldía parcial u omisión de actividad procesal) (156). La sujeción del demandado al efecto de la sentencia no deriva de obligaciones generadas en virtud de la acción o de la relación ju-

rídica procesal, simplemente deriva de una relación jurídica general de derecho público que vincula al -- ciudadano con la actividad legal del Estado (157).

Esta construcción de un derecho a la administración de justicia, de naturaleza política y del que surge eventualmente la expectativa de una sentencia -- favorable (158), así como su aplicación tanto a la -- acción penal como civil, constituye, en nuestra opinión, la mayor aportación de Goldschmidt al estudio -- de la acción, y del proceso, desde nuevos parámetros -- conceptuales.

8. Enseñanzas de Carnelutti acerca de la acción.

Si James Goldschmidt había impugnado la vali -- dez de los dos pilares de la ciencia del proceso, -- Carnelutti habría de construir un nuevo "sistema" para dicha ciencia. A tal propósito surge la ya hoy clá -- sica distinción entre litigio y proceso (159).

Si por un lado se reconoce en la figura del litigio el presupuesto, o mejor aún, el antecedente -- indispensable del proceso (160), en tanto que conflic -- to de intereses jurídicamente calificado, susceptible de solución y caracterizado por dos voluntades contra -- puestas; y, por otro se ve en el proceso la institu -- ción destinada a obtener a cualquier costo tal compo --

sición mediante la producción del derecho a través de la colaboración entre las voluntades contrastantes y una tercera, superior a ambas, constituida normalmente por la voluntad estatal; se presenta la necesidad de vincular ambas situaciones relacionándolas mediante una actividad jurídica capaz de proveer al juzgador de los elementos necesarios para conocer y resolver sobre ese conflicto de intereses. Tal poder es lo que para Carnelutti constituye la acción (161).

Recogiendo las enseñanzas de las doctrinas-- abstractas, Carnelutti concibe la acción como un derecho público subjetivo, de carácter cívico a través -- del cual se pide del juzgador el pronunciamiento de -- una sentencia en abstracto (162).

La antes señalada distinción entre proceso y litigio permite a Carnelutti deslindar con claridad -- las nociones de derecho subjetivo material pretensión y acción procesal. La pretensión --en tanto que exigen -- cia de subordinación de una voluntad a otra (163)-- es un elemento esencial del litigio y, por ello mismo, -- su destinatario es exclusivamente la contraparte liti -- giosa (164). La acción, en cambio, es el poder de -- las partes dirigido a provocar la actividad juris- -- diccional idónea para componer el litigio (165).

El problema de acción y derecho subjetivo ma -- terial es traducido por Carnelutti en el problema de-

la relación entre derecho y proceso, que de acuerdo con su pensamiento, se resuelve en forma bilateral: el derecho sirve al proceso y el proceso sirve al derecho; (166) que le llevan a configurar el derecho de acción como un poder de obtener la participación en un proceso, esto es, un derecho a la jurisdicción- (167). Tal derecho puede distinguirse de la acción -- entendida como conducta procesal de parte, pues mientras que el primero se configura como un poder obtener una sentencia, el segundo se integra como "ejercicio privado de una función pública" (168).

La principal diferencia que media entre la concepción carneluttiana de la acción y las concepciones de Degenkolb y Plòsz acerca de la Klage se sitúan en torno al problema del destinatario. Mientras que para estos el destinatario de la acción lo es el Estado, para Carnelutti no puede serlo sino el juzgador en tanto que funcionario legalmente investido de facultades jurisdiccionales (169).

En virtud de que acción y jurisdicción son conceptos complementarios del proceso (170), la acción se desarrolla -- concepción dinámica -- como un sistema coherente de derechos y deberes. (171) El ser fuente no sólo de derechos sino también de deberes, le lleva a caracterizar a la misma como un dere-

cho público (172). Igualmente la acción tiene tal carácter, en opinión de Carnelutti, porque al considerarse como un "derecho al derecho" (173) como un "derecho al proceso" (174) los intereses que en su ejercicio intervienen y mediante los cuales el proceso se realiza (175) no pueden identificarse con el fin y con los intereses que constituyen la meta del proceso. Mientras que el interés de las partes se limita a tener razón, el interés finalístico del proceso es "dar la razón a quien la tiene" (176).

La tesis de Carnelutti construida sobre el profundo contraste que media entre litigio y proceso, y sobre la necesaria construcción de relaciones jurídicas procesales (177) representa indudablemente una construcción científica de altísimo nivel. Con ella, la distinción fundamental entre acción y pretensión se vuelve evidente. Igualmente, el fin de la acción, en tanto que vínculo que va del litigio al proceso, acentúa definitivamente el carácter de derecho subjetivo que priva en el concepto de acción. Superando las tesis abstractas tradicionales, Carnelutti concibe a la acción no sólo como el derecho a la sentencia, sino, principalmente, como el derecho que tienen las partes a participar en la elaboración de la composición de su propio litigio. Ante tales conclusiones-

la bilateralidad del concepto de acción viene a ser un corolario inevitable dentro del sistema procesal de contradictorio, que para ser efectivo debe de asegurar a ambas partes su participación en la construcción de la relación jurídica procesal. El demandado no tiene ni la carga ni el deber de presentarse a juicio, tiene el derecho público subjetivo de presentarse al mismo a modo de integrar la colaboración indispensable para la producción de la sentencia.

El sistema construido por Carnelutti permaneció, sin embargo, al margen de cualquier consideración de tipo político del problema de la acción (178), lo cual le impidió ver en ella no sólo un derecho público sino, también, un derecho social derivado directamente del ordenamiento constitucional; por otra parte, Carnelutti supo distinguir las modalidades de ejercicio (179) del problema de la unidad o diversidad de acciones (penal, civil, etc.) postulando la unidad fundamental de la noción en todas las ramas del derecho procesal, pues en cada una de ellas la acción reúne las mismas notas de derecho público subjetivo autónomo dirigido a la obtención de una sentencia mediante proceso (180).

NOTAS.

Capítulo VI.

-
1. Cfr. lo que al respecto decimos en el inciso número 2 del capítulo tercero, (especialmente, p. 75).
 2. Este criterio objetivo es el adoptado en su exposición por Orestano, quien presta su atención al momento genético -origen de la acción-; a la dirección de la acción, al contenido de la misma, a su carácter y, por último, a su naturaleza (ORESTANO, Ricardo. Op. cit., p.p. 785-822). Participa de esta postura metodológica DE LA RUA, Fernando. Op. cit., p. 274. En cierta forma este criterio es similar al adoptado por Pekelis (Op. cit.), quien atiende a caracteres similares -pero primordialmente a las de naturaleza, dirección y contenido- en los primeros 17 apartados de su fundamental trabajo.
 Por su parte, Alcalá-Zamora y Castillo en sus "Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción" (cit., especialmente, p.p. 775-815), atiende preferentemente al origen y naturaleza -dentro del que enuclea los elementos- de la acción procesal.
 3. Así lo hace en, cierta forma, Chioyenda en su multiplicada prolixa (L'azione..., cit.). Recientemente, adopta este criterio Comoglio al examinar las doctrinas publicistas alemanas (cfr. COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile, Padova, 1970, p.p. 39-95).

4. El criterio "objetivo" habremos de emplearlo especialmente en el capítulo VIII de este mismo trabajo al intentar construir un concepto de acción.
5. BULOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, cit., p. 3.
6. De acuerdo con la conocida crítica chiovendiana por muchos aceptada. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p.p. 6-7 y 15; Principios de derecho procesal civil, cit., p.p. 81-82; Instituciones de derecho procesal civil, vol. I, -- cit., p.p. 21-22. Igualmente, véase, CALAMANDREI, -- Piero Relatividad del concepto de acción, cit., p.-142, e Instituciones..., cit., p. 166.
7. BULOW, Oskar von. Op. cit., p. 5. Cfr. CHIOVENDA, -- Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., -- p. 10.
8. Cfr. BULOW, Oskar von. Op. cit., p. 2; en donde considera que la relación jurídica procesal sólo se perfecciona cuando "de una parte, el tribunal asume la concreta obligación de decidir y realizar el derecho deducido en juicio, y de otra, las partes quedan obligadas, para ello a prestar una colaboración indispensable y a someterse a los resultados de esta actividad común".
9. Así, Bulow asienta que la relación jurídica procesal está en constante movimiento y perene transformación, en virtud de lo cual, la relación litigiosa (sustancial) se modifica. Pero esta influencia recíproca --agrega Bulow-- no debe conducirnos a equiparar ambas relaciones. Op. cit., p. 3, nota 3.
10. Cfr., número 5, de este mismo capítulo.
11. Cfr., al respecto, CHIOVENDA, Giuseppe. Op. ult. -- cit., p. 10; y, también ROCCO, Alfredo. La sentencia civil, (tr. de M. Ovejero), Madrid, S.d., p.p. 104-105.

12. DEGENKOLB, Heinrich. Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen (insbesondere der Anerkennungs Klagen), - Leipzig, 1877 -el presente estudio fué consultado en versión microfilmada de sólo algunas de -- sus páginas- Cfr., ampliamente, CHIOVENDA, -- Giuseppe. Op. ult. cit., loc. cit.; y recientemente, COMOGLIO, Luigi Paolo, Op. cit., p.p. 46- y 47, en cuya explicación habremos de fundarnos en algunas cuestiones pertinentes.
13. Al grado de que Pazzalari ha sentido la necesidad de hablar de una corriente "bulowiana" acerca de la acción que tiene en sus orígenes a -- Bülow, a Degenkolb y a Plosz (Cfr., FAZZALARI, -- Elio. Note in tema di diritto e processo, cit., - p.p. 18-19, y, también, Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana, cit., p. 368).
14. Cfr., CHIOVENDA, Giuseppe. Op. ult. cit., p. 64, nota 36.
15. De esta manera Degenkolb se propone superar desde los infranqueables obstáculos con que tropiezan las tesis monistas, a saber, las acciones -- desprovistas de derecho subjetivo material y el problema fundamental relativo al origen de la -- relación jurídica procesal. (En relación con estos obstáculos, cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, -- Niceto. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., p. 785, nota 67).
16. DEGENKOLB, Heinrich. Op. ult. cit., p.p. 3-4.
17. Cfr. CHIOVENDA, Giuseppe. Op. ult. cit., p. 10.- Nótese la función central que se confiere al actor en demérito de la posición netamente publicista que considera al juzgador como director -- del proceso. En este sentido, Degenkolb permanece aun dentro de la tradición liberalizante que anima su época y que no habría de modificarse radicalmente sino con la obra legislativa de Franz Klein.
18. DEGENKOLB, Heinrich. Op. ult. cit., p.p. 6 y 16.

19. Ante nuestra incapacidad para encontrar un término castellano que corresponda a la expresión alemana Einlassungszwang, hemos traducido este por ligamen a la constricción del demandado a juicio, ya que Degenkolb caracteriza la expresión diciendo que la Einlassungszwang es el "rechtliche -- Gebundenheit, auf angestellte Klage hin, zum -- Zustande Kommen, zur Entwicklung des Prozesses -- mitzuwirken durch eigene Erklärung oder durch -- die eines Vertreters" (Op. cit., p. 16-17).
20. DEGENKOLB, Heinrich. Op. cit., p. 40.
21. Cfr., para su crítica CHIOVENDA, Giuseppe. Op. -- ult. cit., p. 64, nota 38.
22. Dichos problemas adquieren especial importancia -- en relación con el proceso fraudulento. A este -- respecto, cfr. CARNELUTTI, Francesco. Contra el -- proceso fraudulento, en: "Estudios de Derecho Pro -- cesal", (tr. de Santiago Sentís Melendo), vol. -- II, Buenos Aires, 1952, p.p. 65-79, especialmente, p. 68.
23. Como lo hace implícitamente Comoglio (Op. cit. p. p. 47-8), en quien nos hemos apoyado en todo lo -- relacionado con Plosz.
24. PLOSZ, A. Beitrage zur Theorie des Klagerechts, -- Leipzig, 1880. Que es una versión ampliada de un -- trabajo suyo publicado originalmente en húngaro -- en 1876, de dudosa influencia directa sobre el de -- Degenkolb 1877. Cfr. al respecto, CHIOVENDA, -- Giuseppe. Op. ult. cit., p. 64, n. 35.
25. DEGENKOLB, H. Op. cit., p. 2.
26. PLOSZ, A. Op. cit., p.p. 73-74.
27. Ibid., p. 15.
28. Ibid., p.p. 13-14.

29. Tomamos la expresión de ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, - Niceto. Advertencia preliminar, al "Derecho procesal civil" de James Goldschmidt, cit., p. VII.
30. WACH, Adolf. Handbuch des deutschen Zivilprozessrechtz p. 19, cit. por CHIOVENDA, Giuseppe. Op. - ult. cit., nota 21. Cfr., igualmente, COMOGLIO, - Luigi Paolo. Op. cit., p. 48, nota 25.
31. Véase nota 50 de este mismo capítulo.
32. WACH, Adolf. La pretensión de declaración. Un - - aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho. (Der Feststellungsanspruch), (tr. de Juan N. Semon), Buenos Aires, 1962, p. 39.
33. Handbuch..., p. 23; cit. por COMOGLIO, L.P. Op. - cit., p. 49.
34. Véase el apartado 4 de este capítulo.
35. WACH, A. La pretensión de declaración, cit., p. - p. 37, 39, 51, 59-60 y 66.
36. Cfr. Capítulo V, número 2.
37. WACH, A. La pretensión de declaración, cit., p. - 39.
38. Ibid., p.p. 40-69, especialmente, p.p. 40, 51 y 59.
39. Ibid., p.p. 43-44. En igual sentido afirma que -- "la pretensión hecha valer en el proceso es el de recho a una sentencia favorable en cuanto tiende a vencer por medio del Estado de la voluntad - - opuesta... en cuanto tiende a su realización por medio del Estado. La petición contenida en la -- pretensión es la solicitud que concreta el modo - y el volumen de esa realización" WACH, A. Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil Alemana, - cit. p.p. 22-23, nota 2.

40. Cfr., al respecto, CHIOVENDA, Op. ult. cit., p. - p. 11-12.
41. Cfr. WACH, A. La pretensión de declaración, cit., p. 37 y nota 21.
42. Ibid., p.p. 40-41.
43. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción, cit., p. 144.
44. Cfr., por ejemplo, BRUNS, Rudolf. Zivilprozessrecht. Eine systematische Darstellung, Berlin-Frankfurt, 1968, p.p. 13 y 14, y especialmente el diagrama de la p. 13.
45. WACH, A. Handbuch..., p. 86. Cit. por CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho procesal civil, - cit., p.p. 58-59.
46. WACH, A. Conferencias sobre la Ordenanza Procesal Civil alemana, cit., p.p. 60-61.
47. Véase en relación con este punto CALAMANDREI, Piero. Instituciones..., cit., p.p. 166-167.
48. Interesantes consideraciones en este mismo sentido pueden verse en SCHONKE, Adolf. Derecho procesal civil, (tr: Leonardo Prieto Castro y otros), - Barcelona, 1950, p.p. 15-16; y, también, en - - KISCH, Wilhelm. Elementos de derecho procesal civil. (tr. de Prieto Castro), Madrid, 1940, p.p. - 18-19.
49. Al respecto, cfr. MILLAR, Robert Wyness. Los principios formativos del procedimiento civil, - (tr. de Catalina Grossmann), Buenos Aires, 1945, - p.p. 47-55.
50. Vid., especialmente, SCHONKE, Adolf. Op. ult. cit., loc. cit. Igualmente Rosenberg niega utilidad al-

concepto y formula contra el mismo severas críticas (Zivilprozessrecht, (10a. ed.), cit., núm. - 93, III, I, p.p. 441-442 y, especialmente, 5a. -- ed., núm. 90, 1-3. (p.p. 56-67, tomo II, de la -- tr. castellana, cit.). A dichas críticas al -- igual que a las de Goldschmidt habremos de refe -- rirnos en breve.

Empero acogen la postura, si bien introduciendo -- interesantes modificaciones -- además de Chiovenda -- y Calamandrei -- un buen número de procesalistas -- contemporáneos como BRUNS (Op. cit. loc. cit.), -- PETSCHKE (en: Der österreichische Zivilprozess, -- (al cuidado de Stigel), Wien, 1963), MES (en: -- Der Rechtsschutzanspruch, Köln - Berlin - Bonn -- München, 1970, p.p. 151-158), y KUMMER (en: Das -- Klagerecht und die materielle Rechtskraft im -- schweizerischen Recht, Berna, (1954). Un inte -- resante desarrollo de la tesis de Wach, adaptán -- dolo a concepciones públicas y constitucionales -- del enjuiciamiento puede verse en POMLE, Rudolf. Zum Rechtsschutzanspruch, en: "Studi in onore di -- Antonio Segni", vol. IV, Milano, 1967, p.p. 93 -- y s.s.

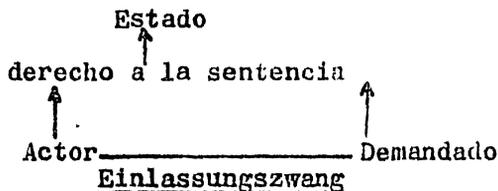
51. BULOW, Oskar von. Die neue Prozessrechtswissenschaft, en: Revista citada, vol. XXVII, 1900. -- (Cit., por CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel -- sistema dei diritti, cit., p. 32, nota 6).
52. En Der Feststellungsanspruch, Wach sostiene expresamente que la pretensión de tutela jurídica "es la llave maestra que nos abre la región fronte -- riza entre derecho civil y proceso y el sistema -- de los recursos para la protección de los dere -- chos". (La pretensión de declaración, cit., p. -- 37, in fine).
53. Die neue Prozessrechtswissenschaft, p. 212. -- (Cit., por CHIOVENDA, Giuseppe. Op. ult. cit., -- p. 71, nota 52).
54. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Los problemas -- jurídicos suscitados por la planificación econó -- mica y social, cit., p. 426, texto y nota 2.

55. BULOW, Oskar von. Klage und Urteil, en: - - "Zeitschrift für deutschen Civilprozess", - - vol. XXXI, 1903. (Cit., y ampliamente re- - señado por Chiovenda en forma de "appendice" a L'azione..., cit., p. p. 26-9).
56. Cfr., GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso, cit., p. p. 28 y 37-38.
57. DEGENKOLB, Heinrich. Der Streit über den Klagerechts begriff, Leipzig, 1905. (Cfr., - - CHIOVENDA, G. Op. ult. cit., p. 65, nota 40, in fine).
58. Cfr. PRIETO CASTRO, Leonardo. La acción declarativa (un estudio de historia, doctrina y legislación procesales), Madrid, 1932, p.- p. 58-59, nota 46.
59. Las variantes experimentadas por La tesis de Degenkolb pueden apreciarse con mayor claridad mediante un simple esquema de las mismas. El primer diagrama representa su postura original en tanto que el segundo alude a la teoría expuesta en 1905.

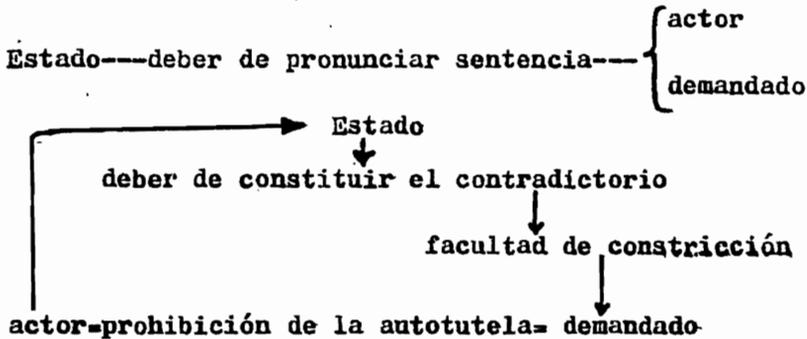
1) Relación jurídica procesal



Klagerecht

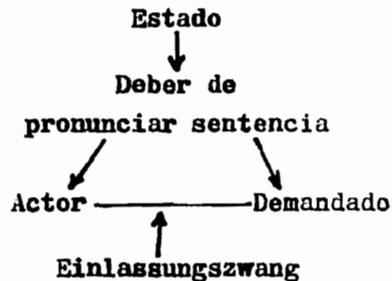
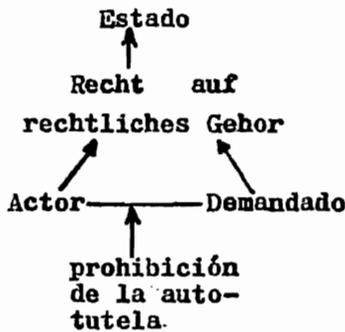


Derechos y deberes del juzgador y las partes



- 2). En Der Streit über den Klagerechtsbegriff la relación jurídica procesal mantiene su forma triangular—lo que fundamentalmente varía es el contenido de los vínculos.

Klagerecht



Conviene recordar que la primitiva concepción de la Einlassungszwang es sólo aplicable al proceso penal, pues en el civil concebir un deber de la parte a comparecer equivale a confundir la obligación con la carga. (Cfr., en este sentido, GOLDSCHMIDT, James. - - Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, cit., p.p. 82-88).

60. Cfr. Capítulo VII de este mismo estudio.
61. Cfr., y sólo en vía de ejemplo, CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. p. 13, 28, 88. Que al ser incluido en su "Saggi", Chiovenda coloca bajo el significativo epígrafe de "Contributi alla dottrina della tutela giuridica". Vid., igualmente, Dell'azione nascente dal contratto preliminare, en: "Saggi...", cit., vol. I, (p.p. 101-119), p. 118 en donde afirma: -- -- "Quanto a me, nel recare alla dottrina dell'azione il mio modesto contributo, pur combattendo nel -- Rechtsschutzanspruch di Wach ciò che mi parve -- caduco, o logicamente inaccettabile, o suggerito -- da spirito di razza, e portando l'azione nel -- campo dei diritti potestativi fui sollecito di -- rilevare la verità sostanziale della dottrina del Wach". Especialmente véase Adolfo Wach, en -- -- "Saggi...", cit., vol. I, p.p. 263-268.
62. Es por ello que en Chiovenda se encuentra una sín tesis afortunada de las orientaciones privatistas prevalescientes en la obra de Wach y de los caracteres sociales impresos por Klein al proceso civil. En este sentido, cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda, cit., p.p. 389-410. Igualmente, CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción, cit., p. 145.
- Acerca de la contraposición entre las orientaciones de Klein y Wach, cfr. SCHÖNKE, Adolf. Derecho procesal civil, cit., p. 15 y, en este mismo estudio, lo que decimos en el capítulo I, p. 10 y, especialmente, notas 28 y 29.
63. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 15. -- Cfr., igualmente, Principios..., cit., vol. I, p. 75; Instituciones..., cit., vol. I, p. 26; -- Dell'azione nascente dal contratto preliminare, -- cit., p. 115; etc., etc.
64. Cfr. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. p. 14-15; Principios..., cit., p.p. 94-99, especialmente, p. 97, e Instituciones..., p.p. 38-39.
65. Así, en L'azione nel sistema dei diritti, cit., -- especialmente, p. 14.

66. Op. ult. cit., p. 14. Vid., igualmente, con amplio desarrollo, Del sistema negli studi del processo, en "Saggi", vol. I, cit., (p.p. 227-238) p.p. 230-233.
67. Así, en Dell'azione nascente dal contratto preli minare, cit., p. 115.
68. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 15. -- Cfr., igualmente, Del sistema negli studi del processo, cit., p. 233.
69. Cfr., especialmente, Principios..., cit., vol. I, p.p. 59-69; e, Instituciones..., cit., vol. I, p. p. 14-17.
70. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p.p. 23-24.
71. Cfr., vgr., Principios..., cit., p. 73.
72. Cfr., L'azione nel sistema dei diritti, cit., p.6; Principios..., cit., p.p. 73-74.
73. L'azione nel sistema dei diritti, cit., loc. ult.-cit.
74. Cfr., el desarrollo de esta afirmación en Rapporto giuridico processuale e litispendenza, en: "Saggi", cit., vol. II, Roma, 1931, (p.p. 375-398), p.p. 377-379.
75. Instituciones..., cit., vol. I, p. 25.
76. Lo que le dá pie para afirmar que "la sentencia de fondo es aquella resolución del juez que estima o rechaza la demanda del actor dirigida a obtener la declaración de la existencia de una voluntad de la ley que le garantice un bien, o de la existencia de una voluntad de la ley que lo garantice al de mandado". Principios..., cit., vol. I, p.p. 177 y-178.
77. Al respecto, cfr. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción, cit., p.p. 147-149. --

Para su crítica, cfr. CARNELUTTI, Francesco. Teoría generale del diritto, Roma, 1951, p.p. 156-157.

78. Cfr., especialmente, Rapporto giuridico processuale e litispendenza, cit., loc. cit.
79. L'azione nel sistema dei diritti, cit., p. 26.
80. De acuerdo con la clasificación de Alcalá-Zamora - acerca de las doctrinas de la acción. Cfr., en este mismo trabajo, cap. III, núm. 2.
81. En este sentido resulta ilustrativo un caso que nos es referido por Couture en una nota de jurisprudencia en la que el maestro uruguayo examina el problema creado por las disparidades existentes -- entre las sentencias pronunciadas por los tribunales de su patria en materia de "desalojo" (o sea, lo que en México llamamos sumario de desahucio). - Resulta que existía un juez de paz que sistemáticamente acogía las pretensiones del propietario y en sus sentencias indefectiblemente ordenaba el "desalojo" de los arrendatarios. Aprovechando esta circunstancia, su casero decidió demandar el desalojo contra el juzgador, quien, siendo parte en el negocio hubo de inhibirse. El juzgador demandado fue subrogado por un otro. "Pero hete aquí -nos dice - Couture- que el otro Juez de Paz pensaba de manera contraria y fallaba a favor del inquilino; y el -- Juez de Paz desalojado pudo seguir ocupando su casa en contra de sus ideas, pero en nombre de las de su colega vecino". (Couture, Eduardo J. El juicio de desalojo o "El proceso de Franz Kafka" (nota de jurisprudencia aparecida sin firma), en: "La - Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración --", (1949), junio, p.p. 129-131).
82. Cfr., Principios..., cit., vol. II, p.p. 437-438. - En tal hipótesis se viola "el sentimiento popular" al que apela el propio Chiovenda cuando se opone - a la tesis de Wach diciendo: "Pensiamo veramente - noi ad un diritto verso lo Stato, quando parliamo - d'azione? Pensa il profano, spiegando una lite, - d'esercitare un diritto verso lo Stato? " - - (L'azione..., cit., p. 14) En tales casos de desistimiento de la instancia quien acciona supone, nor

malmente, que merece la tutela de su derecho y poco le interesa, tras el desistimiento, si formalmente mereciese o no la sentencia favorable. (Cfr., en relación con la crítica de Chiovenda a Wach -- respecto a este peculiar aspecto, PEKELIS, Alessandro! Op. cit., p. 104).

83. Al respecto véase, SENTIS MELENCO, Santiago. El -- proceso civil, estudio de la reforma procesal argentina, Buenos Aires, 1957, p. 20.
84. Cfr. vgr., FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal, cit., p.p. 20-26.
85. Ibid., p. 173.
86. Ibid., p.p. 173-174.
87. MASSARI, E. Il processo penale nella nuova legislazione italiana, Napoli, 1934, p. 13.
88. BELLAVISTA, Girolamo. Lezione di diritto proces- - suale penale, Milano, 1956, p.p. 30-31.
89. La relatividad del concepto de acción, cit., que -- viene a ser la intervención de Calamandrei dentro de la polémica sostenida entre Satta y Cristofolini. (Al respecto, cfr., capítulo IV, inciso h, y -- nota 230).
90. Cfr. Instituciones..., cit., p.p. 54-61.
91. Ibid., p.p. 143-147.
92. De conformidad con la interpretación que a la de -- finición de acciones de Vico ofrece Calamandrei. -- Cfr. Instituciones..., p. 55.
93. La relatividad del concepto de acción, cit., p.p. -- 139-140, e Instituciones..., cit., p. 154.
94. La relatividad del concepto de acción, cit., p. -- 136.

95. Cfr., Instituciones..., cit., p.p. 175-178, y también, El concepto de litis en el pensamiento de Francisco Carnelutti. I. Litis y Jurisdicción, -- cit., p. 286.
El punto de vista metodológico desde el cual Calamandrei examina el problema de la acción es el del ciudadano que invoca la garantía jurisdiccional; así, en sus Instituciones, afirma: "es necesario observar el fenómeno jurisdiccional desde el punto de vista del ciudadano que pide justicia" (p. 143). Sin embargo dicha afirmación no se encuentra estrictamente corroborada por el fino análisis que de la acción nos ofrece Calamandrei, quien apartándose de este método, que es el utilizado por Chiovenda, busca un concepto unitario de acción que permita, en un tiempo y en un lugar dados, explicar cabalmente el fenómeno tanto dentro del ordenamiento civil como dentro del penal, e, incluso, dentro del administrativo.
96. Instituciones..., p. 160.
97. Ibid., p. 192 y La relatividad del concepto de acción, cit., p. 156.
98. Op. ult. cit., p. 149.
99. Ibid., p. 141, e Instituciones..., p.p. 158-159.
100. Op. ult. cit., p. 180.
101. Ibid., p.p. 179-182.
102. Ibid., p.p. 160-163.
103. Cfr., especialmente, Processo e Democrazia, cit. p.p. 46-47.
104. Instituciones..., p. 178.
105. La relatividad del concepto de acción, cit., p.-139.
106. KOHLER, Josef. Der sogenannte Rechtsschutzanspruch, en: "Zeitschrift für deutschen Zivilprozess", vol. XXXIII, 1904. (Cit. por ROCCO, Alfredo, La sentencia civil, cit., p. 112).

107. Cfr., al respecto, COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p.p. 49-50, nota 36.
108. Cfr. KOHLER, Josef. Op. cit., p.p. 220-222; y al -- respecto, GOLDSCHMIDT, James. Derecho justicial ma-
terial, (tr. de Catalina Grossmann), Buenos Aires, -
1959, p.p. 33-34.
109. Cfr., al respecto, ROSENBERG, Leo. Tratado de dere-
cho procesal civil, cit., tomo I, p. 10.
110. Cfr., al respecto, ROCCO, Alfredo. Op. ult. cit., -
p. 115.
111. De acuerdo con lo dicho por Angelotti. (Cfr. ANGE--
LOTTI, Dante. La pretesa giuridica, Padova, 1932, -
p. 51).
112. KOHLER, Josef. Op. cit., p.p. 222-223 (cit. por - -
COMOGLIO, L.P. Op. cit., p. 51, nota 38).
113. Al respecto cfr. GOLDSCHMIDT, James. Problemas ju--
ridicos y politicos del proceso penal, cit., p. 72.
114. Entre otros, cfr. GOLDSCHMIDT, James. Op. ult. - -
cit., loc. cit., y ROSENBERG, Leo. Op. ult. cit. -
loc. cit.
115. Que se distingue a su vez de la disponibilidad so--
bre el litigio o, si se prefiere, de la facultad -
de disponer sobre el derecho sustancial.
116. En este sentido, COMOGLIO, L.P. Op. ult. cit., p. -
51.
117. Al respecto cfr. lo que decimos en el capítulo VIII
en relación con la demanda.
118. Cfr., entre otros, ROSENBERG, Leo. Op. ult. cit., -
vol. II p.p. 160-162.
119. Publicado originalmente en Friburgo en 1892. Para -
los efectos del presente nos hemos valido de la - -
versión italiana, JELLINEK, Georg. Sistema dei - -
diritti pubblici soggettivi, (tr. de Vitagliano), -
Milano, 1912.

120. De acuerdo con una conocida tripartición de los -
derechos en tanto que configuran un status a fa-
vor de su titular, y que son el status libertatis,
status civitatis y status político o civitatis en
forma activa (JELLINEK, Georg. Op. cit., p.p. -
85-87).
121. Ibid., p. 55.
122. Ibid., p.p. 120-122.
123. Ibid., p. 126, nota 1. Para su crítica, cfr. - -
CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei -
diritti, nota 40, p. 65.
124. ROCCO, Alfredo. La sentencia civil, cit.
125. Ibid., p. 100.
126. Ibid., p. 102.
127. Ibid., p.p. 130 y 134.
128. Ibid., p. 110 y p. 138.
129. ROCCO, Ugo. Derecho procesal civil, (tr. de Feli-
pe J. Tena), México, 1944; y Trattato di diritto-
processuale civile, tomo I, Torino, 1957.
130. ROCCO, Ugo. Derecho procesal civil, cit., p. 150.
131. Ibid., p.p. 142-144.
132. ROCCO, Ugo. Trattato di diritto processuale civi-
le, tomo I, cit., p.p. 241, en relación con 247--
249.
133. Ibid., p. 259.
134. Cfr., al respecto, CALAMANDREI, Piero. Il pro- -
cesso come situazione giuridica, en: "Riv. dir. -
proc. civ.", (1927), 1, p.p. 219-226; Un maestro -
di liberalismo processuale, en: "Studi sul pro- -
cesso civile", vol. VI, cit., p.p. 308-315, y, es

- pecialmente, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. - James Goldschmidt, en "Ensayos de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional", cit., p. p.-691-706.
135. Así, por Neuner. (cit. por ALCALA-ZAMORA, Niceto. Op. ult. cit., p. 697).
136. Así, vgr., GOLDSCHMIDT, James. Derecho judicial material, cit., p. 41.
137. Cfr., GOLDSCHMIDT, James. Der Prozess als Rechtslage, cit., p.p. 149-151; y Teoría general del proceso, cit., p. 38.
138. GOLDSCHMIDT, James. Derecho judicial material, cit., especialmente, p.p. 20-21; Igualmente, Teoría general del proceso, cit., p. 12.
139. Teoría general del proceso, p. 31; y Derecho procesal civil, p.p. 96-97.
140. Derecho judicial material, cit., p. 47.
141. Ibid., p. 43.
142. Ibid., p. 36-37.
143. Ibid., p. 37, y especialmente, Der Prozess als Rechtslage, cit., p.p. 151-211.
144. Der Prozess als Rechtslage, Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlin, 1925.
145. Cfr., al respecto, FAZZALARI, Elio. Note in tema di diritto e processo, cit., p.p. 48-49.
146. GOLDSCHMIDT, James. Op. ult. cit., p.p. 271-273.
147. Ibid. p.p. 264-269, y también, p. 364.

148. GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, p.-96, en relación con p.p. 2-3.
149. Ibid., p.p. 97-98. En donde el término derecho se contempla desde una posición civilista.
150. Ibid., p. 96.
151. No existe con anterioridad a su ejercicio en el proceso. Cfr. Derecho procesal civil, p. 97.
152. Al respecto ver Capítulo VIII.
153. Como lo es la noción que de acuerdo con estos - parámetros traza Alcalá-Zamora y Castillo. -- (ALCALÁ-ZAMORA, N. Enseñanzas y sugerencias..., cit., especialmente p. 798).
154. Der Prozess als Rechtslage, cit., p.p. 76-77.
155. Teoría general del proceso, cit., p.p. 21-22.
156. Cfr. Der Prozess als Rechtslage, cit., p.p. 84--103; Teoría general del proceso, cit., p. 22. - En relación con la rebeldía total y la rebeldía-parcial, cfr. Teoría general del proceso, cit., - p.p. 98 y 104, y Derecho procesal civil, cit., - 208-212.
157. Op. ult. cit., p.p. 5 y 302.
158. Ibid., p. 96.
159. Cfr., al respecto, especialmente, Sistema de Derecho Procesal Civil, cit., tomo II, p.p. 3-4, - 22-23 y 658.
160. Cfr., en este mismo trabajo, Capítulo II, nota - 18.

161. En este sentido, véase CARNELUTTI, Francesco. - Lezioni di diritto processuale civile, vol. II, - cit., p.p. 150-151; y Sistema..., cit., tomo II, p. 653.
162. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di diritto processuale civile, vol. II, cit., p.p. 151-154; Sistema..., cit., p.p. 635-644; Teoría generale del diritto, cit., p. 164; Lecciones sobre el proceso penal, tomo II, cit., p.p. 10-11; - - Istituzioni del processo civile italiano, vol. - I, cit., p.p. 193-195; Diritto e processo, p.p. - 110-113.
163. Al respecto véanse, especialmente, Diritto e processo, p.p. 53-54, y Sistema..., tomo II, p.p. - 7-9.
164. Cfr., especialmente, Lezioni di diritto processuale civile, vol. II, cit., p.p. 272-277.
165. Ibid., p. 51.
166. Ensayo de una teoría integral de la acción, cit., p.p. 27-28.
167. Diritto e processo, cit., p.p. 113-114.
168. Cfr. Sistema..., cit., tomo II, p. 638.
Al respecto cfr. ALLORIO, Enrico. Le idee direttrici del processo, en: "Jus", (1951), (p.p. - 122-129), p. 124. Con gran amplitud, véase, - - CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal, tomo II, cit. p.p. 10-12.
169. Cfr., especialmente, Dei rapporti giuridici processuali, cit., passim.
170. Ensayo de una teoría integral de la acción, cit., p.p. 33-34.
171. Ibid., p.p. 32-33.

172. Especialmente, Istituzioni..., cit., p. 193.
173. Ensayo de una teoría integral de la acción, cit. p. 31.
174. Cfr. especialmente, Sistema..., cit., tomo I, - p.p. 254-276.
175. Dei rapporti giuridici processuale, cit., p. -- 359.
176. Teoría generale del diritto, cit., p. 164.
177. Op. ult. cit., *passim*; Diritto e processo, cit., p.p. 35-36, y, especialmente, p. 112, nota 1.
178. El que la acción sea un derecho a la sentencia - justa, o a la sentencia conforme a derecho (esta última es como se sabe la noción que de sentencia justa propone Calamandrei - vid., especialmente, su intervención con motivo de la ponencia de Satta durante el primer Congreso de derecho - procesal civil, en: "Atti...", cit., p. 123), -- es considerado como erróneo por Carnelutti cuyas objeciones más que dirigirse contra la idea de - la acción como un derecho a la sentencia justa - se refieren a la noción de pretensión de tutela - jurídica (Cfr. Sistema..., Tomo II, cit., p.p. - 644-645). Tal situación no debe extrañarnos si - se tiene en consideración la estrechez y falta - de sensibilidad política de Carnelutti (Cfr., - sólo en vía de ejemplo, el párrafo 86 de su - Sistema..., tomo I, cit., p.p. 292 a 296).
179. Cfr. especialmente, Lecciones sobre el proceso - penal, cit., especialmente, tomo II, p.p. 31, en relación con Poner en su puesto al ministerio -- público, en: "Cuestiones sobre el proceso penal", cit., (p.p. 209-218), p.p. 215-216.
180. Ensayo de una teoría integral de la acción, cit., *passim*.

CAPITULO VII

NUEVAS TENDENCIAS EN EL ESTUDIO DE LA ACCION. HACIA UNA CONCEPCION SOCIAL Y CONSTITUCIONAL DE LA ACCION Y DEL PROCESO.

1. Consideraciones previas.

Los dos grupos de doctrinas acerca de la -- acción hasta aquí expuestos representan, dentro de la -- evolución histórica de la ciencia del derecho proce- -- sal, dos tendencias, en ocasiones causantes y en otras resultantes, de diversas formas de concebir al proceso. Las tendencias monistas o sustancialistas tienden a su -- jetarse a la matriz privatista que concibe al proceso- -- y a la rama que lo estudia- como un mero apéndice de -- los derechos y deberes que confieren las leyes. Esta -- postura tradicional encuentra, no obstante, sólidos -- exponentes en tiempos presentes (1), y configura el -- derecho de acudir a los órganos jurisdiccionales como -- un reflejo del derecho subjetivo material. El proceso- -- satisface al derecho y tiene como fin la realización -- del derecho subjetivo material. Su función se agota, -- simple y llanamente, en la satisfacción jurídica del -- derecho subjetivo. El interés particular, los fines --



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

privados de las partes, constituyen la raíz última del proceso.

Como hemos podido señalar con anterioridad -- (2), nuevas realidades socio-políticas combinadas con necesidades científicas específicas, provocan el surgimiento de nuevas directrices tendientes a acentuar el carácter público del proceso mediante la configuración de la acción como un derecho autónomo de carácter netamente procesal. El interés público viene a ocupar su lugar dentro de la construcción sistemática de la ciencia procesal. La presencia inegable de un interés público y un interés privado dentro de la composición de todo litigio genera un interesante desarrollo de las teorías acerca de la acción que empiezan a moverse como péndulo en torno de ambos intereses. Surgen las posturas abstractas y las tesis concretas, que se modifican, se conjugan y sinterizan hasta producir un nuevo concepto público del derecho de acción. Sus variantes son, en realidad, variaciones sobre un mismo tema: el equilibrio entre dichos intereses que se presentan, necesariamente, dentro de la dialéctica persistente e inquietante de ese "actus trius personarum" -- que nos legaran Búlgaro y la escuela de Bolonia. Al canto de la problemática sobre la acción se mueve siempre el problema de la "tutela jurídica", y por en-

cima de él, y dándole sentido, la relación omnipresente entre autoridad y libertad, entre Estado y ciudadano que con un profundo sentido histórico delineara el inolvidable maestro florentino.

Tal era el panorama que presentaba la ciencia procesal cuando sus fronteras se ceñían a Italia y Alemania. Ambas naciones habrían de sufrir en breve una mutación profunda: el nazismo y el fascismo adoptaban en ellas expresiones concretas y las relaciones entre autoridad y libertad sufrían una transformación menos profunda. Tal situación política habría de repercutir necesariamente dentro del campo jurídico. Sin embargo, y en contra de las apariencias, los efectos en cada uno de dichos países difieren radicalmente en materia procesal (3).

Sucede así que mientras Italia adquiere durante dicho período un nuevo código procesal civil y un nuevo código procesal penal (4), la dogmática procesal se desarrolla y conquista nuevos logros (5). En Alemania, el proceso y su estudio se ven profundamente alterados (6).

Si el derecho de acción constituye como estamos convencidos un eslabón dentro de la cadena que vincula al ciudadano con el poder público, las transformaciones políticas tienen, por fuerza de las cosas-

(7), que reflejarse, o al menos influir, dentro de las construcciones dogmáticas. (8)

Ahí donde se proclama la prevalencia de lo -- Volksgemeinschaft como exigencia suprema sobre cualquier tipo de interés individual se produce, inevitablemente, el debilitamiento de los "derechos públicos subjetivos"; ahí donde el nacionalsocialismo se apodera de la magistratura y hace surgir al juzgador-parte, pierde todo su tento práctico la noción de Rechtsschutzanspruch (9). -- La pretensión de tutela jurídica, el derecho a la sentencia justa, desaparecen; su lugar dentro de la realidad procesal viene a ser detentado por la simple Antrag auf gerichtliche Entscheidung (10).

Aun cuando existan momentos de duda --y en ocasiones interminables períodos de zozobra y opresión, el -- triunfo de la libertad y la justicia llega inexorablemente. Italia y Alemania recobraron su status de "Estados de derecho" y con ello nuevos cauces se abrían ante la problemática de la acción. Las concepciones meramente -- abstractas parecían, al igual que las llamadas "teorías puras", y a la manera de una tizona, armas de dos filos -- cuyo empleo práctico permitía encubrir bajo el manto del derecho y la justicia auténticas manifestaciones de violencia y fraude.

Tal situación motivó, a nuestro modo de ver, una

reacción, más inconsciente que consciente, pero no por ello imperceptible, que se caracteriza por una nueva bifurcación de las doctrinas acerca de la acción: por un lado se retorna, a las tesis de la pretensión y de la relación jurídica, por otro, se discute y elabora la noción de acción en función del problema de la pretensión de justicia (Justizanspruch) y llevando el controvertido concepto a niveles fundamentalmente políticos, aparece vigorosa la constitucionalización de la acción y del proceso.

Antes de hacer un somero examen general de la tendencia últimamente señalada -y sobre la que habremos de profundizar en el capítulo siguiente- conviene contemplar algunas de las innovaciones introducidas por la ciencia procesal alemana contemporánea que, apartándose de la ruta política o constitucional, construyen dicho concepto dentro de moldes auténticamente procesales animados por un rigor y claridad excepcionales.

2. La "pretensión procesal" en la tesis de Leo Rosenberg. La acción y la teoría del "objeto litigioso".

De las modernas teorías acerca de la acción procesal merecen especial atención aquellas que, sin negar su existencia, la construyen a partir de premisas teóricas diversas.

reacción, más inconsciente que consciente, pero no por ello imperceptible, que se caracteriza por una nueva - bifurcación de las doctrinas acerca de la acción: por un lado se retorna, a las tesis de la pretensión y de la relación jurídica, por otro, se discute y elabora - la noción de acción en función del problema de la pretensión de justicia (Justizanspruch) y llevando el controvertido concepto a niveles fundamentalmente políti-cos, aparece vigorosa la constitucionalización de la - acción y del proceso.

Antes de hacer un somero examen general de la tendencia últimamente señalada -y sobre la que habre - mos de profundizar en el capítulo siguiente- conviene - contemplar algunas de las inovaciones introducidas por la ciencia procesal alemana contemporánea que, apartán - dose de la ruta política o constitucional, construyen - dicho concepto dentro de moldes auténticamente procesa - les animados por un rigor y claridad excepcionales.

2. La "pretensión procesal" en la tesis de Leo Rosen--
berg. La acción y la teoría del "objeto litigioso".

De las modernas teorías acerca de la acción - procesal merecen especial atención aquellas que, sin - negar su existencia, la construyen a partir de premi--
sas teóricas diversas.

Tal es el caso, en nuestra opinión, de la teoría de Leo Rosenberg. Para Rosenberg, las teorías privatistas violentan la razón misma de ser del proceso, — pues éste sirve no sólo a las partes sino, primordialmente, al interés público o estatal consistente en el mantenimiento del orden jurídico que permite tanto "la paz jurídica" como la "comprobación del derecho entre las partes" (11). La protección del ordenamiento jurídico (derecho objetivo) no puede realizarse en abstracto, la realización del derecho objetivo se obtiene merced a la "declaración, realización y aseguramiento de los derechos y relaciones jurídicas" pertenecientes al derecho sustantivo o material (12).

De acuerdo a dichas premisas, el examen de la acción habrá de desenvolverlo Rosenberg en función de la demanda, de la pretensión de tutela jurídica, del objeto litigioso y de la pretensión procesal (13), así como también en relación con los actos procesales de las partes (14).

El concepto de Rechtsschutzanspruch es sometido por Rosenberg a una profunda revisión. En primer término reputa como insostenible la tesis de Wach (15) en virtud de que el proceso no tiende fundamentalmente a la realización del derecho subjetivo material y, sobre todo, considera que dicha postura no es capaz de explicar satisfactoriamente las demandas que no se fundan en

un derecho de dicha clase. En vista de lo antes expuesto, considera Rosenberg que la posibilidad de demandar en sentido estricto (Klagemöglichkeit) debe desligarse definitivamente del derecho subjetivo material. Igualmente rechaza las doctrinas que postulan la existencia de un "derecho abstracto de demandar" puesto que lo que en realidad existe no es un derecho propiamente dicho sino tan sólo una posibilidad de demandar. La demanda no genera la obligación del juzgador de resolver sobre la misma, tal obligación es anterior a la demanda y no forma parte de los efectos producidos por los actos de las partes sino del derecho general a la administración de justicia (16). A dicha obligación estatal corresponde el "derecho a lo que puede denominarse pretensión a la administración de justicia" (17), que se dirige sólo contra el Estado quien lo satisface a través de la intervención de los tribunales que deben aplicar el derecho objetivo en relación con el litigio que les es sometido en la demanda, y en general, en las peticiones de ambas partes (18).

En su estudio acerca de la acción Rosenberg prefiere hablar de demanda y de pretensión procesal. Por la primera entiende la forma típica de iniciación del proceso que contiene "la solicitud de otorgamien-

to de tutela jurídica mediante sentencia" (19). Bajo - tal concepto agrupa Rosenberg las diversas especies de demanda que, dirigidas al tribunal competente (20), señalan la "clase y medida de la tutela jurídica que se ha de otorgar".

Por pretensión procesal entiende Rosenberg la "pretensión de una de las partes frente al Estado a tutela jurídica favorable correspondiente a su situación-jurídica", esta pretensión no tiene nada que ver con la pretensión material o sustantiva, existe independientemente de esta y puede o no coincidir con ella (21).

En resumen, Rosenberg abandona las posturas -- tradicionales tanto concretas como abstractas acerca de la acción y elabora la noción de "pretensión procesal" -- que, hecha valer en la demanda, forma el objeto litigioso sobre el que el juzgador tiene el deber de resolver.

El postular una "pretensión procesal", diversa de la pretensión en sentido propio, y el subsumir la posibilidad de demandar dentro de la noción misma de demanda no nos parecen que constituya un retorno a las -- teorías sustancialistas tradicionales, sino más bien un intento tenaz por procesalizar todo aquello que tenga -- relación directa con el fenómeno. La pretensión sustancial se desecha del sistema procesal por su carácter y -- naturaleza y se le quiere sustituir por una nueva "pre-

tensión" diversa de aquella con pleno carácter procesal. Para nosotros, no existe ningún inconveniente en hablar de una pretensión sustancial, y mejor aún de una pretensión litigiosa, siempre y cuando la misma se sepa distinguir de la noción de acción, que es una pretensión procesal, pero también es una noción propia del derecho constitucional, o si se prefiere, una noción perteneciente al derecho político, mismo en el que encuentra fundamento el proceso jurisdiccional cuando se le contempla desde ángulos plenamente públicos. Dentro de la tesis de Rosenberg se contempla la pretensión procesal como el derecho a un pronunciamiento jurisdiccional sobre la demandá, que encuentra su fundamento legal en la obligación que tiene el juzgador de resolver los litigios que le son planteados. En nuestra opinión, dicha obligación del juzgador se concreta mediante la acción, o más exactamente, con el ejercicio de esa facultad respecto a una pretensión en concreto, se llama a esta pretensión procesal o, simplemente, pretensión.

Una concepción en cierta medida similar es la sostenida por Adolf Schönke, quien considera la pretensión procesal (Prozessualer Anspruch) como el contenido de la demanda y como objeto del proceso, tras oponerse a las diversas tesis que postulan la existencia de una pretensión de tutela jurídica (22).

La moderna doctrina alemana ha introducido interesantes modificaciones a la problemática acerca de la acción con la introducción del problema del objeto litigioso del proceso (Streitgegenstand) que desvía el centro de gravedad de los estudios procesales desde la acción al litigio, pasando, naturalmente, por la pretensión procesal (23).

Sobre este último problema se han pronunciado la gran mayoría de los autores alemanes (24), y aun cuando en términos generales dichas tesis no han rebasado las fronteras de la ciencia procesal germana, resulta interesante señalar las consecuencias que los estudios sobre el Streitgegenstand generan en relación con la noción de acción.

De acuerdo con Schwab, la doctrina acerca del objeto litigioso puede subdividirse en tres ramas de acuerdo con el contenido que asignan cada una de ellas a la mencionada noción. Así, se presenta un primer grupo que considera como objeto del proceso la pretensión procesal en tanto que afirmación del derecho material (25). Una segunda corriente considera que dos son los elementos invariables del objeto litigioso: una situación de hecho, o condición fáctica, que integra un tipo específico (Sachverhalt) y una solicitud de intervención jurisdiccional (Antrag) (26); y, final

mente, un tercer grupo de doctrinas que por objeto litigioso del proceso entienden tanto la situación fáctica (Tatbestand o Sachverhalt) como la solicitud -- -- (Antrag) pero considerando como determinante a esta -- última (27). Por su parte Walther J. Habscheid considera que las doctrinas acerca del objeto litigioso en el proceso civil giran en torno a la distinta importancia que confieren a la afirmación acerca de determinados -- elementos jurídicos, a la solicitud o petición -- -- (Antrag), al reclamo específico dirigido al juzgador -- (Begehren) y, a la causa petendi o situación fáctica -- (Sachverhalt) (28).

Las tesis que consideran que el objeto litigioso en el proceso tiene como elementos fundamentales la solicitud o reclamo y la situación de hecho --- --mismas que integran la doctrina dominante (29)--- tienden a acentuar el carácter netamente procesal de la -- cuestión. El objeto litigioso del proceso se construye a partir de criterios rigurosamente objetivos que excluyen como puntos de observación tanto la visión que del proceso tiene el actor como la visión que acerca -- del mismo puede formularse desde un ángulo jurisdiccional, o más exactamente, judicial. Así, por ejemplo, Schwab considera que el imperativo fundamental al que ha de ceñirse la investigación relativa al Streitge- --

genstand debe residir en la búsqueda de un "concepto -- neutral, objetivo, que requiere ser llenado y plantea -- la cuestión de su contenido" (30), dicho contenido lo -- integra la pretensión, pero no la pretensión material -- o sustancial, la pretensión procesal que integra el objeto litigioso en el proceso, o si se prefiere, que --- translada la pretensión sustancial al campo del proceso mediante la interposición de la demanda (31).

En términos generales, -y en virtud de no ser este el lugar para examinar las múltiples doctrinas al respecto- se parte del contraste entre la pretensión -- contemplada por el Código Civil alemán (BGB) (32) y la examinada por la Ordenanza Procesal Civil (ZPO) (33). - Todo proceso -nos dice Schwab- tiene un objeto en torno al cual gira el litigio de las partes, dicho objeto constituye precisamente el fundamento de una serie de formas y fenómenos procesales que no pueden contemplarse correctamente sino se parte de aquél (34). Así, superando abiertamente las doctrinas de la tutela jurídica, se considera que no es propiamente la acción de parte -- la que permite y posibilita la fundamentación de un proceso en concreto, tal fundamento se encuentra en el -- Streitgegenstand que no es el litigio o la simple situación conflictiva de carácter sustancial (pretensión-material de acuerdo con la doctrina alemana); puesto --

que las pretensiones contempladas por el derecho civil - en la opinión de Schwab, que en este punto es compartida también por Habscheid y atacada por Lent (35)- "sólo pueden prosperar mediante acciones de condena pero no mediante acciones de declaración o de constitución", debe concluirse que el objeto del proceso tiene que ser bastante más general y susceptible de comprender en sí tanto a aquellos procesos en los que la acción (Klage) se rechaza como aquellos en los que se estima (36).

A este particular nos parece que Schwab ha incurrido en el error de identificar a la acción con la pretensión sustancial, pues es ésta, y no la acción, la que se admite o rechaza y sobre la que versan tanto el proveimiento que le da entrada como el que se la niega, -- así como también el que resuelve en forma definitiva sobre la misma.

Igualmente, considerar que "objeto litigioso es la petición de la resolución designada en la solicitud - (Antrag)", misma que debe ser fundada siempre en un conjunto de hechos determinados (Tatbestand) (37) -consideración que resulta de utilidad para determinar problemas tales como la acumulación de acciones, modificación de la demanda y, especialmente, litispendencia-, resuelve, a nuestro entender, sólo uno de los problemas de la acción procesal, a saber, el de su contenido concreto (pre

tensión) pero no explica ni la calidad o categoría de tal derecho (constitucional, procesal, etc.), ni la relación que la misma crea respecto al juzgador. Tales nociones quedarían, suponiendo que entendamos correctamente el planteamiento de Schwab, relegadas a uno de los elementos del Streitgegenstand, a la solicitud o instancia (Antrag) que no se diferencia muy claramente de las múltiples solicitudes que puede formular el particular ante las autoridades estatales.

Breves líneas ha dedicado Francesco Carnelutti al examen de las teorías acerca del objeto litigioso del proceso (38), pero en ellas se encuentran en buena medida profundas críticas a dicha concepción. Carnelutti considera que lo que la moderna doctrina procesal germánica califica de objeto del proceso (Streitgegenstand) constituye propiamente el objeto del procedimiento, pero no el del proceso. Fundándose en la contraposición "proceso---procedimiento" (39) la determinación de la relación jurídica sustancial (Tatbestand), independientemente de que se repunte como válida la teoría de la Substantiisierung, interesa sólo en tanto que la misma sea efectivamente -- afirmada por las partes, pues el juzgador no sólo le preo cupa que tal relación exista sino que respecto a ella se presenta un litigio. A nuestro entender, siguiendo el -- planteo delineado por Carnelutti, cabe sostenerse que la concepción de Schwab acerca del objeto litigioso, en tan

to que compuesto por la instancia y la petición, contempla efectivamente el tema sobre el que girará el procedimiento a que en concreto ha dado lugar la demanda pero no contempla el objeto del proceso, las pretensiones contrastadas, el litigio. Creemos que el enjuiciamiento penal presenta numerosos ejemplos al respecto, en él, - por ejemplo, puede iniciarse un procedimiento en virtud de una acusación por robo; dicha acusación fundamentará el procedimiento -vgr. la detención del imputado- pero, a la luz de la instrucción -y en concreto de la fase -- que entre nosotros conocemos como "averiguación previa" puede resultar que el "objeto litigioso" se modifique, - como ocurriría cuando se presume que el imputado ha robado a mano armada (40). Lo que en realidad sucede que mientras existe un objeto del procedimiento, existe un objeto del proceso constituido por el litigio que llega a conocimiento del juzgador en virtud de la pretensión contenida en la acción (penal o civil). De esta manera, nos parece que el sustituir la acción por el objeto del litigio (que lo es sólo del procedimiento) deja en la penumbra los problemas del concepto de acción así como también los relativos a la finalidad del proceso.

3. La acción procesal contemplada desde un ángulo político constitucional.

Dentro de las nuevas tendencias imperantes - -

acerca del estudio de la acción procesal merece la mayor consideración la tesis que examina a tan controvertida institución dentro del marco de las garantías constitucionales del enjuiciamiento.

Cuando hemos examinado las doctrinas sustancialistas acerca de la acción (41), hemos intentado demostrar que las mismas resultan insuficientes para caracterizar debidamente ese acaecer fáctico al que denominamos acción en virtud de que dentro de las mismas no se contemplan una serie de intereses y de fenómenos que en la acción se hallan presentes. En concreto, las tesis sustancialistas se fundan exclusivamente en el interés privado o particular de quien solicita la intervención de un tercero imparcial a fin de obtener la composición de un litigio. Al vincularse la acción con el derecho subjetivo, haciéndole de este último su fundamento y razón de ser se olvida el origen mismo de la acción, la prohibición de la autodefensa (42). Como también creemos haber puesto de manifiesto, tal prohibición deriva -históricamente- de un acto de voluntad de la comunidad organizada quien, ante los imperativos mismos del vivir en sociedad debe terminar con la guerra y la venganza.

Una vez surgida la teoría de los derechos subjetivos, y la consiguiente creación de un orden jurídi-

co positivo orientado fundamentalmente a garantizar los intereses de los particulares por encima de todo, la acción se ve impostada a esta forma de pensamiento (43) de un modo más o menos riguroso pero que, en última instancia, deja igualmente de lado tanto el interés público como el interés social que median en la exacta observancia y aplicación del derecho. El proceso, o más concretamente la actividad jurisdiccional, se reducen a un negocio privado entre las partes en el que el juzgador se limita a un "dejar hacer, dejar pasar" que hace brotar aquí y allá violencias y opresiones.

Frente a esta realidad se levantan las tesis publicistas que, poniendo en juego el interés público existente en todo proceso, construyen la acción como un derecho independiente del derecho subjetivo material -- que mediante ellas se pretende tutelar. Innumerables variantes son las que estas doctrinas adoptan (44), también los son sus efectos dentro de la sistemática procesal, pues es en parte a ellas a quienes debemos la autonomía científica del derecho procesal.

Una vez encuadrada la acción dentro linderos publicistas y por ende, procesales, se presentó a la ciencia del proceso un nuevo problema. Sí la acción no se funda en un derecho subjetivo material preexistente, si no es la expresión ni la manifestación de un derecho

subjetivo material, ¿cuál es entonces su fundamento? - ¿cuál es su género dentro del sistema de derechos?. Diversas respuestas se dieron a la pregunta, (45) pero - de entre ellas habrían de revestir especial importancia las que consideraron a la acción como derecho uticivis, como un derecho público subjetivo, como una expresión del derecho a la personalidad.

Es durante la presente centuria, y de modo especial en el último treintenio, cuando se produce un nuevo advenimiento metodológico: la constitucionalización del derecho de acción, que funda a la misma en la facultad que tiene todo ciudadano de invocar la intervención del poder jurisdiccional para obtener, mediante proceso, la realización de la ley respecto de un caso concreto.

A lo largo de su evolución histórica la ciencia del proceso explicó de diversas maneras una misma realidad, "en todos los tiempos el litigante para obtener lo justo del adversario acudió a los poderes públicos" (46) pero dicho acto no fué siempre entendido de la misma manera. Si se considera que uno de los principios en que se apoya el enjuiciamiento de los países pertenecientes a la tradición jurídica romano-germano-canónica (civil law tradition) es aquel principio millenario de la acción de parte que se expresa en el brocar

do "nemo iudex sine actore" (47), aparece que la acción ha sido siempre la vía a través de la cual los particulares, y el Estado mismo, pueden invocar la intervención de la jurisdicción a fin de componer un litigio. - De ahí la importancia fundamental de la diversa manera en que se entienda la noción de acción.

Esta relación primaria que se establece entre dos partes y la autoridad estatal que debe intervenir a fin de obtener la composición mediante el proceso, se reduce -como señaló Calamandrei- a un vínculo entre autoridad y ciudadano, a una relación entre "autoridad y libertad" (48). Ante esta realidad siempre presente fueron surgiendo necesidades derivadas de la propia organización política y social de los diversos pueblos que generaron, paulatinamente, un conjunto de principios destinados a regir tan fundamental relación. A estas normas es a lo que genéricamente llamamos "garantías del enjuiciamiento".

Las garantías del enjuiciamiento operan como parámetros a los cuales ha de ajustarse la totalidad de conductas integrantes de la relación jurídica procesal. Tales principios son los que en buena medida han determinado la evolución de la ciencia procesal y, particularmente, del enjuiciamiento. Como recuerda Cappelletti, todos los principios o garantías del enjuiciamiento se han ido modelando y apareciendo en diversas fa -

ses del desarrollo político y social, así, al recordado "nemo iudex sine actore", conocido también dentro del primitivo ordenamiento germánico ("wo kein Kläger ist, da ist auch kein Richter") y que encuentra su contrapartida en el principio "ne procedat iudex ex officio", fueron sumándose el de audiencia o contradictorio ("audiatur et altera pars"; "Eines mannes red ist keine red, der richter soll die deel verhoeren beed"), el de imparcialidad del juzgador ("nemo iudex in re sua"), etc. (49). (50).

Una nueva concepción del derecho de acudir a los tribunales se presenta, con el advenimiento del -- constitucionalismo, como un sector del fenómeno calificado por Boris Mirkine-Guetzévitch como "racionalización del poder" (51). Como es sabido, la construcción del derecho de acción se realiza casi por completo dentro del marco del derecho procesal civil, pero la constitucionalización del enjuiciamiento se presenta con -- anterioridad dentro de la rama penal. (52) No es sino hasta tiempos recientes en que se habla de una constitucionalización del proceso civil y sus instituciones, pero es de aquí donde habrá de surgir la noción de -- acción dentro del terreno constitucional.

Considerando que la acción procesal es fundamentalmente un acto de petición dirigido a la autori --

dad indispensable para que se realice la ley mediante el proceso, Eduardo J. Couture concibió a la acción como un derecho cívico fundamental impostado dentro de las "garantías constitucionales del proceso" (53). Para ello Couture hubo de enfocar toda la problemática acerca de la acción, y de manera especial las doctrinas "públicas y abstractas", desde la realidad de nuestros tiempos renovando, con ello, la totalidad del pensamiento jurídico procesal.

La concepción de la acción como un derecho fundamental tendiente a la instauración del proceso jurisdiccional fué rápidamente desarrollada por el procesalismo iberoamericano (54) y poco a poco se ha extendido -junto con la constitucionalización del enjuiciamiento- a la gran mayoría de países pertenecientes a nuestra tradición jurídica (55), mientras que la constitucionalización de las garantías del enjuiciamiento existe igualmente dentro de los países pertenecientes al sistema jurídico anglo-americano ("common law") a través del conocido "due process of law" (56), por lo que puede afirmarse que constituye -hoy en día- una realidad dentro del enjuiciamiento occidental.

En términos generales, los autores que modernamente han sostenido el carácter de garantía constitucional del enjuiciamiento respecto a la acción proce -

sal parten de una consideración a nuestro entender fundamental: la acción es, al lado de la jurisdicción, un resultado directo de la prohibición de la autotutela - (57). Con ello el origen de la acción se sitúa en un terreno francamente social y su carácter público le viene casi por añadidura.

El carácter público de la relación jurídica procesal a que da origen el ejercicio de la acción nos hace concebir a ésta como un derecho público, como una facultad o un poder públicos que tienden a la jurisdicción, al ius dicere, respecto a una situación concreta especialmente determinada. De aquí, la tendencia a caracterizar la acción como un derecho a la jurisdicción (58), o si se prefiere, como un derecho a la administración de justicia. Pero como para que la jurisdicción se realice es menester el proceso, los tres elementos del trinomio sistemático fundamental tienden a enlazarse y vienen a configurarse como una garantía del ciudadano (59).

Si existe la prohibición genérica de la auto-defensa y para obtener la composición justa y pacífica de los litigios es necesario que la jurisdicción se realice, debe colegirse que el destinatario de la acción procesal, de la petición de tutela, debe ser aquel que puede legalmente componer con autoridad de -

cosa juzgada el litigio que le ha sido sometido. En virtud del monopolio que de la jurisdicción posee el moderno Estado de derecho, es preciso admitir, igualmente, - que destinatario de la acción es exclusivamente el Estado, pues él es exclusivamente quien puede realizar la jurisdicción mediante el proceso (60).

De la misma manera, cuando se dice que la acción es un derecho a la jurisdicción, un derecho a los actos del juicio (61) se acentúa el carácter concreto de la misma. El poder jurídico de requerir la intervención del Estado a fin de poner fin a un litigio mediante proceso, no se vincula ya a la sentencia favorable, - para esta concepción la obtención o no de la tutela jurídica del derecho o interés subjetivo material se sitúa en un segundo plano: lo fundamental es, esencialmente que se tutele el derecho objetivo, independientemente de que se condene al actor o al demandado, de que se acoja favorablemente o no la pretensión del actor. -- (62).

La bilateralidad de la acción se convierte en una característica esencial a esta nueva formulación. - Si la acción es un derecho al proceso, necesariamente - corresponde a ambas partes con lo que el principio de igualdad en el proceso se ve reforzado. Al interponerse la acción y ser ésta recibida por el juzgador en presencia de los requisitos o condiciones de la misma (63), -

la relación procesal se completa afectando "la esfera jurídica de un tercer sujeto de derecho" (64) el de -
mandado. Si consideramos que éste puede asumir diver-
sas actitudes que van desde la contumacia hasta la de-
fensa podría pensarse que sólo cuando el demandado se
defiende surge la bilateralidad de la acción. Sin em-
bargo, aún siendo la defensa una "eventualidad", o --
considerándosele como "carga" (65), lo cierto es que-
por el sólo ejercicio de la acción surge a favor del-
demandado el poder de defenderse, que haga o no uso -
del mismo queda a su libre arbitrio, pero dentro del-
moderno enjuiciamiento, en función de los principios-
de igualdad entre las partes y de alteridad o contra-
dictorio, debe garantizarse efectivamente la libertad
del demandado a defenderse y la libertad del mismo a-
permanecer voluntariamente en un estado de indefen --
sión total o parcial (66). Así, al lado del accionar-
del actor surge también el accionar del demandado, --
que debe también garantizarse.

Dentro de esta nueva tesis se logran plena -
mente los ideales de autonomía, publicidad, abstrac--
ción y bilateralidad, pero se logra también, y esto -
es de igual o mayor importancia, la creación de bases
sólidas sobre las que pueda construirse una teoría ge-
neral de la acción procesal mediante la formulación -

de un concepto que, ajeno ya a toda matización sustancialista, resulta idóneo para explicar tanto la acción civil como la acción penal, y en general, cualquier tipo de institución destinada a obtener la composición de un litigio conforme a derecho mediante un proceso. Se abre así la posibilidad de una noción unitaria del controvertido concepto (67).

Pero lo que a nuestro entender constituye el avance primordial de estas doctrinas reside en la nueva impostación del problema que constitucionalizando la garantía procesal de acción, desborda el carácter público el enjuiciamiento y la inscribe dentro del marco más amplio y general de las garantías sociales. En el proceso se presentan al lado del interés público y el interés privado, un grupo de necesidades e intereses de índole general que importan no sólo a los intervinientes en la relación jurídica procesal sino a todos los ciudadanos que anhelan una verdadera paz con justicia.

La vinculación de la acción con la problemática social y política de una nación se obtiene merced a la consagración constitucional del concepto, y si la acción es la vía que va del litigio al proceso resulta que se ve también sujeto a la legalidad constitucional imperante en un régimen determinado (68). Una vez integrada la acción a la norma fundamental, es

su regulación por parte de los ordenamientos en ella -- fundados deberán apegarse a aquella quedando sujetos, -- en consecuencia, al sistema de control sobre la constitucionalidad de las leyes en el mismo imperante. La extensión y límites que tal derecho admita se encontrarán también determinados por el ordenamiento constitucional que en concreto los reconoce (69).

La inclusión de la acción dentro de un ordenamiento constitucional, además de dotarla de la posibilidad de protección derivada de los instrumentos internos de control (70), le confiere el rango de norma fundamental que con el advenimiento del "Estado social de derecho" (71) abre las perspectivas a una constante renovación no sólo del concepto de acción sino de lo que singular a dudas resulta de mayor importancia, de su evolución práctica. De esta evolución depende en buena medida la realización fáctica de los principios y garantías del enjuiciamiento consagrados en la constitución a la manera de auténticos anhelos de la comunidad social. -- Toca a la técnica procesal (72) crear los instrumentos necesarios y suficientes para que tales ideales se realicen a través de una administración de justicia fundada en la legalidad y en las especiales condiciones socio-económicas que aquellas sirven de base y susten- - to.

NOTAS.

Capítulo VII.

-
1. Cfr. supra, capítulo IV, inciso 4.
 2. Cfr., supra, capítulo VI.
 3. Para una aguda interpretación de ambas formas de - "Estado de excepción", véase, POULANTZAS, Nicos. - Fascisme et dictature, cit., passim. En relación - con la ciencia procesal, véase COUTURE, Eduardo J. ¿Crisis del derecho procesal?, en "Anales de Juris prudencia" (México), (1951), tomo LXIX, (p.p. 235-256), p.p. 248-249.
Acerca de las repercusiones del fascismo dentro -- del proceso italiano, cfr. CAPPELLETTI, Mauro. Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano, cit., especialmente, p.p. 16-18; - y, respecto a la posición de la magistratura, - - CALAMANDREI, Piero. Elogio de los jueces escrito - por un abogado, (tr. de la 3a. ed.), Buenos Aires, 1969, p.p. 225-238. En relación con la problemática de la acción, véase, COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p.p. 80-83.
 4. Codice di procedura civile (28-X-1940) y Codice di procedura penale (19-X-1930). Mientras que el carácter inquisitivo del segundo es acentuado (cfr., al respecto, DELITALA, G. Codice di procedura penale, en "Enciclopedia del Diritto", vol. VII, Milano, 1960, p.p. 284-287) en el primero la ideología fascista no es fácilmente detectable; el autoritarismo que propugna es más bien -como señala - Cappelletti (Op. ult. cit., loc. cit.)- legislativo y no judicial. (Cfr., igualmente, ALCALA-ZAMORA Y - CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en - el proceso, cit., p.p. 21-22, nota 53). En cambio - no puede decirse que el proyecto SOLMI Fuese ajeno

a la ideología fascista (Cfr., al respecto, SOLMI, Arrigo. La reforma del Codice di procedura civile, Roma, 1937, y en relación con el mismo, y respecto a la orientación ideológica, el penetrante y valiente estudio de Piero Calamandrei. CALAMANDREI, Piero. Premissas políticas do projeto de Código Processual Civil Italiano, en: "Processo Oral" (coletânea de estudos de juristas nacionais e estrangeiros), Rio de Janeiro, 1940, (p.p. 165-170), especialmente, p. 167. Recientemente, véase, - CAPPELLETTI, Mauro. Il processo civile italiano nel quadro della contrapposizione "civil law" - "common law", cit., apartado 8; igualmente, para una apreciación general de la influencia del fascismo italiano en el enjuiciamiento civil, - COUTURE, Eduardo J. Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano, en: "Estudios de derecho procesal civil", tomo I, Buenos Aires, 1948, (p.p. 289-342), p.p. 331-332).

5. Vid., al respecto, ALLORIO, Enrico. Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale, cit., passim.
6. Cfr., al respecto, CALAMANDREI, Piero. La crisi del processo civile in Germania, en: "Studi sul processo civile", vol. V, cit., p.p. 285-319.
7. Véase, supra, capítulo I, inciso 3.
8. Cfr., al respecto, CALAMANDREI, Piero. Op. ult. cit., p.p. 285-290. Igualmente COMOGLIO, L.P. Op. cit., loc. ult. cit.
9. Op. ult. cit., p. 60.
10. Cfr., la crítica de Calamandrei a la tesis de Baumbach acerca de la "jurisdicción voluntaria". CALAMANDREI, Piero. Op. ult. cit., p. 287.
11. ROSENBERG, Leo. Tratado de Derecho Procesal Civil, (tr. de la 5a. ed. -1951- alemana), cit., tomo I,-

- parágrafo 1, III, 3, p. 3 y, también IV, p. 7, en donde con fundamento en la "novela" de 1933, sostiene expresamente que "el proceso civil sirve especialmente para la seguridad jurídica de todo el pueblo y es una institución para la protección de la comunidad". (Véase, también, ROSENBERG-SCHWAB, Zivilprozessrecht, (10 Auflage), cit., p.p. 2-3).
12. Op. ult. cit., párrafo 1, III, 3, p. 3. Estos diversos modos de realización del derecho objetivo le llevan a establecer tres binomios: "demandas y sentencias de condena", "demandas y sentencias de declaración" y "demandas y sentencias de formación" - (cfr. tr.española de la 5a. ed., cit., tomo II, p.p. 6-27; con importantes modificaciones en la 10a. ed.- especialmente respecto a la naturaleza constitutiva o de formación de las demandas y sentencias de declaración, vid., especialmente, párrafo 94).
 13. ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil, - cit., tomo II, p.p. 3-67, párrafo 83-90; y - -- ROSENBERG-SCHWAB, Op. cit., p.p. 435-461, párrafos 91-96.
 14. Tratado de derecho procesal civil, cit, tomo I, p.p. 373-374 y Zivilprozessrecht, cit., p. 309.
 15. Véase, supra, capítulo VI, inciso 3.
 16. Al respecto cfr. Tratado..., cit., tomo I, p. 11, - y especialmente, Zivilprozessrecht, cit., p.p. 10-12, párrafo 3, en donde al examinar la correlación entre Justizanspruch und Rechtsschutzanspruch contraponen a la "obligación" del juzgador un "derecho" de las partes frente al Estado mismo (Para un examen de esta postura véase COMOGLIO, L. P. -- Op. cit., p. 62 y, también, BRUNS, Rudolf. Zivilprozessrecht, cit., p. 13 y LENT-JAUERNIG. -- Zivilprozessrecht, (15. Auflage), München, 1970, p. 108).

17. "Das Gericht ist staatsrechtlich und prozess-
rechtlich verpflichtet, die Rechtspflege zu üben,
und die Parteien haben ein Recht darauf, das man-
anspruch auf Rechtspflege... Anspruch richtet
sich gegen den Staat als den Träger der Jus-
tizhoheit..." ROSENBERG-SCHWAB. Op. cit., p. 10.
18. Ibid., p. 11.
19. ROSENBERG-SCHWAB, Op. cit., p. 435, Tratado...,
cit., tomo II, p. 3. Esto es, una simple "Gesuch
- solicitude, reclamo- um Gewährung von Rechts
- Schutz durch Urteil", con independencia del sen-
tido de la misma. En nuestra opinión aquí Rosen-
berg confunde netamente la demanda con la acción,
y tal vez más con la instancia que con la acción.
Resulta más acertado distinguir la mera solicitud
de sentencia de la pretensión, pues ambos elemen-
tos se encuentran siempre presentes en la demanda
con la que el actor ejercita la acción. (Esta --
distinción puede verse claramente trazada en --
KISCH, Wilhelm. Elementos de derecho procesal ci-
vil, (tr. de la 4a. ed. alemana por Prieto Cas-
tro), Madrid, s.d., p.p. 170-174); por ello, --
preferimos la tesis de Goldschmidt para quien la
demanda, y no la acción, constituye el "Rechtss-
chutz durch günstiges Urteil" pues la instancia --
sin la pretensión concreta no puede funcionar --
(cfr. GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil,
cit., p.p. 323-331, que discrepa del texto de p.-
96, en donde se ve en la acción un derecho a la
sentencia favorable, tesis que hemos ya examina-
do, supra., capítulo VI, inciso 7). (Véase, a es-
te último respecto, BRUNS, Rudolf. Op. ult. cit.,
p. 14).
20. Cfr., supra, nota 12.
21. Tratado..., cit., tomo II, p. 58.
22. SCHONKE, Adolf. Derecho procesal civil, cit., --
p.p. 150-162.

23. En este sentido, véanse las breves indicaciones que respecto al tema nos ofrece Alcalá-Zamora en Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. 200, y Veinticinco años de evolución del derecho procesal, cit., especialmente, p. 142.
24. Para una explicación general de las mismas, véanse, TARZIA, Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all' oggetto del processo, en: "JUS: Rivista di scienze Giuridiche", (1956), p.p. 266-276-y, también, DE STEFANO, Giuseppe. L'oggetto del -- proceso in un libro recente di Walter J. Habscheid, en: "Riv. trim. dir. proc. civ.", (1957), núm. I, p.p. 327-338.
Para una amplia y detallada exposición de las tesis de Lent, Rosenberg, Nikisch, Stein-Jonas, Baumbach - Lauterbach, Bötticher y Schönke, cfr. SCHWAB, Karl - Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil, -- (tr. de Tomás A. Banzhaf), Buenos Aires, 1968, p. - p. 11- 97.
25. Tal sería, por ejemplo, la posición de Friedrich -- Lent, quien determina en objeto litigioso por la -- pretensión material (cfr., LENT-JAUERNIG. Zivil- -- prozessrecht, cit., p.p. 61-62 y especialmente, p. - p. 108-118).
26. Así, por ejemplo, Leo Rosenberg en la quinta edi -- ción de su "Lehrbuch" (cfr. Tratado..., cit., tomo - II, p.p. 27-42) Teoría que evolucionó hasta conside -- rar como fundamental solo la solicitud presentada -- (cfr. Zivilprozessrecht, (10. Auflage), cit., p. p. 456-461).
27. Así, Karl H. Schwab. (Op. ult. cit., p.p. 6-7, en - relación con p.p. 241-252).
28. HABSCHIED, Walter J. Der Streitgegenstand im Zivil- -- prozess und im Streitverfahren der freiwilligen -- Gerichtsbarkeit, Bielefeld, 1956, p.p. 18-19.
29. En este sentido, cfr. la "Presentación" que del vo - lumen de Schwab hace Sentís Melendo en la traduc - ción castellana del mismo (especialmente, p. XI).
30. SCHWAB, Karl Heinz. Op. ult. cit., p.p. 5-6.

31. Ibid., p. 242.
32. Especialmente, del parágrafo 194.
33. Especialmente, parágrafos 60 y 253, No. 2, fracción II.
34. Op. cit., p. 4, en relación con p. 242.
35. Cfr. HABSCHIED, Walter J. Op. ult. cit., p.p. 85- - 86; y LENT-JAUERNIG. Op. cit., p.p. 125-130.
36. SCHWAB, K. H. Op. cit., p. 5.
37. Sobre la importancia que al respecto asumen las teorías de la "individualización" (Individualisierungstheorie) y de la "substancialización" (Substantiierungstheorie), cfr. FAZZALARI, Elio. Note in tema di diritto e processo, cit., p.p. 117-122.
38. CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo, cit., p. 173, nota 1.
39. Esta distinción entre proceso y procedimiento es -- muy clara dentro del pensamiento de Carnelutti en -- la locución apenas arriba citada. No lo es, en cambio, en Diritto e processo, p.p. 17-18, en donde -- los emplea como intercambiables y nos dice que proceso y procedimiento, salvo " i valori convenzionali delle parole nel linguaggio scientifico, esprime la medesima idea"; tampoco lo están en el número 92 del Sistema (al respecto, cfr. la Adición de -- Alcalá-Zamora a dicho número de la tr. castellana -- de la obra de Carnelutti). Para la completa distinción de ambos conceptos, véase, ALCALÁ-ZAMORA Y CAS TILLO, Niceto. Proceso, procedimiento, enjuiciamiento, cit., passim, y especialmente Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 115-117.
40. Por lo anterior creemos que en materia penal la denuncia (notitia criminis) genera el deber de ejercer la acción penal (en aquellos sistemas que, como el nuestro, desconocen la "querrela máxima") -- (cfr. al respecto, infra, capítulo IX) por parte --

del Ministerio Público, quien debe fundarla para poder integrar la pretensión que se haga valer en la acción (en este sentido, cfr. LEONE, Giovanni, Tra--tado de derecho procesal penal, (tr. de Santiago Sentis Melendo), Buenos Aires, 1963, tomo I, p.p. 123--152); pero la notitia criminis no constituye un sinnónimo ni de pretensión punitiva ni de acción penal, en cambio constituye una verdadera "solicitud" -- (Antrag) (al respecto véase, MARQUES, José Frederico, Encerramento da formação da culpa no processo penal-do Júri, en: "Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Néelson Hungria", Río de Janeiro, 1962, - (p.p. 124-142), p.p. 132-133).

41. Cfr., capítulo IV.

42. En este sentido véanse, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, -- Niceto. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., p. - p. 775-778; y CALAMANDREI, Piero. Instituciones..., - cit. p.p. 143-151.

43. Cfr., al respecto, entre otros, CAPPELLETTI, Mauro. -- Il processo civile italiano nel quadro della con--traposizione "civil law" - "common law", cit., nota 97.

44. Al respecto, véase el capítulo VII de este mismo tra-- bajo.

45. Ibid., especialmente, véanse las posturas de Chioven-- da, Kohler, Jellinek y Carnelutti (apartados 5, 6 y-- 8).

46. CHIOVENDA, Giuseppe. Principios..., cit., tomo I, -- p. 83, nota 2. Interesantes consideraciones al res-- pecto formula Fairén, quien a partir de la sugestiva expresión chiovendiana sostiene un peculiar parecer-- acerca de la "relatividad" de la acción (FAIREN GUI-- LLEN, Víctor. La acción, derecho procesal y derecho-- político, cit., p. 71).

47. Principio aplicable al proceso civil de tipo disposi-- tivo y al proceso penal acusatorio pero que carece -- de aplicación dentro del sistema inquisitivo. En--

- relación con su aplicación dentro de los países europeos orientales, véase, CAPPELLETTI, Mauro. Principi fondamentali e tendenze evolutive del processo civile nel diritto comparato, sobretiro de "Giurisprudenza italiana" (1968), parte IV, p.p. 16-18.
48. La relatividad del concepto de acción, cit., p. 144.
49. CAPPELLETTI, Mauro y VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionale delle parti nel processo civile italiano, en: "Riv. dir. proc.", (1971), núm. 4, (p.p. 604-650), p.p. 604-605.
50. Ya en el Fuero Juzgo encontramos consignadas numero sas garantías procesales, algunas de ellas lejos de haber perdido su valor, son todavía actuales (cfr. FUERO JUZGO, Libro II, título I, leyes XIV, XVI, -- XXV, XVI - XXVIII, y, especialmente, en relación -- con nuestro tema, véase la ley XVIII, del libro y -- títulos apenas arriba citados y que reza: "Del iuez que non quiere oír á aquel quel demanda quel faga -- derecho...", disponiendo: " Si algun omne se que -- rella al iuez dotri, y el iuez nol quiere oyr, ó -- nol quiere dar su seello, ó porluenga el pleyto, ó -- por amor que quiera fazer al otra parte, ó por otra cosa: si aquel querellosos pudiere esto mostrar por -- testiguos, devel dar el iuez, porque lo fizo tra -- baiar, quantol devie pechar su adversario segund -- la ley, é su pleyto le finque salvo, que puede de -- mandar quando quisiere..." correspondiendo al juzga -- dor la obligación de "oyr los pleytos, é delibrar -- los sin toda prolonganza".)
51. MIRKINE GUETZEVITCH, Boris. Les nouvelles tendances du droit constitutionnel, Paris, 1931, p.p. VII- - VIII.
52. Al respecto, cfr. MONTESQUIEU, Ch.M.S. L'Esprit -- des lois, (libro XII).
(Véase, entre otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Nice -- to. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. p. 227-229).
53. COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales -- del proceso civil, en: " Estudios de derecho proce -- sal en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, 1946, -

p.p. 151-210 (Reproducido también en "Estudios de - derecho procesal civil", tomo I, cit., p.p. 19-97). Cfr., igualmente, Fundamentos..., (3a. ed.), cit., - p.p. 67-80.

54. Cfr., entre otros varios, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, - Niceto. Enseñanzas y sugerencias..., cit., especialmente, p.p. 797-797; ALSINA, Hugo. Tratado..., cit. especialmente, p.p. 174-231; BARTOLINI FERRO, Abra- ham. Unidad de la acción, en "Rev. der. proc." (ar- gentina), (1943), I, p.p. 334-345; y Presupuestos de la teoría del proceso, Buenos Aires, 1953, p. 9; -- CARLOS, Eduardo B. Introducción al Estudio del Dere- cho Procesal, Buenos Aires, 1959; MARQUES, José Fre- derico. Instituições..., vol. II, cit., CUENCA, Humberto. Derecho procesal civil..., tomo I, cit., -- PODETTI, Ramiro. Op. cit., etc., etc.
55. Cfr., a título ejemplificativo, CALAMANDREI, Piero. - Processo e Democrazia, cit., p.p. 147-148; LIEBMAN, - Enrico Tulio. L'azione nella teoria del processo -- civile, cit.; MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y acción; FAJEN GUILLÉN, Víctor. Op. ult. cit.; PRIE- TO CASTRO, Leonardo. Derecho procesal civil, Madrid, 1972, vol. I; etc., etc.
56. Cfr., al respecto, VIGORITI, Vincenzo. Garanzie - -- costituzionali del processo civile; "due process of law" e art. 24 cost., Milano, 1970.
57. Así, por ejemplo, Alcalá-Zamora, Alsina, Couture, -- Calamandrei, Liebman, etc. etc.
58. En concreto, véanse, ALSINA, Hugo. Op. cit., tomo I, p.p. 184-186 y COUTURE, Eduardo J. Fundamentos..., - p.p.67-79.
59. En el sentido que Calamandrei confiere a la garantía jurisdiccional. Cfr. CALAMANDREI, Piero. Institucio- nes..., cit., p.p. 54-59.
60. Entre muchos otros, cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, - Niceto. Op. ult. cit., p. 780; COUTURE, Eduardo J. - Las garantías..., cit.; inciso 4; CUENCA, Humberto.-

Op. ult. cit., p.p. 150-151, etc.

61. Especialmente, véase COUTURE, Eduardo J. Fundamentos..., p. 68.
62. *Ibidem.*, p. 71.
63. Dichas condiciones las examinaremos en el siguiente capítulo.
64. COUTURE, Eduardo J. Las garantías..., cit., p. 174.
65. Cfr. COUTURE, Eduardo J. Op. ult. cit., p.p. 181-184 y ALCALA-ZAMORA, Niceto. Enseñanzas..., cit., p.p. 800-802.
66. Al respecto véase capítulo VIII.
67. Cfr., especialmente, BARTOLINI FERRO, Abraham. Unidad de la acción, cit., passim, y ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., p.p. 791-795.
68. Cfr., CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia, - cit. p. 147.
69. Cfr., CAPPELLETTI, Mauro. Judicial Review in the contemporary world, Indianapolis, Kansas, New York, 1971, p.p. VII-X.
70. Cfr. FIX ZAMUDIO, Héctor. La jurisdicción constitucional mexicana, en: "La jurisdicción constitucional de la libertad" de Mauro Cappelletti, México, - 1961, p.p. 131-237.
71. Cfr. CAPPELLETTI, Mauro. I diritti costituzionali delle parti..., cit., p.p. 611-613.
72. Acerca del desarrollo jurisprudencial de tal garantía cfr. el siguiente capítulo.

CAPITULO VIII.

CONSIDERACIONES REASUNTIVAS EN RELACION CON
LAS DIVERSAS DOCTRINAS ACERCA DE LA ACCION.1. Relatividad del concepto de acción.

Hemos señalado con anterioridad que el problema relativo a la posibilidad de descripción del concepto de acción (problema de orden epistemológico), - (1) consiste en determinar cuáles son los factores que intervienen de un modo directo en la diversa configuración epistemológica de una misma realidad. Una vez reseñadas las teorías más importantes acerca de la debatida noción, y señaladas las consecuencias que cada una de ellas acarrea respecto a la concepción total del fenómeno procesal, creemos necesario abordar el fundamental problema de la relatividad del concepto de acción.

Como es sabido, quien primero se avocó al examen de tan singular cuestión fué Alessandro Pekelis. - Para Pekelis, la polémica sobre la acción procesal -y de modo especial la desarrollada dentro de la ciencia-procesal alemana-, no constituye más que un aspecto, - históricamente paralelo, de la polémica acerca de la naturaleza del Estado dentro de la cual puede muy bien incluirse la relativa a la acción (2).



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Aceptando básicamente las ideas anotadas por - Pekelis, Piero Calamandrei levantó el edificio mismo de la acción procesal sobre las agitadas aguas de la problemática relación "individuo- autoridad". De conformidad con Calamandrei, la relatividad histórica de la acción, además de explicar el devenir continuado de la -- institución, constituye la base indispensable para in-- terpretar en cualquier momento una determinada teoría - (3).

Una vez inserta la acción dentro del devenir - político, su estudio asume una dimensión social. Tal -- es el mérito indiscutible de Calamandrei. Este reclamo a la realidad, no constituye sino la primera e indispen-- sable fase de una nueva metodología de la ciencia del - proceso que -usando las palabras del propio Calaman- -- drei- nos aventuramos a calificar de la nueva etapa de la ciencia del proceso o "de la responsabilidad de la - doctrina" (4).

Ninguna construcción dogmática constituye un - fin en sí misma, todo sistema tiene un valor ideológico concreto (5). Los conceptos no son sino las herramien-- tas de que se vale la doctrina procesal para explicar - una determinada realidad.

Cuando al examinar las tesis monistas o sustan-- cialistas hemos señalado el carácter privatista que las

anima (6), no hemos querido sino desentrañar su conexión profunda e íntima con la realidad. Para ellas, lo fundamental dentro de la noción de acción es que ésta existe sólo ahí donde se presenta un derecho subjetivo material que la fundamenta y hace subsistir. En el proceso, lo único que interesa es la ejecución de las condiciones previstas hipotéticamente por la norma en relación con un determinado derecho subjetivo en concreto. El proceso sirve, preponderantemente, para que se respete la propiedad, para que se paguen las deudas, para que se cumplan las obligaciones. A este fin deben de subordinarse los principios fundamentales del enjuiciamiento, y puesto que la acción no es una realidad independiente, y a ella se coordinan tanto el proceso a que aquélla da lugar, como la jurisdicción que en éste se realiza, las tres figuras clave del trino sistemático fundamental responden a una peculiar concepción del mundo y de la vida: el interés particular, rasero y patrón al que han de conformarse todas las instituciones sociales.

Dentro de estas teorías, los principios de escritura, prueba legal e impulso de parte resultan corolarios de la visión privatista que anima toda la construcción del sistema procesal.

De igual manera, es un hecho históricamente demostrable que el surgimiento, y de manera especial el-

florecimiento, de las tesis publicistas se ve acompañada por la aparición del llamado "Estado de derecho", - pues estas nuevas teorías responden a la ideología liberal surgida con la caída del ancien régime; ideología que en buena medida determinaría la concepción del proceso como un servicio público (7), en contraposición a aquella doctrina anterior, para la cual el proceso no pasa de ser un negocio privado entre las partes. Las doctrinas publicistas acerca de la acción, que contribuyen a la nueva ideología, apuntalando la naturaleza pública del trinomio sistemático fundamental y acentuando la importancia del juzgador en el proceso, se vieron reflejadas en un buen número de cuerpos normativos (8).

No es sino hasta la crisis total del Estado de derecho, que se refleja en los más variados aspectos de la vida social -tanto interna como internacional-, cuando surge la idea de socializar la totalidad de las relaciones. No es precisamente por azar, que sea la Constitución de la República Federal Alemana de 1949 la que primeramente plasma en un texto legislativo el anhelo de construir un "Estado social de derecho" (9). Esta nueva orientación ideológica brinda bases fundamentales para la construcción de las más modernas teorías acerca de la acción.

Con mano firme señaló Calamandrei, y después de él algunos otros, la importancia social del concepto de acción, y con ello la trascendencia social del proceso y de la jurisdicción.

La discusión del problema referente a la "relatividad" del concepto de acción se traduce, para nosotros, en el fundamental problema de las relaciones e interferencias entre ideología y dogmática procesal. Antes de examinar la cuestión desde tal ángulo, queremos ocuparnos en detalle de dos críticas a la tesis relativista de Calamandrei, formuladas por Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Víctor Fairén Guillén.

Para Alcalá-Zamora y Castillo (10), la relatividad no es propiamente de la acción sino de la jurisdicción, en virtud de que la acción procesal se nos presenta como el continente que tiene por contenido -- una determinada pretensión de tutela jurídica. Lo que en realidad se encuentra sujeto a los vaivenes políticos e ideológicos de la historia es, fundamentalmente, de la posibilidad de acordar o no la tutela jurídica estatal a la pretensión que acompañe a la acción del actor.

Independientemente de que ya el propio Calamandrei había hablado de una auténtica relatividad de la noción de jurisdicción, (11) motivada especialmente

por las razones de carácter político e histórico que de terminan la diversa finalidad que en los varios Estados y regímenes se asigna a la jurisdicción -tutela de inte reses, composición de litigios u observancia del dere - cho objetivo en sus preceptos individualizados-, nos pa rece que la crítica de Alcalá-Zamora no hace sino insis tir en una verdad que, por evidente, a menudo se pierde de vista, a saber, el carácter ideológico que precede - a las nociones fundamentales del derecho procesal. Empe ro, no creemos que este nuevo e interesante planteamien to permita negar el carácter fundamentalmente relativo, y por ello histórico, de la noción misma de acción. Al calá-Zamora considera que la acción -entendida como la posibilidad (carga) de "recabar los proveimientos juris dicionales necesarios para obtener el pronunciamiento de fondo y, en su caso, la ejecución, respecto a una - pretensión litigiosa" (12)- puede existir o no, pero -- ello atañe directamente a la existencia y no propiamente a su pretendida relatividad. Así, es claro que la -- acción no es relativa en sí misma, o si se prefiere, en un momento y en un lugar determinados, pero ello no ex cluye que el concepto de acción evolucione -como lo ha hecho y seguira haciéndolo dentro de la historia- y se configure de acuerdo a patrones diversos dentro del te rreno ideológico.

En suma, en un ordenamiento en concreto, puede o no preverse la posibilidad del ciudadano de acudir ante los tribunales, pero lo que fundamentalmente varía, y de ahí su relatividad, es tanto la manera de concebir dicho poder (relatividad de la acción en tanto que concepto procesal), como las pretensiones "tutelables" mediante el proceso jurisdiccional (relatividad de la jurisdicción en tanto que realidad procesal). Nótese, -- pues, que cuando Alcalá-Zamora impugna la teoría relativista de Calamandrei, habla en un plano o en un universo de discurso diferente, pues mientras el maestro florentino se refiere a la doctrina como historia del pensamiento procesal, Alcalá-Zamora se apoya en una realidad históricamente determinada; si bien su crítica difiere profundamente de la Satta (13), ambos llegan a -- conclusiones hoy aceptadas por la generalidad: la noción de acción ha variado tanto en el tiempo como en el espacio, pero en un momento dado, y respecto a un sistema determinado, la noción de acción existe o no existe (14).

En sentido parecido, aceptando el fundamentalplanteamiento de Piero Calamandrei, Víctor Fairén Guillén considera que, en relación con un determinado ordenamiento jurídico, la acción, una vez concedida, tiene un único concepto: el que el legislador le ha asignado en un momento dado y para una situación determinada --

(15). Las influencias que la política, y en términos generales la ideología, ejerce sobre la técnica procesal, llevan a Fairén a reconocer que cuando una profunda mutación del sistema se realice, "posiblemente se alterará la trascendencia de un concepto dado sobre la acción" (16). Así, creemos que aun aceptándose estas críticas, resulta innegable que en la concepción de acción existen un buen número de factores de índole política, que determinan su relatividad conceptual.

Por su parte, los insignes maestros italianos-Gian Antonio Micheli y Enrico Tulio Liebman, han objetado la relatividad del concepto de acción opinando que siempre es posible, y deseable, establecer una noción de acción única, capaz de comprender en su totalidad el acto fundamental de iniciación del procedimiento, tomando como base un momento determinado de la historia del derecho procesal tanto en el tiempo como en el espacio (17).

a) Opinión personal acerca de la relatividad del concepto de acción.

Por nuestra parte nos atrevemos a pensar que la gran verdad acerca de la evolución histórica y de la relatividad de la noción de acción, se halla contenida en una clara e iluminadora nota del ilustre Chiovenda a

sus Principi, en la que afirma que "En todos los tiempos el litigante, para obtener lo justo del adversario, acudió a los poderes públicos; pero no en todos los lugares y épocas entendiéndose igualmente la importancia de este medio, lo cual a su vez depende del carácter de -- cada pueblo y de las condiciones político sociales" -- (18).

Es un hecho que el origen de la acción procesal --entendida como invocación de la tutela de un bien de la vida dirigida a la comunidad políticamente organizada-- se encuentra en la supresión de la autotutela --privada que genera el surgimiento de un poder de decidir los litigios conforme a derecho. Pero en el momento mismo en que nos planteamos la acción como una sustitución, como una compensación (19), surge un nuevo problema consistente en saber qué es la acción. Las respuestas que a dicha pregunta se han dado a lo largo de la historia de la ciencia procesal, contienen, normalmente, alguno de estos elementos (o alguna combinación de los mismos); el interés del particular que la ejercita, el interés público por el que se ejercita o el interés social para el que se ejercita (20).

En estos tres elementos, representados dentro de la sistemática jurídica mediante las nociones de derecho subjetivo material, derecho subjetivo público y --derecho de índole política o constitucional, y en su di

versa influencia dentro de la concepción de acción se halla la base que anima las más distintas teorías. Pero, - subyacente a esta cuestión se localiza el problema relativo a la tutela jurídica mediante el proceso (21), que puede formularse a la manera de una pregunta: ¿Cuál de los tres intereses es el que debe predominar en el proceso?, ¿Cuál de ellos es el que debe orientar los principios del enjuiciamiento?

En la respuesta que se dé a estas preguntas se contiene, generalmente, una orientación determinada que afecta al concepto de acción. El lugar que dentro de un determinado ordenamiento posean dichos intereses, revela la especial concepción que del proceso se tiene en un lugar y en un momento determinados. Pero, en relación con el concepto teórico de acción, la importancia que a cada uno de los tres intereses se confiera, determinará, en sede de teoría general, diversas nociones de jurisdicción y de proceso.

Si la acción no pasa de ser considerada como el derecho a la sentencia favorable, el proceso se entenderá como el mecanismo destinado a satisfacer el interés particular, orientándose técnicamente a conseguir dicho fin con independencia, o al menos por encima, de cualquier interés de índole pública o social. La jurisdicción se limitará a ser una actividad estatal tendiente -

a la satisfacción de pretensiones privadas.

Por el contrario, cuando la acción es un derecho a la sentencia jurisdiccional obtenida mediante proceso sobre lo pretendido -y con independencia del sentido del proveimiento-, predominará el interés público y - el proceso habrá de estructurarse como el medio establecido por la autoridad para obtener la composición jurídica de los litigios, aun cuando los mismos sean entendidos en la acepción estrecha con que Carnelutti dotó al -vocablo (22).

El interés social que media en todo litigio, y en todo proceso, (23) no se presenta como determinante si no hasta el momento en que se ve en la acción un poder, o un derecho, perteneciente a todo individuo frente a la jurisdicción estatal. Es este interés el que deberá prevalecer en el proceso que, no limitándose a componer litigios o a satisfacer las pretensiones del actor y el demandado, incide francamente dentro de las pugnas y luchas sociales intentando componerlas mediante la exacta aplicación del ordenamiento jurídico (debido proceso, -- sentencia justa).

En resumen, a nosotros nos parece que el problema de la tutela jurídica dentro del proceso, encuadrado desde el ángulo que nos brinda la concepción social o constitucional de acción, adquiere una triple dimensión. Aun cuando quien ejercita la acción en un proceso-

determinado no pretende sino la satisfacción de su interés personal, al intentarlo, mediante la interposición de la demanda, desencadena -por decirlo así- un complejo de actividades generadoras de una relación jurídica procesal en la que se desarrolla una actividad pública que, dirigiendo el proceso, persigue -dentro del moderno Estado social de derecho- tanto la composición del litigio - mediante la aplicación de la ley (que, eventualmente, -- puede significar la tutela jurídica del interés particular), como la tutela del interés público, preservando y realizándolo los fines sociales a que está destinado el -- proceso, (24) tutelando -igualmente- los intereses de la sociedad en su conjunto; pues el proceso es -ante todo-- una necesidad social.

De esta manera, una concepción social de la acción, dentro de aquellos Estados sociales de derecho, se encuentra ubicada en el derecho público, al que pertenece formalmente por tener su base en la norma constitucional que determina la organización política de una comunidad determinada. Si se acepta que los conceptos de acción, jurisdicción y proceso se encuentran entrelazados, y que los mismos -o, mejor aún, la coordinación de todos ellos- funciona como fundamento del derecho procesal en consonancia con el trinomio establecido por Chiovenda y Calamandrei, habrá de aceptarse, también, que "socialización" del enjuiciamiento implica formalmente (25)- la

constitucionalización del mismo (26).

Es esta constitucionalización formal la que viene a dar a la acción procesal una nueva dimensión, pues los aspectos prácticos que como consecuencia le acompañan -y que en breve intentaremos describir- no se encuentran presentes en ninguna de las otras teorías.

La constatación de que en el proceso existen tres distintos intereses, cuya consideración varía en las diversas teorías que acerca de las nociones fundamentales del proceso se han venido formulando, es lo que en último grado nos permite hablar de una relatividad histórico ideológica de la concepción de la acción.

A nuestro entender, en todas las fases históricas del enjuiciamiento y en cada uno de sus múltiples tipos (dispositivo, acusatorio, inquisitivo, social, etc.), así como en sus variadas clases (civil, penal, laboral, etc.), es posible establecer las relaciones de subordinación, coordinación ó contraposición entre los tres distintos intereses que en todo proceso se hallan presentes. Todo enjuiciamiento, todo proceso, es un fenómeno social, un fenómeno social de masas, (27) que pone en juego no sólo el interés de las partes y el interés estatal, sino también, el interés general de la comunidad.

Todo esto tiene como punto de apoyo la distinción carneltuttiana entre litigio y proceso (28). Si el-

litigio puede interesar de modo directo e inmediato a los contrincantes, en el proceso jurisdiccional destinado a componerlo aparecen en ello los intereses del Estado y los de la sociedad en que tal composición se obtenga sin dañar a la sociedad en su conjunto.

Mientras que al particular, al justiciable, -- interesa la composición mediante la tutela de sus derechos o intereses, al Estado preocupa fundamentalmente -- que no se altere --en virtud del litigio-- la paz pública, o si se prefiere, que no se alteren las condiciones existentes (funciones preventiva y represiva del proceso mediante la reproducción de las condiciones socio -- económicas) (29), en tanto que a la sociedad interesa -- que los litigios sean resueltos de conformidad con la -- legalidad social, que de un modo primario e imperfecto -- se manifiesta a través de su conciencia de clase, que -- le lleva a confiar o a desconfiar del proceso juris- -- diccional, a depositar su fé en los juzgadores o a buscar nuevas formas compositivas para sus litigios.

Todo esto --podrá decirse-- no es el proceso. -- Sin embargo, quiérase o no, todo está en el proceso, no en la idea que de proceso se haya formado tal o cual -- doctrina, sino en la conciencia popular que genera la -- realidad a que denominamos proceso.

El que en concreto se tomen en cuenta cada -- uno de los elementos privado, público y social, y en espe

cial de la manera en que se consideren, depende el carácter ideológico de las particulares concepciones acerca de la acción: de aquí su relatividad. Relatividad - que, como hemos querido demostrar, comprende también -por fuerza de las cosas- tanto al proceso como a la jurisdicción. Pues los conceptos de ellos no son estancos separados, y sí realidades interdependientes dentro de cualquier sistema coherente. La relatividad ideológica de la acción -así como la de los correlativos conceptos de proceso y jurisdicción, dicho se está- se manifiesta fundamentalmente en la evolución histórica de la noción que, si bien puede determinarse respecto a un ordenamiento concreto, no excluye la posibilidad de que la misma varíe y contenga en su seno los gérmenes del cambio, pues el enjuiciamiento, como la realidad, gira incesantemente entre esos tres polos que son individuo, autoridad y sociedad.

Teóricamente una coordinación de los tres intereses puede lograrse sólo mediante la construcción de la acción como un derecho, facultad o poder, de naturaleza pública, abstracta y que deriva directamente de la norma hipotética fundamental en que hayan plasmado los principios ideológico-jurídicos que en un momento determinado se encuentran vigentes dentro de una comunidad social específica.

Igualmente, y tal vez no esté por demás recor-

darlo, el carácter ideológico que se encuentra inscrito en toda construcción doctrinal acerca de la acción -y en términos generales, en las de cualquier institución jurídica- tiene su origen en su propio carácter de teo- -ría, de interpretación o de representación supraestructural de una determinada realidad. Acción, jurisdicción y proceso, son palabras con las que designamos una realidad socio-jurídica siempre presente, misma que interpretamos a través de un sistema conceptual (legislativo o doctrinal (30)) que forma parte del aparato ideológico general. Esta realidad es mucho más rica que la - mera "realidad" jurídica pura que poseen cada uno de - estos conceptos en tanto que elementos del lenguaje -- normativo, pues acción, jurisdicción y proceso son formas de conducta social que van más allá del impóluto -- universo de los "hechos" jurídicos, pues -como hablando de la sentencia sostuvo Calamandrei- producen efectos - que inciden directamente dentro de la vida misma, por-- qué tal es la voluntad del soberano consignado en las - leyes (31). Es a esta realidad social, antes, que a - - cualquier otra, a la que se refiere la concepción so--- cial de la acción.

2. Unidad de la acción.

Tras haber intentado poner de manifiesto en líneas anteriores que la acción es un concepto históricamente relativo, pudiera parecer incoherente que ahora nos dispongamos a sostener el carácter unitario de la acción procesal. Ambos problemas son de índole epistemológica, pero mientras que el primero tiene como referencia la evolución histórica, el segundo atañe al concepto de acción en un momento determinado referido a las diversas ramas del enjuiciamiento. En vista de que existen variadas formas de entender la "unidad de la acción", creemos útil revisar las distintas opiniones expresadas al respecto.

Para un cierto sector de la doctrina, que puede encontrar como uno de sus mejores exponentes a Satta, y que tiene sus antecedentes más sólidos en la obra de Julius Binder, la unidad de la acción se refiere a la relación indisoluble entre el derecho subjetivo y la acción por la que este se hace valer: unidad de la acción implica unidad entre el ordenamiento procesal y los derechos sustanciales materiales (32); otros, como Liebman, postulan que la acción debe ser una noción unitaria, entendiéndose por ello la necesidad teórica según la cual el concepto de acción procesal debe reflejar tanto el interés del actor como el del -

Estado, en función de la estrecha liga que existe entre acción y jurisdicción (33); por su parte, Bartoloni Ferrero examina bajo el rubro de "unidad de la acción" lo que nosotros hemos preferido llamar, siguiendo a Calamandrei y a Couture, "bilateralidad", esto es, la pertenencia de un poder de provocación de la actividad jurisdiccional tanto a favor del actor como del demandado (34). De igual manera, algunos estudiosos el proceso penal -como, por ejemplo, Florian- hablan de "unidad de la acción" para denotar que la acción penal es "única"- en su contenido, con independencia de la índole del tipo delictivo respecto del cual se busca la concretización de la potestad de castigar (ius puniendi) (35). -- Algunos más, como Mandrioli y Orestano, hablan de "unidad de la acción" por oposición a la distinción sustancial que nos lleva a hablar de "acciones" declarativas, ejecutivas y de condena (36).

Por nuestra parte, hemos preferido referir el problema de la "unidad de la acción" a la posibilidad teórica de formular un concepto aplicable a las variadas formas con que la jurisdicción se provoca en los distintos tipos de enjuiciamiento (civil, penal, etc.)- (37).

En sede de teoría general es harto conocida la necesidad de formular nociones que, referidas al trino sistemático fundamental, sean aplicables a todas --

las posibles manifestaciones de la institución dentro de los diversos campos del enjuiciamiento. Conocida es también la postura de aquellos procesalistas -especialmente penalistas- que se oponen a la existencia de una noción de acción común a las diversas ramas del enjuiciamiento. De estas pretendidas diferencias habremos, -pues, de ocuparnos (38).

A nuestro entender, la concepción social o -- constitucional de la acción procesal, es perfectamente aplicable tanto al proceso civil como al penal existentes dentro de los Estados sociales de derecho (39). -- Para ello es necesario sentar algunas premisas de orden teórico que encuentren aplicación en uno y otro -- campo procesal. Creemos que dichas premisas han sido - en buena medida aportadas por la interminable disputa - acerca de la acción sostenida principalmente por estudiosos del proceso civil (40), y que para este efecto - pueden limitarse a las siguientes: origen político - - constitucional del derecho de acción en tanto que poder o facultad de excitar la actividad jurisdiccional - en el que se refleja la tríada de intereses presente - en todo proceso; en segundo lugar, la distinción entre acción y derecho subjetivo, con el correlativo contraste entre pretensión y acción, ya sea que se considere a la primera como elemento de la segunda, o que se re-

chace a aquélla del terreno procesal relegándola al - derecho material. En la medida en que con estos princi pios puedan objetarse los caracteres específicos que algunos procesalistas confieren a la acción penal, podrá hablarse de un concepto unitario respecto al enjuiciamiento civil y penal.

En primer lugar, conviene señalar que cuando dentro de un determinado ordenamiento constitucional se incluye el derecho de acción procesal -como derecho a la jurisdicción-, como una de las formas típicas de manifestación del derecho constitucional de petición, - la unidad de la acción encuentra bases legales suficientemente sólidas para ser desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia; igualmente, en aquellos casos en los que se presenta una unidad de los ordenamientos procesales civil y penal, (41), el problema -- posee únicamente un interés teórico. Por el contrario, cuando cualquiera de estos supuestos no se presenta, -- corresponde a la doctrina investigar la validez de las razones en que se pretende distinguir ambos poderes de provocar la intervención del Estado a través de sus -- órganos jurisdiccionales, a fin de obtener la composición justa y pacífica de los litigios, independiente-- mente de la índole específica de los mismos, o de la -- naturaleza del derecho objetivo que en cada caso pretenda realizarse con autoridad de cosa juzgada.

Antes de examinar el sistema positivo vigente - en nuestro país, trazaremos un breve cuadro doctrinal - que nos permita interpretar en el siguiente capítulo la unidad de la acción en el enjuiciamiento mexicano.

Cuando hemos afirmado que el concepto de acción es históricamente "relativo", lo hemos hecho tomando en cuenta no sólo a la acción "civil", sino, fundamentalmente, al acto a través del cual puede pedirse la intervención jurisdiccional con vistas a la solución jurídica de un litigio. Con ello, no queremos sino afirmar -- que el concepto de acción "penal" es, también, históricamente relativo.

La noción de acción penal, entendida como la posibilidad (42) de obtener la composición de un litigio de carácter "penal" (43), reviste, tanto en el tiempo - como en el espacio, distintas formulaciones. Sin el deseo de ofrecer un panorama histórico de dicha evolución (44) -por demás íntimamente ligada a la evolución política de los pueblos (45)-, mediante un sumarísimo glosario puede afirmarse que dentro de las variadas nociones que de acción penal han sido postuladas, es posible distinguir -como lo hemos hecho respecto a la acción civil- tres distintos grupos.

Un primer grupo de doctrinas, encuentran el origen de la acción penal no en la supresión de la autotu-

tela sino, más bien, en la comisión del delito. Esta tesis, aceptada por incontables ordenamientos positivos, (46) y por algunos tratadistas, incurre en una flagrante confusión entre ius puniendi y acción. Una vez que se comete un delito, o más exactamente, cuando se sospecha que el mismo se ha perpetrado, surge la posibilidad de que el mismo sea castigado. Pero esta posibilidad de castigar (ius puniendi) (47), exclusiva del Estado dentro de nuestra época, no es en manera alguna el poder de acción, y sí, en cambio, lo que mediante proceso iniciado por ésta (dentro de los sistemas mixto y acusatorio) se trata de realizar respecto al caso concreto. En suma, no es comisión de un delito lo que da lugar a la acción, sino que es ésta la que -juntamente con el proceso- da lugar a la definición jurídica de aquél (48), y con ello, permite que asimismo se concrete la potestad estatal de penar.

Una vez que se establece esta primera distinción entre potestad de castigar y acción, o tal vez -- más exactamente, entre la pretensión de castigo y el ius puniendi, se dan cita dentro de la disputa teórica acerca de tan fundamental concepto las tesis subjetivistas más o menos privatistas que ven en la acción un derecho subjetivo a obtener una sentencia de condena, que tiende a conseguir la realización de la pretensión

punitiva mediante la concreción del ius puniendi (49). A estas teorías siguen, como igualmente sucedió respecto de la acción civil, las posturas publicistas que deslindando a la acción del derecho subjetivo material, la construyen ya como un poder concreto (50), ya como un derecho abstracto (51).

Lo que a nuestro entender resulta fundamental para poder hablar de un concepto unitario de acción deriva no necesariamente de las mayores o menores semejanzas que la evolución doctrinal de las acciones civil y penal pudiesen presentar, y sí, por el contrario, de la capacidad de explicar ambos fenómenos de acuerdo con un mismo esquema sistemático. Para ello es necesario retornar a las consideraciones fácticas esenciales que son, en principio, las relaciones que entre acción y jurisdicción acarrea el aforismo clásico "nemo iudex sine actore", aplicable a aquellos enjuiciamientos denominados mixtos y acusatorios (52).

Hecha esta salvedad, es claro que en cualquier tipo de enjuiciamiento, la acción se construye como un antecedente de la jurisdicción (53), en tanto que posibilidad de obtener una composición mediante el ejercicio de la jurisdicción (54), que es un presupuesto de aquélla, por lo que, el aforismo "nemo iudex sine actore" es correlativo a "nemo actore sine iudex". Por esto basta ver en la acción el acto inicial, juri-

dicamente calificado, que todo proceso reclama para que en un determinado caso se aplique la ley componiendo el litigio.

Este acto inicial, necesario para que se verifique el proceso, es susceptible de sujetarse a los más variados principios relativos a su ejercicio (legalidad y oportunidad en el mismo) (55), y a diferentes soluciones respecto a la titularidad de la misma (acción popular, monopolio acusador, acusación privada) (56); pero todas estas diversas modalidades no afectan la sustancia de la posibilidad o del poder de acción en tanto -- que presupuesto de la jurisdicción, ellas no son sino las formas jurídicas en que se han ido concretando diversos criterios ideológicos y técnicos en relación con una misma institución (57). En este sentido la acción es, pues, un concepto único.

Una de las objeciones que con mayor frecuencia se presenta a la unidad del concepto de acción consiste en sostener que mientras que la acción civil es "privada", la penal es esencialmente "pública". Varias son las maneras de entender tal postulado. Para algunos, el carácter público de la acción penal deriva de la extensión que desde el punto de vista subjetivo (legitimación activa) se asigna a su ejercicio. (58) Otros, en cambio, superando tal subjetivismo, e incidiendo en el

núcleo del problema, consideran que la acción penal es pública porque mediante ella se hace valer un interés-público consistente en la represión y prevención de la violación al status libertatis perpetrada mediante la comisión de un delito (59). Dentro de la misma línea, sólo que en vena definitivamente jurisdiccionalista, el carácter público de la acción deriva directamente de la relación a la que la misma da lugar, con independencia -dicho se está- de que su titular sea "público" o "privado" (60), pues tal condición deriva directamente de la realidad socio-política en que se halla incrustado el ordenamiento relativo.

Nos interesa particularmente detenernos en -- aquella consideración relativa al "interés" que se pone en juego mediante el ejercicio de la acción, pues -- siendo ésta una de las objeciones que a menudo se presentan contra la posibilidad -necesidad, en nuestra -- opinión- de construir una teoría general del proceso, -- su trascendencia desborda los límites propios de uno de los conceptos fundamentales de la misma (la acción) e -- implica determinada concepción del proceso y la jurisdicción en su conjunto.

Cuando se pretende distinguir el proceso civil del penal, apelando a la índole diversa que poseen los intereses que en cada uno entran en juego, se olvida --

que el proceso es, fundamentalmente, como señaló Klein (61), un fenómeno de necesidad social, más apremiante-respecto al enjuiciamiento penal, pero no por ello ausente del civil (62).

Dos tendencias aparentemente contrapuestas, - como recuerdan entre otros Schönke y Alcalá-Zamora -- (63), han contribuido a desvanecer tales distingos, - por una parte la "penalización" del enjuiciamiento civil (64) y, por otra, la "civilización" del proceso -- penal (65).

Para nosotros, siguiendo a Alcalá-Zamora, los fines del proceso son siempre sociales (66) y la mayor o menor cantidad de ingredientes públicos y sociales - que en cada tipo de proceso se presentan derivan de la especial trascendencia socio-política que en los diversos momentos históricos y en los diferentes Estados - se confiere al litigio (67). Es en vistas a dicha - -- trascendencia que se pondrán en juego los distintos -- principios técnicos y políticos del enjuiciamiento; -- mismos que, de tal manera, adquieren un "valor" ideológico específico (68).

Cuando dentro de una posición social se postula que la acción es el acto provocatorio de la juris--dicción, constitucionalmente garantizado, y destinado, por ello, a obtener la composición justa y pacífica de

los litigios mediante la realización de la ley, el problema de la unidad o diversidad de la acción procesal -- nos parece que queda resuelto en favor de la unidad. -- Las diferencias que cada ordenamiento introduzca a su -- ejercicio y las modalidades a que sujete su titulari- -- dad, dependen, esencialmente de consideraciones político-ideológicas peculiares de cada Estado, de cada época, y de cada ordenamiento (69).

3. Categoría jurídica a que pertenece la acción procesal y sus dos elementos.

Dentro de las varias doctrinas que acerca de -- la acción hemos examinado, nos encontramos que su tipificación jurídica no es constante. Para algunos se trata de un derecho dependiente de otro derecho, otros lo conciben como un derecho autónomo, como un derecho potestativo, como un deber, como un poder, como una carga, o, finalmente, como una posibilidad. ¿Cuál de todas estas categorías resulta preferible?

El problema de la clasificación jurídica de la acción procesal resulta particularmente complicado por la falta de precisión que suele aparejarse a las nociones de acción, deber, facultad, etc. Como afirma el profesor Hart, "In law as elsewhere, we can know and yet --

not understand. Shadows often obscure our knowledge... the common mode of definition is ill-adapted to law - and has complicated its exposition" produciendo un verdadero divorcio entre la teoría y la práctica jurídicas (70), que sólo puede superarse mediante una exacta delimitación de los mismos respecto a un universo de discurso determinado (71).

Empero, aun determinando con cierto rigor las nociones de derecho subjetivo, de carga o de posibilidad, el problema no queda totalmente despejado. La corrección o incorrección de un término determinado depende en buena medida, al menos así lo creemos, de su capacidad para plasmar la realidad a que hace referencia (72), y, fundamentalmente, de ser accesible al hombre de la calle, al justiciable lo mismo que al juzgador jurista (73).

De lo antes dicho, creemos que la clasificación jurídica de la acción procesal debe reflejar un estado determinado del derecho en acción, ¿que es lo que jurídicamente puede decirse de alguien que invoca la autoridad estatal para encontrar satisfechas sus pretensiones, o para evitar las que le formula su contraria?

Plantear la cuestión tal y como arriba lo hacemos, se nos antoja unilateral, por dos razones; primeramente, si la acción es una noción fundamental de la ciencia del proceso, y en tanto tal no existe aislada

da, es preciso contemplarla en su íntima relación con los otros dos elementos del trinomio sistemático fundamental, y, en segundo lugar, si el proceso es realmente un actus trium personarum, resulta parcial explicar una de sus nociones exclusivamente en función de la actividad de una sola de dichas tres "personas". Resulta, -- pues, necesario abordar la cuestión desde un triple enfoque en el que se contemple a la acción en relación -- tanto con el actor y el demandado, como en relación con ese tercero superior a ambos que está encargado de componer el litigio.

Así, pues, cuando se afirma, como lo hace la generalidad de la doctrina, que la acción es un derecho --ya subjetivo, público o privado, ya potestativo-- se expresa tan sólo una de las caras de la moneda. Es, además, necesario determinar cuál es el correlativo deber que frente al mismo surge a cargo de los otros dos elementos de la relación jurídica procesal, y con ello es igualmente indispensable señalar quién es el destinatario de la acción. ¿Lo es sólo el juzgador, o lo son -- tanto este como el demandado? ¿Cómo puede cumplirse el deber que genera la acción a cargo de su destinatario?.

Cuando hemos tenido ocasión de revisar algunas de aquellas teorías que calificamos de privatistas, pudimos observar que sostener que la acción es la manifestación de un derecho, o que constituye un derecho subje

tivo material según los cánones del sistema del derecho privado, resulta por varias razones inaceptable. Una de las fundamentales, como con acierto manifiesta Alcalá--Zamora (74), resulta, sin duda de la presencia de un -- buen número de demandas no sólo infundadas, sino incluso temerarias. ¿Puede considerarse a la acción temera -- ria como un "derecho"? Igualmente, cuando se carga el -- acento sobre el carácter concreto de tal derecho (75), -- y se sostiene que la obligación a él correlativa radica en el otorgamiento de la tutela jurídica; no se explica el complejo de relaciones que integran el proceso sino -- en función de una finalidad que puede o no presentarse, y que, en el proceso penal son de una particular grave -- dad (76).

Aparentemente lo que resulta más adecuado con -- siste en relacionar acción y jurisdicción vinculando el ejercicio de ambas funciones mediante una concatenación de relaciones a la que denominamos generalmente proce -- so (77). Y como dicha relación más que voluntaria se -- nos presenta como socialmente necesaria, creemos que lo justo está precisamente en arrancar de esa necesidad so -- cial del proceso que se objetiviza en el litigio.

Una vez colocado el litigio como base del mun -- do procesal, y como una necesidad que se satisface me -- diante el ejercicio de la jurisdicción (entendiendo a -- ésta en su prístina acepción de ius dicere (78)), en --

el proceso, (79), es necesario retornar -y no faltan - quienes creen que se trata de un ritornelo amargo y doloroso- al terreno firme que a toda construcción dogmática brinda la realidad.

No es sólo la contraposición de pretensiones e intereses, ni tampoco la trascendencia de los mismos, lo que hace del proceso un algo necesario. También lo es, y en mucho mayor medida, la prohibición de la autotutela - tanto entre los pueblos como entre los hombres que, al vedar crea -en virtud de la necesidad de componer los -- conflictos, misma que es experimentada tanto por los que se encuentran en pugna directa, como por los que, al rodearles, se verían afectados de modo indirecto si dicho conflicto no alcanza una solución justa y pacífica- una nueva realidad destinada a satisfacer (80) tales necesidades, particular la una y pública la otra. A esta realidad es lo que llamamos acción.

El proceso, indisolublemente ligado a las ideas de jurisdicción y acción, constituye, pues, la satisfacción de una necesidad social consistente en la composición del litigio mediante la aplicación de la ley. Es -- por ello que creemos que la acción, contemplada desde un ángulo totalizado -como quiere Liebman (81)-, debe concebirse como una satisfacción a una necesidad social concreta y apremiante: la exclusión de la autotutela. Pero se da el caso que siendo una satisfacción es, a un tiem-

po, una necesidad, que se finca tanto en un interés individual como en un interés social: el particular -- precisa que su prestación le sea satisfecha, pero, -- igualmente, la sociedad en su conjunto reclama que tal satisfacción compositiva no dañe y perjudique a los demás miembros del grupo, que aun cuando no siendo partes ni en el pleito ni en el juicio, forman parte de la comunidad social en que el uno y el otro han de realizarse. A tal fin, el tercero que ha de decidir, lo ha de hacer de conformidad con el interés del Estado, encargado de velar y promover tanto los intereses de las partes como los de la sociedad a que teóricamente representa mediante la aplicación de las leyes en que, y también aquí teóricamente, ésta ha expresado su voluntad.

Con ello, varias son las vías que se nos -- abren; por un lado, puede decirse que el particular -- tiene el "derecho" de reclamar la composición al órgano creado al efecto de impartirla, implicándose el -- "deber" del Estado de resolver sobre las pretensiones contrastadas; pero, igualmente, existe un cierto "deber" del particular de recurrir al órgano jurisdicente y un "derecho" de éste a intervenir. Tal caracterización, nos parece en extremo defectuosa, pues resulta -- que mientras que en un mismo acto se agrupan y confunden "deberes" con "derechos", se dejan sin explicación

aquellos conflictos o litigios que se resuelven sin que el interesado "deba" acudir al juzgador (autocomposición).

Lo anterior pudiera conducirnos a pensar que la acción constituye, en función siempre de la prohibición de la autotutela, una carga. Figura común dentro del proceso (82), y que puede considerarse ya como "imperativo del propio interés" de acuerdo con Goldschmidt y Lent, ya como "facultad cuyo ejercicio es necesario para la consecuencia de un interés" de conformidad con Carnelutti (83). En relación con la acción procesal, -- en concreto, Alcalá-Zamora ha sostenido la posibilidad de configurar a ésta como una carga (84); pero, no obstante la talla indiscutible de los cuatro maestros apenas arriba invocados, no nos parece que la configuración de la acción como una carga reúna las características de unidad que el concepto requiere, tanto en relación con la diversidad de enjuiciamiento, como respecto a la correlación entre acción, jurisdicción y proceso. Frente a la carga no se producen obligaciones y sí meras subjeciones (85), concebir que el juzgador se sujeta mediante la interposición de la demanda en que se -- ejerce la acción no nos parece del todo adecuado para caracterizar la función de éste que es, fundamentalmente, una labor de dirección encaminada a realizar un poder estatal que, por principio, no debe sujetarse sino-

a la voluntad de la ley, que suele no ser coincidente - con la de las partes. Calificar de carga a la acción -- nos acercaría peligrosamente a concebir el proceso como un "negocio privado entre las partes". Sin embargo, par- tiendo de la bilateralidad de la acción, nos parece - - que, al menos en el proceso civil, la noción de carga - resultaría útil para caracterizar la posición que guar- da el demandado frente a su defensa, pero como la misma no puede considerarse siempre "interesante" para el de- mandado -piénsese en aquellos casos en que las leyes, - en función del principio dispositivo, otorgan especia-- les beneficios al allanamiento y al plea of guilty, o - en los que autorizan la condena en costas- creemos que- tampoco resulta del todo exacta a este respecto (86).

Además, y por referirse la caracterización ju- rídica de la acción fundamentalmente a su ejercicio, no creemos que el concebirla como una "carga" se prestase- del todo para explicar el ejercicio de la acción penal- que, ahí donde su ejercicio se constriñe fundamenmen- te al Ministerio Público y se desconoce la querella - - "máxima", opera más como un deber que como un derecho, - o si se prefiere, como un "poder-deber", que encuentra- en su base un interés público muy semejante a aquél del que es titular el juzgador (87).

Sin embargo, y tal vez a riesgo de equivocarse -

nos, nos parece que tanto aquellos que lisa y llanamente afirman que la acción es un "derecho", como quienes buscan la explicación de la misma mediante la noción de "carga", parten de una base común que es lo definitivamente relevante. Dicha base no nos parece que sea otra que la posibilidad de accionar ante los órganos jurisdiccionales, que la posibilidad de pretender que posea todo sujeto frente a los demás miembros de la sociedad.

Dentro de esta caracterización de la acción -- como posibilidad, encuentran explicación tanto las -- "acciones" (pretensiones) fundadas como las infundadas, e incluso las temerarias (88).

Si se acepta que la idea de posibilidad permite explicar, o mejor dicho, caracterizar jurídicamente a la acción dentro de una postura realista, ello no basta para que la misma se configure integralmente como un elemento del proceso en tanto que necesidad social. Para ello es necesario que tal poder se ampare y garantice. De aquí surge, nos parece, la necesidad de concebir la acción como una garantía ampliamente asegurada y plenamente defendida y defendible. Pero examinemos -- con algún detalle tan fundamental problema.

La prohibición genérica de la autodefensa se nos presenta desde sus orígenes como una exigencia primordialmente social a la que el poder público asigna -- contenidos específicos dentro de cada tiempo y cada --

lugar. Como corolario de dicha prohibición, la jurisdicción estatal surge como una instancia necesaria, tanto para la comunidad como para el particular, pudiendo hablarse por ello de una sustitución, que se despliega en un doble sentido: primero, como sustitución de la fuerza privada por la razón articulada, y en segundo lugar, como sustitución de voluntades en el sentido que al fenómeno jurisdiccional asignara Chiovenda (89).

Pero para que la prohibición de la autotutela sea una realidad vigente, vivida y sentida como tal por la comunidad (90), es necesario, que además de prohibirse su empleo, se garantice plenamente la posibilidad de evitarla mediante el fenómeno antes descrito de la jurisdicción. Es por ello que la posibilidad de acción procesal ha de garantizarse de la manera más amplia (91), y que, correlativamente, el proceso ha de reunir un cierto mínimo de requisitos tanto formales como materiales -- ("due process of law") que, aunados a una jurisdicción -- independiente, responsable y provista de autoridad (92), permitan que la prohibición de la autotutela, además de ser una realidad, desemboque indefectiblemente en la justicia para el caso concreto.

La mejor garantía que puede otorgarse a este respecto, radica, indiscutiblemente, en la consagración de tal posibilidad de todo ciudadano para poner en marcha el proceso y actuar dentro del mismo como sujeto activo-

de las relaciones jurídicas procesales, mediante su inclusión dentro de la norma fundamental.

Aquello que se incluye dentro de la constitución política de un Estado de derecho, es simplemente la facultad o, si se prefiere, la posibilidad abstracta de dirigirse a los órganos jurisdiccionales. Tal posibilidad, para ser eficaz, debe construirse como un derecho fundamental de la persona humana, y no puede agotarse en principios carentes de realidad tanto dentro de la legislación procesal ordinaria como dentro de la práctica cotidiana ante los tribunales. Estos problemas son, en el fondo, los que le confieren una trascendencia específica a la noción que venimos cuestionando.

Si dentro de un terreno general configuramos la acción como la posibilidad jurídicamente protegida y garantizada de obtener la intervención jurisdiccional con miras a la composición justa y pacífica de un litigio, creemos que queda explicada la naturaleza de la acción desde un enfoque social.

Empero, resulta que esta categoría abstracta se concreta en formas casuísticas que se corresponden a lo que día a día ocurre ante los tribunales. Quien ejerce la posibilidad de acción en relación con un litigio concreto, además de hacer uso de uno de sus derechos fundamentales, insta y pretende, generándo con ello un complejo de relaciones jurídicas que lo vinculan, atan o sujetan con los otros dos integrantes del -

trinomio sistemático fundamental. En virtud de que "la machine jugeante est inerte de sa nature"-como elegante mente afirma Waline glosando el brocardo nemo iudex - - sine actore (93)- es necesario que quien pone en acto - la posibilidad abstracta de accionar frente a los tri-- bunales, les inste. Mediante la instancia, la acción se pone en movimiento provocando la intervención de quien está facultado a decidir sobre el litigio que se le so-- mete (94).

La instancia es la forma en que se manifiesta-- prácticamente la posibilidad de accionar, pero en ella-- no se agota el aspecto dinámico de la acción. Para que-- el juzgador pueda decidir y realizar la voluntad de la-- ley respecto del caso concreto, necesita conocer, acer-- tar y ordenar, pero como el conocimiento antecede lógi-- camente a la ejecución, es indispensable que el litigio sea sometido a su consideración. Tal es la función esen-- cial de la pretensión que, dirigiéndose de las partes - hacia el juzgador, transporta al proceso la visión que-- del litigio se han formado los otros dos sujetos de la-- relación jurídica procesal (95). En la pretensión se -- resuelve básicamente la contraposición de intereses tí-- pica de todo litigio, y ésta, más no la acción que po-- sibilita su existencia, es el vínculo entre el derecho-- subjetivo y el proceso, o si se quiere, la manifesta--- ción del derecho subjetivo material en el proceso. La -

pretensión (96), es lo que puede resultar fundado o infundado, única o plural, existente o inexistente, estimada o desestimada.

En resumen, desde un ángulo estático, la acción no es sino una posibilidad jurídicamente garantizada a todo sujeto, de recurrir a la jurisdicción para obtener la composición de un litigio, en tanto que desde un punto de vista dinámico, dicha posibilidad se concreta mediante la instancia y la pretensión (97), mismas que, ahí en donde el proceso se integra como proceso a base de acción, vienen a convertirse en elementos centrales de la demanda de la que a continuación habremos de ocuparnos.

4. Acción y demanda.

En aquellos sistemas en los que la instancia de parte constituye un requisito cine qua non de la jurisdicción, el proceso suele comenzar mediante la interposición de una demanda. La demanda constituye uno de los actos más importantes del enjuiciamiento, puesto que, haciendo concreta la posibilidad general de acción, incoa materialmente el proceso y constituye la base que deberá tomar en consideración el juzgador para incidir con su sentencia dentro de la realidad litigiosa. La --

demanda es una de las piedras de toque del enjuiciamiento puesto que contiene en sí la instancia y la pretensión del actor, (98) con lo que determina al juzgador - (que, aún cuando incompetente, deberá proveer sobre la misma) y señala al demandado (quien, aun careciendo de legitimación pasiva dentro de la situación litigiosa, - adquiere, formalmente, el carácter de parte).

Así, en resumen, la demanda contiene materialmente tres elementos fundamentales la capacidad, la -- instancia y la pretensión (99), mediante los cuales el actor "lleva el litigio ante el juzgador" (100), señalando los linderos a los que éste habrá de apearse en su resolución, de acuerdo con los márgenes de libertad y autoridad con que cuente dentro del ordenamiento positivo en cuestión. Igualmente, con la interposición de -- la demanda, o con la formulación de la acusación en materia penal, surge la relación jurídica procesal (101), pero todo ello con independencia del fundamento de la -- pretensión (causa debendi) y sí, en cambio, como consecuencia simple y llana del ejercicio de la acción mediante la formulación de una instancia y una pretensión (causa petendi) (102), que, generando el derecho del -- actor y el demandado a la obtención de una sentencia -- (103), convierte la acción desde posibilidad de accionar, en una pretensión, o más concretamente, en un "derecho al proceso" (104) pues es esta condición necesaria de -- la sentencia.

Dentro de este orden de ideas, nos parece que la -- diferencia básica entre la acción y la demanda radica en que mientras que la primera es, en rigor, la posibilidad fundamental asegurada por el ordenamiento político constitucional de solicitar la intervención jurisdiccional -- a fin de obtener un proveído sobre un litigio, la demanda constituye un acto mediante el cual las partes re- -- quieren del juzgador una decisión determinada --subjetiva y objetivamente--, ofreciendo para ello los elementos litigiosos que, valorados en el proceso, puedan justificar ante el juzgador, el fundamento, la procedencia y la justeza del petitium.(105). La acción, en tanto que posibilidad abstracta, se concreta en la demanda, y con ello -- adquiere vida dentro del procedimiento. Mientras que la acción procesal existe fuera del proceso, aun cuando sólo en él pueda realizarse, la demanda no existe sino para el proceso, y dentro del mismo.

Por lo anterior, puede concluirse que la demanda, por oposición a la acción que en ella se ejercita, -- es un acto jurídico procesal y, en cuanto tal susceptible de un estudio diverso (106). Siendo los actos procesales las conductas realizadas por los intervinientes en el proceso provistas de efectos jurídicos. De dichos actos, la demanda un acto procesal de parte (107) que da vida a la relación jurídica procesal (108), creando, modificando o extinguiendo perspectivas, posibilidades y -- cargas procesales (109).

De acuerdo con la distinción establecida por James Goldschmidt entre Erwirkungshandlungen y Bewirkungshandlungen (110), conviene determinar a cuál de estos tipos de actos pertenece.

El primer grupo de actos de las partes, Erwirkungshandlungen de conformidad con la terminología de Goldschmidt, "tienen por fin conseguir una resolución judicial en determinado sentido, con un contenido concreto mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez" (111), en tanto que los pertenecientes al segundo grupo, Bewirkungshandlungen, se limitan a producir sus efectos sobre la relación jurídica procesal en que son realizados por las partes. Así, mientras que los Erwirkungshandlungen, pueden dar lugar al surgimiento de una relación, los Bewirkungshandlungen para producir sus efectos presuponen, lógicamente, de la existencia previa de una relación jurídica procesal creada por un acto de parte distinto. Dicho acto de parte es, precisamente, la demanda en la que se ejercita la acción procesal que, creando la relación jurídica procesal y posibilitando con ello la realización concreta de la jurisdicción, da lugar a que se presenten múltiples actos destinados a crear el fundamento jurídico necesario para que válidamente se desarrolle el procedimiento.

La distinción entre los actos "constitutivos" y los actos de "postulación" (112), o actos "causati-

vos" e "inductivos" como prefiere llamarles Liebman (113), nos permite colocar a la demanda claramente dentro del -- grupo de los Erwirkungshandlungen, en tanto que manifestación de voluntad tendiente a obtener la tutela jurídica -- (114), que, a la vez que acto de postulación, determina -- preliminarmente el objeto del proceso en la pretensión -- (Streitgegenstand) (115), e "induce" o incoa el proceso -- (116) (117).

El carácter de manifestación de voluntad que -- posee la demanda en justicia es lo que le confiere su carácter específico frente a la acción, a saber la disponibilidad sobre la una y la indisponibilidad sobre la otra. Pero antes de examinar tal situación conviene detenernos un poco en la consideración de la demanda como manifestación de voluntad.

Al tiempo que se afirma la naturaleza de la acción como una posibilidad jurídicamente garantizada, nada se afirma de su ejercicio concreto e inmediato. Puesto que mientras la ley debe garantizar en la manera más amplia -- la posibilidad de acción --en función de la prohibición de la autotutela--, puede sujetar la demanda a determinados -- requisitos a fin de evitar abusos en el acceso a la justicia que se traducirían necesariamente en un recargo inútil de los tribunales, produciéndose así una administración de justicia lenta y costosa, que, al decir de Couture, no es propiamente justicia (118). Tal diferencia se-

funda en la naturaleza misma de la demanda y de la acción. La demanda es fundamentalmente una manifestación de voluntad encaminada a producir determinados efectos jurídicos, es un acto jurídico, mientras que la acción es la condición necesaria -más no suficiente- para producirlos. Para que un proceso se instaure válidamente es necesario que -alguien lo quiera, y que ese alguien se encuentre facultado para ejercitar la acción, pero los requisitos de capacidad y fundamentación no afectan a la acción procesal -- sino a la instancia o a la pretensión.

El considerar a la demanda como una manifestación de voluntad de las partes (119), condicionando con ello la actuación de la ley en el caso concreto, no es necesariamente un síntoma que revele una concepción privatista del proceso, porque, independientemente de que ésta puede ser interpuesta por órganos públicos (vgr. Ministerio Público), desencadena una actividad que afecta la esfera jurídica de otros y que, principalmente, motiva la intervención del Estado, que habrá de desplegar en el proceso una de las atribuciones que le confiere su calidad de soberano. Lo que interesa en relación con el carácter público o privado del sistema de enjuiciamiento no es simplemente, dicho se está, el que el poder de iniciativa recaída en un particular o en el Estado, sino en los principios políticos rectores del enjuiciamiento (oralidad, --

escritura, mediación, inmediación, publicidad, secreto, etc.) (120), y en concreto la realización práctica del principio del debido proceso legal (121).

Cuando se afirma que la acción es abstracta, y que por ende procede siempre, se le distingue de la demanda. Es a ésta, y no a aquella, a la que se circunscriben los problemas comunmente llamados de "acumulación de acciones", "desistimiento de la acción", "acciones contradictorias", etc. y que en realidad no son sino problemas inherentes a la pretensión (122).

En síntesis, el considerar a la demanda como un acto jurídico procesal de parte, y en función de la distinción entre los actos procesales y las posibilidades y cargas de que pueden ser titulares los intervinientes en el proceso (123), nos lleva a distinguir los dos distintos campos en que se sitúan cada uno de dichos problemas: la acción es noción fundamental del estudio del proceso, en tanto que la demanda es un aspecto del estudio del procedimiento.

A partir del deslinde anterior, resulta claro que la disponibilidad, que se manifiesta principalmente respecto a la modificación de la demanda y al desistimiento de la misma, afecta al acto procesal de parte y no a la posibilidad jurídico política de invocar la intervención jurisdiccional. Mientras que respecto a la

demanda las leyes ordinarias pueden señalar las condiciones y límites dentro de los cuales las partes pueden -- disponer de ella, la acción permanece siempre al margen de tales variaciones. Como desde sus albores tuvo ocasión de señalar la doctrina abstracta, la renuncia de -- la acción se traduciría en la renuncia de la propia -- "capacidad jurídica" que es en sí irrenunciable (124).-- En consecuencia, la posibilidad jurídico política de -- acción no es disponible en abstracto, sólo puede disponerse --y dentro de ciertas condiciones-- de la demanda, -- ya considerada como una unidad, ya respecto a la pretensión hecha valer en la misma o respecto a la instancia -- que encierra (125).

Como consideración en torno a la demanda, conviene recordar que si bien es a través de ella que el -- juzgador toma el primer contacto con el litigio, éste, -- una vez que pasa a ser objeto del proceso, deja de ser -- un dominio exclusivo de las partes y adquiere una especial relevancia jurídica y social en virtud de la cual -- el juzgador podrá decretar una serie de medidas ten-- dientes a descubrir la realidad de los hechos, aun contra la resistencia de las partes, pero respetando siempre el poder contradictorio y la bilateralidad dialéctica de la instancia, actuando como un verdadero director del proceso y no cual un mero espectador (126). Igual--

mente, la posibilidad de acción que se concreta en la demanda, no se agota en ésta, puesto que aquella es más amplia y constituye, al decir de Carnelutti, un complejo sistema de derechos y deberes (127), de posibilidades y de cargas que no se agotan sino con la culminación del procedimiento. Con ello, lo que queremos decir, es que los efectos de la acción son mayores que los de la demanda (128), pues es en la misma posibilidad de acción en la que se asienta la carga de la impugnación, la facultad de proponer pruebas (129) etc., de ahí su posición central dentro de la totalidad del proceso.

Finalmente, dentro de esta referencia incidental que acerca de la demanda venimos haciendo, creemos que considerada la misma como una manifestación de voluntad, y especialmente como un acto jurídico de parte que tiende a un proveimiento concreto y determinado respecto al fondo (Erwirkungshandlungen), su destinatario lógico y primordial es el juzgador ante quien se insta y de quien se pretende una resolución favorable. De los elementos de la demanda -capacidad, instancia y pretensión- sólo esta última se dirige contra el demandado, pero lo que distingue a la pretensión jurídica procesal de la pretensión pura y simple, independientemente de su fundamento, es que se formula contra el demandado pero frente al juzgador en ocasión del ejercicio de la acción procesal. De esta manera, no se entiende por qué

algunos autores, como Satta, ven en la demanda un acto de comunicación entre las partes, es decir, un acto dirigido no al juzgador sino al demandado (130), pues si bien es cierto que el demandado puede en cierta forma satisfacer la pretensión sustancial contenida en la pretensión de la demanda o de la acusación penal (131), la "comunicación" de la misma, mediante la notificación, produce sus efectos ante el órgano jurisdiccional, de manera que resulta claro que el destinatario principalísimo de la demanda es el juzgador, pues éste, lejos de operar como un simple transmisor de la pretensión comunicándola al demandado, cuenta con poderes de constricción integrantes de ese plexo de derechos y deberes que integra la jurisdicción.

5. Bilateralidad de la acción.

Cuando con anterioridad hemos trazado a grandes rasgos las características fundamentales de la concepción social de la acción (132), hemos destacado la bilateralidad que tal concepción entraña, ahora volveremos sobre el tema con el afán de indicar unos cuantos detalles acerca de su trascendencia.

En primer lugar, conviene tener presente que mientras que la bilateralidad de la acción no puede ser-

en forma alguna postulada por las tesis sustancialistas (133), ella es nota distintiva tanto de las concepciones sociales como de las simplemente publicistas. ¿En dónde radica pues la diferencia entre ambas corrientes a punto de la bilateralidad de la acción?

Dentro de la corriente publicista la bilateralidad de la acción reside fundamentalmente en la posibilidad que tienen ambas partes de obtener un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo del litigio. Cuando se habla de "proceso" se presupone siempre la existencia de dos partes y un juzgador. Las unas aparecen como sujetos de la acción, en tanto que el tercero lo es del juicio (134), la bilateralidad de la acción se convierte así en una garantía del contradictorio (135).

La bilateralidad de la acción, se traduce en la igualdad formal de las partes, ya que mediante ella encuentra una concreción positiva el fundamental principio audiatur et altera pars. Esta bilateralidad, como fundamento del contradictorio, constituye uno de los requisitos esenciales del proceso moderno, e incluso tiene que ser aceptada por aquellos que continúan sosteniendo posturas privatistas acerca de la acción (136) - quienes se ven obligados a referirla al proceso y no a la acción.

Sin embargo, resulta claro que si el proceso -

es un instrumento de creación del derecho por obra de la colaboración entre el juzgador y las partes, de acuerdo con la sugestiva tesis de Carnelutti (137), es necesario que las tres actúen en el proceso, las unas proponiendo y la otra decidiendo.

La bilateralidad de la acción, cuando por ésta se entiende estrictamente la posibilidad jurídicamente garantizada de provocar el ejercicio de la jurisdicción y participar en el mismo con la calidad de parte, no se restringe a la posibilidad de oponer excepciones a la pretensión del actor, sino que se inscribe dentro del terreno más amplio que suele designarse como "derecho a la defensa" (138). Tal "derecho" constituye en realidad una posibilidad fundamental, de índole político-constitucional equiparable al "derecho de acción" (que es también, en rigor, una posibilidad pura y simple).

Mientras que las tesis publicistas se limitan a construir la bilateralidad de la acción como una consecuencia de la naturaleza abstracta de la posibilidad de actuar en juicio, las teorías sociales acerca de la misma, transportan el problema a la realidad y no se preguntan si de acuerdo con la ley pueden ambas partes intervenir dentro de un plano de igualdad formal, lo fundamental para estas teorías consiste en saber si de hecho se produce tal igualdad. Como afirma Calamandrei

"non basta che dinanzi al giudice vi siano due parti in contraddittorio, in modo che il giudice possa udire le ragioni di tutt'e due; ma occorre altresí che queste due parti si trovino tra loro in condizione di parità non meramente giuridica (che può voler dire meramente teorica), ma che vi sia tra esse una effettiva parità pratica, che vuol dire parità tecnica ed anche parità economica" (139).

Con ello quedan sentadas las bases de una nueva metodología acerca del estudio de la acción y del proceso, el estudio del proceso no puede agotarse en las normas frías e impersonales, debe interpretar una realidad cambiante y no siempre conformable a las normas.

Este nuevo programa, fundado en profundas orientaciones de carácter ideológico, precisa desarrollarse en concreto -so pena de convertirse en una teoría más acerca de la acción- y con ello dar al estudio científico del proceso un verdadero alcance práctico. Si buena parte de la evolución de la tesis corresponde como es natural a la doctrina -que para realizarlo tendrá forzosamente que indagar las condiciones reales de producción del fenómeno, echando mano de todo el instrumental que las ciencias auxiliares del derecho puedan al caso prestarle-, su realización corre a cargo de la jurisprudencia, pues ésta es la que dará a la misma-

su dimensión social. El desarrollo jurisprudencial de la doctrina social de la acción encuentra su marco natural-dentro de la constitucionalización del enjuiciamiento, logro reciente de la ciencia procesal, y que, por su carácter fundamentalmente social, adquiere diversas dimensiones dentro de los diversos sistemas jurídicos y dentro de los distintos ordenamientos y regímenes políticos (140). De este tema intentaremos brindar un breve esquema en el siguiente apartado.

6. Efectos prácticos de la constitucionalización de la noción de acción procesal, con especial referencia a su desarrollo en Italia y Alemania.

Dentro de la doctrina procesal más moderna puede afirmarse que la constitucionalización de la posibilidad de acción constituye hoy en día una communis opinio; pero las más autorizadas opiniones acerca del problema - apenas pasan de sostener que la acción es una clara manifestación del derecho constitucional de petición y que, - en tanto tal, forma parte del conjunto de garantías que asisten al ciudadano en todas sus relaciones. La formulación de la acción como un derecho a la jurisdicción, del todo abstracto e indeterminado, nos brinda las bases necesarias para un nuevo enfoque del concepto desde una --

concepción social del proceso; empero, dichas bases, - siendo necesarias, no son suficientes. El poder de todos los ciudadanos de acudir ante las autoridades en -- busca de la composición de un litigio, presenta -de hecho- varias restricciones que no se explican mediante - su naturaleza de "garantía fundamental", y por el otro, existe un buen cúmulo de condiciones legales, sociales- y políticas que contrarían la aparente inviolabilidad - de tal derecho. Si esta nueva postura ha de ser de algu na utilidad, deberá examinar cuidadosamente cada uno de dichos problemas, buscando a los mismos una solución - (141).

Creemos, junto con Comoglio, que si la garan-- tía político constitucional de la acción no se reduce a un concepto vacío, a una "blosse Proklamation", sus -- efectos y consecuencias deben de encontrar eco en la -- práctica. La garantía constitucional de acción, en caso de ser tal, debe reflejarse en concreto sobre el ordena miento y la práctica procesales, sea de un modo directo, sea indirectamente a través, principalmente, del con -- trol de constitucionalidad de las leyes y actos normati vos (142).

Pero antes de continuar con este problema, -- creemos necesario examinar cuál es el sentido en que se habla de una "garantía constitucional" de acción. Ha -- ciendo a un lado el farrago de doctrinas pseudo filosó - ficas acerca de las garantías individuales, y tratando-

de encontrar su realidad normativa y su eficacia práctica, creemos, junto con Galeotti (143), que dos son los sentidos en que puede entenderse la expresión "garantía constitucional". En uno primero, general y empírico, -- cuando se habla de una "garantía constitucional" se -- quiere simplemente señalar que un determinado principio, una cierta institución o determinada situación subjetiva, se encuentran consagrados en el texto constitucional. En este sentido se afirma que, dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la libertad de imprenta (144), la de reunión (145), la propiedad individual (146) o el derecho de huelga (147) se encuentran constitucionalmente garantizados.

Este primer sentido de las garantías constitucionales, que suele también denominarse "de los derechos de la persona humana", "garantías individuales" (148), "garantías individuales y políticas" (149), etc., corresponde a aquél sector constitucional que puede calificarse de "programático" (150), es decir, -- que constituye una promesa más que una realidad, como -- certeramente apuntó Calamandrei (151). La importancia fundamental que tiene la inserción de una determinada situación o de un determinado principio dentro de la -- constitución se limita, en este primer aspecto de la expresión "garantía constitucional", a la certidumbre y -- relativa determinación que su constitucionalización le -- brinda.

En un segundo sentido, más técnico y riguroso, - por "garantía constitucional" se entienden todos los mecanismos tendientes a lograr la salvaguarda de los propios imperativos constitucionales; esto es, el conjunto de medios de control que permiten asegurar a la comunidad política la realización del "deber ser" constitucionalmente preordenado.

En otras palabras, por "garantía constitucional" podemos entender tanto los intereses y situaciones individuales o sociales consideradas como "deber ser" - por una norma fundamental (Grundnorm) determinada - sentido este muy próximo al que confieren los textos constitucionales rígidos de tipo liberal a las "garantías individuales"-, como los sistemas consagrados por las mismas normas y sistemas jurídicos para mantener el orden de la constitución, y que cabe designar -siguiendo a Hans Kelsen en su clásica monografía- de "garantías de la constitucionalidad", o sea, "les mesures techniques... qui ont pour objet de garantir la régularité des fonctions étatiques" (152).

Una vez hecha la anterior distinción, es claro que cuando hablamos de la posibilidad de acción como "garantía constitucional", nos referimos a su inclusión y fijeza dentro de la norma fundamental (153). En un segundo sentido, la trascendencia de esta postura -como señaló Couture (154)- reside, precisamente, en que una-

vez "constitucionalizada", la acción procesal queda tutelada por el cúmulo de instrumentos destinados a garantizar la constitucionalidad (regularidad en el sentido-Kelseniano) de las normas integrantes de la pirámide jurídica así como la de los actos estatales. De esta manera, por un lado, la posibilidad de accionar se configura como una garantía constitucional, y por otro, pasa a ser objeto del control de constitucionalidad.

Dentro de una concepción dinámica del ordenamiento jurídico, y en especial del orden constitucional, es indispensable que las dos diversas realidades a que podemos denominar "garantías constitucionales" se presenten como un todo integrado. Si una determinada situación se consagra constitucionalmente, pero no se proveen los medios técnicos destinados a tutelarla, su consagración en la norma fundamental resulta vana e ilusoria. Otro tanto ocurre cuando existiendo tales instrumentos tutelares, falta una magistratura lo suficientemente independiente y ...capaz, para brindar tal protección mediante el cumplimiento exacto de su mandato constitucional y social.

Igualmente, la amplitud con la que suele consagrarse constitucionalmente dichas "garantías", confiere tanto a la magistratura, como al legislador ordinario, la posibilidad de concretarlas y adecuarlas a la realidad siempre cambiante.

En vista de todo lo anterior, surge un nuevo elemento para hablar de la "relatividad del concepto de acción". No basta que dentro de una postura pública y autónoma se postule que la acción es la posibilidad de obtener una decisión jurisdiccional sobre el fondo de un litigio, para que pueda sostenerse que la acción no es un concepto relativo. Siendo la acción una posibilidad constitucionalmente garantizada, desarrollada tanto por la actividad jurisprudencial como por la legislativa, su realidad varía necesariamente de lugar a lugar-- y de época a época. Así, con la constitucionalización de la acción procesal, su relatividad se acrecienta, y el carácter social que posee en abstracto --en tanto que sustituto de la autodefensa-- habrá de concretarse en -- las diversas realidades histórico-políticas que le sirven de sostén y fundamento.

Con el ánimo de ejemplificar tal situación, -- nos referiremos brevemente al desarrollo que la citada garantía constitucional de acción ha experimentado dentro de tiempos recientes en Italia y Alemania.

La Ley fundamental de la República Federal de Alemania (Grundgesetz, de 23/V/1949) (155) consagra en su artículo 17 el derecho de petición, que forma parte de los "derechos fundamentales" (arts. 10.- 19), y en -- tanto tal se halla comprendido dentro de la garantía general establecida expresamente en el apartado 4 del ar-

tículo 19, que instituye la posibilidad de que cualquiera que se pretenda lesionado en sus derechos por la actividad de los poderes públicos recurra a las autoridades jurisdiccionales. Una referencia más directa a la posibilidad de acción procesal la encontramos establecida en el artículo 103, que en su primer apartado afirma que "vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör".

Surge así el problema, que por demás no es nuevo, de acompañar a toda situación protegida por la Constitución del correlativo modo de hacerla técnicamente posible (156). Así, la acción asume una dimensión concreta que se traduce en la posibilidad de remediar y restaurar las "violaciones" de que sea objeto en aquellas circunstancias en que por virtud de una ley ordinaria o de un acto concreto de aplicación, la facultad de recurrir a la órganos jurisdiccionales se vea obstruída. Independientemente de que la "pretensión a la administración de justicia" -- sea configurada como un derecho subjetivo público, o como un deber del poder jurisdiccional frente al Estado, lo que interesa señalar es que cuando tal pretensión se veda o dicho deber se incumple, el Estado debe remediar la anomalía mediante un instrumento reparador en el caso en que específicamente se dé tal lesión (157).

La actividad interpretativa del artículo 103, que ha sido realizada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia (158), ha extendido considerablemente el

texto del principio -que en rigor no contempla sino la bilateralidad de la audiencia como garantía del contradictorio, a la manera de la tesis de Degenkolb (159)-- en dos diversos sentidos. En uno primero, bajo lo dispuesto por el artículo 103 del Grundgesetz, se ha incluido el derecho a hacerse oír -como posibilidad concreta de defensa-, no sólo en el acto inicial del procedimiento, sino en todo momento de éste (160). Esta posibilidad de acción ante el órgano jurisdiccional, -asegurada tanto al actor como al demandado, y que en un última instancia no es sino la ampliación de la fórmula nemo iudex sine actore que se transforma, realmente, en nemo iudex sine partes, tiene un fuerte carácter liberal (principio dispositivo) que en Alemania ha sido "socializado", tanto mediante la determinación de materias u objetos litigiosos no disponibles por las partes, como por la distinción entre iniciación del procedimiento e impulso del mismo, que no son una ni la misma cosa, aun cuando frecuentemente tiendan a confundirse. Si la iniciación corresponde normalmente a las partes, el impulso pertenece tanto a estas como al juzgador (161).

En un segundo sentido, quizá más importante, -la tendencia consiste en reabsorber integralmente dentro de lo preceptuado por el párrafo I del artículo 103, un verdadero derecho -pretensión- a la administra

ción de justicia, o como sostiene Fritz Baur, una preten-
 sión de sentencia que lleva aparejada la posibilidad de
 realizar todos los actos necesarios, tanto de parte como
 del oficio, para obtener un proveimiento sobre el fondo
 del litigio. (162). De esta manera, la posibilidad de - -
 acción procesal, además de ser un reflejo de la prohibi-
 ción de la autodefensa, es, esencialmente, una situa- -
 ción subjetiva tutelada por la Verfassungsbeshwerde --
 (163), que comprende tanto la accionabilidad intrínseca
 como la reparación a la no administración de justicia o
 a la administración de la misma con retardo inexcusable-
 (164).

Por otra parte, la evolución de la posibilidad
 de accionar ante los organos jurisdiccionales, del "dere-
 cho a la jurisdicción", en Italia durante los dos últi -
 mos decenios es igualmente aleccionadora.

Como es sabido, la Costituzione della Repubbli-
ca Italiana (de 27/XII/1947) (165) consagra en su artícu-
 lo 24 la facultad de accionar en justicia a todos los --
 ciudadanos, persiguiendo la tutela de sus derechos e in-
 tereses legítimos, la inviolabilidad del derecho de de--
 fensa en cualquier fase período del enjuiciamiento y la
 garantía de patrocinio gratuito para aquellos individuos--
 que carezcan de los medios necesarios para litigar (non-
abbienti) (166).

Mientras que la discusión acerca de la natura--
 leza de dicha posibilidad abstractamente garantizada - -

conserva aún vivas las discusiones doctrinarias (167), lo que aquí nos interesa fundamentalmente señalar, aun cuando sea superficialmente, es la trascendencia que en la práctica tiene la aplicación de dicho artículo 24.

Cuando en ocasión de comentar los "Fundamentos" de Eduardo J. Couture, Liebman habló de las relaciones que median entre enjuiciamiento y Constitución, no hizo sino apuntar la necesidad de profundizar en el examen político-constitucional de las instituciones procesales a fin de encontrar su ubicación dentro todo un sistema ideológico determinado (168). Tales necesidades han creado una literatura impresionante, tanto en su volumen como en su calidad técnico científica.

En un reciente artículo de incuestionable calidad, los profesores Cappelletti y Vigoriti sintetizan la trascendencia práctica de la evolución de la constitucionalización del derecho constitucional de acción, señalando los varios campos a los que se ha aplicado el criterio político-constitucional al estudio de la acción procesal (169). Siguiendo fundamentalmente a tan destacados autores, puede decirse que en base al mencionado precepto, y a través de la jurisdicción constitucional, se han reputado como inconstitucionales un buen número de situaciones que restrin-

gen efectivamente el acceso a los tribunales. Un primer grupo de tales restricciones deriva de las cargas patri_{moniales} que acompañan a determinados procedimientos -- (vgr. cautio pro expensis) (170) que pueden tornar en -- nugatorio el precepto constitucional que prevé el libre acceso a los órganos jurisdiccionales. Un segundo grupo de limitaciones a la posibilidad de acción derivan de -- las cargas fiscales (vgr. solve et repete) inherentes -- a ciertos procedimientos administrativos y fiscales, -- que impedirían, a aquéllos que no pueden hacer el pago -- "bajo protesta" de las cargas fiscales que se les impu -- ten, el libre acceso a los órganos encargados de compo -- ner el litigio (171). Un caso en el que también ha adqui -- rido singular importancia la constitucionalización del -- derecho de acción se encuentra en la posible declara -- ción de inconstitucionalidad de lo que en Italia se co -- noce como "giurisdizione condizionata"(172), y que en -- México puede encontrar paralelo en aquella norma que -- dispone la necesidad de agotar los recursos administra -- tivos (forma de solución autocompositiva) antes de inten -- tar cualquier instancia ante las autoridades jurisdic -- cionales (173). A esta última situación pudieramos agre -- gar aquellos litigios para los que la ley fija la con -- ciliación obligatoria.

De diferente índole resulta la aplicación del -- artículo 24 de la Constitución republicana italiana de -- 1947 a los problemas derivados de la excesiva duración --

de los procesos, ya en primera instancia ya en segunda, que se traducen en limitaciones al derecho de acción -- cuando por tal se entiende no sólo el derecho a demandar sino, fundamentalmente, el derecho a participar en el procedimiento normativo durante la etapa jurisdiccional (174).

En virtud de que la disposición constitucional recoge un concepto general de acción al reconocer -- que la posibilidad de accionar corresponde a todos -- ("Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi") (175), y que, además el segundo párrafo del propio artículo 24 reconoce la bilateralidad de la misma al referirse expresamente a la posibilidad de defensa, la Corte Constitucional -- italiana ha tenido también la importante misión de desarrollar la posibilidad de una defensa técnica, tanto -- dentro del procedimiento civil como dentro del penal, -- situación esta última más dramática que la primera en -- función de la índole misma del enjuiciamiento criminal -- (176). Intimamente relacionado con este problema, y en -- función del principio de igualdad reconocido por el artículo 30. de la propia norma constitucional italiana, -- se presenta el inquietante problema de la asistencia -- judicial a quienes carecen de los recursos económicos -- suficientes para hacer frente a los gastos procesales. -- La literatura existente en relación con este tema es --

paralela a su importancia, pues no basta que en el proceso se declare la igualdad entre las partes como una máxima general: es siempre necesario crear los medios e instituciones que concreten tal "deber ser" constitucional (177). La mayoría de dichos problemas habremos de examinarlos en la parte final de el presente trabajo, por lo que aquí nos limitamos a señalar que los mismos han sido desarrollados tanto por la doctrina como por la jurisprudencia italiana con base en la constitucionalización de la acción procesal.

Finalmente, y partiendo de la acción como la posibilidad genéricamente garantizada de actuar en juicio, Mauro Cappelletti ha considerado que dentro del problema de la acción y de su constitucionalización, es preciso incluir la totalidad de actos procedimentales que requieren una garantía mínima y general de bilateralidad ("audiatur et altera pars") (178).

Finalmente, tanto dentro del sistema alemán -- como dentro del italiano, al lado de la garantía de acción en el procedimiento ordinario se plantea el relativo a la accionabilidad ante los órganos destinados a realizar el control de la constitucionalidad tanto de leyes como de actos.

En términos generales, y a pesar de la superficialidad de la exposición anterior, puede decirse que dentro de los dos países que más decisivamente han in--

fluido a lo largo de la historia en la conceptualización de la acción procesal, las tendencias más recientes -dominadas por una concepción social del proceso - han construido la posibilidad constitucionalmente garantizada de accionar ante los tribunales, como un auténtico derecho a la sentencia mediante proceso. Tal -noción, de fundamental importancia, involucra un buen número de problemas relativos a la naturaleza de tal -accionabilidad, pero lo que en concreto demuestra es -la necesidad de examinar el problema de la acción --- desde horizontes más amplios en los que se comprenda -no sólo el interés del ciudadano que exige la tutela -de un determinado derecho, o la del Estado que admi --nistra la justicia a instancia de parte, sino también- los problemas fundamentales que plantea la relación --procesal en tanto que continente de una triada indisoluble de intereses, teniendo siempre en consideración- que el proceso es -materialmente- un fenómeno de necesidad social que tiene una importancia fundamental dentro del moderno Estado social de derecho.

El deslinde entre la posibilidad de acción y la demanda -y en consecuencia entre aquélla, la instancia y la pretensión- permite desplazar un buen número de problemas tradicionalmente considerados como relativos a la acción (vgr. legitimación, interés, derecho -subjetivo, etc.) hacia los confines de la demanda en -

tanto que acto procesal, en tanto que instancia jurídicamente regulada.

Este cercenamiento, que para algunos podrá parecer superfluo y para otros podrá parecer un subterfugio, a nosotros nos parece fundamental en virtud de que la posibilidad intrínseca de solicitar la intervención-jurisdiccional, en tanto que relación entre individuo, autoridad y sociedad, es anterior a aquéllos. Ya lo enseña Chiovenda cuando afirma que en todas las épocas, - quien busca la tutela, ha tenido que dirigirse a un tercero superior a los contendientes (a partir de la su -- presión de la autotutela, dicho se está) y que lo que - ha variado es la forma de entender tal poder y la mane- ra de otorgar dicha tutela (179) y, también, y esto resulta de especial relevancia, la manera de garantizar - ese acceso a la justicia, que caracteriza a la acción - en tanto que "diritto-mezzo" por excelencia.

7. Consideraciones finales acerca de las teorías acerca de la acción.

Sin que las siguientes líneas pretendan brin - dar un nuevo concepto de acción procesal, y sólo con el afán de reunir en forma sintética algunas de las observa

ciones que a lo largo del trabajo hemos intentado formular en torno al problema de la acción procesal, podemos afirmar que en una visión panorámica -inexacta e insuficiente como la que hemos querido delinear- el problema de la acción procesal parece moverse en una dirección paralela a la experimentada por el Estado -conclusión esta brillantemente sustentada por Calamandrei-, en virtud de que en las diversas concepciones el fulcro de las mismas ha experimentado una palpable evolución -que va del interés privado representado por el derecho-subjetivo material, al interés público, de donde habrá de evolucionar, como de hecho lo está haciendo, en algunos países, hacia el interés social presente en todo -- acto tendiente a la obtención del despliegue de la actividad jurisdiccional.

No existiendo en la ciencia jurídica verdades exactas e inmutables, la concepción de la acción procesal se adecua al espíritu de los tiempos y a las necesidades de cada forma social y de cada tipo de Estado. - Su vinculación con la práctica -dentro de la etapa científica de nuestra disciplina- se ve supeditada a la -- "responsabilidad de la doctrina", en la medida en que - quienes sobre la acción trabajan intenten o no darle - un contenido real a sus tesis.

Si como hemos visto la concepción acerca de la acción tiene una estrecha relación con las relativas a-

la jurisdicción y al proceso, un estudio completo de la acción requiere -necesariamente- de un estudio de la importancia de cada una de dichas nociones frente a la diferente naturaleza que a la acción pueda asignarsele.

La concepción de la acción que en nuestra opinión -que es por demás la opinión dominante en la actualidad- responde mejor a los imperativos del enjuiciamiento contemporáneo dentro de los países pertenecientes al "civil law", es aquella que ve en la acción una posibilidad constitucionalmente garantizada, a todos los ciudadanos, de intervenir en ese mecanismo de la creación normativa que es el proceso jurisdiccional. Los límites que en cada ordenamiento se den a dicha posibilidad dependen entonces tanto de la naturaleza de los instrumentos destinados a realizar el control de constitucionalidad, como de las específicas condiciones socio-políticas de un determinado Estado, siendo esto último lo que determina las diferencias existentes en la acción procesal, tanto de Estado a Estado como en relación con la diversa índole de los litigios. Esto último, empero, no afecta la concepción unitaria de la acción; sino que, por el contrario, explica los diferentes matices que se presentan, por ejemplo, en el ejercicio de la acción civil y de la acción penal.

Podrá también pensarse que la constitucionalización de la posibilidad de acción representa una merma - para la teoría general del proceso, tal y como en su momento Degenkolb sostuvo que la teoría del proceso -con- anterioridad a Bülow- había vivido del crédito, reci- - biendo la noción de acción del derecho civil y la de ju- risdicción del derecho constitucional. Nosotros optamos por la contraria y pensamos que con la constitucionalización no sólo de la acción, sino también con la del -- proceso y la jurisdicción, la ciencia del proceso am- - plía considerablemente sus fronteras y dejando de ser - el conjunto de actos destinados a hacer valer determi- nados derechos, adquiere su rango original colocándose- como un sector importantísimo de eso que tiende a deno- minarse "derecho en acción".

Por otra parte, la constitucionalización del - derecho de acción encierra también un problema aparente. Su abstracción conceptual podría degenerar en eternos - soliloquios bizantinos carentes de toda utilidad prácti ca. Pero si esta abstracción se ve acompañada de una -- doctrina responsable y una judicatura valiente y prepara- rada, como quiere Piero Calamandrei, será un escalón -- fundamental dentro de una "ciencia útil" a las masas - que podrán encontrar en ella una respuesta efectiva a - sus necesidades de justicia, mismas que no son sino el- telón indefinible e inimpugnable del proceso moderno.

Claro está que un nuevo enjuiciamiento no surge esporádicamente con la nueva concepción de una de -- sus instituciones; pero esta nueva manera de enfocar -- los problemas podrá contribuir a las inaplazables reformas que los tiempos nuevos reclaman.

Estas nociones de constitucionalización de la -- posibilidad de acción aunadas a su carácter autónomo, -- unitario y bilateral, intentaremos aplicarlas al exa -- men de la acción dentro de nuestro derecho positivo.

NOTAS.

Capítulo VIII.

-
1. Véase, supra p. 73.
 2. PEKELIS, Alessandro. Op. cit., passim.
 3. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de acción, cit., passim; e, Instituciones..., cit., p.-p. 175-179.
 4. Cfr. el espléndido comentario de Calamandrei a la obra de López de Oñate (La certeza del derecho). - - CALAMANDREI, Piero. La certeza del diritto e le responsabilità della dottrina, cit., especialmente, p.-p. 106-109.
 5. Cfr. al respecto, CAPPELLETTI, Mauro. Social and Political Aspects of Civil Procedure..., passim; DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale, cit., p.p. 16-19.
 6. En igual sentido, cfr. CALAMANDREI, Piero. Op. ult.-cit., p.p. 176-177.
 7. Esta tendencia tuvo especial relevancia en Francia.- Cfr., en este mismo sentido, VIZIOZ, Henri. Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public, cit., p.p. 73-87; para su crítica, además de VIZIOZ, véanse, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso, cit., 221-224, y, - con observaciones muy agudas, MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y acción, cit., p.p. 166-168.

8. A este respecto conviene señalar que el carácter -- ideológico de un determinado Estado, e incluso de -- una determinada doctrina, no se reflejan indefectiblemente en sus ordenamientos positivos. Es en esta consideración en la que se funda especialmente Alcalá-Zamora cuando critica lo que pudiéramos llamar "relatividad" ideológica de los principios procesales; (ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso, cit., especialmente, p.p. 14-16) aun cuando justamente reconoce que son "inegables las gravitaciones políticas, sociales y económicas sobre el... (derecho) procesal en concreto" (p.p. 14-15). Sobre este particular habremos -- de ahondar en breve.
9. Así, en la fr. I, del artículo 20, la Constitución de la República Federal Alemana dispone que la R. - F.A. es un Estado de derecho, democrático y de carácter social. Cfr., al respecto, FORSTHOFF, Ernest. La repubblica Federale Tedesca come Stato di Diritto e Stato sociale, en: "Rivista di diritto pubblico", (1956), núm. 3, p.p. 592 y s.s. En relación con el pretendido carácter social de la Constitución mexicana de 1917, véase, infra, apartado 1 del capítulo IX, en donde también haremos una breve referencia a la Constitución de la República Española de 1931.
10. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., p.p. 789-791.
11. Cfr. CALAMANDREI, Piero. Instituciones..., cit., p.p. 96-105.
12. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., especialmente, p. 798.
13. Especialmente, véase, SATTA, Salvatore. Ultime tendenze della teoria dell'azione, en "Soliloqui e colloqui di un giurista", cit., (p.p.223-241), p. p. 225-233.
14. Conclusión esta última que en cierta forma se halla implícita en otro trabajo del propio Calamandrei. - Cfr., al respecto, CALAMANDREI, Piero Giuseppe Chiovenda. El maestro, cit., p.p. 85-87.

15. FAIREN GUILLEN, Víctor. La acción, derecho procesal y derecho político, cit., p.p. 73-75. Para una reciente concepción de Fairén, véase su fundamental ensayo Ideas sobre una teoría general del Derecho Procesal, separata de la "Rev. der. proc." (española), (1966), núm. 2, p.p. 57-63, y, especialmente, p. 57, en donde acepta abiertamente la postura de Calamandrei.
16. Transformación que, en opinión del propio Fairén, no se hará en una forma patente y clara, sino hasta el triunfo del movimiento revolucionario. FAIREN GUILLEN, Víctor. La acción, derecho procesal y derecho político, cit., p. 74, nota 37.
17. Al respecto, véanse, LIEBMAN, Enrico Tulio. L'azione nella teoria del processo civile, cit., p.p. 427-454; y, MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y acción, cit., especialmente, p. 180.
18. CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho procesal civil, tomo I, cit., p.p. 83-84, nota 2.
19. Cfr., especialmente, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 164-167.
Posiblemente, el fenómeno de la "sustitución" cuenta con importantes raíces de índole antropológica, interesantes referencias al respecto, y con relación al primitivo enjuiciamiento congolés, se encuentran en DEKKERS, Reno. Derecho congolés y derecho romano, (tr. de Miguel Lubán), en: "Bol. Mex. Der. Comp." (1971), núms. 10-11, (p.p. 3-52), p.p. 21-23.
20. Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Los problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social, cit., p. 426.
21. Al respecto, cfr. entre algunos otros, SCHONKE, Adolf. Il bisogno di tutela giuridica (un concetto giusprocessualistico fondamentale), en: "Riv. dir. proc." (1948), I, p.p. 132-152; CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y técnica del proceso, en: -

"Rev. Fac. Der. Mex.", (1953) núm. 12, p.p. 97-182; y, en relación con el trabajo de Schönke, véase - - ALLORIO, Enrico. Necesidad de tutela jurídica, (tr. de Alcalá-Zamora) en: "Rev. Fac. Der. Mex." (1954), núm. 14, p.p. 87-114.

22. Cfr. supra, p. 48.

23. Cfr. supra, p.p. 79-81.

24. Así, en líneas generales, y con independencia de la ulterior proyección que intentaremos dar a la noción de acción, nos parece que, a punto de las relaciones entre el proceso y la tutela jurídica, resulta afortunada en extremo la concepción formulada por Kisch respecto al proceso civil, pero que es fácilmente adaptable para todas las formas de enjuiciamiento y según la cual mediante el proceso se tutela el derecho objetivo que, frente a cada litigio, determina la aplicación de la norma al caso concreto preservando tanto el derecho subjetivo como el interés individual dentro de las orientaciones y límites sociales que cada Estado señale. - KISCH, Wilhelm. Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, en: "Judicium", (1928-1929), núm. I, (p.p. 1-32), especialmente, p. 7. Un ejemplo claro de preeminencia del interés público y social como objeto exclusivo de la acción se encuentra en el llamado "recurso en interés de la ley".

25. En relación con los principios materiales que posibilitan la socialización del enjuiciamiento, cfr., - entre otros, BAUR, Fritz. Liberalización y socialización del procedimiento civil, cit., p.p. 30-40.

26. Así lo ha expresado claramente la moderna ciencia procesal soviética. Cfr., GURVICH, Marc. A. Derecho procesal civil soviético, (dirigido por Gurvich), - (tr. Miguel Lubán), México, 1971, p. 23.

27. Al respecto, véase el significativo ensayo de Mauro Cappelletti, Il processo come fenomeno sociale di massa, en: "Il Ponte", (1969), núm. 25, p.p. 1234-1240.

28. Cfr., al respecto, supra capítulo II.
29. Véase, supra, p.p. 21-22 y bibliografía ahí citada.
30. Cfr., supra, p.p. 70-72.
31. Véase, CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza - come fatto giuridico, en: "Studi sul processo civile", vol. III, cit., (p.p. 131-140), p.p. 131-132.
32. Cfr., supra, p.p. 148-151, y 160 -167. Igualmente, véase, SATTI, Salvatore. Diritto processuale civile, cit., (7a.ed.), p.p. 106-7.
33. Cfr. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del processo civile, cit., especialmente, p.p. 449-y 454.
34. Cfr. BARTOLONI FERRO, Abraham. Unidad de la acción, cit., passim., y también, aun cuando con menos -- energía, Presupuestos de la teoría del proceso, - Buenos Aires, 1955.
35. Cfr., entre otros, FLORIAN, Eugenio, Op. cit., p.-177. En un sentido diverso, habla de "unidad de la acción" procesal penal el profesor Leone, para -- quien en un concepto unitario deberán incluirse -- tanto los caracteres de las acciones "accesorias" -- como los de la "principal" (véase, LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal, tomo I, cit., p. 152).
36. Cfr., MANDRIOLI, Crisanto. L'azione escutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del -- processo, Milano, 1955; y, ORESTANO, Ricardo. Op. - cit., p. 805.
37. Tal es el sentido que a la expresión dan, entre muchos otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho procesal penal, tomo II, cit., p. 69; Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., p.p. 791-795; La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal, cit., p. 21; CARNELUTTI, Francesco. -

Teoría integral de la acción, cit., p.p. 36-38; - CUENCA, Humberto. Derecho procesal civil, tomo I, - cit., p.p. 188-189; FAIREN GUILLEN, Víctor. La acción, el derecho procesal y el derecho político, cit., p.p. 93-94, en relación con p. 97; Ideas sobre una teoría general del derecho procesal, cit. - p.p. 62-63; GARCIA RAMÍREZ, Sergio. La acción en el proceso penal, en: "Rev. Fac. Der. Mex.", - (1967), núm. 65, (p.p. 133-172), p. 158.

38. En este sentido, destacan Florian y Manzini, aún - cuando el primero termina postulando una defini- - ción muy próxima a la que Chiovenda elaborase res - pecto al enjuiciamiento civil. Cfr. FLORIAN, Euge- - nio. Op. cit., p. 173, y lo que al respecto deci- - mos en el apartado número cinco del capítulo ante- - rior.
39. En este sentido, cfr. MICHELI, Gian Antonio. Ju- - risdicción y Acción, cit., p. 181.
40. En el mismo sentido, cfr., LEONE, Giovanni. Azione penale, en "Enciclopedia del diritto", vol. IV, - - Milano, 1959, (p.p. 851-860), p. 851.
41. Cfr., al respecto, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Nice- - to. Unificación de los códigos procesales mexica - nos, tanto civiles como penales, en: "Primer Con- - greso Mexicano de Derecho Procesal. Segundas Jorna - das Latinoamericanas de Derecho Procesal", México, 1960, p.p. 265-309 y FAIREN GUILLEN, Víctor. - - Ideas sobre una teoría general del derecho proce - sal, cit., p.p. 31-39.
42. Bajo tal rubro pueden agruparse, a nuestro enten- - der, las distintas posturas doctrinales que la en- - tienden como poder, como derecho, como deber y, - - finalmente, como poder-deber.
43. Al hablar de litigio penal, empleamos la palabra - litigio en el sentido que le confiere Alcalá-Zamora y que en el capítulo II hemos seguido nosotros, en contraposición a la estrecha caracterización que - Carnelutti hizo del mismo y que le impidió - como - antes hemos señalado- colocarlo a la base del pro- - ceso penal (Cfr., supra p.p. 46-54 y nota 18 del - capítulo II, p.p. 61-63).

En tiempos recientes, Leone ha sostenido que el -- "conflicto de intereses" es una constante de todo proceso, independientemente de la índole del mismo (LEONE, Giovanni. Tratado de derecho procesal penal, tomo I, cit., p.p. 178-181), y, con gran profundidad crítica, Conso señala que en todo proceso penal se presenta una contraposición estática entre la pretensión punitiva del actor y el interés de libertad del imputado (CONSO, Giovanni. Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano, en: "Riv. it. dir. proc. pen." (1958), (p.p. 286-305), p. 301) que comprende, necesariamente, el derecho del imputado a que no se le inflinja una pena sino mediante el cumplimiento del "debido proceso".

44. Entre otros, véase GUARNIERI, Giuseppe. Azione penale, en: "Novissimo Digesto Italiano", vol. II, Torino, 1957, (p.p. 64-69), especialmente, p.p. 67-68.
45. Cfr., GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, cit., p. 109.
46. Así, por ejemplo, véase el artículo 100 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal española vigente. Para una crítica de las posturas eminentemente sustancialistas, cfr., GOLDSCHMIDT, James. Op. ult. cit., p. 60 y ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho procesal penal, cit., tomo II, p. 60.
47. Acerca de su configuración, véase, CARNELUTTI, -- Francesco. Teoria generale del diritto, cit., p.p. 152-154 y, en el mismo sentido, FAJEN GUILLEN, -- Víctor. La acción, el derecho procesal y el derecho político, p.p. 102-103.
48. CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el proceso penal, tomo I, cit., p. 146. En donde sostiene que, fundamentalmente, mediante el proceso penal, y durante su fase de conocimiento, se declara la certeza del delito, que constituye, igualmente, la condición indispensable para la aplicación de la pena o, en su caso, la absolución del reo.

49. La definición de la pretensión punitiva, que es condición de el ejercicio de la potestad de castigar, se realiza mediante sentencia (Cfr., in extenso, -- CORDERO, Franco. Op. cit., p.p. 303-305). De esta manera resulta evidente la correlación, pero no la identidad entre acción y sentencia, entre el ejercicio de la pretensión punitiva mediante la acusación (acto de parte) y la realización, absolviendo o condenando, de la potestad punitiva (acto del juzgador).
50. Exponentes de esta postura son, vgr. Lanza y Massari (cfr., supra, p. 278). Para su crítica, cfr., -- entre otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto Op. ult. cit., tomo II, p. 61, nota 5; y, CLARIA OLMEDO, Jorge A. Tratado de derecho procesal penal, -- tomo I, cit., p.p. 302-303.
51. La corriente publicista abstracta es sin duda la dominante dentro de la moderna ciencia procesal penal, exponentes de ella son, entre muchos otros Vannini y Manzini, aun cuando este último conserve ciertos rasgos subjetivistas al introducir dentro de su concepto de acción penal la noción de "pretensión", -- que combina con la de "poder" para obtener un concepto puramente procesal de la acción, que entiende como el poder jurídico de realizar las condiciones necesarias y suficientes para que el juzgador pueda pronunciarse sobre la "pretensión punitiva del Estado derivante del hecho calificado jurídicamente -- como delito" (MANZINI, Vincenzo. Istituzioni di diritto processuale penale, Padova, 1954, p. 206).
52. Entre otros, cfr., CLARIA OLMEDO, Jorge A. Op. cit., p.p. 293-296.
53. Así, DE PINA, Rafael. La acción penal, en: "Derecho Penal Contemporáneo", (1965), núm. 2. (p.p. 77-103), p.p. 79-81.
54. Cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. -- cit., tomo II, p. 62.
55. Al respecto, cfr., especialmente, GOLDSCHMIDT, James. Op. ult. cit., p.p. 119-125, y ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Derecho procesal penal, tomo II, -- cit., p.p. 72-75.

56. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., p.p. 75-83.
57. En este sentido véase el ensayo de CIESLAK, --- Marian. I principi generali del processo penale (concetto e significato), (tr. de Molinari), en: "Archivio Penale", (1969), fasc. VII-VIII, (p.p.-233-245), p. 244; así como la obra de Conso cita da supra nota 43.
58. Cfr., entre otros, STEFANI y LEVASSEUR. Droit pénal générale et procédure pénale, tomo II, París, 1971, p.p. 80-83, y, también, aun cuando -- con algunas diferencias fundamentales, CARNELUTTI, Francesco. Teoría integral de la acción, cit., - p.p. 36-37.
59. Así, por ejemplo, BELLAVISTA, Girolamo. Lezioni di diritto processuale penale, cit., p. 32.
60. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., tomo II, p.p. 67-69.
61. Cfr., supra, p. 12, nota 34.
62. Cfr., supra, p. 55, nota 50.
63. SCHONKE, Adolf. Derecho procesal civil, cit., p.-16, y ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Teoría -- general del proceso y enseñanza del derecho procesal, cit., p.p. 27-28.
64. Especialmente, Piero Calamandrei examinó el problema con motivo de sus observaciones al proyecto Solmi. (Véase, supra, cap. VII, nota 4).
65. Al respecto, cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., p. 27.
66. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, auto--composición y autodefensa, cit., p.p. 197-200.
67. Así por ejemplo, la creación de una jurisdicción-especializada para conocer de los litigios administrativos (vgr. el Consejo de Estado francés),-

- y especialmente, la creación de sistemas expeditos y menos onerosos en relación con las jurisdicciones agraria y laboral (respecto de esta última, - cfr., DE LA CUEVA, Mario. La Jurisdicción del trabajo en el derecho mexicano, en: "Contratti collettivi e controversie di lavoro. Studi in memoria di Lodovico Barassi", Padova, 1965, p.p. 115-128, passim.)
68. Al respecto, cfr., DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale, cit., p.p. 24-27.
69. La situación que priva respecto del ejercicio de la acción penal en el derecho mexicano será examinada en el siguiente capítulo.
70. HART, H.L.A. Definition and Theory in Jurisprudence, cit., p. 1.
71. No es por ello de extrañarnos que ese gran sistematizador del proceso que fué Francesco Carnelutti, inicie tres de sus cinco exposiciones generales -- acerca del proceso determinando el contenido de -- los conceptos jurídicos fundamentales y, las dos restantes, exponiendo los fines del proceso (al -- primero de estos grupos pertenecen las Lezioni di diritto processuale civile, el Sistema y Diritto e processo, mientras que en el segundo se encuentran las Istituzioni del processo civile y las Lezioni sul processo penale).
72. En el mismo sentido, OLIVECRONA, Karl. Lenguaje jurídico y realidad, cit., p. 59.
73. CALAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina, cit., p. 102.
74. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos -- acerca de la acción, cit., p. 795.
75. Especialmente en la clásica postura de Wach y en la depuración que de la misma nos brindó Chiovenda. (Cfr., supra, p.p. 251-261, y 267-279).

76. Gravedad que llevó a Carnelutti -con consideraciones más psicológicas que jurídicas- a identificar - el proceso con la pena cuando expresa -con ideas -- que inquietantemente se repiten a lo largo de las - Lezioni sul processo penale- que "la pena se resuelve en la penitencia y la penitencia en el juicio", - para luego preguntarse "¿puede resplandecer mejor - la unidad del fundamental del juicio y de la pena?" (Lecciones sobre el proceso penal, (prelución "La - lucha contra el mal"), cit., tomo I, p. 47).
77. CARNELUTTI, Francesco. Dei rapporti giuridici processuali, cit., p.p. 359-360.
78. Que, no está por demás recordar, se acerca bastante a las más modernas concepciones que ven en ella un eslabón de la larga cadena a través de la cual se - crea el derecho (KELSEN, Hans. Hauptprobleme der -- Staatsrechtslehre, cit).
79. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo, cit. p. 35.
80. En el sentido que al término confiere en un penes- - trante ensayo Fairén (FAIREN GUILLEN, Víctor. El -- proceso como función de satisfacción jurídica, se- - parata de "Rev. der. proc. ib.", (1969), núm. 1, p. p. 17-95).
81. LIEBMAN, Enrico Tullio. L'azione nella teoria del - processo civile, cit., p. 432.
82. Cfr., entre otros, LENT, Friedrich. Obblighi e -- oneri nel processo civile, (tr. de Marco de Stefano), en: "Riv. dir. proc.", (1954), I, p.p. 150-158.
83. GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso, -- cit., p. 91, (cfr., igualmente, p.p. 92-100, y, es- - pecialmente, Der Prozess als Rechtslage, cit., p. - p. 336-362); LENT, Friedrich. Op. ult. cit., p.p. - 150-151, y LENT -JAUERNIG. Zivilprozessrecht, cit., p.p. 72-73; CARNELUTTI, Francesco. Sistema de dere- - cho procesal civil, tomo I, cit., p. 65, y, espe- - cialmente, Teoría generale del diritto, cit., p.p. - 172-175, en donde (p. 173) bajo la categoría de -- "carga" coloca la demanda.
84. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas - sudamericanos acerca de la acción, cit., p. p. 778-

780. A la demanda, aun cuando no a la acción, con--
fiere también Liebman el carácter de carga (LIEBMAN,
Enrico Tullio. Manuale di diritto processuale civili,
le, vol. I, cit., p. 31).
85. CARNELUTTI, Francesco. Sistema..., tomo I, cit., p.
p. 65.
86. El que la acción genere una sujeción para el deman--
dado -problema básico de la Einlassungszwang (Cfr.,
supra, p.p. 265-266, y p. 312, nota 59) - resulta -
bastante discutible como se desprende del penetran--
te estudio realizado al respecto por Furno (cfr. --
FURNO, Carlo. Teoría de la prueba legal, (tr. de --
González Collado), Madrid, 1954, p.p. 82-87).
87. CALAMANDREI, Piero. La relatividad del concepto de
acción, cit., p.p. 156-157.
88. Puesto que aún cuando las mismas hayan sido sancio--
nadas desde tiempos remotos (cfr., vgr., SCIALOJA,-
Vittorio. Procedimiento civil romano, cit., p. 280),
no puede negarse que existen en tanto que posibili--
dad. En relación con los problemas inherentes a la-
calificación de "temeraria" que pueda merecer una -
demanda, cfr., CHIOVENDA, Giuseppe. La condena en
costas, (tr. de Juan A. de la Puente, con notas y -
concordancias con el derecho español de José Ramón
Xirau P.), Madrid, 1928, p.p. 133 y 409.
90. En concordancia con la concepción que de "derecho -
vigente" nos brinda Alf Ross. (ROSS, Alf. Sobre el
derecho y la justicia, cit., p. 35).
91. Así, COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucio-
nales del proceso civil, cit., p.p. 32-33.
92. COUTURE, Eduardo J. Op. ult. cit., p.p. 84-92.
93. WALINE, Marcel. La notion judiciaire de l'excès de
pouvoir, París, 1926, p. 160 (cit., por NORMAND, --
Jacques. Le juge et le litige, París, 1965, p. 41).
94. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Enseñanzas y suge-
rencias de algunos procesalistas sudamericanos acer-
ca de la acción, cit., p. 805.

95. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Acerca de la "falta de cualidad" de los litigantes, en: "Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional", -- Buenos Aires, 1944, (p.p. 162-171), p. 170, en donde se refiere únicamente al actor, pero que, en virtud de la bilateralidad que respecto a la acción propugna su autor, nos hemos permitido extenderla -- tanto al actor como al demandado.
96. Cfr., CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, tomo I, cit., p.p. 44.
97. Véase, infra, apartado 4 de este capítulo.
98. Cfr., KISCH, Wilhelm. Elementos de derecho procesal civil, cit., p. 171.
99. Cfr., en general, VIZIOZ, Henry. Le recours a la justice: théorie de l'action en justice, en: "Etudes de Procédure", Bordeaux, 1956, (p.p. 181-231), p.p. 203-219.
100. CARNELUTTI, Francesco. Lezioni di diritto processuale civile, vol. II, cit., p. 342. Para su crítica -- véase CALAMANDREI, Piero. El concepto de "litis" en el pensamiento de F. Carnelutti, cit., especialmente, p.p. 290-291.
101. CALAMANDREI, Piero. Instituciones de derecho procesal civil, cit., p. 263-264, y en relación con la fijación del objeto del proceso, Retroactividad de la sentencia e hipoteca judicial, en "Estudios sobre el proceso civil", cit., (p.p. 565-583), p. 567.
102. BULOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales, cit., p.p. 228-229.
103. Así, CHIOVENDA, Giuseppe. Rapporto giuridico processuale e litispendenza, cit., p. 377.
104. Cfr., especialmente, CARNELUTTI, Francesco. Ensayo de una teoría integral de la acción, cit., p.p. 33-
105. Así, CARNELUTTI, Francesco. Diritto e processo, cit., p. 98.

106. *Ibidem*, p. 169.
107. En función de su propia estructura sintáctica, pues mientras que los actos de parte se caracterizan por la "proposición" que encierran, los actos del juzgador lo hacen por la "disposición" que entrañan. Al respecto, cfr. CARNETUTTI, Francesco. Diritto e processo, cit., p.p. 98 y 220-221.
108. CHIOVENDA, Giuseppe. Instituciones de derecho procesal civil, tomo III, p. 1, en relación con tomo I, p. 63.
109. GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, cit., - p. 227.
110. GOLDSCHMIDT, James. Op. ult. cit., p.p. 227-234, -- Teoría general del proceso, cit., p.p. 111-118 y 163-168, y, respecto a los Bewirkungshandlungen en el proceso penal, Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, cit., p. 104.
111. GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, cit., - p. 227.
112. De acuerdo con la terminología empleada por Prieto-Castro en su traducción a la obra de Goldschmidt -- apenas arriba citada, y que es considerada por Mauro Cappelletti como poco clara (CAPPELLETTI, Mauro. La Testimonianza della parte nel sistema dell'ora - lita, vol. I, cit., p. 52, nota 7); y que, el propio Goldschmidt, al redactar en español su Teoría general del proceso (cit., p.p. 112 y 163) prefiere designar "actos de obtención" (Erwirkungshandlungen) y "actos de causación" (Bewirkungshandlungen).
113. LIEBMAN, Enrico Tullio. Manuale di diritto procesuale civile, vol. I, cit., p.p. 209-211.
114. Así, entre otros, MICHELI, Gian Antonio. Curso de derecho procesal civil, vol. II, cit., p. 15.
115. Cfr., SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil, cit., p. 251, toda vez que se acepte que Antrag pueda substituirse en este caso por de - manda.

116. Cfr., entre otros, SCHONKE, Adolf. Derecho procesal civil, cit., p. 169.
117. Véase, especialmente, FAIREN GUILLEN, Víctor. La transformación de la demanda en el proceso civil, - Santiago de Compostela, 1949, p. 20.
118. COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil, cit., p. 95. Cfr., igualmente, - FIX ZARUDIO, Héctor. El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano, en: "Rev. Fac. Der. Mex.", (1971), núms. 81-82, (p.p. 85-133), p.p. 87-88.
119. Cfr., CHIOVENDA, Giuseppe. L'azione nel sistema dei diritti, cit., nota 78, p. 92; Instituciones de derecho procesal civil, cit., tomo II, p. 266; - - CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, tomo II, cit., p. 8, en relación con tomo I, p.p. 70-76.
120. Al respecto, véase, RODRIGUEZ U., José. Autoridad del juez y principio dispositivo, Valencia, Venezuela, 1968, p.p. 13-14.
121. Así, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Liberalismo y autoritarismo en el proceso, cit., p. 26, en relación con p.p. 49-50.
122. Todas estas son expresiones en las que se confunde fundamentalmente entre pretensión y acción, y por consiguiente, entre la acción y la demanda. (Cfr. - entre otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mexicano, en: "Rev. der. proc. ib.", - - (1970), núm. 3, (p.p. 475-525), p.p. 506-508.
123. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, tomo I, cit., p. 68.
124. Así, por ejemplo, BÜLOW, Oskar von. Geständnissrecht, Freiburg, 1899, p. 37 (cit. por MICHELI, Gian Antonio. La rinuncia agli atti del giudizio, Padova, - - 1937, p. 23, nota 2). Posteriormente, cfr. ROCCO, - Ugo. L'autorità della cosa giudicata, Roma, 1917, - - p.p. 317-318.

125. Cfr., MICHELI, Gian Antonio. Op. ult. cit., p.p. - 23-25.
126. Cfr., especialmente, NORMAND, Jacques. Le juge et le litige, cit., p.p. 216-217.
127. CARNELUTTI, Francesco. Ensayo de una Teoría integral de la acción, cit., p.p. 33-34,
128. Así, Alcalá-Zamora expresa, dentro de una concepción dinámica de la acción, que ésta "... no es un empujón que se le de a la pretensión para que franquee la puerta jurisdiccional, sino una vibración-continuada" para que alcance el pronunciamiento de fondo. Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, cit., - p. 799.
129. Cfr., por ejemplo, CARNELUTTI, Francesco. Sistema de derecho procesal civil, tomo II, cit., p.p. -- 100-106, y, respecto, al enjuiciamiento penal, - cfr. CORDERO, Franco. Op. cit., p.p. 311-312.
130. SATTÀ, Salvatore. Diritto processuale civile, (7a. ed.), cit., p. 117, en donde el propio Satta, una vez que sostiene que destinatario de la acción es la contraparte, tiene que reconocer que tal principio no puede extenderse a la acusación penal, - pues es claro que en ella la pretensión punitiva - -salvo extrañas excepciones- no puede ser satisfecha por el acusado, y sí, exclusivamente, por el Estado.
131. Todo ello en función del alcance que en cada ordenamiento se le asigne al principio dispositivo, del que son claras expresiones la transacción, el desistimiento, el allanamiento, etc., que operan con mayor amplitud dentro del proceso civil, pero que no se hallan del todo ausentes en el penal (cfr. - ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p.p. 75-85, y El allanamiento en el proceso penal, Buenos Aires, - 1962, p.p. 129-131).
132. Cfr. supra, p.p. 339-350.

133. Y ello es así en virtud de que la acción se concibe como un derecho a la sentencia favorable, y ésta no puede ser obtenida sino por una sola de las partes.
134. Cfr., especialmente, CARNELUTTI, Francesco. - Lezioni di diritto processuale civile, vol. II, - p.p. 151-156.
135. Cfr. CARNELUTTI, Francesco. Istituzioni del processo civile italiano, vol. I, cit., p.p. 105-106.
136. Así, por ejemplo, Redenti concluye afirmando que el aforismo tradicional "nemo iudex sine actore", debe colocarse al lado de otro que postule "nemo iudex sine reo", pero tal bilateralidad formal se constriñe para el al proceso y no se refiere a la acción (REDENTI, Enrico. Diritto Processuale civile, vol. II, cit., p.p. 6-7).
137. Véase, especialmente, Diritto e processo, cit., - p.p. 15-18 y 31-32.
138. Terminología desde antaño adoptada por los culti- vadores del proceso penal, quienes fueron los pri- meros en asignarle un rango constitucional. Al respecto, cfr., entre muchos otros, SINISCALCO, - Marco. Giustizia penale e Costituzione, Torino, - 1968, p.p. 162-172; y, también, GRAVEN, Jean. La protection de la personne dans le proces pénal en droit suisse, en: "La protection de la personne - dans le procès pénal", París, 1967, (p.p. 18-43), quien enmarca el derecho de defensa como una posi- bilidad general derivada directamente del derecho de libertad ciudadana (p.p. 31-32).
139. CALAMANDREI, Piero. Processo e Democrazia, cit., - p.p. 145-146.
140. Además de las obras citadas en el siguiente apar- tado, véase, en general, COMOGLIO, Luigi Paolo. - La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile, cit., passim; VIGORITI, Vincenzo. Garanzie costituzionali del processo civile, due- process of law e art. 24 Cost., Milano, 1970 y -

CAPPELLETTI, Mauro y VIGORITI, Vincenzo. I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano, sobretiro de "Riv. dir. proc.", (1971), -- n.º. 4, passim.

141. Cfr., especialmente, CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia, cit., p.p. 151-152; LIEBMAN, Enrico -- Tullio. L'azione nella teoria del processo civile, -- cit., p. 445 y Manuale di diritto processuale civile, vol. I, cit., p. 34; COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil, cit., p.p. 24-45, La garantía del "devido proceso legal"; en "Riv. dir. proc.", (1954), I, p.p. 81-101, -- passim, y Fundamentos del derecho procesal civil, -- (3a. ed.), cit., p.p. 74-79.
142. Cfr., COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p.p. 39-44.
143. GALEOTTI, Serio. Garantía constitucional, en "Enciclopedia del Derecho", vol. XVIII, Milano, 1969, -- (p.p. 490-511), p.p. 491-493.
144. Art., 7o. (Cfr., al respecto, CASTAÑO, Luis. La libertad de pensamiento y de imprenta, México, 1967).
145. Art., 9o, que en la práctica encuentra variadas restricciones en virtud de que para su ejercicio se requiere "permiso" de las autoridades, so pena de ser disueltas las reuniones por la "persuasión" política y militar.
146. Dentro del marco social instaurado por el artículo-27.
147. De conformidad con la fr. XVIII del art. 123. (Cfr., al respecto, DE LA CUEVA, Mario. Derecho mexicano del trabajo, cit., vol. II, p.p. 759-854).
148. Así, reza el epígrafe al capítulo I del título I -- de la Constitución mexicana de 1917.
149. De acuerdo con la acertada terminología empleada en el epígrafe al capítulo primero del título III de -- la Constitución de la República Española de 1931.

150. En este sentido, cfr., entre otros muchos, LOEWENSTEIN, Karl. Op, cit., p. 211.
151. CALAMANDREI, Piero. Op. ult. cit., p. 152.
152. KELSEN, Hans. La garantie jurisdictionelle de la Constitution. (La Justice Constitutionnelle), cit., p.p. 221-222. Es esta también la acepción que al término garantía constitucional da el procesalista mexicano Héctor Fix Zamudio (Cfr., entre otros varios trabajos de dicho autor, La garantía de la Constitución Mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo, en "Juicio de Amparo", México, 1964, especialmente, número 11, p.p. 77-78).
153. Cfr., al respecto, DUVERGER, Maurice. Instituciones políticas y derecho constitucional, (tr. de Jesús Ferrero), Barcelona, 1962, p. 225.
154. COUTURE, Eduardo J. Las garantías constitucionales del proceso civil, cit., p.p. 41-45. (Cfr., igualmente, CAPPELLETTI-VICORITI, I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano, cit., p.p. 607-611).
155. Para su consulta hemos empleado la traducción francesa de la misma incluida en DUVERGER, Maurice. Constitutions et documents politiques, (5a. ed), París, 1968, p.p. 345-376.
156. Al respecto, cfr., entre otros JELLINEK, G. Op. cit., p.p. 350-355.
157. Así, COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p. 64.
158. Cfr., entre otros, BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, en "Archiv für Deutschland civil Praxis", (1954), No. 153, p.p. 395 y s.s., y LENT-JAUERNIG, Op. cit., p.p. 71-72.
159. Véase, supra p.p. 265-266 y notas en p.p. 312-313.
160. BAUR, Fritz. Op. ult. cit., p.p. 398-399.

161. BAUR, Fritz. Liberalización y socialización del - proceso civil, cit., p.p. 20-22, en relación con la ponencia a dicho tema presentada por Schwab.
162. BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, cit., p. 401.
163. Al respecto cfr., entre otros, CAPPELLETTI, Mauro. La jurisdicción constitucional de la libertad, - cit., p.p. 63-104, y FIX ZAMUDIO, Héctor. Veinticinco años de evolución de la justicia constitu-
cional, México, 1968, p.p. 76-81.
164. BAUR, Fritz. Op. ult. cit., p. 411, y también, -- BRUNS, Rudolf, Zivilprozessrecht, cit., p.p. 115-116.
165. Para su consulta nos hemos valido del texto in- - cluído en la edición del Codice Civile, por Franchi, Feroci y Ferrari (puesta al día en lo. de -- enero de 1972), así como de la traducción (inédita) preparada por Santiago Oñate Saleme y que -- fué leída en la Embajada Italiana en México, con- motivo de la ceremonia realizada en ocasión de su entrada en vigor el día 11 de febrero de 1948.
166. Cfr., CALAMANDREI, Piero. Processo e democrazia, - cit., p.p. 151-155.
167. Al respecto véase COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit. p.p. 72-78 y; en general, 97-360.
- 168: LIEBMAN, Enrico Tullio. Diritto costituzionale e processo civile, en: "Riv. dir. proc.", (1952), - I, p.p. 327-332.
169. CAPPELLETTI-VIGORITI, Op. cit., p.p. 622-642.
170. Problema que en Italia tiene una especial impor- tancia en virtud de que no existe, como entre no sotros, un precepto que consagre expresamente -- la gratuidad de la justicia. Cfr. Op. ult. cit., p.p. 623-625; COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., - p.p. 249-263; GUALANDI, Angelo. - - - Cauzione per le spese e Costituzione, en "Riv. -

trim. dir. e proc. civ." (1961), núm. 1, p.p. 283 - 295 ; PIZZORUSSO, Alessandro. Eguaglianza giuridica, diritto di azione e cauzione per le spese, en "Giurisprudenza Italiana", (1961), I, núm. 1, p.p. - 273-286, y, especialmente, DENTI, Vittorio. I poveri e la giustizia, en "Riv. dir. proc.", (1964), núm. - I, (p.p. 285-290), p.p. 289-290.

171. Cfr., entre otros, COMOGLIO, Luigi Paolo. Op. cit., p.p. 265-286 y MICHELI, Gian Antonio. Considerazioni sulla inconstituzionalità del solve et repete, en "Giurisprudenza Costituzionale", (1961), p.p. 1183--1197.
172. Cfr., CAPPELLETTI-VIGORITI, Op. cit., p.p. 628-629.
173. Al respecto véase el estudio de FIX-ZAMUDIO, Héctor. Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano, separata del volumen "Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a E. Sayagués-Laso", Madrid, -- 1969, especialmente, p.p. 1069-1071, y también FIX-ZAMUDIO, Héctor Introducción al estudio de los rec - cursos administrativos, en "Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga", Mé - xico, 1972 (p.p. 57-79), p.p. 72-78.
174. Cfr. CAPPELLETTI-VIGORITI, Op. cit., p.p. 629-630.
175. Véase, igualmente, artículo 99 de Codice di proce-- dura civile italiano.
176. Cfr., entre otros, CONSO, Giovanni. Riformare la -- difesa d'ufficio, en: "Archivo Penale" (1969), Fasc. VII-VIII, p.p. 256-257.
177. Véanse, especialmente, CAPPELLETTI, Mauro. Povertà e giustizia, separata de "Il Foro Italiano", (1969), (31 p.p.), passim, DENTI, Vittorio. L'assistenza -- giudiziaria ai poveri e la sua recente evoluzione, - en "Processo civile e giustizia sociale", cit., p. - p. 31-52 y A proposito di riforma del gratuito pa-- trocinio, ivi, p.p. 137-149; y, también, COMOGLIO, - Luigi Paolo. Op. cit., p.p. 320-360.

178. CAPPELLETTI-VIGORITI, Op. cit., p.p. 634-642, y, también, DENTI, Vittorio. Il diritto di azione e la Costituzione, en "Riv. dir. proc.", (1964), -
núm. 1, (p.p. 116-124), p.p. 121-124.
179. CHIOVENDA, Giuseppe. Principios de derecho pro -
cesal civil, tomo I, cit., p.p. 83-84.

CAPITULO IX.

LA ACCION PROCESAL EN EL DERECHO MEXICANO.

1. Advertencia preliminar.

Estando convencidos, junto con Vittorio Scialoja, de que la ciencia procesal puede, y debe, construirse como una "ciencia útil" y con Piero Calamandrei de que las teorías de los juristas valen sólo en tanto que son capaces de explicar la realidad, intentaremos examinar el problema de la acción procesal dentro del enjuiciamiento mexicano vigente.

No pretendemos realizar una profunda exposición sistemática de la cuestión y sí, por el contrario, ofrecer un ensayo de interpretación de la acción procesal, partiendo de las más modernas teorías acerca de la misma. En síntesis, de lo que se trata es de encuadrar la concepción de acción dentro del sistema jurídico mexicano.

En esta interpretación, nuestro trabajo adolece -por lo menos- de dos grandes defectos: en primer lugar, no examinaremos la evolución histórica de la noción de acción recogida por nuestras leyes procesales y, en segundo, no tomaremos en consideración las diversas soluciones que acerca de dicho concepto nos -



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

ofrecen sistemas jurídicos distintos del mexicano. Siendo los métodos comparativo e histórico herramientas fundamentales del derecho, nos hemos visto obligados a -- prescindir de ellos para poder, en pocas líneas, examinar la posibilidad de construir la acción como una noción clave del ordenamiento mexicano y, particularmente, como una garantía constitucional dentro de las diversas ramas en que se divide nuestro enjuiciamiento.

Finalmente, una vez hechas las anteriores salvedades, partiremos en nuestro análisis de las observaciones doctrinales formuladas en capítulos anteriores.

2. La acción procesal como una garantía establecida por la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Para poder afirmar que dentro de nuestro ordenamiento jurídico positivo la acción procesal constituye una garantía constitucional, protegida y amparada -- por los sistemas de control en vigor, es necesario determinar cuál es su ubicación y extensión dentro de -- nuestra norma fundamental.

Una primera observación, de carácter general y empírico, nos permite postular que la acción procesal -- se presenta como un acto dirigido a la autoridad en el que se reclama la intervención de ésta a fin de compo--

ner un determinado litigio. Esta realidad nos lleva -te- niendo muy presentes las enseñanzas de Couture- a pen - sar que la acción procesal se resuelve en una petición- dirigida a la autoridad.

De acuerdo con lo anterior, formalmente puede- sostenerse que allí donde una determinada Constitución- reconoce al individuo la posibilidad de peticionar, se- encuentra constitucionalizada la acción procesal. Es és ta la hipótesis que nos proponemos desarrollar.

Si la acción constituye simplemente una peti- ción, su emplazamiento constitucional debe realizarse a partir del artículo octavo de la Carta de Querétaro, -- pues en él se dispone que "los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de peti- ción, siempre que ésta se formule por escrito, de mane- ra pacífica y respetuosa", prescribiendo, también, que- "a toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene el de ber de hacerlo conocer en breve término al peticiona- - rio".

Conforme a la clasificación tradicional de --- las garantías individuales, el contenido normativo del- artículo octavo constitucional forma parte de aquellas- garantías que suelen denominarse de "libertad", ya que, en función de su estructura y extensión, el mencionado- precepto señala un contenido excluido, esto es, de - - acuerdo con la pulida terminología de Schmill (1), "un-

límite material de la competencia otorgada a los órganos del Estado", pues dicha garantía impide -formalmente- -- que las autoridades estatales contravengan, mediante actos o a través de normas, lo dispuesto por el artículo - en cuestión (2).

Al tiempo que se señala una limitación a la competencia material de los órganos estatales, se establece un ámbito de libertad en favor de todos los individuos - frente a cualquier tipo de autoridades estatales, en consonancia, pues, con el artículo primero de la propia -- Constitución.

Este primer carácter del artículo octavo constitucional se adecua al moderno concepto de acción procesal, de acuerdo con el cual la posibilidad de accionar - pertenece a todos los miembros de una comunidad, no pudiendo los órganos estatales restringirlo (3).

Como características específicas del derecho de petición dentro de la Constitución mexicana de 1917, pueden señalarse los requisitos de forma que a la petición- deben acompañar y, el deber de la autoridad consistente- en acordar sobre lo pedido, comunicando tal proveído al- peticionario en breve término. Hasta aquí, parece que -- nada se opone a que consideremos que la acción procesal- se encuentra garantizada por el artículo octavo constitu- cional, ya que el ejercicio de la misma siempre ha requere- rido de determinadas formalidades y ha presupuesto la --

actividad de su destinatario (nemo iudex sine actore), - pues de otro modo no podría afirmarse que con el ejercicio de la acción surge la relación jurídica procesal. - Todas estas ventajas que nos ofrece el artículo octavo - no obstan para que también puedan formularse críticas a la inserción de la acción exclusivamente dentro del derecho de petición.

Una primera crítica se funda en la imposibilidad formal de distinguir entre los diversos géneros de - peticiones que el individuo puede presentar a las autoridades y en los efectos que dicha petición genera en cada caso. Aun cuando es innegable que quien acciona pide a - la autoridad, no es menos cierto que dicha petición puede diferenciarse por el fin específico a que tiende. Toda petición, en consonancia con lo dispuesto por el artículo octavo constitucional, implica el despliegue de una función estatal, pero entre la petición que se dirige al juzgador a fin de que éste resuelva un litigio mediante proceso, y aquella que se dirige a la prestación de un - servicio público, como puede ser el de correos o... el - de limpia, median significativas diferencias.

A nuestro entender, dos son los problemas fundamentales que esta consideración presenta. El uno consiste en la naturaleza del proceso al que da origen el ejercicio de la acción, en tanto que el otro se refiere al - contenido de la acción procesal. Reputar la acción, pura y simplemente, como una petición dirigida a la obtención

de una actividad del Estado, general y abstracta, puede muy fácilmente conducirnos a reducir el proceso a un -- servicio público. De la misma manera, si la acción se -- agota en la petición dirigida por el particular a la au toridad, se le confunde innecesariamente con la instan- cia que, según creemos haber expuesto, no es sino uno -- de sus elementos.

Tanto la consideración del proceso como un -- servicio público, como aquella que reduce la acción a -- la instancia, son aceptadas por algunos estudiosos. Como es sabido, los principales exponentes de la primera- de dichas tesis fueron los publicistas franceses (4). -- En tiempos recientes, duras objeciones han sido formula- das al respecto por Alcalá-Zamora y por Micheli.

El primero (5) nos enseña, que considerar el -- proceso como un servicio público resulta, como todas -- las verdades a medias, excesivamente peligroso, pues si bien es cierto que mediante el proceso se satisfacen in tereses públicos, no lo es menos que a través del mismo el Estado ejerce funciones que le corresponden estricta- mente en su función de soberano, por lo que --considera- el insigne maestro-- mientras que los servicios públicos pueden ser objeto de concesiones tendientes a la explo- tación de los mismos por particulares, el proceso y la- jurisdicción no son nunca --o al menos no debieran ser-- objeto de explotación particular. Así, mientras que un-

servicio público como el de transportes, o el de energía eléctrica, pueden ser prestados por organismos no estatales, la administración de justicia se encuentra, teóricamente, excluida del ámbito no estatal, no pudiendo, en consecuencia, encomendarse su ejercicio a entes privados y, menos aún, a extranjeros.

Para Micheli, quién pide la administración de justicia y quién ante un mostrador solicita se le vendan estampillas, realizan conductas similares sólo en tanto que ambos piden, pero lo pedido es, en ambos casos, diferente en virtud de la distinción entre función pública y servicio público hoy reinante dentro del derecho administrativo (6). Finalmente, pudiera agregarse, la concepción de la jurisdicción como un servicio público cualquiera, implicaría una total desvalorización de la función de juzgar, pues equipararía al juez con vgr., el barrendero, ya que entre ambos no habría sino un diverso grado de especialización en función de la inevitable división del trabajo. Por todo ello, nos parece que conviene precisar en qué sentido la acción puede considerarse como una petición.

El segundo problema que a nuestro entender crea la reducción de la acción a la garantía de petición, radica en la identificación de aquella con la instancia. Creemos que esta tesis es en sustancia la que entre nosotros sustenta Briseño Sierra y algún otro de sus seguidores.

Para el profesor Briseño Sierra, y a riesgo de no entender correctamente su peculiar doctrina, la acción procesal no es sino una "instancia de naturaleza proyectiva" que, implicando el procedimiento, enlaza al actor, al juez y al demandado. En opinión de Briseño Sierra, la acción, al igual que toda instancia encuentra como fundamento el derecho de petición tal y como se encuentra consagrado por el artículo octavo de nuestra Constitución (7). Posteriormente, Briseño Sierra considera que "en una concepción volumétrica del derecho procesal, que pase de la geometría plana del procedimentalismo a la geometría espacial del procesalismo, el núcleo, el centro o punto de referencia ya no es la acción ni la jurisdicción como intentara la escuela italiana, menos aún el mismo proceso que sigue siendo la figura principal, pero no el concepto atractivo del sistema... en realidad -afirma Briseño Sierra- la confluencia procesal está ubicada en el campo de la pretensión" (8).

Creemos que las afirmaciones de Briseño Sierra son inexactas. En primer lugar, históricamente es falso que la acción haya sido el centro del procedimentalismo; como es bien sabido, la fase histórica a que se aplica tal denominación se ocupó fundamentalmente del estudio de las formas procedimentales, del formalibus según el decir de Ludovici (9), y no de la acción procesal. Contrariamente a lo que en el párrafo citado sostiene Hum--

berto Briseño Sierra, es con la construcción del trino-
mio sistemático fundamental cuando alcanzan una defini-
ción más clara los rasgos científicos de nuestra disci-
plina. Desgajar la noción de acción, sustituyéndola por
las de pretensión e instancia proyectiva, no nos parece
pues, de fecundidad alguna (10).

Así, el reducir la acción procesal a la peti-
ción pura y simple, trae aparejado el peligro de consi-
derar que la acción no es sino una "instancia proyecti-
va", que para ser estudiada científicamente debe ser --
sustituída por la de pretensión.

En un brillante análisis de las relaciones --
existentes entre el enjuiciamiento y la Constitución me-
xicana, Guillermo Floris Margadant tampoco se muestra --
presto a reducir la acción procesal a la garantía de --
petición.

Para Margadant, el artículo octavo de la Cons-
titución "no ofrece un hogar seguro para el derecho de-
acción", ya que dentro de nuestro sistema el sujeto tie-
ne la facultad de dirigirse a la autoridad peticionando,
pero ésta no está constitucionalmente obligada a inter-
venir en el negocio expuesto en la petición; su deber --
se agota en contestar "por escrito" y "en breve térmi-
no", pudiendo en consecuencia, responder al peticiona-
rio que no puede, o no le interesa ocuparse del asunto.
Finalmente, Margadant hace hincapié en que, de conside-
rar que la acción se encuentra plenamente garantizada --

por el artículo octavo, debiera también de admitirse -- que el establecimiento de un sistema de enjuiciamiento-similar al formulario de la época clásica romana no violaría la garantía de petición (11).

Sin tener que pensar en una transposición histórica de sistemas, basta considerar que, dentro del -- enjuiciamiento criminal mexicano, quien se querella, pide se ejercite la acción penal, pero el titular de ésta no podrá ejercitarla sino una vez que haya llenado los-requisitos necesarios para iniciar formalmente un proceso (12).

Los tres argumentos hasta aquí expuestos nos - permiten sostener que la acción procesal no se agota, o que por lo menos resulta peligroso reducirla, a la ga--rantía de petición establecida por el artículo octavo - de nuestra norma fundamental. Antes de examinar este -- precepto en relación con el párrafo tercero del artículo 97 constitucional --comparación ésta que nos muestra-las diferencias entre petición y acción procesal-, conviene contemplar cuál ha sido la extensión que a la garantía de petición han conferido nuestros tribunales, - tratando de indagar si estos consideran que en tal ga--rantía se comprende o no la acción procesal.

En diversas ejecutorias pronunciadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y que actualmente forman lo que entre nosotros se conoce como "tesis de - jurisprudencia", nuestro más alto tribunal ha considerado

do que "las garantías del artículo 8o constitucional, -
 tienden a asegurar un proveído sobre lo que se pide y -
 no a que se resuelvan las peticiones en determinado sen-
 tido" (13).

En un ensayo de reciente publicación, en más -
 de un aspecto discutible (14), José Franco Serrato con-
 sidera que tal interpretación del artículo octavo cons-
 titucional viene a demostrar que es en la garantía de -
 petición en donde debe de encuadrarse la acción proce-
 sal, en virtud de que ésta, una vez liberada del dere--
 cho subjetivo material debe calificarse de "abstracta"-
 (15).

A nosotros nos parece, que aun cuando la misma
 Suprema Corte también haya considerado que la garantía-
 contenida en el artículo octavo "no consiste en que las
 peticiones se tramiten y resuelvan sin las formalidades
 y requisitos que establecen las leyes relativas" (16),-
 la única obligación -o más concretamente, y empleando -
 el lenguaje constitucional, el único deber- que en mate-
 ria de petición establece la Constitución a todo género
 de autoridades, consiste en dictar un acuerdo sobre to-
 da petición que les sea presentada dentro de las modali-
 dades ("breve término") y formalidades ("por escrito")-
 fijadas por el propio artículo octavo (17). De esta mane-
 ra, no es un deber de las autoridades resolver sobre el
 fondo de lo peticionado (causa petendi) y sí, en cambio,

contestar en forma llana y pronta. Lo anterior lo corrobora una ejecutoria de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación en la que se establece que "el artículo 8o de la Constitución Federal no ordena que se resuelvan en definitiva las peticiones que están sujetas a determinado trámite, sino únicamente que se conteste por escrito y se haga saber al peticionario, lo que proceda en el caso" (18).

Sin necesidad de entrar a considerar qué es lo que la Suprema Corte ha entendido por "breve término" y su aplicación a la acción procesal (19), nos parece que conviene deslindar tan claro como sea posible las relaciones entre acción y petición, ya que nos parece que no ofrece dudas considerar que la acción, siendo una petición, no puede agotarse, por sus efectos -especialmente la creación de la relación jurídica procesal triangular, frente a la petición que es sólo bilateral- y finalidades -composición de un litigio a través de la jurisdicción mediante proceso-, en la garantía consagrada por el artículo octavo de nuestra Constitución.

Hemos dicho, desde las primeras páginas del -- presente trabajo, que la acción -dentro de las innumerables construcciones teóricas de que ha sido objeto- se presenta como el acto que da pie a la instauración de un proceso tendiente a componer un litigio mediante la intervención soberana del Estado en el ejercicio del poder

jurisdiccional. Tales consideraciones podrían hacernos pensar que la distinción entre la acción y los demás tipos de peticiones radica en el destinatario de las mismas. De esta manera, sería acción la petición que se dirigiese al Estado a través de sus órganos jurisdiccionales. Este es el problema: ¿Puede considerarse como acción procesal toda petición dirigida al órgano jurisdiccional?, o, por el contrario, ¿Existen peticiones formuladas ante el juzgador que no constituyen el ejercicio de la acción?

Procuraremos despejar dichas incógnitas mediante el examen del debatido párrafo tercero del artículo 97 constitucional y el estudio de las medidas o medios prejudiciales existentes dentro de nuestro enjuiciamiento civil, y en concreto, el llamado "depósito de mujer casada".

La Constitución mexicana de 1917 establece, en el párrafo tercero del artículo 97, que la Suprema Corte de Justicia de la Nación podrá avocarse a la investigación ("averiguación") de "la conducta de algún Juez o Magistrado federal, o algún hecho o hechos que constituyan la violación de alguna garantía individual, o la violación del voto público, o algún otro delito castigado por la ley federal".

En tal párrafo, que no en balde Antonio Carrillo Flores ha calificado recientemente de "misterioso" (20) y que quizá se deba al indomable espíritu justicie

ro de don José Natividad Macías, se confiere a la Corte una facultad de investigar, conductas, violaciones de garantías individuales, violaciones electorales y delitos. Dicha investigación puede realizarla la Suprema -- Corte por propia iniciativa "cuando así lo juzgue conveniente", o cuando se lo pidiese el Ejecutivo Federal o estadual, o, finalmente, alguna de las cámaras de representantes.

Lo que aquí nos interesa examinar es si quien pide a la Corte que se realice una investigación, ejerce una acción, o si, por el contrario, se limita a -- hacer uso del derecho de petición. Es claro que esta -- cuestión trae aparejada la relativa a la "legitimación" o "titularidad" de tal poder de iniciativa, aparentemente reservado por el artículo 97 a las personas en él taxativamente señaladas. Creemos que el examen de este -- artículo podrá demostrar que no toda petición dirigida a la autoridad jurisdiccional, en este caso a nuestro -- más alto tribunal, constituye necesariamente una acción procesal.

Dejando a un lado las varias hipótesis que el mencionado precepto encierra, y concretándonos a la -- "averiguación" de hechos que se presume violen garantías constitucionales (21), es preciso determinar el contenido y la extensión de la facultad conferida a la Suprema Corte.

A nuestro entender, las facultades que el artículo 97 constitucional confiere a la Suprema Corte de Justicia, atentos a los términos del mismo y a la posición adoptada por el propio tribunal en 1879 en ocasión del trágico "mátalos en caliente" -que quizá constituya uno de sus antecedentes más directos- (22), se limitan a la encomienda de la investigación de las causas o hechos que presuntamente implican violación de garantías individuales. Tal investigación no es un acto de procesamiento, y tampoco puede identificarse con la fase instructiva de un proceso.

En realidad -al menos así nos lo parece-, - - cuando la tranquilidad pública se ve afectada por la -- presunta violación de garantías, misma que por razones políticas diversas no es investigada y sancionada de modo normal, la Suprema Corte de Justicia debe intervenir para reforzar la confianza que en la administración de justicia puedan tener los ciudadanos (23); por ello, de dicha investigación no se desprende necesariamente un proceso: la Corte cumple con tan alta función al ordenar, o al no ordenar, la investigación, simplemente basta -- que acuerde sobre la petición, haciendo saber al interesado su determinación. En dichos casos la Suprema Corte no actúa ejercitando el poder jurisdiccional, ya que no puede -en forma inquisitiva- actuar como juez y parte, y tampoco compone -mediante la investigación- el litigio originado por la posible violación de las garantías in-

dividuales. De ahí que se hable de una función investigadora, diversa a las funciones jurisdiccional y administrativa que la misma Constitución encomienda a la Suprema Corte (24).

Anejo a este problema surge el de la facultad de pedir se abra la investigación. De acuerdo con el -- texto constitucional, y de conformidad con la mayor par-- te de la doctrina (25), la enumeración hecha por la -- Constitución es de carácter limitativo, por lo que sólo pueden solicitar la investigación el Ejecutivo Federal, los gobernadores de los Estados y cualquiera de las Cá-- maras de representantes. A nuestro entender, tal res-- tricción no es correcta, ya que es claro que el princi-- pal objetivo de la investigación consiste en proveer -- por una mejor administración de justicia, satisfaciendo la necesidad de certeza respecto de hechos que, normal-- mente, son manejados dolosamente por los medios masivos-- de comunicación, e interesan a toda la comunidad políti-- ca. Por ello, y considerando que tal facultad ciudadana no es sino una de las posibles manifestaciones del de-- recho fundamental de petición, estimamos que la facul-- tad de pedir se abra una averiguación, corresponde a to-- do individuo, independientemente de que la Suprema Cor-- te de Justicia se encuentre facultada a iniciarla motu-- proprio.

Mediante esta digresión, y la que a continua--

ción se apunta, nos parece que las peticiones dirigidas a las autoridades jurisdiccionales no son siempre acciones, o más concretamente, no implican necesariamente el ejercicio de la acción procesal.

El segundo caso a examen consiste en la petición que dirige el particular a los órganos jurisdiccionales a fin de prevenir, preparar o asegurar los juicios; todas ellas, nociones atinentes a la figura del proceso preliminar (26). Un ejemplo de dichos actos lo constituye la providencia precautoria entre nosotros conocida como "depósito" o "separación de personas" (27). De las diversas modalidades que la misma puede asumir -conforme a nuestros ordenamientos, nos interesa precisamente aquella relativa al depósito de mujer casada que intenta -en un futuro- demandar a su marido. Consideramos que la misma es, por un lado, preparatoria, en tanto que tiende a preparar un juicio -en concreto la posibilidad del mismo, ya que prepara la existencia de la relación jurídica procesal mediante la futura interposición de la demanda y, por otro, cautelar, en tanto que protege la situación personal de la mujer casada asegurando su libertad de actuación en juicio.

Para obtener el depósito, la interesada interpela a la autoridad jurisdiccional, pidiéndole la auxilio para que pueda libremente ejercitar el derecho de acción; la mujer no solicita la composición de un litigio o la actuación de la ley respecto a un determinado-

conflicto de intereses, simplemente pide al juzgador que, provisionalmente, la autorice a separarse de su cónyuge a fin de demandarle dentro de los próximos diez días -- (28). En estos casos, quien solicita el depósito, hace uso del derecho de petición, debiendo en consecuencia la autoridad responder sobre la misma, lo que no crea una relación triangular, en virtud de que la petición es una simple instancia que no genera efectos definitivos sobre el litigio: de ahí su carácter provisional (29); la resolución que a la petición de depósito dé la autoridad, no constituye una sentencia y tampoco nos parece que sea el resultado del ejercicio de la jurisdicción.

De ser válidas las argumentaciones anteriores, creemos que podemos deslindar en base a ellas, las nociones de petición y de acción. A la acción la entendemos como la facultad de desencadenar la actividad jurisdiccional tendiente -de modo directo y principal- a la composición de un litigio mediante la instauración de un proceso. En cambio, la petición no persigue la composición de un litigio y sí, el proveído de la autoridad sobre una determinada solicitud, mismo que puede dar origen a un procedimiento pero no a un proceso (30). Es esta distinción entre proceso y procedimiento la que a nuestro parecer permite deslindar ambas nociones.

Sin embargo, aun siendo diferentes la petición y la acción, toda acción entraña una petición; pero esto

no equivale a sostener que la acción se agota en la petición, y sí sólo a afirmar que en toda acción se pide. Tal petición es lo que nosotros consideramos instancia, que acompañada de la pretensión configura la acción procesal.

Una instancia sin pretensión, no pasa de ser una petición. La misma se satisface de conformidad con el artículo octavo constitucional—mediante la respuesta de la autoridad producida y comunicada en breve tiempo. Por el contrario, la acción no se satisface sino mediante el proceso jurisdiccional.

Si la instancia desprovista de la pretensión carece de relevancia auténticamente procesal, lo mismo puede decirse de la pretensión sin instancia. Quien pretende, debe instar a las autoridades para encontrarse en posibilidad de obtener jurídicamente la composición—procesal del litigio, negar lo anterior nos situaría en un terreno incierto, en el que la acción procesal se --desvanecería perdiendo su autonomía científica.

En resumen, la acción procesal, entendida como formada por la instancia y la pretensión, puede asimilarse al derecho fundamental de petición sólo en tanto que éste es fundamento de la instancia. Siendo instancia y pretensión nociones indisolubles del concepto de acción, la garantía de petición consagrada en el artículo octavo de la Constitución mexicana, garantiza la po-

sibilidad de ejercicio de la acción, pero no la explica, tutela y ampara cabalmente.

Todo lo anterior nos induce a buscar las garantías que, al lado de la de petición, pueden brindar sustento a una concepción constitucional de la acción procesal dentro del ordenamiento mexicano.

Si hemos sostenido que la acción no puede agotarse en la pretensión, en virtud de que los fines y la estructura de una y otra difieren, es preciso indagar si existe alguna garantía dentro de nuestro ordenamiento constitucional a ellos relativo.

Cuando Margadant sostiene que el artículo octavo constitucional no es una base suficiente para hablar de constitucionalización de la acción, apunta que tal vez ella pueda encontrarse en el texto del artículo 17 (31).

Como ya antes hemos recordado, es en el artículo 17 de nuestra Carta fundamental en donde se encuentra contenida la prohibición positiva de la autodefensa dentro del derecho mexicano vigente. Tras excluir la prisión por deudas civiles, se establece que "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho". A la prohibición de la autodefensa se acompaña la garantía de la administración de justicia mediante la intervención de los tribunales en forma expedita y dentro de "los plazos y términos que fije la ley". Tal función, de acuerdo con la norma fundamental, ha de ser gratuita.

El contenido del artículo 17 se encuentra en estrecha conexión con el artículo 14 que determina que para que un individuo pueda ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades, posesiones y derechos, es necesario que se siga un juicio ante los tribunales previamente establecidos. En función de la conexión, habremos de examinar ambos preceptos de manera conjunta.

Ambas garantías creemos que configuran en realidad un derecho a la jurisdicción, al tiempo que señalan un límite objetivo a la competencia de todo género de poderes y autoridades. Partiendo de que la prohibición de la autotutela genera dentro del Estado de derecho tanto la acción como la jurisdicción, es en base a esta unidad en la que pretendemos encontrar la constitucionalización del derecho de acción.

El primer problema que a este respecto se nos presenta, consiste en indagar si efectivamente la prohibición de la autotutela contenida en la segunda frase del artículo 17 constitucional constituye o no una garantía. Existen quienes opinan que tal prohibición no integra garantía alguna. Así, para Burgoa, el artículo 17 "no sólo no establece para el gobernado ningún derecho subjetivo ni para el Estado y sus autoridades una obligación correlativa, sino que impone al sujeto dos deberes negativos: no hacerse justicia por propia mano y no ejercer violencia para reclamar su derecho" (32).

Nos parece que la opinión de Burgoa no resiste la crítica. Tratadistas de la más alta calidad, como lo son Roberto Mantilla Molina y Ulises Schmill, han sabido interpretar el artículo 17 constitucional como una garantía en virtud de que en él se establece una restricción al poder legislativo, consistente en la imposibilidad jurídica de prescribir, ya como debido, ya como permitido, en forma general, el empleo de la autotutela (33).

Igualmente inexacta nos parece la opinión apenas apuntada por Burgoa respecto a las relaciones entre la acción procesal y el artículo 17 constitucional, -- pues dicho autor manifiesta que a dichos "deberes negativos" se suma uno "positivo", anexo a ellos, "que es-- triba en acudir a las autoridades estatales en demanda de justicia o para reclamar sus derechos" (34).

Independientemente de que también en algún momento el connotado procesalista argentino Amílcar A. -- Mercader haya visto en la acción un deber (35) -- sólo -- que con argumentos bastante más sólidos que los de Ignacio Burgoa-- la incorrección de la afirmación es manifiesta. Burgoa se olvida que el ejercicio de la acción es siempre una posibilidad, una manifestación del querer de su titular; si en materia civil es claro que a nadie puede obligarse a que demande (a que ejercite la acción), en el proceso penal también el ejercicio de la acción constituye una posibilidad, ya que, aun cuando --

se dice que su ejercicio constituye dentro de nuestro sistema de enjuiciamiento criminal un "deber" a cargo del Ministerio Público, sólo lo es cuando se dan una serie de supuestos que posibilitan su ejercicio, y aún presentándose éstos, el propio Ministerio Público tiene que decidir si la ejerce o no; máxime en México, en que siendo el principio de legalidad la regla, es la oportunidad la práctica. En un segundo sentido, no se ve cuál pueda ser la sanción normativa al no ejercicio de la acción. Cuando la autodefensa se prohíbe genéricamente, no se impone el deber de accionar, sólo se crea la posibilidad jurídica de hacerlo.

Partiendo de que el artículo 17, contra lo que supone Burgoa, sí contiene una garantía, es necesario indagar cuál es su extensión. De acuerdo con las autorizadas opiniones de Schmill y Mantilla Molina apenas arriba señaladas, se afirma que la garantía del artículo 17, aunada a la contenida en el artículo 14, integra una garantía relativa a la imposición de sanciones. Igualmente, ambos autores sostienen que la misma representa un contenido excluido o sustraído para el poder legislativo, en el sentido de que éste no podrá válidamente, encomendar el poder sancionador a los propios interesados.

Para nosotros, siguiendo la terminología de Schmill, el contenido excluido fijado por el artículo -

17, comprende tanto a las autoridades legislativas como a todo tipo de autoridades estatales (36). La autotutela no sólo se prohíbe a los particulares, como cree -- Burgoa: también comprende a la totalidad de órganos estatales, y es precisamente aquí donde dicha garantía -- cobra su verdadera dimensión en países en los que -- como en el nuestro-- la autodefensa estatal, esencialmente represiva, cobra día a día mayor incremento. La existencia misma de "procesos políticos", es lo que nos revela en gran medida lo precario de nuestra realidad constitucional, lo endeble de ciertas concepciones procesales que pretenden haber conjurado la autotutela mediante su simple prohibición legislativa.

Dejando a un lado las posibilidades innumerables, y sobre todo las realidades inencontrables, en que la autodefensa se presenta, creemos necesario puntualizar que la exclusión fijada por el artículo 17 constitucional no obsta para que dentro de las leyes ordinarias, especialmente penales pero también civiles (37),-- se admita el empleo de medios autodefensivos. El empleo de la autotutela en tales casos no contraviene al texto constitucional, en virtud de que dichos actos no implican la aplicación de una sanción estatal; prueba de -- ello es que no generan los efectos típicos del proceso, tales como la cosa juzgada. Quien en uso de la legítima defensa priva de la vida a otro, no aplica una sanción--

jurídica, no "se hace autojusticia", simplemente realiza una conducta permitida por la ley. Dicha conducta es autodefensiva, pero no por ello representa un caso de aplicación coactiva de la ley sin intervención de las autoridades jurisdiccionales, el litigio no se compone ni resuelve: simplemente se disuelve o aplaza, pues el empleo de tales medidas puede muy bien reclamar la intervención del Estado a fin de acertar la legalidad en el empleo de la autodefensa (38).

En resumen, al prohibir genéricamente la autotutela, nuestra Constitución señala, como medio por excelencia para componer los litigios, el deber de los tribunales de administrar justicia.

Jurisdicción y acción vuelven a verse vinculadas en virtud de que, una vez producido el litigio, es necesario que el mismo encuentre su composición pacífica dentro de moldes jurídicos. Estando prohibida la autotutela, se abre la vía compositiva a través del proceso. Si se pretende conjurar el peligro de la autotutela es necesario, entre otras cosas, allanar el camino a la justicia, abrir las posibilidades de accionar ante los tribunales en la forma más amplia que sea posible. He aquí la trascendencia de la mencionada garantía.

La garantía jurisdiccional contenida en los artículos 14 y 17 constitucionales, tiene, pues, una doble dimensión. Por un lado, garantiza la posibilidad de com

poner los litigios mediante la intervención de los órganos del Estado, y, por otro, asegura al particular - interesado, la posibilidad de accionar ante dichos órganos con miras a la composición de un litigio mediante proceso, de acuerdo con las formalidades del mismo (artículo 16 constitucional).

Cuando se ve que la Constitución garantiza no sólo la posibilidad de peticionar ante los órganos jurisdiccionales (artículo 8o), sino también la de componer los litigios ("hacer justicia", "reclamar derechos") mediante la intervención de los órganos competentes para administrar justicia (artículos 14 y 17), la acción procesal queda contemplada en su dimensión auténtica. La acción no es simplemente el poder de poner en marcha el procedimiento, es la posibilidad de colaborar en la administración de justicia en el proceso; es, en el fondo, la posibilidad de obtener la composición jurídica de los litigios.

Para que tal garantía pueda realizarse plenamente, la misma Constitución ha dispuesto que "los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley; su servicio será gratuito, quedando en consecuencia, prohibidas las costas judiciales".

Los mecanismos encargados del control de constitucionalidad (39) tienen entre sus funciones velar -

por que esta garantía sea una realidad. A ellos corresponde velar porque el acceso a la justicia exista como una posibilidad para todos los ciudadanos -en función- de las garantías de igualdad- y respecto a todo género de litigios y conflictos jurídicamente calificados.

En síntesis: nos parece que dentro del derecho positivo mexicano la acción procesal se encuentra garantizada constitucionalmente mediante tres diversos artículos. En primer término, el artículo octavo constitucional integra un primer aspecto de la garantía de acción, en tanto que consagra el derecho de petición que en toda acción procesal se ejercita. Dicha garantía viene a ser completa mediante el texto de los artículos -- 14 y 17 que crean la posibilidad de pedir a los órganos jurisdiccionales la composición de los litigios mediante la aplicación de la ley en un proceso.

Para poder determinar la índole de la garantía de acción dentro del derecho mexicano es necesario examinar cuál es la regulación que la misma tiene dentro de las leyes de enjuiciamiento ordinarias, para posteriormente referirnos a los sistemas de control que a -- la misma amparan y, finalmente, intentar un acercamiento a su realidad dentro de la práctica mexicana, pues -- no basta con que la acción procesal se encuentre garantizada de la manera más amplia por las leyes: es también necesario que dicha posibilidad se plasme en la -- realidad.

3. La acción procesal dentro del enjuiciamiento mexicano.

Partiendo de que la acción es un concepto teórico unitario y de que la garantía constitucional de la misma se refiere a todo litigio y a cualquier individuo, pasamos ahora a estudiar las directrices generales que animan su regulación positiva en los diversos ordenamientos procesales. En dicho examen intentaremos ver en qué medida encuentra un eco la garantía constitucional de acción y cuáles son los obstáculos que cada tipo de enjuiciamiento ofrece a la misma.

Una de las dificultades que tal examen presenta radica en la multiplicidad de códigos procesales, civiles y penales. Como es sabido, en función de un harto discutible "federalismo procesal" (40), formalmente rigen en México veintinueve ordenamientos procesales para cada una de las dos principales ramas de nuestro enjuiciamiento (41).

Para su estudio, afortunadamente, dichos códigos pueden agruparse en función de sus grandes semejanzas. Esta realidad ha llevado al fundador de la escuela procesal científica mexicana, don Niceto Alcalá-Zamora, a formar "familias" de códigos, distinguiendo entre -- códigos matrices y códigos filiales (42). Partiendo de dicha agrupación habremos de examinar la situación que guarda la acción procesal en los códigos matrices de ca

da una de dichas familias.

a) La acción dentro del enjuiciamiento civil -
mexicano.

De acuerdo con Alcalá-Zamora y Castillo, en ma-
teria civil son seis las familias a que podemos llamar-
" puras o definidas" y tres las resultantes del mesti-
zaje codificador.

A la cabeza de cada una de dichas familias pu-
ras encontramos como códigos matrices a los del Distri-
to de 1884 y 1932, al de Guanajuato de 1934, al Antepro-
yecto distrital de 1948, el de Puebla de 1956 y, por úl-
timo, el de Tamaulipas de 1961.

El Código de Procedimientos Civiles del Distri-
to Federal y Territorio de la Baja California de 1884,-
representa la culminación de una dolorosa evolución re-
formadora de nuestro enjuiciamiento civil que se inicia
en 1812 con el decreto de 9 de octubre denominado "Arre-
glo de Tribunales", prosigue con la "Ley para el arre-
glo de la administración de justicia en los tribunales-
y juzgados del fuero común" de 23 de mayo de 1837 y se-
continúa con los decretos de 28 de febrero de 1843 so-
bre "Arreglo de los Tribunales Superiores", el "Proyec-
to de ley para organizar la administración de justicia-
en el Distrito Federal" de 1852, la "Ley para el arre-
glo de la administración de justicia" de 16 de diciem-
bre de 1853 para el fuero común. Tales intentos alcanzan --

una definición más clara con la "Ley para el arreglo de los procedimientos judiciales que se siguen en los tribunales del Distrito y territorios", de 4 de mayo de -- 1857 y que se conoció también como "Ley Iglesias", el -- "Código de procedimientos civiles" de 9 de diciembre de 1871 y su reforma --en realidad un nuevo código-- de 15 -- de diciembre de 1880.

Sin ánimo de detallar las orientaciones generales a que tal código de 1884 responde, y centrándonos -- en la reglamentación que de la acción presenta, conviene tener presente que encabeza la primera familia --en -- razón de antigüedad-- de códigos procesales, perteneciendo a la misma los de Zacatecas de 1891 y seguido -- muy de cerca por el de Tlaxcala de 1928.

Dicho código de 1884 estuvo vigente por casi -- medio siglo dentro del Distrito Federal y fué adoptado -- por el Estado de Zacatecas en 1891, estando vigente hasta el 2 de mayo de 1966. De ahí que su importancia sea -- actualmente más histórica que positiva.

Dicho ordenamiento, tal vez apropiado para su -- tiempo, es hoy día francamente anacrónico; de tipo esencialmente privatista y acientífico en más de un aspecto.

Nos interesa destacar que el mismo se abre con un título preliminar "De las acciones y de las excepciones", dividiéndose en dos títulos relativos a cada una -- de dichas materias respectivamente.

Este primer dato nos muestra una visión anticuada de la acción, en virtud de que no recoge la bilateralidad de la misma. En general, salvo el artículo primero, en que se establece que la acción es "el medio de hacer valer ante los tribunales los derechos establecidos por la ley", se confunde siempre la acción con la pretensión. De tal suerte, se establece una clasificación de las acciones de conformidad con el objeto de las pretensiones (acciones reales, personales y de estado civil). Conforme a tales criterios se señala expresamente que las "acciones principales" son aquellas que nacen de una obligación (art. 13, a contrario sensu) y que toda acción "dura" lo que dure la obligación de que emana (art. 24). No conociéndose en nuestro medio la doctrina de la acción declarativa, y sabedores los legisladores de nuestra herencia hispánica, se reglamenta detalladamente en el artículo 23 la arcaizante "acción de jactancia".

Cabeza de la segunda familia de códigos procesales, a la sazón la más importante cuantitativamente hablando, es el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios de 1932. Dicho texto, adoptado por el Estado de Nayarit en 1937 y por Baja California en 1959, ha ejercido una influencia decisiva en los de Veracruz de 1932, Guerrero de 1937, Chiapas de 1938, Hidalgo de 1940, Colima y Sina-

loa de 1954, Coahuila de 1941, Chihuahua de 1942, Oaxaca de 1944, Aguascalientes de 1948, Durango de 1948, Tabasco de 1951 y Querétaro de 1955. Además, al lado del distrital de 1884 genera los de Nuevo León, Michoacán, Yucatán, Campeche y Jalisco; en combinación con este último produce el de San Luis Potosí, y junto con el de 1884 y el de Guanajuato antecede al del Estado de México. Como se ve, su importancia no ofrece dudas.

Dentro del código distrital de 1932, la acción se encuentra regulada a la cabeza del cuerpo normativo.- El título primero, "De las acciones y excepciones", comprensivo de dos capítulos y de un total de 43 artículos, es un fiel reflejo de una concepción privatista tanto de la acción como del proceso. Cuando se coloca como centro del enjuiciamiento a la acción, y se le regula conforme a criterios netamente sustanciales, es claro que se mantiene la posición tradicional de considerar el proceso como un mero instrumento para hacer valer los intereses de las partes. Por si esto no bastase, la excepción se contempla siempre como el reverso de la acción, de manera que la actividad jurisdiccional se coloca al servicio primordial de los intereses de ambas partes.

La regulación de que la acción es objeto es, esencialmente, una aplicación de las tesis sustancialistas de origen romanista. Así, el artículo primero no define la acción como lo hace el del código de 1884-, pe-

ro señala que el ejercicio de la misma requiere: la -- existencia de un derecho, la violación del mismo, el -- desconocimiento de una obligación o la necesidad de declarar, preservar o constituir un derecho, la capacidad del actor y el interés para deducirla.

La fracción primera representa una adopción -- de las clásicas tesis sustancialistas. Es claro que la existencia de un derecho no puede considerarse como un requisito relativo al ejercicio de las acciones, en virtud de que, como ya hemos tenido oportunidad de precisar, además de no explicar la sentencia desestimatoria, impide la configuración de las acciones meramente declarativas, que reconoce expresamente nuestro código en la fracción segunda del mismo artículo. La influencia de -- las doctrinas de Savigny es clara, especialmente en la fracción segunda, que se refiere a la "violación de un derecho" como requisito de la acción. Es en esta misma fracción segunda donde nuestro código establece las bases para una clasificación procesal de las acciones -- (declarativas, constitutivas y de condena), introduciendo indebidamente una cuarta categoría tendiente a "preservar". Creemos que no cabe hablar de "acciones" precautorias o cautelares y sí solo de medidas o medios -- precautorios, que se ejercitan en virtud de una petición, pero no de una acción propiamente dicha, en virtud de que las mismas no tienden en ningún caso de modo directo a la composición de un litigio, se limitan a --

asegurar los efectos del juicio (43).

El criterio privatista que campea a lo largo de las cuatro fracciones de este artículo primero ha encontrado eco en numerosas ejecutorias judisprudenciales, - aun cuando el 28 de mayo de 1930 la Tercera Sala de la - Suprema Corte de Justicia de la Nación, por unanimidad - de votos, y merced a la exposición del ponente don Alber - to Vázquez del Mercado, aceptó expresamente la validez - de las teorías abstractas o autónomas de carácter publi - cista acerca de la acción. En tal ejecutoria es clara -- la influencia de Rocco, especialmente de su obra La sen - tencia civil, de la que se citan varios pasajes en la re - solución del negocio (44).

Antes de examinar el contenido del artículo 20 - del c.p.c., conviene hacer notar que los artículos 3 a - 20 inclusive contienen un cúmulo de normas más sustanti - vas que procesales, refiriéndose todos ellos a las "ac - ciones reales". En realidad se refieren a pretensiones - de dicha índole y su ubicación hubiese sido más adecuada dentro de la ley sustantiva, que en buena medida ya las - comprende. Si a las acciones reales dedica nuestro código distrital casi la mitad de los artículos que asigna a -- las "acciones y excepciones", ello se debe claramente - a una peculiar orientación ideológica del texto que, a - mas de privatista, viene a construir el proceso como un - instrumento por el que se defienden los derechos sobre - las cosas, sobre los bienes materiales. En cambio, la re -

gulación procesal de los llamados derechos personales - ocupa apenas cinco artículos (arts. 25-30), pero se conserva la medieval "acción de jactancia", de nula utilidad en nuestros días, en los que a través de la acción declarativa pueden obtenerse los mismos efectos.

De especial relevancia resulta el artículo segundo, pues al disponer que "la acción procede en juicio aun cuando no se exprese su nombre, con tal de que se determine con claridad la clase de prestación que se exija del demandado y el título o causa de la acción", priva de sentido a los subsiguientes artículos ocupados de etiquetar y denominar las diversas pretensiones. Si, por un lado, el mencionado precepto se vincula con el aforismo iura novit curia, por otro permite la introducción de las teorías abstractas, en tanto que restringe el carácter sustancialista de la clasificación. La segunda parte del precepto sienta igualmente las bases de lo que se conoce como teoría de la sustanciación de la demanda, por lo que dicha parte del precepto puede muy bien suprimirse, debido a que en el artículo 255, fracción V, siguiendo a Caravantes, se señala que en la demanda habrán de narrarse los "hechos en que el actor funde su petición" (rectius: pretensión). De esta manera los aforismos iura novit curia, sostenido por el artículo segundo y sólo aparentemente contradicho por la fracción VI del 255 (45), y da mihi facto dabo tibi ius, consagrado en el 255, vienen a correlacionarse para in

tegrar los caracteres de la pretensión.

Como muy acertadamente sostiene Alcalá-Zamora (46), el artículo segundo, unido a los artículos 21, - 22, 23, 29, 31, 32 y 34, son en realidad los únicos - de naturaleza procesal, al grado que de suprimirse los restantes en nada se vería afectado nuestro enjuiciamiento. Es por ello que al lado de los artículos 8o, - 14 y 17 constitucionales, constituyen las auténticas - bases procesales de la acción dentro del enjuiciamiento civil mexicano.

Conviene, pues, examinar a que atañen los artículos del c.p.c., apenas arriba citados. En primer término, los artículos 21 a 23 no se refieren de modo directo a la acción, pero interesa considerarlos por ser ellos los que establecen los límites a los que ha de conformarse la intervención de terceros en la causa. Dichas normas encuentran su confirmación tanto en los códigos sustantivos (cfr., vgr., arts. 2052, 2057 y -- 2216 del cod. civ.), como en el código procesal en el capítulo reservado a la tercería (arts. 652 a 673 del c.p.c.). El modo como regula la intervención de terceros poco es lo que tiene que ver con la acción, pues si se acepta que el problema de la legitimación se sitúa fuera de tal concepto, su lugar originario es ajeno a la reglamentación de la acción procesal.

De la misma manera, el artículo 29 atañe a la legitimación activa y no a la acción, en tanto que-

el 31 se refiere a la acumulación de acciones y a las demandas contradictorias, temas ambos atinentes a la pretensión o, si se prefiere, al objeto litigioso del proceso.

El artículo 32, como antes hemos señalado, se encarga de mantener en vida la canchana "acción" de jactancia. Tal regulación es innecesaria, toda vez que el artículo primero reconoce expresamente la posibilidad de intentar acciones meramente declarativas, de las cuales la de jactancia no es sino una de sus formas más antiguas. Las fracciones segunda y tercera del artículo 32, se refieren respectivamente a la tercera y a la sustitución procesal, por lo que su inclusión en el capítulo primero resulta, al igual que la de los artículos 21 a 23, desafortunada (47).

Finalmente, el artículo 34 del c.p.c., se refiere a la instancia y a la pretensión aun cuando las confunde hablando de acción y demanda. En virtud de dicho precepto se regula el desistimiento (48). A nuestro entender dicho artículo merece una reforma tendiente a pulir su terminología, ya que de conformidad con las bases constitucionales de la acción, ella no puede ser objeto de desistimiento ni de renuncia. Sólo cabe aceptar dichas figuras -ambas derivadas de principios dispositivos- respecto a la instancia o la pretensión, mas nunca en relación con la posibilidad de accionar.

En síntesis, los caracteres que a la acción -- procesal pueden atribuirse en función de las normas -- constitucionales arriba analizadas, no encuentran su -- debida proyección dentro del c.p.c.: ello se debe al carácter privatista que anima a este último frente al conjunto de orientaciones publicistas animadoras de los -- textos constitucionales. Empero, como en breve veremos, las violaciones a la garantía de acción constitucionalmente consagrada no se producen -- dentro del enjuiciamiento civil -- en función de la legislación ordinaria y -- sí, por el contrario, merced a una serie de cuestiones -- de índole fundamentalmente dinámica.

El Código de procedimientos civiles para el -- Estado de Guanajuato así como el Código Federal, que -- con él forma la tercera de las familias, tuvo el mérito de desembarazarse de una tradición poco o nada científica. El carácter privatista y sustancialista que impregna a los ordenamientos distritales de 1884 y 1932 se ve disminuído considerablemente y el centro del enjuiciamiento se orienta más hacia la jurisdicción que hacía -- la acción, con el consiguiente cambio en la regulación -- de esta última institución.

De esta manera, el código de Guanajuato no -- nos habla ya de la acción en la forma en que lo hacen -- los códigos distritales y los en ellos inspirados. Se -- habla de las "personas que pueden intervenir en un pro-

cedimiento judicial" (arts. 10 - 100) y de las obligaciones y deberes de las partes (arts. 11 - 15), para de inmediato abordar la reglamentación de la actividad jurisdiccional.

El artículo 10 del código guanajuatense, establece el principio de iniciativa del proceso a petición de parte, en tanto que el código federal prefiere retornar a las ideas de interés en obrar, pero manteniendo -- ambos la convicción de que la actividad procesal pertenece a los tres sujetos que como mínimo intervienen en él. Con ello, al tiempo que se establecen reglas tendientes a establecer la igualdad entre actor y demandado, la regulación de la acción procesal pierde su connotación civilista. Nos parece que aun no encontrándose exentos de defectos, los códigos de Guanajuato y Federal representan un avance de índole legislativa frente a la corriente tradicional que en materia normativa priva en el enjuiciamiento civil mexicano.

En 1948 se formuló un Anteproyecto de código de procedimientos civiles para el Distrito y Territorios Federales que, aun cuando nunca alcanzó sanción legislativa, ha influido decisivamente en la reforma de nuestro sistema de enjuiciamiento. En él se apoyan dos de los textos más modernos con que contamos: los de Sonora y Morelos, siendo el primero de ellos seguido a la letra por el nuevo código del Estado de Zacatecas.

Dicho Anteproyecto, al igual que la mayoría de nuestros códigos procesales civiles, abre su capitulado con la regulación de la acción y la excepción (Arts. -- 12 - 31), sólo que no respetando la tradición romanista y sí intentando conciliar el texto legislativo con los adelantos que hasta esa fecha había alcanzado la -- ciencia procesal por nosotros conocida (especial in- -- fluencia italiana puede percibirse en dicho anteproyecto).

Tras de asentar en el capítulo preliminar que la iniciación del proceso compete a las partes, salvo los casos en que la misma se encomienda al Ministerio Público (art. 60), el Anteproyecto tiene el mérito de establecer en su artículo 12 que "para hacer valer una acción en juicio, se necesita la interposición de la demanda ante juez competente", con lo que aparentemente ve en la acción un "derecho a la jurisdicción". Empero, los artículos subsiguientes se limitan a modificar y depurar, en más de una ocasión, la terminología del c.p.c. de 1932, omitiendo, dicho se está, la calificación sustancialista de las mismas. De algunos otros aspectos del proyecto habremos de ocuparnos al examinar la concreción de la garantía constitucional de acción en nuestra práctica (vgr., costas y gratuidad).

Finalmente, y para terminar con esta sucinta relación de las diversas cabezas de las familias en que

se divide el enjuiciamiento mexicano, debe decirse que los más recientes códigos procesales matrices de Puebla y Tamaulipas se refieren, el uno, a la "personalidad de los litigantes", que se confunde a menudo con la capacidad para ser parte actora o legitimación activa, y el otro a la actuación procesal refiriendo la misma, frecuentemente, al problema de la legitimación. El código de Tamaulipas destaca por establecer en su artículo tercero que la marcha del procedimiento "no podrá alterarse o entorpecerse por disposiciones fiscales".- Sobre este particular habremos de volver en breve.

Una vez examinado este panorama general de la legislación procesal civil mexicana, creemos que puede afirmarse que la regulación de la acción procesal en nuestras leyes ordinarias es bastante diversa de la consagración que de la facultad de acción contiene nuestra constitución. Ello se debe, muy probablemente, a que -como afirmó Cuture- mientras que nuestras constituciones miran hacia el futuro los códigos procesales lo hacen hacia el pasado. Las consecuencias de dicha postura privatista revierten inevitablemente en la realización fáctica de la garantía de acción procesal. Pero antes de abordar dicha cuestión conviene contemplar la situación que guarda la regulación de la acción procesal dentro de las leyes ordinarias referentes al enjuiciamiento criminal, administrativo, agra-

rio, laboral y constitucional.

b) Estructura de la acción en el enjuiciamiento penal mexicano.

Si el análisis de la acción en nuestros ordenamientos de enjuiciamiento civil es impreciso y descuidado, el examen que de la misma nos ofrecen los textos legales relativos al enjuiciamiento penal, no puede calificarse sino de defectuoso. Así, Alcalá-Zamora y Castillo ha sostenido que la acción está "pésimamente planteada" dentro del enjuiciamiento penal mexicano (49) y autores como García Ramírez y Rivera Silva han señalado que el capítulo relativo a la acción es uno de los que reclaman una mas pronta reforma dentro de la ley mexicana (50).

Al examinarse el problema de la acción en el enjuiciamiento penal mexicano, suelen señalarse a los artículos 21, 16 y 111 de la Constitución como las bases de toda la legislación ordinaria (51).

Conforme a tales bases, "la persecución de los delitos incumbe al ministerio público y a la policía judicial" (artículo 21 constitucional); "no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal... hecha excepción de los-

casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices... (y) en casos urgentes... tratándose de delitos que se persiguen de oficio" (artículo 16 constitucional), y -de acuerdo - con el artículo 111 constitucional- tratándose de "los - delitos oficiales... no podrá abrir (se) la averigua- -- ción... sin previa acusación de la Cámara de Deputados".

La legislación ordinaria es la que ha tenido la misión de desarrollar los amplios e imprecisos princi -- pios arriba apuntados. Para contemplar el desarrollo de los mismos, hemos de referirnos a los diversos cuerpos - integrantes de la legislación procesal penal estadual y federal.

Tal variedad de ordenamientos ha sido agrupada por Niceto Alcalá Zamora y Castillo (52) en cuatro familias puras y una mestiza. Dentro de la primera categoría encontramos como matrices al Código de procedimientos penales para el Distrito y Territorios Federales de 1931, - que ha sido adoptado por Nayarit y Baja California, al - tiempo que es fuente principalísima de los de Querétaro, Nuevo León, Guerrero, Chiapas, Coahuila, Durango y Coli -- ma; al Código Federal de procedimientos penales de 1934, del que derivan los de Zacatecas, Sinaloa, Oaxaca, San - Luis Potosí, Morelos, Veracruz, Tabasco, Sonora, Aguasca -- lientes, Guanajuato, México, Tamaulipas y Tlaxcala; al - Código de procedimientos penales para el Estado de Jalis -- co de 1934, y por último, el Código procesal penal del -

Estado de Michoacán de 1962. Cuantitativamente, los que tienen una mayor importancia son sin duda los del Distrito y el Federal, ya que a más de ser fuentes de las dos familias más numerosas, dan origen a la única rama mestiza de que son resultado los ordenamientos de Chihuahua y Campeche.

La acción penal, tanto en el código federal como en el distrital, es un ejemplo claro de deficiente técnica legislativa. En ellos, las diversas disposiciones acerca de tan fundamental concepto, se encuentran dispersas, en tanto que dentro de los capítulos expresamente destinados a ella se encuentran a menudo normas que poco o nada tienen que ver con la acción penal.

Siguiendo las orientaciones constitucionales, no exentas tampoco de aberraciones (53), los códigos procesales penales mexicanos confieren la titularidad de la acción penal al Ministerio Público (54), configurando un verdadero sistema de monopolio acusador que, como veremos, sólo encuentra leves disminuciones en la figura de la "querrela mínima" (estrictamente una simple condición de procedibilidad).

De acuerdo con el Código de procedimientos penales para el Distrito y Territorios Federales la acción penal tiene por "objeto" pedir la aplicación de las sanciones, pedir la libertad de los procesados y pedir la reparación de los daños ocasionados por la comisión de un

delito (art. 2o). Hubiese bastado que el legislador señalara la titularidad de la acción y estableciese que mediante ella se pide la aplicación de la ley. La regulación de su "objeto" es superflua. El mismo ordenamiento consagra el capítulo I del primero de sus títulos a la "acción penal" lo cual constituye un índice de la hipertrofia que dentro de nuestro enjuiciamiento acusa el Ministerio Público (55). En materia de "acción", el legislador, lejos de haberse preocupado por trazar claramente el concepto, ha tenido a bien regular algunas de las funciones del Ministerio Público al cual competen casi la integridad de los actos de impulso. De las siete fracciones del artículo 3o, sólo la sexta ("pedir al juez la aplicación de la pena") se identifica con la acción penal (56).

Por su parte, el código federal dedica expresamente seis artículos al problema de la acción (arts. 136-141). En el primero de ellos, comprensivo de seis fracciones, sólo atañen a la acción las fracciones primera y quinta. En la primera señala que mediante el ejercicio de la acción penal se incoa el "procedimiento" (rectius: proceso), en tanto que en la quinta señala que con la acción se pide por el Ministerio Público la aplicación de las sanciones, con lo cual tanto la primera fracción como las cuatro restantes carecen de sentido (art. 136).

La regulación que del desistimiento hace el ordenamiento federal adolece de una pésima terminología, -ya que -como antes hemos visto- el desistimiento no puede ser nunca de la acción y sí solo de la instancia o la pretensión punitiva (art. 138) (57).

Por otra parte, el artículo 137 del código federal parece limitar el ejercicio de la acción penal, pero en rigor no hace sino establecer requisitos a la pretensión. En su fracción primera señala que el Ministerio --Público no ejercitará la acción penal "cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos del delito". En realidad, el estricto cumplimiento de tal fracción sería --funesto; por un lado, si sólo pudiera ejercitarse la acción cuando se tiene la plena certeza de que un delito-- se ha cometido, el proceso sería simplemente un mecanismo destinado a imponer la sanción quedando el período --probatorio sin objeto específico, y, por otro, impediría que un buen número de actos delictivos se castigasen, en virtud de que, no ya la certeza, sino la mera convicción del juzgador surge en el proceso iniciado por la acción.

Otro problema lo constituye el relativo a la --consignación del reo y a los requisitos de la misma. --Nuestra jurisprudencia ha entendido que con el acto de --consignación se ejercita la acción (58). Los requisitos de la consignación, cuerpo del delito y presunta responsabilidad penal, no son en rigor sino requisitos de la -

pretensión. La acción puede ejercitarse aun faltando alguno de dichos elementos, como es frecuente, y ello no obsta para que se dé lugar al ejercicio de la jurisdicción. En atención a los problemas que lo anterior puede causar al indiciado, creemos que sería conveniente -- exigir la reparación de los mismos a la autoridad que en forma negligente ha desencadenado un proceso sin que se reúnan los elementos necesarios y suficientes para presumir que la pretensión está fundada; pero esto, repetimos, no atañe a la acción sino a la pretensión (59).

En suma, y contemplados sólo desde un ángulo es tático, nuestros dos principales ordenamientos de enjuiciamiento criminal contienen una deficiente regulación de la acción penal. Dichas deficiencias, como en breve veremos, al contemplar el aspecto dinámico, acarrearán un buen número de injusticias.

El Código de procedimientos penales para el Estado de Jalisco participa de las mismas deficiencias que respecto a los dos anteriores ordenamientos examinados hemos sucintamente enumerado. En su artículo 32, relativo a la acción penal se señalan algunas de las múltiples funciones que en nuestro sistema corresponden al Ministerio Público y sólo en su fracción sexta se alude directamente a la acción cuando se transcribe literalmente la fracción quinta del artículo 136 del código federal. Si algún mérito cabe apuntar al código de Jalisco, tal vez sea el de haber expresamente señalado en su artículo 34-

algunas facultades que al juzgador corresponden en materia de averiguación previa, y el de haber fundido las no ciones de acción y excepción, materia esta última olvida da por las legislaciones distrital y federal.

La regulación de la acción en el Código procesal penal del Estado de Michoacán es, si no buena, por lo menos más acertada que las antes descritas. Dicho ordenamiento se inscribe dentro de corrientes menos caducas que las inspiradoras del federal y del local (60).

El mencionado ordenamiento michoacano califica a la acción de derecho, lo cual, contrastado con la titularidad exclusiva que respecto a la misma ostenta el Ministerio Público y con la legalidad que impera teóricamente en su ejercicio, resulta criticable (art. 6o) (61). Sin embargo, evita los errores de comprender bajo el rubro de "acción penal" facultades y deberes de su titular respecto a materias independientes de la puesta en marcha de la jurisdicción y así, en su artículo sexto, vincula acertadamente las nociones de jurisdicción y acción en forma congruente y acorde con los imperativos legislativos de la época. Por el contrario, incurre en una falta de claridad al no deslindar nítidamente la acción de la pretensión (arts. 7- 11).

c) La acción procesal y los enjuiciamientos
administrativo, agrario y laboral dentro -
de los ordenamientos mexicanos vigentes.

Respecto al enjuiciamiento administrativo el -
problema de la acción procesal no es precisamente uno -
de los más sencillos. Las dificultades estriban en lo -
que se entienda por proceso administrativo y en el con-
tenido que dentro de dicho enjuiciamiento se dé a la -
acción procesal.

En relación con el problema consistente en sa-
ber a qué es a lo que se denomina "proceso administrati-
vo", creemos que nadie mejor que Niceto Alcalá-Zamora -
ha sabido ofrecer las bases para su caracterización. El
insigne maestro, al establecer la distinción entre pro-
ceso y procedimiento, partiendo de las nociones de fina-
lidad y forma, atinentes la una al proceso y la segunda
al procedimiento (62), hizo evidente la distinción entre
procedimiento y proceso administrativo. Mientras que el-
primero consiste en la sucesión de actos y fases, el se-
gundo apunta hacia un fin específico que es -como ya he-
mos señalado- la composición del litigio (63) mediante-
la intervención de un tercero y a través de la realiza-
ción de la jurisdicción.

Esta primera distinción viene acompañada de -
un conjunto de implicaciones secundarias. En primer lu-

gar, sólo cabe hablar de proceso administrativo ahí en donde se presenta una relación jurídica procesal en que la composición se encomienda a un tercero. En segundo término, aun cuando todo proceso lleva aneja la presencia de un procedimiento, no cabe sostener la contraria, por lo que si bien es cierto que en todo proceso administrativo se da un procedimiento, no todo procedimiento administrativo desemboca en un proceso (64).

El segundo de los problemas a que arriba hacemos referencia, consiste en determinar qué es lo que ha de entenderse por acción en el proceso administrativo. Aparentemente nos hallamos ante un problema inexistente, pues si hemos afirmado que la acción -entendida como la posibilidad de recabar la composición de un litigio mediante la intervención del juzgador- es un concepto unitario, resulta que la noción de la misma comprende al proceso administrativo. Sin embargo, el problema real que la cuestión encierra estriba en determinar la relación que media entre acción y recurso administrativo.

Partiendo de una de las más bellas nociones que haya desarrollado Alcalá-Zamora, el problema de la distinción entre acción y recurso se desvanece (65). Nos referimos, desde luego, al concepto de autodefensa. Si acción y autodefensa se distinguen -entre otros rasgos- esenciales- por el órgano que genera la composición, correspondiendo ésta en el primer caso a un tercero y en

el segundo a alguna de ambas partes, no podemos menos que reconocer que lo característico del recurso administrativo es la circunstancia de que la misma autoridad administrativa es la que revisa la resolución recurrida, dictando la composición del litigio en forma imperativa. Así, - el recurso representa una forma autocompositiva en la que son las propias partes las que resuelven el negocio. La idea de acción excluye a la autodefensa, por lo que aun cuando en los recursos administrativos se den los requisitos de capacidad, instancia y pretensión, subjetivo el -- uno y objetivos los segundos, no cabe identificar sendos actos de parte ya que mientras el recurso genera un procedimiento autocompositivo, el segundo da origen a una relación jurídica procesal (66).

Habiendo hecho las anteriores aclaraciones, cabe afirmar que la acción procesal se presenta sólo en relación con el proceso administrativo, quedando en consecuencia excluído el procedimiento en vía de recurso ante la propia autoridad recurrida.

Para contemplar la regulación que de la acción se hace en el proceso administrativo mexicano nos atenderemos a dos textos: al Código Fiscal de la Federación de primero de abril de 1967, y la Ley del tribunal de lo contencioso administrativo del Distrito Federal de 17 de marzo de 1971 (67).

Tanto frente al Tribunal de lo contencioso ad-

ministrativo del Distrito Federal, como ante el Tribunal Fiscal de la Federación, el proceso se inicia en virtud del ejercicio de la acción procesal de parte (68). De conformidad con el Código Fiscal, la acción se ejercita a través de la demanda, misma que es objeto de regulación expresa por parte de los artículos 192-199 de dicho ordenamiento, que salvo ligeras discrepancias (69) coincide con lo dispuesto por las leyes relativas al enjuiciamiento civil.

Por su parte, la Ley del tribunal de lo contencioso establece que estarán legitimadas para demandar, - las personas "que tuvieren un interés que funde su pretensión" (art. 32), con lo que adopta una postura veladamente sustancialista. Cuando dicho ordenamiento regula la improcedencia y el sobreseimiento, confunde los conceptos de acción y pretensión (especialmente, art. 49) - innecesariamente; pudiendo decirse otro tanto del Código Fiscal (70).

De las particularidades que ambos códigos presentan en relación con el problema de la "jurisdicción condicionada" (necesidad de agotar determinados recursos) habremos de ocuparnos posteriormente, por lo que sólo resta agregar que ambos ordenamientos han preferido regular la demanda y no la acción confundiendo frecuentemente ambos términos.

En el derecho procesal agrario mexicano encon-

tramos problemas similares a aquellos que hemos señalado en relación con el proceso administrativo en virtud de - que al lado de verdaderos procesos existen un buen número de procedimientos e incluso de figuras asimilables al sector de la denominada "jurisdicción voluntaria".

Aunado lo anterior al encabezamiento del libro quinto de la Ley de Reforma Agraria de 16 de abril de -- 1971, "Procedimientos agrarios", es necesario delimitar- cuáles son los casos en que puede hablarse de un verdadero proceso agrario, y en consecuencia, cuál es la forma- en que se regula la acción procesal dentro de dicho sector del enjuiciamiento mexicano (71).

De conformidad con Fix Zamudio (72), cinco son los tipos de auténticos procesos dentro del ordenamiento mexicano: el ejidal restitutorio y dotatorio (art. 27 - constitucional, párrafo tercero y fracciones X y XI, en- relación con artículos 272-324 y 191-192 de la Ley de Re forma Agraria); el de privación de derechos agrarios -- (arts. 426-433 de la Ley de Reforma Agraria); los con- - flictos de límites de carácter conciliatorio (arts. 367- 378) y que pueden desembocar en el llamado "juicio de in conformidad" (arts. 379-390) que integra realmente una - apelación ante la Suprema Corte de Justicia; los proce- - sos de nulidad (arts. 391-419 de la ley agraria) y final- mente, el proceso laboral agrario (arts. 685-729, en re- lación con 279-284 de la Ley Federal del Trabajo), y el-

proceso de responsabilidad en la materia (arts. 458-480 de la ley agraria), que no es contemplado por Fix Zamudio en su trabajo de referencia.

En términos generales puede afirmarse que la acción procesal en materia agraria se adecúa al carácter inquisitivo que en tal enjuiciamiento priva; por lo que el procedimiento puede iniciarse de oficio, la demanda puede ser modificada por el órgano juzgador en beneficio del campesinado, los juzgadores cuentan con amplios poderes de investigación, el régimen de impugnaciones y recursos es estricto y, en general, se tiende formalmente a crear los elementos formales y materiales que conducen a una igualdad entre las partes. Desgraciadamente, el proceso agrario no existe aislado del contexto general de desarrollo de la reforma agraria mexicana, harto deficiente y demagógica, que impide considerar al proceso agrario como un verdadero enjuiciamiento en interés de las masas campesinas y sí, en cambio, como un instrumento manejado por el Ejecutivo en forma no pocas veces arbitraria y dolosa (73); de ahí que un estudio completo del problema de la acción como acceso a la justicia en materia agraria reclamaría de un estudio especial fundado tanto en métodos jurídicos como económico-sociológicos.

Por último, dentro del sistema de enjuiciamiento mexicano, el sector laboral forma un capítulo --

aparte en virtud de que se le ha configurado como un proceso dotado de un buen número de instituciones específicas. Debido a esto, la justicia obrera --según el constituyente mexicano de 1917-- "no puede ser una justicia individualista, sino social, con un hondo sentido de la --realidad de las clases sociales y de la injusticia que --sufre una de ellas" (74).

Ejemplos de este espíritu lo constituye sin lugar a dudas la aparición de los procesos destinados a --componer los litigios colectivos (75) y a que se tienda a reducir al máximo los aspectos formalistas del enjuiciamiento, cosa esta última que tampoco se ha logrado.

En términos generales la Ley Federal del Trabajo de 1970 coloca la posibilidad de accionar al alcance de todo sujeto de derecho del trabajo, sea este individual o colectivo (76). Sin embargo la regulación de la acción no es uno de los aspectos más loables de la nueva ley, pues incurre en frecuentes confusiones entre acción e instancia (art. 726) (77) y entre acción y pretensión (arts. 721 y 722 de la Ley Federal del Trabajo) que hubiera sido sencillo y conveniente evitar.

Las modificaciones que introduce el llamado carácter social del enjuiciamiento laboral más que afectar a la acción --que es una noción unitaria-- se refieren a la demanda y ellas se concretan en el ángulo formal de la misma (art. 685 de la Ley Federal del Trabajo).

d) La acción procesal y el amparo mexicano.

En primer término conviene insistir en que el juicio de amparo mexicano, que no es sino un tipo de control jurisdiccional, tiene una naturaleza estrictamente procesal. Aun cuando todavía existen quienes se aferran a posiciones anticuadas y poco científicas; "es necesario conveniren que el amparo es un capítulo del derecho procesal, vinculado a la doctrina del proceso" tanto por lo que respecta a sus instituciones como a su funcionamiento (78).

En contra de esto Ignacio Burgoa sostiene que la "acción" de amparo es una acción "constitucional" que debe definirse como "el derecho público subjetivo..., que incumbe al gobernado, víctima de cualquier contravención a alguna garantía individual cometida por cualquier autoridad estatal mediante una ley o un acto..., o a aquel - en cuyo perjuicio tanto la Federación como cualquier Estado... hayan infringido su respectiva competencia como -- entidades políticas soberanas, derecho que se ejercita en contra de cualquier autoridad... y con el fin de obtenerla restitución del goce de las garantías violadas o la -- anulación concreta del acto" (79).

La definición que ofrece Burgoa de la acción de amparo, merece ser revisada a la luz de las nuevas tendencias que han originado los modernos conceptos de acción, pretensión e instancia.

En primer lugar, creemos haber demostrado anteriormente que toda acción tiene una profunda base constitucional que la integra como un derecho fundamental dentro del sistema jurídico; de ahí que la distinción entre acción civil o privada y "acción constitucional" resulta totalmente superflua, además de representar una flagrante confusión entre acción y pretensión hace muchos años desterrada del terreno procesal. Igualmente, el restringir la acción procesal en el amparo a las "contravenciones a las garantías individuales", entronca directamente con las posturas sustancialistas que ven en la acción -- procesal el resultado de la violación de un derecho. (80)

Resulta que la acción de amparo, al igual que -- todo tipo de acción, encuentra su origen en el derecho -- constitucional (arts. 8 y 17 de la Constitución mexicana) y consiste en la posibilidad de obtener la composición -- de un litigio mediante la intervención de los órganos -- jurisdiccionales en el proceso, de ahí que lo que varíe -- fundamentalmente sea la índole del litigio a componer y -- las formas a que sujete el ejercicio de la acción (de -- manda), pero nunca atañen directamente a la noción procesal de acción, que lejos de ser una categoría real, como señala con confusa terminología Burgoa, es un concepto -- científico doctrinario que se plasma en la práctica. De -- ahí su realidad, que no es, por tanto, un rasgo que la -- diferencie del concepto de acción acuñado de acuerdo a -- los cánones "estrictamente lógico-jurídicos".

Una vez acotado que la acción que se ejercita - en el amparo es fundamentalmente idéntica a la que se -- ejercita en relación con la composición de un litigio -- penal, civil, mercantil o laboral, conviene ver la regulación que de ella hace la Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 constitucionales.

Un primer aspecto que reclama la atención de -- los estudiosos del derecho procesal se encuentra en la -- deficiente terminología de la ley de garantías en que al sujeto accionante se le suele denominar "quejoso". Tal -- quejoso, no hace sino accionar ante la justicia federal-peticionando, de ahí que siempre resulte preferible llamarle actor.

En segundo lugar conviene recordar que el juicio de amparo se inicia siempre a instancia de parte y -- que, comprendiéndose dentro del mismo el control de constitucionalidad de las leyes, la legitimación activa debería ensancharse en razón de la importancia intrínseca -- del litigio materia del amparo contra leyes, pero este -- tipo de consideraciones más que relativas a la acción -- radican en la especial regulación que de la instancia -- hacen nuestros ordenamientos.

La ley de amparo vigente ha intentado resolver -- la antinomia individuo-sociedad mediante la creación de un sistema de defensa o garantía rápido, flexible y concentrado, incluyéndose también algunos elementos deriva-

dos del principio de oralidad, pero no ha conseguido aún sus objetivos.

En síntesis, la acción de amparo, se presenta siempre como la facultad de recabar de los órganos jurisdiccionales competentes una solución compositiva respecto a un género específico de litigios que comprenden la materia jurisdiccionalmente controlable dentro de nuestro sistema positivo, y es en función de la particularidad de la materia litigiosa que pueden introducirse modificaciones atinentes al enjuiciamiento, pero no a la acción que permanece como una noción unitaria y autónoma.

4. Consideraciones críticas acerca de la acción en el enjuiciamiento mexicano.

a) Emplazamiento.

Una vez examinados el fundamento constitucional y la regulación de que la acción es objeto dentro de la legislación ordinaria, es necesario preguntarnos por su efectividad o vigencia en la práctica forense mexicana. Con tal fin, pormenorizaremos los caracteres que a nuestro entender posee la susodicha garantía de acción de conformidad con sus bases constitucionales (artículos 80, 14 y 17 constitucionales); para, posteriormente, señalar algunas de las excepciones que la misma encuentra-

en las diferentes ramas del enjuiciamiento.

b) Contenido específico de la garantía de acción: su alcance constitucional.

La acción procesal, de conformidad con la - - Constitución mexicana, constituye una garantía individual que consagra la posibilidad inherente a todo sujeto de derecho de dirigirse a las autoridades jurisdiccionales pidiendo la composición procesal de un litigio, asegurando, igualmente, el despliegue de dicha actividad en forma pronta y gratuita.

En un segundo sentido -y no por ello menos importante- la garantía de acción procesal representa, - para todas las autoridades estatales, la imposibilidad jurídica de violar o contravenir el contenido normativo constitucionalmente establecido. Esta "imposibilidad" se concreta en un contenido sustraído de la competencia estatal que, en tanto tal, constituye el objeto directo de los instrumentos destinados al control de - la regularidad constitucional de todo género de actos- y normas.

Conviene, pues, examinar la extensión de la - garantía tanto en su sintaxis propiamente constitucional (extensión de la norma), como en su realidad práctica.

En un primer sentido, el alcance de la garantía de acción se encuentra determinado por los textos normativos en que se funda. De acuerdo con este criterio, el primer artículo a examen lo constituye el octavo constitucional.

Habiendo indicado que la garantía de petición no comprende sino uno de los elementos de la acción procesal -la instancia-, nos parece que de conformidad con su sanción constitucional puede colegirse sin dificultad que todo sujeto puede instar ante las autoridades jurisdiccionales. A dicha instancia de parte, la autoridad deberá proveer una respuesta, misma que hará saber al peticionario.

Si tales son la facultad y el deber consagrados, la forma y el tiempo son las modalidades a que las mismas deben sujetarse. El artículo octavo constitucional establece que tanto la petición como el acuerdo han de producirse por escrito, y que este último ha de darse a conocer en breve término.

Nos parece que tanto la facultad de peticionar, como el deber de acordar, prescritos por la norma constitucional, son consustanciales a la noción de acción. Es indudable que todo aquel que busca la composición de un litigio tiene que peticionar; igualmente, no admite objeciones el aceptar que para que la función jurisdiccional tenga efecto ha de manifestarse ante las ---

partes. El problema surge en relación con las modalidades a que ambas actividades se sujetan.

Atendiendo a la forma, de acuerdo con el artículo octavo, tanto la instancia como la respuesta han de hacerse por escrito. ¿Es esto aplicable a la acción procesal? (81).

Encontramos que dentro de la legislación ordinaria numerosas son las instancias reguladas bajo los cánones de la oralidad. Las mismas se presentan con mayor frecuencia dentro de los enjuiciamientos laboral y agrario, pero no son del todo ajenas al civil y al mercantil. Así, la ley laboral prescribe que "en los procesos de trabajo no se exige forma determinada en las comparecencias, escritos, promociones o alegaciones" (art. 685 de la Ley Federal del Trabajo), aceptándose con ello que la instancia puede realizarse tanto mediante una petición escrita como mediante una petición verbal (comparecencia) (82). En materia agraria encontramos que gran parte de los procesos en ella regulados se inician en virtud de "solicitud" -- (rectius: petición), que siendo escrita en la mayoría de los casos, admite también la forma oral (83). Finalmente, dentro del enjuiciamiento civil, mucho más formalista y --si se quiere-- "menos social" que el agrario o el laboral, se admite en ciertos casos la iniciación del procedimiento mediante instancia producida en forma oral (84) (85).

Los casos antes enunciados, ¿deben considerarse como contrarios al texto constitucional, como una verdadera violación de garantías individuales, o más bien -- como excepciones a la letra del precepto?. En nuestra -- opinión, cuando una ley ordinaria señala expresamente -- que para instar ante las autoridades jurisdiccionales no se requiere del empleo de formas escritas, no se viola -- en manera alguna la garantía de petición consagrada en -- la Carta fundamental.

Nos parece que, dentro del espíritu del constituyente, se prescribió la forma escrita por la seguridad que a tal principio suele asignársele. Es necesario recordar que en 1917 era preciso, ante todo, consagrar un cúmulo de garantías que combatiesen los excesos de poderes típicos de toda dictadura. En tal virtud, era necesario que existiese constancia, que se preconstituyese la prueba, de que efectivamente el particular había petitionado ante las autoridades, pues tal instancia constituye la -- condición del deber de la autoridad a la petición correlativa.

La socialización, imperativo capital del moderno enjuiciamiento, presupone, entre otras cosas, de una buena dosis de oralidad, capaz de obviar dilaciones y de lograr una mejor y más directa intervención del juzgador. Cuando la oralidad se traduce en celeridad y es con diligencia conducida, se acentúa el papel activo que el Estado debe jugar en la composición de los litigios, y se --

obtiene una justicia más pronta y expedita. Siendo la -- prontitud de la respuesta ("breve término") la segunda -- de las modalidades a que se sujeta el deber impuesto por el artículo octavo a las autoridades, creemos que la introducción de instancias orales documentadas mediante -- las leyes ordinarias, lejos de apartarse del texto constitucional, vienen a darle mayor eficacia práctica; de -- ahí que, en conclusión, afirmemos que no es mediante la supresión de la escritura como se viola la garantía de -- petición atinente a la instancia contenida en la acción procesal (86).

En cambio, el breve término en el que la autoridad debe producir su respuesta a la petición que le es formulada (y no necesariamente la sentencia), sí creemos que constituye una modalidad aplicable a la acción procesal, y en concreto, al inicio de la función jurisdiccional.

Como es bien sabido, una administración de justicia lenta, equivale -de facto- a una denegación de la misma. Por ello, es necesario que el primer acto de comunicación entablado por el juzgador frente a las partes se produzca de inmediato. Si la celeridad ha de ser principio de un buen enjuiciamiento, por mayoría de razón, -- la constitución de la relación jurídica procesal ha de procurarse sin tardanza.

La amplitud semántica de la expresión constitu

cional ha dado origen a una interesante actividad jurisprudencial de tipo concretizador. La Suprema Corte de -- Justicia ha entendido que la autoridad tiene el deber de acordar sobre la petición a la mayor brevedad "sin que -- valga el argumento de que el cúmulo de solicitudes similares impida que puedan resolverse todos los casos con -- la prontitud que los interesados desean, pues ante esta situación, la oficina respectiva debe proveer a la solución de la falta de personal adecuado, de manera que su función se cumpla con toda eficacia" (87).

Finalmente, la petición consagrada en el artículo octavo impone a la autoridad el deber de contestar al ocurso en forma breve comunicando al interesado lo acordado. Tal situación se aplica perfectamente a la acción procesal, y tan es así que dentro de las leyes ordinarias se establecen los plazos en los que la autoridad deberá acordar sobre la demanda. Dichos plazos (88), empero, no siempre se cumplen con exactitud. En el enjuiciamiento civil ordinario, por ejemplo, una vez presentada la demanda, el auto de admisión rara vez se produce antes de los tres días (hábiles) y en ocasiones es necesario aguardar hasta quince, en razón de la diligencia con que cada juzgado se conduce y, también, en relación con la "gratificación" que el demandante entregue a los auxiliares de la administración de justicia, muchas veces ignorantes no sólo de su deber constitucional, sino también del derecho procesal, pues no faltan quienes a tal-

"gratificación" califican de "impulso procesal" (sic).

El problema de la comunicación del acuerdo recaído sobre la petición, importa especial atención en relación con lo que dentro del procedimiento administrativo - suele denominarse "negativa ficta", ya que a tenor del artículo 92 del Código Fiscal de la Federación de 1967 - (89), "el silencio de las autoridades fiscales se considerará como resolución negativa cuando no den respuesta - en el término que corresponda", principio éste contrario a aquél que sostiene que "el que calla otorga".

El precepto transcrito no libera a las autoridades fiscales de la obligación que les impone el artículo octavo constitucional; pues, de otra manera - considera la Suprema Corte- "las autoridades fiscales se verían liberadas de cumplir con el citado mandato constitucional, lo cual reculta notoriamente antijurídico, en virtud de que nuestra Constitución Política es la Ley Suprema en el - - país" (90). En tal virtud, quien se pretenda lesionado - por la violación al artículo octavo constitucional cuando habiendo petitionado ante cualquier autoridad no ha recibido respuesta, puede interponer el recurso de amparo con anterioridad a que se configure la "negativa ficta", que de acuerdo con la Segunda Sala de nuestro más alto tribunal no satisface el derecho de petición (91).

Como antes hemos indicado, el artículo octavo -- constitucional no contempla sino uno de los elementos de la acción procesal. El derecho de petición asegura la li-

bertad de instar ante las autoridades jurisdiccionales en la forma y términos antes descritos, es decir, en forma pacífica y respetuosa, debiendo las autoridades responder siempre a las peticiones que le sean formuladas. Es claro que también dentro del precepto en cuestión pueden encuadrarse las demás instancias de parte que se producen a lo largo del enjuiciamiento, ofrecimiento de pruebas, solicitud de copias, desistimientos, etc., de ahí su importancia procesal.

El derecho de petición, unido a las garantías -- contenidas en los artículos 14 y 17 constitucionales, viene a integrar el contenido garantizante de la acción dentro del enjuiciamiento mexicano. En los artículos últimamente citados se confiere a todo sujeto el "derecho a la jurisdicción" en forma bilateral, puesto que si ninguna - persona puede hacerse justicia por sí misma (art. 17) y - nadie puede verse privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos - (art. 14), se contempla tanto la posibilidad de acción - como el derecho de defensa en forma amplísima.

En virtud de tal garantía, creemos que puede sostenerse que dentro del plano estrictamente constitucional se ha garantizado el libre acceso a la jurisdicción a todo sujeto y respecto a cualquier género de litigios. Las violaciones que a la misma se cometan, se encuentran suje

tas, en consecuencia, al control de constitucionalidad y legalidad establecido en nuestro sistema mediante el amparo.

Conviene también apuntar, que la acción así configurada por nuestra ley suprema es un concepto que no comprende exclusivamente la posibilidad de iniciar un -- proceso, sino esencialmente, la facultad que tiene todo-sujeto de participar en el mismo, en cualquier grado o -- fase en que se encuentre. La garantía de acción no se -- agota en la proposición de pretensiones de fondo o ini--ciales, sino, en general, en el despliegue de ese "plexo--de facultades" de que hablara Podetti, tendiente a obte--ner la composición justa y pacífica de los litigios. De--acuerdo con esto, la garantía de acción viene a reali--zarse dentro de todos los actos del proceso; ya que sien--do sus más claras manifestaciones la demanda y la defen--sa, también lo son la apelación y el ofrecimiento de -- pruebas, y, en general, todo acto de parte que implique--el ejercicio de facultades procesales.

En segundo sentido, la acción procesal se pre--senta como la facultad de obtener no una jurisdicción -- "tout court", sino una jurisdicción provista de garantías. Siendo las mismas atinentes al proceso, sólo contemplare--mos una relacionada directamente con el ejercicio de la -- acción, y que el artículo 17 constitucional consagra al -- señalar que el servicio de los tribunales será gratuito,-- "quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judicia--les".

Siendo la gratuidad en la administración de -
justicia uno de los objetivos esenciales a que debe ten-
der el enjuiciamiento moderno, es indudable que la consa-
gración de la gratuidad en el artículo 17 representa un-
logro y una base segura para la futura socialización del
enjuiciamiento. Empero, el constituyente ha incurrido en
una imprecisión terminológica al asentar que como conse-
cuencia de la justicia gratuita quedan prohibidas las -
"costas judiciales".

Nos parece que la expresión "costas judicia- -
les" ha sido empleada en un sentido diverso al que le --
asigna la moderna terminología procesal. Conviene, pues,
distinguir entre tres nociones de índole diversa: las --
costas, los costos y las tasas arancelarias.

Convencidos de que una justicia absolutamente-
gratuita constituye una utopía, y seguros de que el des-
pliegue de cualquier actividad estatal implica erogacio-
nes, cabe preguntarnos en qué sentido la Constitución me-
xicana garantiza una justicia gratuita. Creemos que en -
el ánimo de nuestros legisladores estuvo presente la - -
idea de colocar la administración de justicia al alcance
de todos, como necesaria e insalvable compensación a la-
prohibición de la autotutela; dicha gratuidad constituye
no un principio absoluto y general (gratuidad absoluta,-
administración de justicia sin cargo alguno tanto para -
el Estado como para el particular) y sí una garantía ciu

dadana consistente en la abolición de las tasas arancelarias (papel sellado, etc.), es decir, de las erogaciones que debe realizar quien se beneficia de un servicio público. Pero justicia gratuita, a tenor del artículo 17 constitucional, no significa, en nuestra opinión, que la administración de justicia sea prestada sin que los juzgadores y auxiliares perciban remuneración alguna por sus servicios, ni tampoco implica que el proceso no debe originar erogaciones a cargo de los litigantes.

Las erogaciones procesales realizadas por las partes pueden dividirse en dos sectores distintos: las costas y los costos. Los costos representan la suma que cada una de las partes debe aportar para la prosecución de un procedimiento. Forman parte de este sector tanto los honorarios profesionales devengados por el abogado patrocinador de la causa, como ciertos gastos que deben realizarse a fin de poder litigar tales como los originados por la expedición de copias, derechos registrales, inscripción de gravámenes y... desde luego, las "gratificaciones" judiciales, verdaderas erogaciones, que constituyen una de las lacras de nuestro sistema (92).

Por costas entendemos los costos o gastos judiciales que el juzgador puede imponer como sanción procesal a la conducta temeraria o dolosa de las partes. Si su naturaleza es la de una sanción, su finalidad es el resarcimiento de aquel que se ha visto obligado a litigar cuando hubiera podido gozar de su derecho sin tener que

recurrir al proceso, de modo que la condena en costas viene a evitar que su derecho se vea disminuído, innecesariamente, por la conducta de otro (93).

¿Constituye la condena en costas un principio contrario a la gratuidad instaurada por nuestra Constitución*, ¿Representa un razgo antidemocrático de nuestro enjuiciamiento? Creemos que no, pero ello es preciso comprobarlo.

En primer lugar, es necesario considerar cuál es la regulación de las costas dentro del enjuiciamiento-mexicano. Así encontramos que mientras que en materia civil el código distrital considera a las costas como un "castigo a la temeridad" (94), el federal parece adoptar la tesis de Chioventa fundada en el principio del vencimiento (95). En cambio, no existen las costas en materia-laboral, fiscal penal, y tampoco en el amparo (96).

A nuestro entender la condena en costas es susceptible de diversos análisis que, partiendo cada uno de ellos de bases diferentes, conducen necesariamente a las más diversas conclusiones.

En un primer análisis, puede considerarse que la imposición de la condena en costas, representa un aspecto de la discutida justicia distributiva, en el sentido de que aquel a quien se le ha orillado a litigar para hacer valer sus pretensiones debe resarcirse en sus expensas, ya que de otro modo su derecho se vería disminuído.- Este es un enfoque esencialmente privatista del problema,

pues no ve en las costas sino una especie de multa privada, olvidando la naturaleza pública y procesal que la -- condena implica. De conformidad con este criterio, la -- condena en costas debe de acompañar siempre al vencido -- en juicio, de manera que éste al tiempo que se ve privado de lo que pretendía, o de lo que defendía, resulta -- mermado en su peculio, por no haber satisfecho oportunamente la pretensión del actor triunfante, o por haber -- pretendido en juicio lo que en derecho no le correspondía.

A tan estrecho criterio suele oponerse uno que considera que la imposición de costas es una facultad -- sancionadora del juzgador, destinada a hacer imperar en el proceso las reglas de corrección y cortesía derivadas de la buena fe que debe animar el espíritu de los litigantes. Así las cosas, la condena en costas es la pena -- que debe sufrir quien temerariamente se conduce en el -- proceso, pudiendo imponérsele la sanción independientemente de que venza. Un sistema apegado a tales moldes, -- requiere, necesariamente, de la intervención de un verdadero juzgador-director que, dentro de la máxima libertad de apreciación, y atendiendo a criterios objetivos específicos (grado de riqueza y de pobreza, etc), aplique la condena en costas como una medida saneadora del excesivo espíritu litigioso y de las argucias y chicanas de que -- no pocas veces echan mano las partes.

Cuando la condena en costas se contempla desde un ángulo esencialmente público, debe de partirse de que la jurisdicción es esencialmente una función estatal, sufragada por medio del presupuesto de egresos a través de partidas provenientes de las fuentes de ingresos estatales, entre las cuales encuentran importante función los impuestos y contribuciones aportados por la colectividad que ha de beneficiarse del servicio. En este sentido no pueden encontrar fundamento las tasas arancelarias o impuestos procesales, sí, en cambio, las costas y multas procesales. El fundamento de las multas se encuentra, para nosotros, en el despliegue doloso, temerario e incluso fraudulento de una actividad estatal que no puede admitir recargos innecesarios. Por otra parte, parece que las costas, al no afectar la gratuidad con que el servicio ha de prestarse, encuentran su fundamentación en la lealtad que se deben las partes.

De acuerdo con un enfoque social, la imposición de las costas procesales debe tener siempre presente la situación económica del probable condenado, de manera que claramente han de establecerse exenciones y prohibiciones (97).

Una adecuada regulación de las costas no viola, en nuestra opinión, el contenido del artículo 17 constitucional, al tiempo que formalmente no restringe el acceso a los tribunales y sí posibilita, teóricamente, la existencia de una justicia menos lenta en función del aliviable recargo que puede acarrear la amenaza de una condena -

en costas o una multa.

Desgraciadamente, la sistemática legislativa que impera entre nosotros, no responde plenamente a este -- ideal de una justicia gratuita y la reglamentación de las costas poco tiene de social y mucho de arbitrario, pues, -- aún cuando existen exenciones (98), dentro de nuestro enjuiciamiento los mecanismos tendientes a disminuir las diferencias económicas entre las partes -- particularmente el patrocinio gratuito -- son en extremo defectuosos, cuando -- no, inoperantes (99).

Como último argumento, queremos agregar que la -- condena en costas, regulada conforme al sistema del ven-- cimiento, resulta contraria a la concepción social de la -- acción que hemos intentado espigar. En un primer sentido, quien acciona y no obtiene lo que pretendía y el que se -- defiende y pierde, no deben ser sancionados sin mas. -- Pues resulta que no han realizado conducta alguna acreedo -- ra de sanción ninguna; por el contrario, han ejercido un -- derecho político, en virtud de que la acción es requisito sine qua non de la composición de los litigios que intere -- sa, como hemos señalado, a la comunidad entera. Con ello -- tal vez se aliente el espíritu de litigiosidad controla -- ble sólo mediante sistemas de índole jurisdiccional. En -- segundo lugar, sancionar siempre al vencido con la conde -- na en costas, sería equivalente a sancionar económicamen -- te a quien vota por un candidato que no resulta electo, --

o al mismo candidato que no alcanza el número suficiente de votos requeridos para ocupar un puesto público. De aquí que en lugar de hablar de un "abuso del derecho" deba hacerse de un "ejercicio impropio del derecho". Con esta distinción pretendemos señalar que lo que se sanciona no es el ejercicio de un derecho, sino la forma en que el mismo se ejercita (100).

Con las consideraciones antes apuntadas creemos haber delineado la extensión y el contenido que constitucionalmente posee la acción procesal dentro del derecho mexicano. Creemos que las bases de la misma pueden permitir el desarrollo de un concepto realmente social y democrático acorde con los imperativos de nuestros tiempos.

Es en este sentido en el que a nuestro entender puede postularse que contamos con una Constitución social, que aun cuando no cuenta con una declaración expresa de tales objetivos, como lo hacen la Constitución de la República Española de 1931 o la de la República Federal Alemana de 1949 (101), sienta las bases para la construcción de un sistema jurídico social que, siendo tal, no puede excluir al enjuiciamiento en todas y cada una de sus ramas.

Cabe ahora preguntarnos por la vigencia de la garantía de acción dentro de nuestro enjuiciamiento. ¿La acción procesal tiene las características sociales que la Constitución le asigna?, ¿Qué excepciones encuentra en la práctica?, ¿Puede formularse algún remedio? Tales son las cuestiones que a nuestro entender deben contemplarse,

pues el proceso no se agota en las serenas concepciones doctrinarias, ni en las frías normas positivas, es ante todo una realidad... plagada de "estrellas" (102).

c) Generalidad de la acción. Sus excepciones.

Por generalidad de la acción entendemos el problema relativo a la titularidad de la misma. Hemos visto que la acción, una vez desvinculada del derecho subjetivo material, pertenece tanto a quien tiene razón como al que no la tiene, al grado que el ilustre Chiovenda, criticando las concepciones abstractas, afirmó que para éstas la acción es "el derecho a no tener razón" (103).

De acuerdo con una postura abstracta, pública y social la posibilidad de dirigirse a los órganos jurisdiccionales pidiendo la composición jurídica procesal de un litigio, constituye una garantía atribuida por la norma fundamental a todo sujeto de derecho.

Tal generalidad surge, necesariamente, de la prohibición igualmente general que de la autodefensa consagra nuestra Ley de leyes y presupone, igualmente, la posibilidad de ejercitar tal facultad respecto a cualquier género de litigios (104).

Cuando se afirma que la acción procesal constituye una facultad conferida por la Constitución a todos los ciudadanos, el problema de la acción penal cobra una nueva dimensión. ¿Compete a cualquier ciudadano la inicia

ción del proceso penal?, Puede monopolizarse su ejercicio?

Dentro del sistema jurídico mexicano, cualquier individuo puede, y en determinados casos debe, poner en conocimiento de las autoridades hechos y situaciones que a su recto entender constituyen violaciones sancionadas por las leyes penales. A esta facultad conocemos por denuncia. Mediante su ejercicio, la autoridad es informada por el particular y en general por cualquier sujeto respecto a la probable comisión de un delito. Tal denuncia no implica una acusación y tampoco constituye un caso de ejercicio de la acción penal, en virtud de que de ella no surge un proceso destinado a aplicar la ley componiendo un litigio. Para que la notitia criminis venga a formar parte del objeto del proceso, es preciso que la acción penal se ejercite. - Ello compete, como hemos visto, al Ministerio Público, nunca al particular ofendido.

Un caso que aparentemente significa una derogación al monopolio acusador ejercido por el Ministerio Público lo constituye la querrela. De conformidad con nuestro régimen de enjuiciamiento criminal vigente, la querrela no puede considerarse sino como un requisito de procedibilidad, en virtud de que quien se querella no acciona, no insta y pretende directamente ante la autoridad jurisdiccional y no es parte en el proceso. El querellante, es el que pretendiéndose ofendido por una conducta que considera delictiva, accede a que se proceda en contra del su -

puesto responsable de una conducta que -en virtud de razones de política criminal- no puede perseguirse sin su consentimiento (105).

Esta forma de querrela, designada por Alcalá-Zamora como "querrela mínima", es, al lado de la denuncia, la única facultad que corresponde al particular respecto a la iniciación de una causa penal.

No existiendo, pues, la posibilidad de que el particular ofendido se constituya en parte actora, cabría pensar en la acción popular (106). Creemos que la misma es ajena a nuestro enjuiciamiento. Empero tres son los casos discutibles. El primero de ellos aflora del artículo 111 -constitucional, el segundo encuentra su origen en el artículo 475 de la Ley Federal de Reforma Agraria, y el tercero en los artículos 280-283 de la Ley Orgánica de los Tribunales de Justicia del Fuero Común del D. F.

De conformidad con el primero de los artículos -arriba citados, y en cuarto párrafo, " se concede acción popular para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la Federación. Cuando la Cámara mencionada declare que hay -- lugar a acusar, nombrará una comisión de su seno para que sostenga ante el Senado la acusación de que se trate". - Si se atiende a las expresiones por nosotros subrayadas, - se ve que lo que en realidad compete al particular es la - facultad de denunciar, mas no la de acusar, que corresponde a la "comisión" que a tal fin designe la Cámara que debe conocer de la denuncia. La cuestión se complica cuando-

se recuerda que la fracción V del artículo 74 de la Constitución atribuye a la Cámara de Deputados el cometido -- de conocer de las "acusaciones" enderezadas contra altos-funcionarios, y, en su caso, "formular acusación ante la Cámara de Senadores".

Si no atendemos más que a lo dispuesto por el artículo III constitucional, es factible colegir que lo que en realidad compete al particular es la facultad de denunciar (107). Esta interpretación, contaría con un acierto y un defecto. El primero consiste en que se ha realizado una interpretación acorde con la dogmática procesal, que -- distingue claramente entre denuncia y acusación, viendo -- en la primera una forma de comunicación procedimental y -- en la segunda una manifestación de voluntad procesal. El defecto estribaría en que la mencionada expresión confunde la acción popular con la denuncia, que siendo un ejercicio de la facultad o garantía de petición, es innecesario repetir dentro del mismo texto constitucional.

En una interpretación diversa, Paulino Machorro Narváez ha creído que la acción popular no pudiendo considerarse como una verdadera acción, tampoco es lícito reducir a una simple denuncia. Para él, la acción popular consignada por el artículo III comprende igualmente la facultad de coadyuvar en la investigación y comprobación de -- los delitos pudiendo "interponer recursos o amparo" (108).

Para Sergio García Ramírez lo que el artículo III consigna es la exclusividad que respecto a la acusación --

incumbe a los diputados; que en consonancia con el artículo 74 debe de aceptarse que "el ejercicio de la acción penal en la primera fase del procedimiento parlamentario... no está regulado por la Constitución ni vedado, por ende, a los particulares", quedando su regulación, en consecuencia, a cargo de las leyes secundarias (109).

A nosotros nos parece que debe partirse de la falta de precisión procesal que acompaña a ciertas normas constitucionales de índole procesal. Ello acarrea el problema en virtud de que no se ha sabido distinguir entre denuncia, acusación y acción. Pero antes de deslindar tales nociones, conviene ver lo que al respecto dispone la Ley de Responsabilidades de los Funcionarios y Empleados de la Federación, del Distrito y Territorios Federales y de los altos funcionarios de los Estados, de 1940.

Este ordenamiento, de escasa vigencia práctica, regula dos diversas fases procedimentales: la instrucción o de acusación, ante la Cámara de Diputados, y el plenario o de sentencia, ante la de Senadores, comprendiendo cada fase dos períodos de instrucción y conocimiento. En todo ello hace sinónimos "denuncia" y "acusación" y señala que los "escritos" iniciales son con los que se abre el procedimiento, provengan de particulares o de funcionarios (juzgadores, Ministerio Público e, incluso, del propio interesado o indiciado) (110).

Las imprecisiones terminológicas en que esta ley incurre pueden llevarnos a pensar que es realmente el particular quien ejercita la acción popular, tendiente a provocar un proceso de responsabilidad, tanto ante la Cámara de Diputados como ante la de Senadores (111).

Por nuestra parte, creemos que lo que en realidad ha sido llamado acción popular, no pasa de ser una denuncia, ni siquiera un requisito de procedibilidad, puesto que la cámara baja puede iniciar motu proprio la investigación. Esta forma de denuncia no ha alcanzado -hasta - donde sabemos- mayor utilidad práctica, y en caso de que llegase a ejercitarse, las restricciones innumerables que el Ejecutivo ha creado de facto sobre el poder legislativo, difícilmente garantizarían la imparcialidad dentro -- del procedimiento parlamentario, pues en todo momento la Cámara de Diputados podría negarse a realizar la investigación, e incluso a contestar al denunciante ("actor popular"), ya que no siendo propiamente una autoridad, se encuentra al margen del deber impuesto en materia de petición por el artículo octavo.

Así, deslindando entre las nociones de denuncia, acusación y acción, nos parece que respecto al problema - constitucional apenas delineado, puede decirse que la - denuncia -entendida como la facultad de dar a conocer a - las autoridades la "notitia criminis"- compete a todo sujeto de derecho; la acusación -en tanto que instancia ante las autoridades pretendiendo la punición- es una facul

tad exclusiva de la Cámara de Diputados, misma a la que pertenece la acción- como poder de provocar la composición de un litigio- en su forma abstracta y autónoma.

Una vez bosquejado este interesante aspecto de la acción penal popular, pasaremos a delinear el relativo a la "acción popular" de acuerdo con la ley agraria de -- 1971.

En su artículo 475 la ley agraria en vigor dispone: "Se concede acción popular para denunciar ante el Presidente de la República o el Jefe del Departamento de -- Asuntos Agrarios y Colonización, todos los actos u omisiones de los funcionarios y empleados agrarios que, conforme a esta ley y a sus reglamentos, sean causa de responsabilidad".

De conformidad con el texto del artículo transcrito, y en concordancia con el artículo 458 del propio ordenamiento agrario, la "acción popular" en él regulada es independiente de los procedimientos establecidos para responsabilidad de los funcionarios en la Ley de Responsabilidades. La forma en que es enunciada la "acción popular" coincide en su primera frase con lo dispuesto por el artículo lll Constitucional, pero las variantes que introduce a dicho precepto nos obligan a su examen.

Si la interpretación que hemos dado al párrafo -- cuarto del artículo lll se considerase viable, respecto -- al artículo 475 de la ley agraria podríamos afirmar que -- el legislador ordinario ha concebido la acción popular --

como una forma específica de denuncia; específica en cuanto a su objeto ("actos u omisiones de los empleados y funcionarios agrarios"), mas no respecto a su naturaleza -- (participación de la notitia criminis).

Pero lo que de inmediato salta a la vista es que no se precisa sí es el Presidente de la República quien debe de ejercer la acción mediante la acusación penal a que haya lugar, o sí es éste mismo funcionario, o el Jefe del Departamento agrario en su caso, quien debe decidir -- el litigio. Lo reciente de la ley y la escasa información que acerca de cuestiones agrarias de esta índole ha sido divulgado, nos impide examinar precedentes al respecto.

De aceptarse la primera hipótesis, es decir, que corresponde al Presidente de la República ejercitar la -- acción penal, nos encontraríamos no frente a una acción -- popular propiamente dicha, pero sí ante una excepción al monopolio acusador del Ministerio Público. Los peligros -- que ello entraña son bastante obvios. En primer término, -- ¿cuáles serían las relaciones entre el órgano acusador -- (el Ejecutivo Federal o sus órganos agrarios) y el denunciante?, ¿Está facultado el Ejecutivo para ejercitar acciones penales?. Si estas cuestiones revisten una particular importancia teórica, existe una segunda de estricta -- importancia política. Si se acepta que el Ejecutivo puede constituirse en parte acusadora en un proceso penal, nos parece que las garantías reales del inculpado, y especialmente la imparcialidad del tribunal, se verían reducidas -- al mínimo; pues como sabiamente prescribió el Fuero Juzgo,

resulta contrario a derecho el que los poderosos políticamente litiguen contra los débiles, pues tales prácticas dañan gravemente el sano principio de igualdad entre las partes, que en buena medida funda el contradictorio (112).

La segunda hipótesis, a saber, la de que el -- Ejecutivo, ya el propio Presidente de la República, ya -- el Jefe del Departamento de Asuntos Agrarios y Colonización, compone el litigio que en la acción popular le es planteado, resulta a todas luces insostenible dentro de un Estado de Derecho en el que se ha querido entender la división de poderes, rigidamente trazada por el iluminismo francés, como un fenómeno de colaboración y coordinación de deberes y facultades.

Tan alarmante situación nos conduce a pensar -- que lo que en realidad ocurre, es un ejemplo de las consecuencias a que puede conducir la demagogia legislativa. Indudablemente que la sola expresión "acción popular" ha ce nacer anhelos y esperanzas sin cuento: haber dicho -- simplemente que se podrá presentar una "queja" o "inconformidad" ante el ejecutivo o ante el funcionario agrario de más alto rango, pocas esperanzas hubiera hecho -- abrigar al campesinado, por demás cansado de protestar -- ante los abusos y arbitrariedades que a menudo cometen -- las autoridades correspondientes. De acuerdo con la polí tica del régimen en turno, creemos que la acción popular concedida por la ley agraria, en forma solemne y poco -- sistemática, no pasa de ser --en la práctica-- una queja --

o recurso que no dá origen a un proceso jurisdiccional propiamente dicho (como corresponde a su denominación estricta), sino que se traduce en una llamada de atención al -- funcionario incumplido y en su curso en una sanción administrativa --remoción o despido-- del funcionario que ha sido denunciado.

Esta última hipótesis tampoco brinda mayores visos de seguridad o garantía tanto para el funcionario como para quien se pretende ofendido o lesionado por la conducta de un agente agrario de cualquier rango. La sanción no se produce entonces en virtud de proceso alguno, y dada la gravedad que las mismas entrañan (113), no se comprende cómo ha podido el legislador incurrir en tal desliz.

Probablemente la interpretación más viable sea la de considerar que al particular corresponde denunciar, al Ejecutivo acusar y al poder jurisdiccional juzgar acerca de los delitos tipificados en los artículos 458 a 474 de la ley agraria. Aun cuando su falta de sistemática absoluta, que encuentra una clara expresión en el artículo 473, en el que se faculta al Ejecutivo a establecer delitos y penas en vía reglamentaria, no puede sino producirnos alarma; pues se trata, en cualquiera de las hipótesis desglosadas, de un aumento desmesurado de facultades al ya omnipotente Ejecutivo Federal.

El tercer caso en que dentro del enjuiciamiento mexicano se presenta aparentemente la "acción popular" lo integra lo dispuesto por nuestra ley distrital de organi--

zación judicial de 1968 en sus artículos 280 a 283, tomados, a la letra, de los artículos 329-332 de la de 1932.

Conforme al artículo 280 se señalan, en forma taxativa, las personas y entidades legitimadas para intervenir -con la calidad de parte "actora"- en los procesos de responsabilidad oficial. La fracción VI de dicho artículo, en relación con los artículos 281-283 legitima a -- las asociaciones de abogados", regulando una especie de -- "acción profesional" conforme al modelo francés.

Empero, el artículo 280 dispone que "tienen --- acción para denunciar" de donde nos parece que lo único -- que regula es la legitimación para denunciar, esto es, la facultad genérica de poner en conocimiento de las autoridades la presunta comisión de un delito -notitia criminis- y no, propiamente, la posibilidad de intervenir como parte actora.

En realidad se ha empleado con descuido la voz -- "acción" que pudo muy bien suprimirse, pues en dichos procesos es necesaria la intervención y el ejercicio de la -- acusación por parte del Ministerio Público, único titular de la acción penal.

Como conclusión de los casos examinados, a saber el artículo III constitucional, el 475 de la ley agraria y los artículos 280-283 de la ley de organización judicial, puede colegirse que sendos casos, unidos a los previstos por el párrafo tercero del artículo 97 constitucional con anterioridad examinados, representan restricció--

nes al ejercicio de la acción procesal por parte de cualquier ciudadano. Para nosotros, tales casos resultan contrarios a la concepción de acción que con base en los artículos 80, 14 y 17 constitucionales venimos sosteniendo.

Pasamos ahora a considerar un problema de estricta política procesal: ¿es adecuado dentro del Estado mexicano el monopolio que sobre la acción penal posee el Ministerio Público?

Sin el ánimo de revisar su estructura, evolución u organización dentro de nuestro sistema positivo, creemos que el problema debe enfocarse desde un ángulo esencialmente práctico.

El Ministerio Público es en México, el único ente capacitado para ejercer la acción penal. No existen, pues, ni la acción penal ejercida por el particular lesionado u ofendido, ni la acción popular conferida a quivis de populo y se desconoce también la posibilidad de su ejercicio por medio de asociaciones profesionales típica del enjuiciamiento francés.

La doctrina más moderna continúa debatiendo acerca de la titularidad y varias son las razones que se aducen tanto en pro como en contra. A favor de la titularidad exclusiva se observa que la pretensión punitiva pertenece originariamente al Estado y que, en consecuencia, su ejercicio pertenece lógicamente a uno de sus órganos; que el monopolio acusador favorece la objetividad y tiende a la -

búsqueda de la verdad material (certeza); que con la titularidad exclusiva por un ente neutro se restringen las posibilidades de venganza privada; etc. (114).

Los enemigos del monopolio acusador sostienen -- que la contribución que puede prestar el ofendido y su interés en que se castigue al culpable son útiles al mejor desempeño de la instrucción y de la investigación, que el monopolio restringe la facultad de acudir a los tribunales en busca de justicia, que el Ministerio Público no -- cuenta con garantías efectivas de independencia política y, finalmente, que el ejercicio de la acción, respecto a cualquier tipo de materia litigiosa pertenece a todos los ciudadanos (115).

Dos de las razones esgrimidas por los defensores de la exclusividad respecto al ejercicio de la acción penal nos parecen harto discutibles. Ellas son el carácter estatal que atribuyen a la facultad de castigar y la regresión que para ellos implica el conceder el ejercicio de la acción penal a los particulares.

Creemos que sostener que la acción penal debe -- pertenecer en forma exclusiva a un órgano del Estado en virtud de que el ius puniendi sólo al mismo Estado atañe, equivale a confundir la acción con la jurisdicción y, en concreto, la pretensión punitiva que se ejercita en la -- acción, con la potestad punitiva o ius puniendi contenido de la jurisdicción (116). Si no puede hoy día objetarse que la potestad de castigar, al igual que toda forma --

de composición jurisdiccional, es un atributo de la soberanía estatal, nos parece que la pretensión punitiva más que pertenecer al Estado, pertenece a la sociedad en su conjunto, en virtud de que es a ella a quien directamente afecta la comisión de un acto penalmente ilícito.

Más endeble parece la segunda consideración. Considerar que el admitir una acción, o mejor aún, el ejercicio de la acción penal por parte del ofendido no implica regresión ni violencia, pues se olvida que el proceso penal contemporáneo, además de reprimir, previene (117), -- situación ésta última en la que no cabe hablar de "venganza" alguna.

Convencidos junto con nuestro maestro Niceto Alcalá-Zamora de que la polémica acerca de la titularidad debe plantearse "desde el punto de vista de sus inconvenientes o de sus ventajas para el mejor rendimiento del proceso penal" (118), y con Eugenio Florian, que sosteniendo y defendiendo el monopolio acusador, nos dice que son las "condiciones psicológicas, sociales y políticas" las que en definitiva explican la solución que se dé a la titularidad de la acción penal (119), intentaremos ceñir -- nuestro examen a la situación prevaleciente dentro de -- nuestro enjuiciamiento criminal.

Haciendo a un lado toda consideración relativa -- a la hipertrofia que acusa nuestro sistema de Ministerio-Público, encontramos que respecto al ejercicio de la acción penal cuenta con poderes casi omnímodos.

No pudiendo el particular sino denunciar, toca al Ministerio Público investigar (averiguación previa) y una vez concluida dicha fase procedimental (y no procesal) puede optar entre tres posibilidades: el ejercicio de la acción penal (consignación), el sobreseimiento (archivo administrativo) o la reserva para mejor proveer.

El ejercicio de la acción penal se sujeta, formalmente, a lo dispuesto por los artículos 16 y 21 constitucionales (presunta responsabilidad del inculpado y comprobación del cuerpo del delito), el sobreseimiento responde a tres condiciones: no configuración de un hecho delictivo, imposibilidad probatoria y extinción de la pretensión punitiva.

La tercera posibilidad, "reserva", se produce cuando no existiendo suficientes elementos relativos ya a la responsabilidad del inculpado ya a la comprobación del cuerpo del delito, es presumible que los mismos surjan o se configuren con posterioridad, quedando el indiciado en calidad de "sospechoso".

Tales principios dependen en su funcionamiento de la política que respecto al ejercicio de la acción penal se haya adoptado: oportunidad o legalidad (120).

El artículo 21 constitucional parece indicar que nuestro sistema se encuentra informado por el principio de legalidad, empero, los artículos 6 y 8 del código distrital de procedimientos penales permiten ostensiblemente el uso de la discrecionalidad u oportunidad (121).

La práctica mexicana demuestra, a nuestro entender, una odiosa supremacía del principio de oportunidad - que, combinada con el cohecho, genera la impunidad de determinados sujetos y de determinadas faltas, puesto que - respecto a las mismas no se llega jamás a ejercitar la -- acción penal. Basta con que el Ministerio Público sostenga que de las averiguaciones por él dirigidas no se des-- prenden pruebas o indicios claros, para que se sobresea - la causa o se deje eternamente pendiente la averiguación. Pruebas de ello se encuentran a diario en la prensa -y no sólo en la amarillista-, vgr., el índice de robos de auto móviles en la ciudad de México es día a día creciente, -- rara vez se detiene al delincuente, y cuando ello se lo-- gra es en función de la "colaboración económica" que ha - prestado el ofendido o de la influencia política del mismo. La carencia de estadísticas precisas y confiables - - impide ahondar en el análisis de tan fundamental cuestión, pero casos aislados creemos útiles como muestreo. Así, -- por ejemplo, en fechas recientes se han denunciado matanzas de campesinos en el Estado de Veracruz, se han señalado muy claramente a los presuntos culpables y el Ministerio Público no ha procedido.

Pasando del terreno considerado como de "derecho común" al propiamente político, el principio de oportunidad florece en nuestro medio con todo su esplendor.

Fueros constitucionales (122) e inconstitucionales vienen a aglutinarse para mantener a salvo de todo proceso a las autoridades. La influencia excesiva que el Ejecutivo ejerce sobre el Ministerio Público coloca al margen de la ley crímenes tumultuarios como los cometidos en la ciudad de México el día dos de octubre de 1968. En tan sangrienta fecha perdieron la vida, a manos de tropas militares, cientos de manifestantes opositores al régimen. Ninguna investigación se practicó. El diez de junio de 1971 una nueva masacre se perpetró sobre estudiantes y profesores: en esta ocasión no fueron las fuerzas armadas las homicidas sino grupos paramilitares de corte fascista; hace más de un año que se investiga, se han aportado cientos de pruebas documentales e incontables testimonios, y a más de un año de distancia, no se ha abierto ningún proceso. En nuestras penitenciarías se aplica la "ley de fugas" a reos políticos acusados de "amotinarse" y ninguna investigación se practica. La violencia militar en contra del campesinado especialmente en los Estados de Guerrero y Oaxaca es por todos conocida y, sin embargo, ninguna acción penal se ejerce ni contra los infractores campesinos y guerrilleros que se dice violan nuestras leyes, ni contra quienes los ejecutan salvos de todo enjuiciamiento.

Todo ello, aunado a la necesidad de garantizar el ejercicio de la acción procesal de la manera más am-

plia que sea posible, nos conduce a postular la necesidad de introducir, como modalidades dentro del ejercicio de la acción penal en nuestro sistema jurídico, la acción -- privada con carácter facultativo y en forma subsidiaria -- a la ejercida por el Ministerio Público (nunca concurrente), provista de una rígida reglamentación en materia de costas, y siempre y cuando la misma se vea acompañada de la creación de juzgadores penales que sean verdaderos directores del proceso. Tal acción privada ha de concederse, en nuestra opinión, frente a todo tipo de delitos y respecto a cualquier genero de presuntos culpables.

Al lado de la acción ejercida por el Ministerio Público, y de la ejercida por particulares, consideramos indispensable la reglamentación de una verdadera acción popular respecto a delitos de índole política. En principio, pudiera bastar con la concesión de la misma en relación con los casos previstos por el párrafo tercero del artículo 97 y cuarto del lll constitucionales. Para los delitos de tipo electoral sería además conveniente la -- creación de un órgano especializado que constituyese un -- auténtico tribunal electoral.

Finalmente, creemos que la acción de ejercicio -- quis de populo es un paso indispensable que debe de dar se en materia de amparo contra leyes, al tiempo que de -- dichas cuestiones debe autorizarse a que conozcan cualquier órgano jurisdiccional (tesis Fraga) (123).

De considerarse viables dichas proposiciones, apenas apuntadas y merecedoras, todas ellas, de un amplio examen interdisciplinario (jurídico, sociológico, económico), -- la garantía de acción consagrada en nuestra constitución -- alcanzaría su verdadera dimensión práctica, al tiempo que el enjuiciamiento vigente se vería libre de algunas de sus más características y dolorosas deficiencias, ya que al cerrarse el acceso a los tribunales a todos los ciudadanos respecto a cualquier tipo de cuestiones, a más de desprestigiarse ostensiblemente la administración de justicia, se sientan las bases necesarias para el consiguiente desbordamiento de las formas y métodos autotutelares.

d) La jurisdicción condicionada y los recursos administrativos.

El problema de la jurisdicción condicionada implica, en nuestra opinión, una excepción flagrante a la posibilidad de acción constitucionalmente consagrada.

La jurisdicción condicionada se traduce en una -- restricción a la posibilidad de accionar; cuando se señala la obligatoriedad de los recursos administrativos y la necesidad de agotarlos con antelación a la invocación efectiva de la jurisdicción, ésta se ve relegada a segundo término.

Si esta situación se combina con la dispersidad -- que en materia de recursos administrativos ostentan nues--

tras leyes positivas (124), tanto más grave se presenta - la situación del administrado frente al poder público.

Cabe destacar que en esta materia el derecho procesal administrativo mexicano tiende claramente hacia la consagración de la "opción" en materia de recursos, o - sea, hacia la posibilidad de recurrir una resolución o un acto en forma autocompositiva, o de accionar ante la jurisdicción a fin de obtener una composición procesal del litigio administrativo.

La necesidad de agotar los recursos, como un requisito para solicitar la intervención del poder judicial, entorpece, dilata y dificulta inútilmente la defensa de los intereses y derechos de los administrados de ahí lo urgente de su reforma (125).

En este sentido, el artículo 28 de la reciente - Ley del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo del Distrito Federal, consagra en forma expresa el carácter optativo de los recursos administrativos. Dicha opción corresponde al particular. Dentro de ésta tendencia se encuentra también el artículo 73, fracción XV de la Ley de Amparo, y creemos que su extensión a la ley fiscal no habrá - de hacerse esperar.

e) El libre acceso a la justicia y los pobres.

Para que una garantía constitucionalmente consagrada alcance en rigor su vigencia práctica, es necesario

que del terreno abstracto de la proclamación solemne se -
 posibilite su aplicación.

Tal es el caso indiscutible de la garantía de --
 acción procesal. El decir que es un derecho que pertenece
 a todo ciudadano respecto a cualquier tipo de litigios --
 tiene una innegable importancia socio-política, pero cuando
 tal principio no puede concretarse en dichos términos--
 la proclama no pasa de ser un bello ideal carente de todo
 contenido social.

Hemos visto algunas de las diversas causas que -
 restringen el ejercicio de la acción procesal. Su origen--
 se encuentra normalmente en razones técnicas (jurisdic- -
 ción condicionada) o políticas (acción penal). Pero exis-
 te una causa diversa más general e importante que radica--
 en las dificultades reales que dentro del terreno econó--
 mico plantea el libre acceso a los tribunales: la pobreza
 y la indigencia.

Las complejidades propias de todo sistema jurídi
 co moderno, aunadas a la lenidad de la burocracia, ocasionan
 que el particular se enfrente a los problemas jurídi-
 cos desprovisto de las herramientas necesarias para poder
 componer jurisdiccionalmente los litigios en que se ve enu
 vuelto.

Una de las misiones de las profesiones forenses--
 consiste, precisamente, en orientar al que no sabe, defendi
 diéndole y patrocinándole, aconsejándole y guiándole. --

Dentro del sistema económico en que vivimos, tales servicios cuestan dinero: quien lo posee, será asistido, - quien no, se verá privado de una defensa, o por lo menos, de una defensa preparada.

La onerosidad de la administración de justicia, combinada con la lentitud de los procesos, tiende a generar una situación de desigualdad en la que el rico es fuerte y el pobre débil, cumpliéndose, como señalara - Townsend comentando "The poor laws", la ley de la supervivencia del más fuerte, del mejor dotado (126).

Tal situación no es particular ni de nuestra - época ni de nuestro país. Lo nuevo consiste, tal vez, en el enfoque que modernamente se ha dado a la cuestión, - especialmente por parte de la doctrina italiana (127).

El problema de la defensa y patrocinio de los - pobres, y sólo en relación con México, fué ya objeto de las sabias Leyes de Indias (128) y, en el siglo pasado, inquietó a Ponciano Arriaga (129), por no citar sino -- dos de sus antecedentes.

Decíamos que lo novedoso radicaba en el método de estudio del problema. En épocas pasadas tres eran -- las formas principales de considerar la cuestión.

La auxiliatoria de pobreza -como en algunos -- lugares se califica a nuestro tema- puede comprenderse como una forma de beneficencia o caridad que las reglas - morales imponen. Su ejercicio puede encomendarse a ór- ganos especiales de carácter tutelar o dejarse a la - -

buena conciencia de los abogados y letrados. En tales casos, la defensa y patrocinio de los pobres asume un carácter -- "honorario", quedando a su ejercicio al arbitrio de los pro curadores y patronos.

De acuerdo con una segunda orientación, puede verse en la defensa por pobre una de las funciones que competen a grupos especializados ya de abogados, a través de -- sus colegios y agrupaciones, ya a los estudiantes de derecho con ayuda de las universidades y sobre todo del profesorado. Cuando así ocurre, y contra lo que pudiera parecer, dichas fórmulas se han desarrollado plausiblemente en España y en Estados Unidos respectivamente, la eficiencia del servicio depende -esencialmente- de la responsabilidad social con que dichos cuerpos desempeñen sus funciones.

Una tercera solución, hoy día imperante, considere que la asistencia judicial de quienes no poseen los recursos económicos suficientes para defender sus intereses y derechos, es una función que debe realizar el Estado en forma de servicio público. La regulación que de dicha función hacen las diversas leyes positivas es capítulo aparte que no nos será posible desarrollar por el momento. Baste -- indicar que tal es el sistema seguido por nuestros ordenamientos, mismos que a continuación sumariamente examinaremos.

NOTAS.

Capítulo IX.

-
1. Véase, SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. El sistema de la -- Constitución mexicana, México, 1971, p.p. 361-364 y 389.
 2. En este sentido, de limitación, exclusión o prohibición, tal vez fuese más claro el artículo 37 del -- Decreto Constitucional de Apatzingán de 22 de octubre de 1814, de acuerdo con el cual "a ningún ciudadano debe coartarse la libertad de reclamar sus derechos ante los funcionarios de la autoridad pública".
 3. La restricción que el mismo experimenta dentro de -- su propia consagración constitucional consiste en -- limitar su ejercicio a los nacionales cuando dichas peticiones se refieran a "materia política". En relación con este punto y respecto a la importancia -- del derecho de petición como una garantía ciudadana, véase el célebre "Voto particular" de don Mariano Otero, que habría de incorporarse al Acta de Reformas de 1847.
 4. Cfr., entre otros, DUGUIT, León. *Op. cit.*, tome II, p.p. 54-60.
 5. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso, -- *cit.*, p.p. 220-224.
 6. MICHELI, Gian Antonio. Jurisdicción y acción, *cit.*, p.p. 166-168.
 7. Cfr., BRISEÑO SIERRA, Humberto. Derecho procesal, -- volumen II, México, 1969, p.p. 168-173, 202-210 y, -- especialmente, p. 173. Véase también, ZEPEDA, Jorge Antonio. Unidad de jurisdicción y justicia adminis-

trativa, México, 1972, p.p. 24-26.

8. BRISEÑO SIERRA, Humberto. Op. cit., vol. cit., p.p. 210-211.
9. Según recuerda ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. -- Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. - 105. Cfr., también, LENT-JAUBERNIG. Op. cit., p.281.
10. Para la crítica de esta postura, véase lo que antes hemos dicho en relación la tesis de Jaime Guasp - (cfr., supra, p.p. 175-180).
11. MARGADANT, Guillermo F. Constitución y enjuiciamiento civil, en: "Rev. Fac. Der. Mex.", (1956), núm. - 24, (p.p. 213-241), p. 220.
12. Cfr., entre otros, GARCIA RAMIREZ, Sergio. La acción en el proceso penal, cit., p.p. 141-142.
13. MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. - - Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. - 1917-1965. Tercera parte, segunda sala; tesis 187, - p. 224. (Véase igualmente, dentro del mismo cuerpo, Segunda parte, primera sala, tesis 71, p.p. 160- - 161).
14. FRANCO SERRATO, José. Principios y garantías constitucionales en materia procesal civil, en: "Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana", México, (1972), p. p. 119-155. Algunos de los aspectos examinados por Franco Serrato que a nosotros nos parecen discutibles son, entre otros, los relativos a la distinción entre "garantías judiciales" y "garantías políticas" del enjuiciamiento, ya que -independientemente de que toda garantía constitucional es jurídico-política, y de aquí el acierto terminológico de la Constitución de la República Española al hablar de "Garantías -- individuales y políticas" en el cap. I de su tít. - III- su autor considera como "políticas" precisamente las relativas a la organización del poder judicial y como "judiciales" aquellas que en general establecen una restricción a los poderes públicos - frente a la libertad de los ciudadanos. Igualmente no es claro en que sentido Franco Serrato considera que la garantía de "libre tránsito" representa una- "garantía judicial" del enjuiciamiento, pues no --

- existiendo ya en nuestro medio tribunales ambulantes y derogado también no hace mucho tiempo el sistema - del juez "peregrino" existente en los partidos "foráneos" de Coyoacán, Villa Obregón y Xochimilco, el -- libre tránsito, como garantía judicial, parece no -- tener sentido alguno.
15. FRANCO SERRATO, José. Op. cit., p. 124.
 16. MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apén dice al Semanario Judicial de la Federación. 1917- = 1965. Tercera parte, segunda sala; tesis 189, p.228.
 17. Consideramos que éste es el deber de las autoridades, siendo su obligación la no restricción del derecho- de petición (contenido excluido). (Cfr. SCHMILL ORDO NEZ. Ulises. Op. cit., p. 389).
 18. MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Sema nario Judicial de la Federación. Sexta época, terce- ra parte, volumen I, p. 54.
 19. Al respecto véase, MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apéndice al Semanario Judicial de la - Federación. 1917-1965. Tercera parte, segunda sala; -- tesis 190, y Semanario Judicial de la Federación, -- Sexta época, tercera parte, vol. XII, p. 60, en rela ción con Quinta época, vol. LV, p. 2551.
 20. CARRILLO FLORES, Antonio. La Suprema Corte Mexicana- como poder y como tribunal, (discurso de recepción - como "Académico de Número", leído en el Ilustre y -- Nacional Colegio de Abogados de México, el día 22 de junio de 1972), México, 1972, apartado núm. 23, p.p. 15-16). Del mismo autor, y con referencia al proble- ma en cuestión, véase, también, Las cuestiones polí- ticas y la Suprema Corte de Justicia, en: "El Univor sal", 14 de agosto de 1944, y, La Suprema Corte en - las reformas sociales de México, en: "Rev. Fac. Der. Mex.", (1964), núm. 55, (p.p. 639 -645) especial- - mente, p. 644.
 21. Ante la carencia de un "tribunal electoral", son las violaciones del voto público las que han ocasionado- el mayor número de peticiones de investigación, ade- más de que quizá tal sea la mayor utilidad que el --

precepto brindase en un régimen de derecho en el que tanto los delitos como las "violaciones a las garantías" individuales fuesen sistemáticamente reprimidas. Sin embargo, no es esta en efecto la situación por la que actualmente atraviesa México: innumerables son los delitos que no se investigan, especialmente, cuando son cometidos por autoridades; igualmente, la violación sistemática de garantías -especialmente en el campo- rara vez origina reparaciones; de ahí la necesidad de profundizar en el alcance del artículo 97, lo que desgraciadamente no podremos hacer en el presente estudio. (Cfr., para su estudio, entre varios otros trabajos, SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. El artículo 97 Constitucional y la Democracia (Una discusión histórica en el Pleno de la S.C.J.), México, 1947; OLEA Y LEYVA, Teófilo. El amparo y el desamparo, en "Problemas Jurídicos y Sociales de México", (Anuario-1953), México, 1955, p.p. 187-198, y TENA RAMÍREZ, Felipe. La facultad de la Suprema Corte en materia electoral, en: "Revista Mexicana de Derecho Público", (1946), tomo I, p.p. 37-65).

22. Ya que el párrafo III del artículo 97 Constitucional no encuentra precedentes expresos dentro de nuestro sistema constitucional, puede afirmarse que tal texto es una de sus creaciones. Sin embargo, de conformidad con la Constitución de 1857, frecuente fue el problema denominado "incompetencia de origen", así en 1874 la Suprema Corte sostuvo que tenía competencia para declarar la ilegitimidad de las autoridades que tuviesen su origen en el fraude electoral (cfr., especialmente, IGLESIAS, José María. Estudio constitucional sobre facultades de la Corte de Justicia, (1a. ed., México, 1874) reeditado por la Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, (con un estudio preliminar de Santiago Oñate Sallemme), (1946), núm. 30, p.p. 251-295). Hechos políticos por todos conocidos llevaron al fracaso la tesis de Iglesias, aun cuando el foro siguió preocupándose por el problema. Así, en 1878, la Suprema Corte tuvo que volver sobre el asunto. Se trataba de una demanda de amparo promovida por León Guzmán. Otro tanto sucedió en 1881 cuando, patrocinando a Donde, Pallares sostuvo la tesis Iglesias acerca de la "incompetencia de origen. Siendo en ambas ocasiones presidente de la Corte don Ignacio L. Vallarta, atacó con denuedo dicha tesis (cfr. VALLARTA, Ignacio L. Votos, México, 1894, tomo I p. 120 y tomo

III, p. 166, respectivamente). La elegancia y presunción con que Vallarta expuso sus críticas, influyeron decisivamente en el ulterior desarrollo jurisprudencial de la cuestión, que habría de culminar al sentarse, con la calidad de jurisprudencia firme, que la "cuestión de ilegitimidad es meramente política y no corresponde a la justicia federal resolverla en juicio de amparo" (MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, tomo LXXII, Apéndice, tesis 501). Si todos estos pueden considerarse como antecedentes de la "averiguación" prevista por el artículo 97 en materia electoral (cfr., TENA RAMIREZ, Felipe. Op. ult. cit. p.p. 39-42), creemos que lo es, respecto a la averiguación de violaciones a las garantías individuales la ordenada por la Suprema Corte de Justicia en 1879 en relación con los hechos ocurridos en la capital del Estado de Veracruz la noche del 24 al 25 de junio. En tal ocasión, siendo a la sazón Ministro en turno don Ezequiel Montes, la Corte ordenó se investigase "para lo que hubiere lugar" (Véase, Averiguación formada por orden de la Corte Suprema de Justicia, inserto como "Anexo número I" en el volumen intitulado "Proceso instruido por la Segunda Sección del Gran Jurado con motivo de los acontecimientos ocurridos en la ciudad de Veracruz la noche del 24 al 25 de junio de 1879", pero con paginación por separado (p.p. 1-98) y dado a la prensa por los señores Manuel Contreras, Manuel Dublán y Luis Mendez. México, 1880).

23. Así lo reconoció expresamente don Ezequiel Montes -- en 1879. Cfr. Op. ult. cit., p. 4.
24. En el mismo sentido, véanse, entre otros, TENA RAMIREZ, Felipe. Op. cit., p. 63; CABRERA, Lucio. El poder judicial federal mexicano, México, 1968, p. 131, y SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. Op. cit., p.p. 312.
25. Así, TENA RAMIREZ, Felipe. Op. ult. cit., p. 53 -- quien señala como requisito para solicitar la investigación la legitimatio ad causam; SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. Op. ult. cit., p. 313; FIX ZAMUDIO, Héctor. La jurisdicción constitucional mexicana, México, -- 1961, p.p. 137-138; etc.
26. Véase, especialmente, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. En torno a la nación de proceso preliminar, --

en "Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquentenario della sua fondazione", vol. II, (Padova, 1953), p.p. 265-316, passim.

27. Regulada por el c.p.c. en sus artículos 205-219 y-939. Cfr., al respecto, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Síntesis del derecho procesal cit., p. 79; y DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRANAGA, José. - - Instituciones de derecho procesal civil, (8a. ed., al cuidado de De Pina Vara), México, 1969, p.p. - 383-385.
28. Dicho plazo puede prorrogarse (cfr. art. 216 c.p.-c.), pero una vez cumplido éste solo caben dos hipótesis, o se entabla la demanda, o se suspende la medida. En el primer caso -de acuerdo con Alcalá--Zamora (cfr. En torno a la noción de proceso preliminar, cit.)- el proceso preliminar pasa a ser un período o fase accesoria del proceso de fondo. En cambio, en caso de no entablarse la demanda, nos parece que no habrá lugar a hablar de proceso y -sí sólo de procedimiento, pues no se habrá compuesto litigio alguno ni se habrá ejercido la jurisdicción en sentido estricto.
29. Cfr., c.p.c., arts. 214 y 218.
30. Cfr., MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apéndice al Semanario judicial de la Federación. Tercera parte, segunda sala, tesis 189, p.p. 228- 229.
31. MARGADANT, Guillermo F. Op. ult. cit. p. 220.
32. BURGOA, Ignacio. Las garantías individuales, (2a. ed.), México, 1959, p. 485.
33. Cfr. MANTILLA MOLINA, Roberto. Sobre el artículo 17 constitucional, en: "Rev. Fac. Der. Méx.", - - (1958), núms. 31-32, (p.p. 140-159), p.p. 146-147- y 159, y SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. Op. cit., p. p. - 413-414.
34. BURGOA, Ignacio. Op. ult. cit., loc. cit.

35. MERCADER, Amilcar A. La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico, Buenos Aires, 1944.
36. Cfr., supra, p. 56.
37. Cfr. arts. 871, 872, 848, 866 y 867 del Cód. civ.
38. Cfr., supra, p.p. 53-54.
39. Cfr., FIX ZAMUDIO, Héctor. Op. ult. cit., p. 136.
40. Al respecto cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales, cit., passim.
41. Cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Síntesis del derecho procesal, cit., p.p. 20-33 y 168-178.
42. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales, cit., p.p. 280-286; Examen crítico del código de procedimientos civiles de Chihuahua, Chihuahua, 1959, p.p. 1-3 y Síntesis del derecho procesal, cit., locs. ult. cit.
43. Cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Examen crítico del código de procedimientos civiles de chihuahua, cit., p.p. 28-29.
44. Véase el texto de la misma en las p.p. 449-453 del tomo I de la "Revista general de derecho y jurisprudencia", (México, 1930). Y para su crítica, de acuerdo a concepciones privatistas, PALLARES, Eduardo. Tratado de las acciones civiles, cit., p. 149-155.
45. Que señala el deber del demandante de expresar los "fundamentos de derecho", el quo iure petatur que queda sin efecto en función del artículo segundo - (cfr. MEXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Quinta-época, tercera sala, tomo XVI, p. 1092).

46. Op. ult. cit., p.p. 26-27 y 29-30.
47. Cfr., especialmente, CAPIN MARTINEZ, Luis. La acción de jactancia, México, 1954, passim.
48. Cfr., especialmente, ALCALA-ZAMORA, Niceto. Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mexicano, cit., p.p. 506-521.
49. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Estampas procesales de la literatura española, Buenos Aires, -- 1961, p. 16. Cfr., igualmente, y del mismo autor, Algunas observaciones al proyecto de código procesal penal para el Distrito, en: "Bol. Inst. Der.-Comp. Mex.", (1951), núm. 10, (p.p. 9-29), p. 13.
50. RIVERA SILVA, Manuel. Sobre la acción penal, en-- "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", (1947), núm. 33, (p.p.-- 73-74), p. 73 y GARCIA RAMIREZ, Sergio. La acción en el proceso penal, cit., p.p. 134-135.
51. Así, GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. ult. cit., p. -- 134.
52. Síntesis del derecho procesal, cit., p.p. 178-179.
53. La más relevante la constituye sin duda la caracterización que de la acción penal encontramos en el artículo 21 constitucional, en donde -- como agudamente señala Alcalá-Zamora-- se ha echado mano de las nociones civilistas de carácter sustancial que ven en la acción procesal un ius persecuendi (cfr. Op. ult. cit., p. 195 y nota 667).
54. Véanse, Código distrital, art. 2o. y Código federal, art. 136. Dicha postura ha sido confirmada -- por nuestra jurisprudencia. El más alto Tribunal de la República sostiene que el ejercicio de la acción penal "corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no -- ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal-- acción se haya ejercido por el Ministerio Públi-- co, importa una violación de las garantías consa--

gradas en el artículo 21 constitucional" (México. - Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Segunda Parte. Primera Sala, tesis núm. - 6, p.p. 24-25).

55. Cfr., especialmente, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Ministerio Público y Abogacía del Estado, en: Bol. Inst. Der. Comp. Méx., núm. 40, (p.p. 37-64), p.p. 43-44, y Síntesis del derecho procesal, cit., - p.p. 182-187.
56. En el mismo sentido véase Op. ult. cit., p. 195. -- En contra, cfr. FRANCO SODI, Carlos. Código de procedimientos penales para el Distrito y Territorios Federales, Comentado, México, 1946, p.p. 12-13 y -- RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal, (5a. ed.), México, 1970, p.p. 60-70.
57. En general, véase ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mexicano, cit., p.p. 508-516. Nuestra -- jurisprudencia ha señalado que el desistimiento de la "acción" penal constituye un acto de parte y que en tanto tal entraña una pretensión negativa que -- "tiene sólo a excitar a la autoridad del órgano jurisdiccional... sin ligarlo ni constreñirlo" por lo que al juzgador compete aceptar o rechazar el pedimento de acuerdo a las constancias en autos (MÉXICO. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. -- Quinta época. Segunda Sala, tomo LXXII, p. 6842). -- Con este precedente creemos que puede estimarse que la Corte ha sabido restringir el "desistimiento de la acción" de que habla el código, al de la pretensión, y no siendo en materia penal la disponibilidad la regla, la reduce a una pretensión que puede o no aceptarse por el órgano jurisdiccional. En ejecutoria diversa, la Suprema Corte ha considerado que "la institución del Ministerio Público sólo podrá desistirse en los casos expresamente previstos por la ley, ya que su obligación es conducir el proceso hasta la sentencia" (MÉXICO. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Quinta -- época. primera sala, tomo CXIV, p. 832). Independientemente del error que implica sostener que al --

Ministerio Público corresponde "conducir" el proceso, resulta muy acertado sujetar el desistimiento a criterios legales, pues siendo el M. P. un órgano - del Ejecutivo, intereses políticos impedirían que - un buen número de delitos -especialmente los cometidos por autoridades- se castigasen, lo que no obsta para que lo anterior ocurra a diario en México en - función, especialmente, de la lenidad de la "institución" y de los fueros y prevendas de que de facto gozan nuestras autoridades.

58. "Basta con la consignación... para que se entienda que se ha ejercido la acción penal, pues justamente -considera la Corte- es la consignación lo que - caracteriza el ejercicio de la acción penal" (México. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. Quinta época, tomo XXVII, p. 2002). Lo que le lleva a sostener que "cuando el acto reclamado en el amparo, consiste en la detención del quejoso, llevada a cabo por una autoridad administrativa -casos previstos por el artículo 16 constitucional- debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado cuando el quejoso ha sido consignado al juez competente". (México. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación. Segunda parte, primera sala, tesis 106, p. 229).

Buena parte de nuestra doctrina acoge tal - postura, así, por ejemplo, COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales, tomo I, México, 1964, p. 257, sostiene que con la - - consignación se lleva a cabo el ejercicio de la - - acción y con ello se inicia el "proceso penal judicial" (sic) y comienzan "los actos de persecución del delito"; lo cual es inexacto y solo se explica a través de una concepción de la acción como "ius -persequendi".

A reserva de discutir con posterioridad el momento de ejercicio de la acción penal, debemos -- señalar que al lado de la consignación normal -que- requiere, como supuestos constitucionales, la probable responsabilidad del indiciado y el cuerpo del - delito- existen casos en que los mismos no se precisan (cfr., vgr. arts. 134 del Código federal y 4 -- del distrital) mismos que, de conformidad con García Ramírez (Op. ult. cit., p. 142) "es necesario - desterrar de nuestro sistema jurídico".

59. Puesto que ambos elementos: presunta responsabilidad y cuerpo del delito forman el fundamento fáctico de la pretensión procesal dirigida a concretizar la potestad punitiva estatal.
60. Cfr., al respecto, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. El nuevo código procesal penal del Estado de Michoacán, en: "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", (1964), núm.-49. p.p. 97 - 123.
61. Ibidem, op. cit., p. 110.
62. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, procedimiento, enjuiciamiento, cit., passim y, especialmente, Proceso, autocomposición y autodefensa, cit., p. p. 134-138.
63. Se ha objetado que dentro del enjuiciamiento administrativo exista un litigio. Briseño Sierra considera que en relación con el proceso administrativo debe de hablarse de "conflicto" y no de litigio, que para él es la "colisión de derechos o de intereses" - aplicable a cualquier forma de enjuiciamiento, mientras que el litigio, según Briseño Sierra sólo opera respecto al proceso civil. (Cfr. BRISEÑO SIERRA, Humberto. El proceso administrativo en Iberoamérica, México, 1968, p.p. 59-80 y Competencia de los Tribunales Administrativos, en: "Revista del Tribunal Fiscal de la Federación", cuarto número extraordinario, México, s.d.. (1971), (p.p. 77-93), p.p. 80-82).
- En nuestra opinión la crítica de Briseño sólo es aplicable a la estrecha caracterización carneltutiana de litigio, más no a un concepto dilatado del mismo (cfr. supra, p.p. 46-54).
64. Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso administrativo, en: "Rev. Fac. Der. Méx.", (1963), núm.-51, (p.p. 603-626), especialmente, p.p. 608-610. En esta idea le siguen, entre otros, BRISEÑO SIERRA, Humberto. El proceso administrativo en Iberoamérica, cit., p. 123, y FIX ZAMUDIO, Héctor. Estudio de los recursos administrativos, cit., p. 63.
65. Conviene recordar que es Carnelutti quien ingeniosamente planteó el carácter autocompositivo del recurso jerárquico (cfr. Sistema de derecho procesal civil, cit., tomo I, p.p. 263 y 267), pero dicha idea ha encontrado en Alcalá-Zamora un seguro exponente.-

- Independientemente de las páginas que en Proceso, auto-composición y autodefensa dedica al problema (p.p. 35-61, 164-184 y, en relación con los recursos administrativos, p. 41), véanse, también las sugestivas ideas -- expuestas en Premisas para determinar la índole de la llamada jurisdicción voluntaria, en "Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento", vol. I, Milano, 1951, (p.p. 1-55), nota 135.
66. Cfr., especialmente, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso administrativo, p.p. 6-5-606.
67. Ambos textos constituyen los resultados más claros de la influencia francesa dentro de nuestro régimen de -- justicia administrativa, que es de fuertes caracteres -- judicialistas merced a la influencia hispánica y, también, norteamericana. Conforme a dicho sistema, los -- tribunales especializados, no significan un debilita-- miento del sistema judicialista mexicano, puesto que -- como sostiene Fix Zamudio- "además de que dichos tri-- bunales no comprenden toda la materia administrativa, -- sus resoluciones no son definitivas ni firmes". FIX -- ZAMUDIO, Héctor. Organización de los tribunales admi-- nistrativos, en "Revista del Tribunal Fiscal de la Fe-- deración", cuarto número extraordinario, (1971), (p. -- p. 95-129), p.p. 99-100.
68. Cfr., artículos 192 y 173 del Código Fiscal y arts. -- 25, 31, 63 y 64 de la ley del Tribunal de lo Contencio-- so. (Cfr., ARMIENTA CALDERON, Gonzalo. El procedimien-- to en los tribunales administrativos, en "Revista del Tribunal Fiscal de la Federación", número citado, (p. p. 131-148), (p.p. 137-139).
69. Especialmente las reglas establecidas por el art. 192 acerca de la presentación de la demanda por correo -- certificado, el art. 194 relativo a la modificación -- de la demanda, y alguna otra.
70. Cfr. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mexi-- cano, cit., p. p. 523-524.
71. Cfr., especialmente, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdic--

ción, procedimiento, en: "Istituto di Diritto Agrario Internazionale e Comparato: Atti della Seconda Assam-blea: Firenze, 30 settembre- 4 ottobre 1963", Milano, 1964, vol. I, p.p. 431-462.

72. FIX ZAMUDIO, Héctor. Lineamientos fundamentales del - proceso social agrario en el derecho mexicano, en: - "Rev. Fac. Der. Mex.", (1963), núm. 52, (p.p. 893-938), p.p. 910-920.
73. Cfr., especialmente, GUTELMAN, Michel. Réforme et -- mystification agraires en Amérique latine. Le cas du Mexique, París, 1971, p.p. 139-234, y, también, - -- AGUILERA, Manuel. Balance de la Nueva Ley de Reforma-Agraria, en: "Cuadernos Americanos", (1971), núm. 5, - p.p. 49-68.
74. DE LA CUEVA, Mario. La jurisdicción del trabajo en el derecho mexicano, cit., p. 122.
75. Cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Proceso, auto-composición y autodefensa, cit., p.p. 206-207.
76. Cfr. KURCZYN DE STEPHAN, Patricia. Op. cit., p.p. 824-829.
77. Cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho - mexicano, cit., p.p. 524-525 y KURCZYN DE STEPHAN, -- Patricia. Op. cit., p.p. 828-829.
78. ONATE SALEMME, Santiago. El amparo "mexicano", chau--vinismo jurídico, en "Excelsior", 25 de junio de - 1968, p. 7. Al respecto, cfr., FIX ZAMUDIO, Héctor. - El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del Dere-cho Procesal, en "Rev. der. proc. ib.", (1971), núms. 2-3, (p.p. 361-408), especialmente, p.p. 362-363.
79. BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo, (8a. ed.), Mé-xico, 1971, p. 329.
80. Cfr., supra, capítulo IV. Para un enfoque moderno del problema de la acción cfr., entre otros. FIX ZAMUDIO, Héctor. La garantía jurisdiccional de la constitución mexicana, cit., p.p. 97-105.

81. Aún cuando en la pregunta hablamos de "acción", conviene tener presente que lo hacemos solo en atención a la instancia, en virtud de que en nuestra opinión la acción es el derecho a la jurisdicción, que implica el derecho a los actos del juicio en su totalidad, en el sentido de que la misma constituye -por un lado- la posibilidad de realizar los actos de parte, ya cumpliéndolos (vgr. recurriendo una decisión), ya provocándolos (vgr. ofreciendo un peritaje), y -por otro- en tanto que siendo un derecho a la jurisdicción faculta a su titular para exigir el exacto desarrollo de los actos de decisión a cargo del juzgador. De considerar que la forma escrita afecta no sólo a la instancia sino a la acción en conjunto, nos veríamos obligados a reconocer que nuestra Constitución no reconoce mas que formas procesales dominadas por la escritura. La incorrección técnica y política que tal aserto implicaría es manifiesta; en primer lugar, por que en razón de la forma, todo tipo de enjuiciamiento es mixto (al respecto cfr., especialmente, CAPPELLETTI, Mauro. Procédure orale et procédure écrite, cit., p.p. 11-13), y en segundo, los ideales sociales que animaron al Constituyente de 1917 difícilmente hubieran podido congraciarse con la rigidez absoluta que entraña un enjuiciamiento puramente escrito.
82. Como se ve, la supresión de formalidades es relativa ("forma determinada"). La distinción entre demanda escrita y verbal es bastante clara en, vgr., los artículos 687, 753 fr. IV y 785, no así en los artículos 686 y 697 de la Ley Federal del Trabajo que sólo aluden a los "escritos".
83. Nos parece que el aspecto procedimental es uno de los peor regulados por la Ley Federal de Reforma Agraria. La excesiva preponderancia del elemento escrito sobre el oral constituye un olvido de la realidad del agro mexicano que cuenta con un alto porcentaje de analfabetas. En dicho ordenamiento se exige "solicitud" escrita para iniciar a instancia de parte, los procedimientos de expropiación (art. 343), el de nulidad de fraccionamientos de bienes comunales (art. 391) y ejidales (art. 396), el de suspensión (art. 422) y el de privación de derechos agrarios (art. 427), así como para la interposición del recurso ("juicio") de inconformidad (art. 379). En todos los demás casos simplemente se habla de "solicitud", pudiendo en consecuencia producirse en forma oral, forma esta expresamente aceptada para la conciliación en los conflictos internos de los ejidos y comunidades (art. 435).

84. Véanse, por ejemplo, los artículos 208 del código distrital de procedimientos civiles (solicitud de depósito de la mujer casada que entronca directamente con el art. 8o. constitucional) y 7 y 20 del "Título especial" de Justicia de Paz.
85. Como postrera observación, cabe señalar que cuando de dichas peticiones formuladas verbalmente se levanta un acta o se consignan por escrito ante la autoridad competente para conocer de ellas, la oralidad no sufre quebranto alguno, pues cuando tal requisito -- existe -- con el fin de conservar constancia del procedimiento -- no cabe hablar de principio de escritura y sí, en cambio, de "protocolización". (Para una clara distinción entre los principios de escritura, oralidad y protocolización (*Aktenmaessigkeit*), cfr. MILLAR, Robert Wyness. Op. cit., p.p. 143-144).
86. A este respecto la Suprema Corte ha distinguido entre "requisitos constitucionales" (por escrito) y -- "requisitos reglamentarios" de la petición, considerando que cumplidos los primeros, basta para que la autoridad deba contestar. Así, se dispone que "el artículo 8o. constitucional no subordina la contestación ni aspecto otro alguno de la garantía de petición, a que los solicitantes hayan o no cumplido con determinados requisitos reglamentarios" (México. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación, Sexta época, tercera parte, vol. XIX, p. 63). En cuanto a los "requisitos constitucionales" se dice que "es -- inexacto el argumento de que el derecho de petición que consagra el artículo 8o. constitucional esté supeditado a que el peticionario compruebe el interés jurídico que le asiste... ya que la garantía que entraña el mencionado precepto sólo está condicionada a que se ejercite por escrito y de manera pacífica y respetuosa" (Sexta época, tercera parte, vol. LXXVII, p. 25).
87. México. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, Tercera parte, segunda sala, tesis -- 191, p. 235.
88. La Segunda Sala de la Suprema Corte ha establecido -- jurisprudencia firme en el sentido que "... es indudable que si pasan más de cuatro meses desde que una persona presenta un ocurso y ningún acuerdo recae a él, se viola la garantía que consagra el citado artículo (8o.) constitucional" (Apéndice al Semanario --

Judicial de la Federación, Tercera parte, segunda sala, tesis 188, p.226). Dicho término, que nos parece excesivo, no constituye un límite al que haya que esperar para promover el amparo, en virtud de que la misma Segunda Sala ha considerado que "la garantía -- consagrada por el artículo octavo constitucional, por su claridad, no admite más interpretación que la literal derivada de su simple lectura" (Semanao Judicial de la Federación, Sexta época, tercera parte, -- vol. VII, p. 77).

89. Art. 162 del derogado código de 30 de diciembre de -- 1938.
90. México. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justi-- cia de la Nación. Semanario Judicial de la Federa-- ción, Sexta época, tercera parte, vol. XIII, p. 65.
91. Ibid., vol. I, p. 49.
92. La Suprema Corte de Justicia ha negado la existencia de una distinción entre "costas" y "gastos del juicio", considerando que "las costas en material civil, com-- prenden tanto los honorarios, de los abogados y pro-- curadores, como los gastos propiamente dichos, que se causan en la sustanciación de un negocio ya que no -- existe distinción entre "costas" y "gastos" del juicio" (MEXICO. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justi-- cia de la Nación. Semanario Judicial de la Federa-- ción. Quinta época, tercera sala, vol. LIII, p.1033). Dicha ejecutoria, que no es sino un precedente, nos -- parece poco afortunada en virtud, principalmente, de que la Corte no puede condenar a que se paguen median-- te las costas gastos que son ilegales. De aceptarse -- que las costas son los gastos, se legitimaría -- a posterio-- la "gratificación" o "mordida" que se da a -- los auxiliares de la administración de justicia y, pu-- diera darse el caso, que en las "costas" se incluyese-- la suma que una de las partes ha entregado al juzga-- dor a fin de que prevarique. Independientemente de -- estas consideraciones, extremas si se quiere, pero no por ello imposibles, la misma Suprema Corte ha consi-- derado que no pueden ser objeto de la condena en cos-- tas aquellos gastos que no puedan probarse y justifi-- carse (Semanao..., Quinta época, tercera sala, to-- mos XXVI y XXVII, p.p. 1487 y 1318, respectivamente). (Cfr., igualmente, Código de procedimientos civiles -- del Edo. de Tamaulipas, art. 127).

93. En esta noción que proponemos distinguimos entre naturaleza (sanción procesal), y finalidad (resarcimiento) fundándonos en el precioso estudio de los señores Alcala-Zamora. (Cfr. ALCALA-ZAMORA Y TORRES, Niceto y - - ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La condena en costas, Madrid, 1930, especialmente, p.p. 31-44).
94. Cfr., Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal y Territorios, arts. 138-142. Se aparta de este criterio en los artículos 263 (relativo a la - - - excepción de incompetencia en que sigue el sistema del vencimiento e impone una multa privada), 34 (relativo al desistimiento de la instancia y la pretensión), y - 736 (en materia de responsabilidad civil, siguiéndose, al igual que en el art. 263, el sistema del vencimiento o la sucumbencia). Igualmente, parecen apartarse de tal criterio las fracciones III y IV del artículo 140. En contra de esto último véase la ejecutoria contenida en la p. 178 del volumen LIX, Sexta-época, cuarta parte, del Semanario Judicial de la Federación.
95. Cfr., Código Federal de Procedimientos Civiles, arts.- 7 -11. Para una depuración del sistema del vencimiento, véase: Código de procedimientos civiles para el - - - Estado libre y soberano de Tamaulipas, arts. 127-141.
96. Cfr., art. 778 de la Ley Federal del Trabajo, que sanciona la temeridad y mala fe de los litigantes mediante una multa de cien a mil pesos, no pudiendo exceder, en caso de aplicarse a un trabajador, del monto de su jornal semanal (art. 21 constitucional). Con anterioridad a la expedición de la ley de 1970, la Cuarta Sala había considerado que "en materia de trabajo, no siendo posible la reciprocidad del trabajador para pagar, - en su caso, las costas del juicio, el patrón tampoco - puede ser condenado a ello" (Semanario Judicial de la Federación, tomo LXXII, p. 6355) La injusticia que entrañan tanto el precepto como el precedente jurisprudencial nos parece manifiesta. Debiendo ser base de la igualdad procesal la desigualdad real que dentro del - terreno económico y social origina el litigio entre la clase proletaria y la patronal, no se justifica la abo- lición de las costas a cargo de esta última, general- - mente mejor asesorada y mejor pertrechada tanto por - - las leyes sustantivas como por las procesales. De - - igual manera, un trabajador que "goce" del salario mínimo (\$32.00 en la Cd. de México) podrá verse multado hasta por \$ 224, mientras que un patrón que puede ga- - nar varios miles de pesos semanales sólo podrá serlo -

por mil pesos. Más que establecer la igualdad, dicha norma ampara la desigualdad al no considerar la situación subjetiva de las partes, pues si se atiende a que, en términos generales, la multa máxima a que puede verse condenado el patrón que litiga temerariamente, lo cual no es extraño, o sea, mil pesos, no constituye por lo regular el monto de su ganancia semanal e incluso ni siquiera alcanza la suma que algunos perciben diariamente, es claro que más que proteger al obrero la ley tutela los bienes e intereses de quien hace uso de su fuerza de trabajo.

En materia fiscal prohíbe las costas judiciales el art. 170 del Código Fiscal de la Federación. Tratándose de una prohibición absoluta, nos parece igualmente injustificado el precepto, que no viene sino a acrecentar las garantías con que la administración litiga.

La exención de costas en materia penal es bastante más explicable cuando se piensa en el reo y se considera que lealtad y probidad son palabras un tanto huecas cuando ante tribunales no siempre imparciales va en juego la libertad y reputación personales. No nos parece que lo sea respecto al Ministerio Público, especialmente cuando adolece de las hipertrofias que padece el mexicano, y actúa frecuentemente al margen de la ley. Curiosa resulta una ejecutoria de la Suprema Corte en que se resuelve que "no se hará condenación de costas en el proceso, si éste se ha instruido solamente a instancia del Ministerio Público, pero sí procede si ha sido por querrela de parte" (Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, primera sala, tomo LXXIII, p. 3264), en virtud de que entre nosotros la querrela no constituye sino un requisito de procedibilidad, debiendo, en todo caso, investigar el Ministerio Público los fundamentos y requisitos que han de apoyar su acción. Respecto a la inexistencia de las costas en materia de amparo (cfr., vgr., Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, pleno, tomo LXXIV, p. 714) bueno sería distinguir respecto a las diversas funciones que el amparo desempeña, pues siendo lógico que su cobro no proceda en, vgr., el amparo contra leyes, pudiera muy bien establecerse en los amparos casación en materias civil o laboral.

97. En este sentido, cfr. MARGADANT, Guillermo F. Op. ult. cit., p.p. 221 y 239.
98. Cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Causas y efectos sociales del derecho procesal (civil y penal), cit., p.p. 180 y 185 en relación con las litis expensas.

99. Véase, *infra*, capítulo X.
100. En este sentido, *cfr.*, especialmente, DE CASTRO FILHO, José Olímpio. Abuso do Direito no processo civil, - Río de Janeiro, (2a. ed.), 1960, p.p. 37-40 y 118-136.
101. Véanse, artículos 30 de la Constitución republicana - española de 1931 y 20 de la federal alemana de 1949.
102. Véanse, siempre, las certeras críticas de Calamandrei a "la expresión, cómoda y vil, habent sua sidera lites" en el Elogio de los jueces escrito por un abogado, *cit.*, p.p. 3, 14 y 25.
103. L'azione nel sistema dei diritti, *cit.*, p. 13.
104. De acuerdo con el concepto que de litigio hemos antes expuesto (*cfr.*, *supra*, capítulo II).
105. *Cfr.*, entre otros, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.- Derecho procesal penal, tomo II, *cit.*, p.p. 329-344;- CARNELUTTI, Francesco. Estructura de la querrela, en- "Cuestiones sobre el proceso penal", *cit.*, p.p. 149--158.
106. Que el Digesto justinianeo definió diciendo por boca de Paulo "Eam popularem actionem dicimus qual suum ius populi tuctur" (D. 47.23.1). *Cfr.* CUENCA, Humberto. La acción popular, *cit.*, *passim*.
107. En este sentido, véanse RIVERA SILVA, Manuel. Sobre la acción penal, *cit.*, p.p. 73-74 y COLIN SANCHEZ, -- Guillermo. *Op. cit.*, tomo I, p. 227.
108. MACHORRO NARVAEZ, Paulino. El Ministerio Público, la intervención de tercero en el procedimiento penal y la obligación de consignar según la Constitución, México, 1941, p. 28.
109. Quien distingue dos acciones, la una ejercitada por - el denunciante y otra por la Cámara de Diputados. -- GARCIA RAMIREZ, Sergio. *Op. cit.*, p.p. 156-158.
110. *Cfr.*, Ley de Responsabilidades, arts., 8, 7 y 26, 27- y 32.

111. Solución ésta adoptada por García Ramírez, cfr., supra nota 110 de este capítulo.
112. Cfr., FUERO JUZGO, Libro II, título i, ley 13.
113. Cfr., arts. 458-474 de la Ley de Reforma Agraria.
114. Cfr., GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. cit., p. 136 y -- SCHMIDT, Eberhard. Los fundamentos teóricos y constitucionales del Derecho Procesal Penal, (tr. de J. M. Núñez), Buenos Aires, 1957, p.p. 199-200.
115. Cfr., GARCIA RAMIREZ, Sergio. Op. cit., p. 138 y -- DE PINA, Rafael. Op. cit., p.p. 87, 89-93.
116. Cfr. GOLDSCHMIDT, James. Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, cit., p.p. 41-60.
117. Cfr., ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. -- cit., tomo II, p. 29 y FAIREN GUILLEN, Víctor. Prevenición y represión desde el punto de vista procesal, separata del "Anuario de derecho penal y ciencias penales", Madrid, 1971, passim.
118. ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Op. ult. cit., -- p. 30.
119. FLORIAN, Eugenio. Op. cit., p. 188.
120. Cfr. GOLDSCHMIDT, James. Op. ult. cit., p.p. 119-124.
121. En este sentido, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Síntesis del derecho procesal, cit., nota 735, p. - 346.
122. Cfr., al respecto, BECERRA BAUTISTA, José. El fuero constitucional, México, 1945, p.p. 57-63; y TENA RAMIREZ, Felipe. Derecho constitucional mexicano, - (3a. ed.), México, 1955, p. 567.
123. Véanse, FRAGA, Gabino. ¿Pueden conocer de problemas de constitucionalidad de leyes, autoridades distintas del Poder Judicial de la Federación?, en: "Rev. Esc. Nac. Jurisp.", (1942), núms. 13-14, p.p. 131--

- 144, y MARTINEZ BAEZ, Antonio. El indebido mononolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la Inconstitucionalidad de las Leyes, en la misma revista, núm. 15, p.p. 243-253.
124. Cfr., FIX ZAMUDIO, Héctor. Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano, cit., p.p. 1061-1063.
125. FIX-ZAMUDIO, Héctor. Introducción al Estudio de los recursos administrativos, cit., p.p. 76-78. Empero, puede argumentarse que la jurisdicción condicionada limita no la acción sino el animus litigandi que puede generar o coadyuvar al rezago, donde la regulación de recursos, además de facultativa, ha de tener, en nuestra opinión, un cierto carácter prejudicial.
126. TOWNSEND, Joseph. A dissertation on the poor laws, London, 1786.
127. Cfr., entre otros, CAPELLETTI, Mauro. La giustizia dei poveri, cit., passim, y DENTI, VITTORIO. Processo civile e giustizia sociale, cit., p.p. 135-163.
128. Cfr., Ley LXXXV, tit. XV, lib. II. Al respecto, véase, MALAGON BARCELO, Javier. Teoría general del derecho procesal en las Leyes de Indias, en "Estudios de Historia y Derecho", Xalapa, 1966, (p.p. 121-140) p.p. 128-129.
129. Cfr., su ley sobre "Procuradores de Pobres" que con una introducción nuestra aparecerá publicada en el número 1 del Anuario Jurídico que editan la U.N.A.M. y el F.C.E.

CAPITULO X.

LA ACCION PROCESAL Y LAS DEFENSORIAS DE
OFICIO EN EL DERECHO MEXICANO.1. La prohibición de la autodefensa y la justicia gratuita.

Desde un punto de vista sociológico, acción, -- jurisdicción y proceso, son las resultantes de la prohibición genérica de la autodefensa. Corolarios de este -- aserto son, primeramente: la necesidad de prohibir formalmente la autodefensa en el sentido mas general posible; asegurar un medio compositivo al que puedan dirigirse los ciudadanos a fin de saldar sus problemas jurídicamente relevantes; crear un órgano estatal superior a las partes litigantes, facultado para componer los litigios.

A estas consecuencias, de tipo fundamental o -- primario, sigue un segundo grupo de deducciones: para -- que la composición de los litigios pueda tener vigencia dentro de una sociedad determinada, es preciso que todos los miembros de dicho grupo puedan obtener la composición de los litigios, de ahí la necesidad fundamental de garantizar --de la manera más amplia-- el acceso a la justicia (acción); además, es necesario que los justiciables confíen en la justeza de la solución impuesta por--



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

el órgano jurisdiccional. Por consiguiente, la prohibición de la autodefensa debe acompañarse de la creación de un oficio componedor que cuente con un mínimo de garantías orgánicas y funcionales que aseguren la composición justa y pacífica a los litigios (jurisdicción y proceso), dentro de los términos y formas que mejor se adecúen a un medio histórico político dado (procedimiento).

En consonancia con estas premisas, nos parece que la concepción de acción que mejor se adapta a nuestro texto constitucional y a las necesidades políticas y sociales del momento, es aquella que ve en la misma una garantía fundamental tendiente a asegurar el libre acceso a la jurisdicción. Hemos contemplado, en páginas anteriores, algunas de las limitaciones que la mencionada garantía encuentra dentro del enjuiciamiento positivo mexicano. Tales restricciones derivan fundamentalmente de un conjunto de premisas técnico-políticas; pero a ellas debemos agregar una postrera y fundamental: la pobreza.

Partiendo de que la pobreza es, simple y llanamente, una situación caracterizada por un estado de desigualdad económica, conviene cuestionarnos hasta qué punto dicha desigualdad pueda traducirse en una desigualdad procesal y, concretamente, en qué medida influye la situación de pobreza respecto a una concepción político-jurídica de la acción procesal.

Cuando se sostiene que la garantía de acción - consagrada en la norma fundamental, tiene en México un carácter general, no se dice sino que todo individuo puede ejercitar libremente el derecho de acción. ¿En qué medida la proclama constitucional puede considerarse como una realidad? ¿La generalidad de la acción, aunada al principio de igualdad, elimina las profundas desigualdades económicas? ¿El rico y el pobre se hallan ante los órganos jurisdiccionales en pie de igualdad? (1).

El libre acceso a la jurisdicción no puede - - prescindir de las desigualdades reales en que las partes del litigio contraponen sus intereses. Cuando en un sistema de enjuiciamiento determinado se desatiende la situación social, política y económica de los justiciables, la vigencia del mismo resulta vana y aleatoria.

Si tales son las premisas teóricas en que pueden fundarse los medios tendientes a conseguir la igualdad procesal entre las partes socialmente desiguales, -- ¿cuál es su relación con la prohibición de la autotutela?

En nuestra opinión, cuando un sistema determinado de enjuiciamiento no responde a los intereses y necesidades de la sociedad, se abren las puertas a la violencia y a la autojusticia como medios idóneos para componer los litigios (2).

Cuando un determinado grupo social no encuentra

garantías de imparcialidad en el juzgamiento o cuando las vías de acceso al mismo se le presentan llenas de innumerables escollos en razón de su posición económica, caben diversas respuestas: el retorno a la autodefensa (3) o el conformismo. Históricamente, ambas soluciones se alternan y, normalmente, a períodos de conformismo siguen épocas autodefensivas, que en no pocas ocasiones han terminado por encontrar cauces jurídicos en función de transformaciones y revoluciones económico-políticas (4).

Siendo la estabilidad una de las condiciones de vigencia de los ordenamientos jurídicos positivos, es necesario controlar la autodefensa y, paralelamente, prevenirla, mediante sistemas destinados a garantizar la composición justa y pacífica de todo litigio frente a todo justiciable. De lo contrario, sólo la represión es posible.

2. La garantía de acción y los pobres.

A la argumentación anterior debemos agregar una segunda de índole estrictamente jurídico-procesal. Cuando se afirma -como lo hemos hecho- que nuestra Constitución contiene la consagración del derecho de acción, no hemos encontrado disposición expresa que restrinja a un determinado grupo social el acceso a la jurisdicción. Empero, -- la realidad nos muestra cuánto más difícil es acudir ante los tribunales para quien carece de fortuna que para ---

aquel que la posee. "Così il diritto di azione rischia di rimanere, como la liberta di stampa o la liberta della cultura, un lusso dei ricchi" (5). En idéntico sentido a las iluminadoras palabras de Piero Calamandrei, Ovidio había sentenciado, según apunta Cappelletti (6), que "Curia pauperibus clausa est"

Una concepción constitucional y política de la acción no puede hacer a un lado tan fundamental problema. Por ello, dentro de las modernas orientaciones en el estudio de la acción procesal es un lugar común el hablar de las garantías de la acción procesal en relación con los pobres (7). Siguiendo dichas líneas, intentaremos exponer una de las soluciones que la gran mayoría de ordenamientos consagra: la defensoría de oficio, la auxiliaria de pobreza, la defensa por pobre, el gratuito patrocinio, el aide judiciaire, el legal aid o, también, el Armenrecht (8).

Para ello tomaremos en consideración el sistema-mexicano vigente, considerado desde el punto de referencia de la acción procesal garantizada por nuestra Constitución Política.

Dentro de nuestro sistema de enjuiciamiento, constituyen garantías específicas del libre acceso a la jurisdicción, las "defensorías de oficio" y diversas "procuradurías". En función del discutible federalismo procesal, numerosas son las normas que en nuestro país se ocupan del

patrocinio gratuito. Atendiendo exclusivamente a los ámbitos federal y distrital pueden señalarse, respectivamente, la "Defensoría de oficio del fuero federal" en materia penal (ley de 9 de febrero de 1922 y reglamento de 25 de septiembre del mismo año), la "Procuraduría de la defensa del trabajo" (arts. 530-536 de la Ley Federal -- del Trabajo) (9), La "Procuraduría de asuntos agrarios" (ley de 5 de agosto de 1953), la "Defensoría de oficio -- del distrito federal" en materias civil y penal (reglamento de 7 de mayo de 1940) y la "Defensoría de oficio" -- ante el tribunal de lo contencioso administrativo (10).

A reserva de un análisis posterior, como primera observación debe señalarse que las defensorías de oficio en nuestro sistema judicial desempeñan funciones diversas al patrocinio gratuito de los pobres. Es claro que -- dentro de una postura social, la lucha por la igualdad -- jurídica que tiende a tutelar a los económicamente débiles no puede agotarse en la simple "defensa" --denominación ésta que caracteriza la posición de debilidad-- debiendo comprender también funciones de asesoramiento -- general.

El encontrarse fundidas en un sólo cupero ambas funciones puede resultar ventajoso cuando la institución cuenta con el número suficiente de miembros. No creemos que sea el caso de nuestras "defensorías" y "procuradurías" excesivamente burocratizadas. El sistema de designación de los defensores --por selección y no por concur--

so-, aunado al salario que los mismos perciben por sus -- servicios, no garantiza en manera alguna la calidad de la defensa.

Se afirma que la defensa y servicios que estos - organismos prestan es gratuito, pero en la práctica --espe-- cialmente en materia civil- es el beneficiado con el ser- vicio quien debe realizar diversas erogaciones (vgr. co-- pias y registros).

La regulación de la defensoría no es modelo de -- claridad ni de técnica, pues no se establecen parámetros-- de pobreza o riqueza, y exceptuando la defensoría en ma- teria penal, corresponde al cuerpo de defensores el deci- dir discrecionalmente sobre la prestación de sus servi--- cios.

Si dentro de todas las defensorías y procuradu-- rías se aplica en materia más o menos estricta el princi- pio fumus boni iuris, excepto en materia penal, natural- mente, la situación que presenta la Procuraduría de la -- Defensa del Trabajo es en extremo delicada. A tal órgano compete intentar siempre la conciliación, y sólo cuando -- ésta no se obtiene, se considera la posibilidad de ini--- ciar un proceso. Al ser un órgano conciliador se confun- den, dos funciones irreductibles a una sola: la defensa y patrocinio y la compositiva. Siendo la conciliación una finalidad de la procuraduría laboral, bastante más sen--- cilla de cumplir que la representación procesal, los Pro-- curadores tienden siempre a obtener la composición, para-

así no tener que litigar. Con ello suelen dañar la situación del trabajador, proponiéndole soluciones rápidas e incluso precipitadas.

Las defensorías y procuradurías no garantizan -- plenamente el libre acceso a la justicia, a causa de dichos inconvenientes: de aquí la necesidad de profundizar en el estudio del tema, buscando soluciones menos burocráticas y de una mayor eficacia práctica. Desgraciadamente, tal estudio hemos de postergarlo para una mejor ocasión.

NOTAS.

Capítulo X.

-
1. Cfr., en general, dentro de la doctrina más moderna, CAPPELLETTI, Mauro. La giustizia dei poveri, cit., -passim., y Povertà e giustizia, cit., passim.
 2. Al lado de la autotutela, surge la posibilidad de que aumenten considerablemente las formas compositivas no procesales, no necesariamente violentas. Tales formas han encontrado especial desarrollo en países que cuentan con una fuerte tradición jurídica (vgr. Italia), o con un preponderante espíritu simplificador (vgr. Estados Unidos de Norteamérica), teniendo especial vigencia en los litigios relacionados con el comercio. En relación con Italia, Gian Antonio Micheli constata -- que "la duración intolerable de los juicios continúa alejando al ciudadano de una función pública esencial (la jurisdiccional)" (MICHELI, Gian Antonio. Problemas actuales del proceso civil en Italia, en "Estudios de derecho procesal civil", cit., (p.p. 269-288), p.270) y Ascarelli señala que la desconfianza y el alto costo de la justicia han dado origen --también en Italia-- al surgimiento de innumerables formas compositivas encomendadas a árbitros irregulares (ASCARELLI, Tulio. Litigiosità e ricchezza, en "Riv. dir. proc.", (1955) I, p. 249).
En relación con las formas compositivas no jurisdiccionales dentro del derecho mexicano, véase, ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Solución de litigios por órganos no judiciales ni arbitrales en el derecho mexicano, en "Comunicaciones Mexicanas al VIII Congreso Internacional de Derecho Comparado", México, 1971, (p.p 159-195), especialmente, p.p. 189-192.
 3. Tal fenómeno se manifiesta igualmente en la creación de órganos "compositivos" no estatales. Así ocurre, vgr., con los llamados tribunales populares, como el creado en nuestro país bajo el rubro de "Tribunal Popular", organizado por el "Comité de Defensa Popular de Chihuahua", y que funcionó del 26 de julio al 2 de octubre de 1972, con el objeto de enjuiciar a diversas personalidades y funcionarios a quienes se acusó

de despojos de tierras a campesinos, de malversación de fondos públicos, de prestanombres, y, finalmente, de varias de las matanzas que se han perpetrado últimamente en contra de campesinos, obreros y estudiantes en diversas regiones del país. Dentro del mismo problema cabe situar a las llamadas "cárceles del pueblo"; todas ellas figuras colocadas al margen de la "legalidad" estatal, pero sintomáticas de una profunda insatisfacción.

4. Tal vez el mejor ejemplo de dicho fenómeno lo sea la evolución del derecho de huelga.
5. Processo e Democrazia, cit., p. 152.
6. OVIDIO, Amores, libro III, VIII, 55; cit. por CAPPELLETTI, Mauro. Povertà e giustizia, cit., p.5.
7. Cfr., entre otros, DENTI, Vittorio. Processo civile e giustizia sociale, cit., y COMOGLIO, L.P., Op. cit.
8. Tales son los diversos nombres con que se le conoce - en México, Uruguay, España, Italia, Francia, Inglaterra y Alemania.
9. Los viejos reglamentos de 7 de febrero de 1945, para el ámbito distrital, y de 11 de septiembre de 1953, en materia federal, deben de derogarse y sustituirse por nuevos ordenamientos acordes con lo preceptuado por la Ley Federal del Trabajo de 1970.
10. Esta "defensoría" no cuenta, hasta donde sabemos, con un reglamento o base jurídico normativa de carácter específico. Lo cierto es que en los suntuosos locales que el mismo tribunal ocupa, se encuentra el local de una "defensoría de oficio" que, de acuerdo con una información difundida por la Presidencia de la República, dicha dependencia tiene una función asesora abierta a todos los ciudadanos interesados en "presentar cualquier tipo de demandas" Cfr., PRESIDENCIA DE LA REPUBLICA, "El gobierno mexicano", 10 de septiembre de 1971, p. 158.

CONCLUSIONES.

La tesis que presentamos puede reducirse a -- tres grupos de conclusiones. Uno primero, relativo al método empleado en el estudio de la acción procesal. El segundo, referente a la evolución histórica de las doctrinas acerca de la acción, y por último, un tercer -- grupo de consideraciones reasuntivas relacionadas con -- la acción procesal dentro del enjuiciamiento mexicano.

I. Conclusiones metodológicas.

El estudio de la acción procesal, así como el de cualquiera de las realidades procesales, comporta -- una triple dimensión: sociológica o real, legislativa o formal y doctrinal o abstracta. Ninguno de dichos tres niveles es independiente, ninguno es bastante o sufi- -- ciente. La comprensión cabal de cualquier figura o institución requiere de este triple enfoque.

Dentro del nivel sociológico, la acción procesal se nos presenta como la vía que une al litigio con el proceso. Ello es así, a causa de las relaciones que median entre composición de los litigios y prohibición de la autodefensa.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

De esta realidad surge naturalmente el trino--
mio acción, jurisdicción, proceso, en torno al cual se
levanta la ciencia jurídica procesal que reconoce como
piedra de toque al litigio, mismo que conviene entender
como un conflicto social, jurídicamente relevante y sus-
ceptible de componerse conforme a un sistema normativo-
determinado.

Concebida la acción como el medio destinado a
provocar la composición jurisdiccional de los litigios-
mediante proceso, sus límites, naturaleza y caracter-
se encuentran en relación directa con el medio social,
político y cultural de una comunidad determinada. De --
aquí las variadas interpretaciones legislativas, juris
prudenciales y doctrinales de que puede ser objeto; y -
también, las diversas formas que en la realidad asume -
tan fundamental noción.

De esta manera, existiendo el litigio y una -
vez prohibida la autodefensa, la composición ha de lo--
grarse en vía autocompositiva o en vía procesal.

Siendo el proceso la forma compositiva que --
brinda mayores márgenes de seguridad e imparcialidad, y
siendo el litigio un fenómeno eminentemente social,
la composición procesal interesa a la comunidad política
en general. De ahí que actualmente la función jurisdic--
cional se considere como uno de los atributos de la sobe

rania. A los intereses público o estatal y social presentes en el fenómeno procesal, se agrega el interés privado o particular que los litigantes tienen en la composición de los litigios. Esta triada de intereses, privado, público y social, se presenta en todo proceso, pudiendo, por ende, afirmarse que el proceso es, como señaló Franz Klein, un fenómeno de necesidad social.

Por ello, dentro del estudio de la acción procesal las consideraciones de tipo político y las causas y efectos sociológicos de la misma, no pueden soslayarse.

La realidad social de la acción encuentra sus bases jurídico positivas en el sistema normativo de un Estado determinado. Múltiples son las posibles formas de regulación de la acción procesal, pero en cada una de ellas se presenta la combinación ideológica de los intereses -- privado, público y social existentes en la composición de los litigios. La diversa influencia que cada uno de ellos asume en los distintos ordenamientos procesales, depende en cierta forma del carácter o forma de Estado y del grado de evolución social. La dimensión formal o legislativa de la acción procesal se refleja en la realidad social -- que le confiere o niega vigencia práctica. No basta con una regulación técnicamente perfecta, para que la prohibición de la autodefensa sea una realidad; es necesario -- que tales normas sean efectivamente vividas como socialmente obligatorias.

La doctrina procesal es la que brinda una interpretación científica de la acción. En ella también tienen especial relevancia las directrices políticas y la regulación legislativa, aun cuando pueda prescindir de ambos tipos de consideraciones perdiendo toda conexión con la realidad del enjuiciamiento.

En síntesis: el método, a nuestro entender, adecuado para el estudio de la acción procesal ha de ser triple: social, legislativo y científico o doctrinal.

II. Conclusiones doctrinales.

El examen realizado de las principales doctrinas acerca de la acción procesal, revela que tres son los grupos generales en que las mismas pueden clasificarse: doctrinas privatistas, doctrinas publicistas y doctrinas sociales.

Cada uno de dichos grupos de doctrinas es la consecuencia de una determinada fase o período de evolución-histórica; su desarrollo muestra una constante evolución que va de lo privado a lo social pasando por lo público.

A nosotros nos parece que la concepción que mejor responde a la realidad del fenómeno procesal, es la que ve en la acción un concepto de índole política fundamental en el que se encuentran presentes los intereses -- privado, público y social, de modo que la doctrina inter-

prete realmente la totalidad del fenómeno.

Dicha concepción social de la acción trae aparejadas dos consecuencias, a nuestro entender, fundamentales: en primer lugar, la acción procesal ha de considerarse como una garantía constitucional y, en segundo término, el examen de la acción tiene un doble enfoque, pues no basta con delinear las bases constitucionales de la misma sino que es necesario indagar cual es su vigencia en la realidad.

III. Conclusiones relativas a la acción procesal dentro del enjuiciamiento mexicano.

La Constitución mexicana de 1917 consagra la garantía de acción procesal en sus artículos octavo, décimo cuarto y décimoséptimo y la dota de la protección jurisdiccional común a las garantías individuales.

La garantía de acción recogida por la Constitución mexicana consiste en la facultad perteneciente a todo individuo de pretender la composición jurisdiccional de los litigios, mediante proceso.

De esta manera, la acción es una facultad ciudadana de carácter constitucional, general, y autónomo que teóricamente, no puede restringirse o suspenderse en razón de cualidades personales o sociales. A la garantía de acción procesal se oponen diversos fenómenos derivados de -

dos fuentes primordiales: jurídicas y sociales. Dentro de las primeras se agrupan aquellas disposiciones que de una u otra manera contravienen el carácter general y autónomo de la acción, en tanto que dentro del segundo grupo se encuentran las condiciones reales, de índole socio-económica, que obstruyen el libre acceso a la jurisdicción a determinadas clases o estratos de la población.

A fin de limar tales asperezas, creemos conveniente -en aras de la generalidad de la acción- la creación de las acciones popular y privada en materia penal.- La primera como la vía tendiente a dirimir jurisdiccionalmente los litigios de índole política a través de tribunales especializados, en tanto que la segunda, como instancia subsidiaria de la acción penal "pública" monopolizada entre nosotros por el Ministerio Público. Dentro del mismo orden de ideas, nos parece que debe desaparecer de nuestro sistema el fenómeno de la jurisdicción condicionada vigente en materia administrativa y que ha de sustituirse por un régimen de opción entre la acción o el recurso. Finalmente, en materia de amparo contra leyes, dada la trascendencia jurídico-política del litigio correspondiente, todo individuo deberá considerarse como legitimado para interponer la acción de amparo, sea o no "perjudicado" o "interesado".

Por lo que toca al segundo grupo de restricciones a la garantía de acción, uno de los imperativos más urgentes

tes lo constituye la total reforma de nuestro sistema de defensoría de oficio, a fin de garantizar eficazmente el libre acceso a la justicia a todas las clases sociales.

Y, por último, es necesario que la prohibición de la autodefensa tanto estatal como particular, adquiera efectiva vigencia dentro de nuestro sistema, sancionándose su empleo y previniéndose su uso.

BIBLIOGRAFIA

- ABBAGNANO, Nicola. Diccionario de Filosofía, (tr. de A.N. Galletti), México, 1966.
- AGUILERA, Manuel. Balance de la nueva Ley de Reforma Agraria, en "Cuadernos Americanos", México, (1971), núm. 5, p.p.49-68.
- ALBERTARIO, Emilio. In tema di classificazione delle azioni (acciones in rem acciones in personam), en "Rivista di diritto processuale civile", Padova, (1928), I, p.p. 185-206.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. Acerca de la falta de cualidad de los litigantes, en "Ensayos de derecho procesal civil, penal y constitucional", Buenos Aires, 1944, p.p. 162-171.
- Algunas concepciones menores acerca de la naturaleza del proceso, en "Revista de derecho procesal" (argentina), Buenos Aires, (1952), núm. IV, p.p. 212-277.
- Algunas observaciones al proyecto de código procesal penal para el Distrito, en "Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México", México, 1949, núm. 10, p.p. 9-29.
- Causas y efectos sociales del derecho procesal, en "Estudios Sociológicos, (Sociología del derecho)" México, 1957, p.p. 171-194.
- Delimitación del proceso agrario: litigio, jurisdicción, procedimiento, en "Istituto di diritto agrario, internazionale e comparato: Atti della Seconda Assamblee", Milano, 1964, vol. I, p.p.431-462.
- El allanamiento en el proceso penal, Buenos Aires, 1962.
- El antagonismo juzgador-partes: situaciones intermedias y dudosas, estratto degli "Scritti in memoria di Piero Calamandrei", Padova, 1957, 78 p.p.
- El nuevo código procesal penal del Estado de Mi--



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

Choacón, en: "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", (1964), núm. 49, p.p. 97-123.

Enseñanzas y sugerencias de algunos procesalistas sudamericanos acerca de la acción, en "Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina", Buenos Aires, 1946, p.p. 759-820.

En torno a la noción de proceso preliminar, en "Scritti giuridici in onore della Cedam nel cinquantenario della sua fondazione", vol. II, Padova, 1953, p.p. 265-316.

Estampas procesales de la literatura española, Buenos Aires, 1961.

Examen crítico del Código de procedimientos civiles de Chihuahua, (comparado con el del Distrito y territorios federales), Chihuahua, 1959.

James Goldschmidt (Berlín 1874 - Montevideo 1940), en "Ensayos...", p.p. 691-706.

Justicia penal de guerra civil, en "Ensayos...", p.p. 253-294.

La influencia de Wach y Klein sobre Chiovenda, en "Rev. der. proc." (arg.), 1947, I, p.p. 389-410.

La teoría general del proceso y la enseñanza del derecho procesal, en "Revista Iberoamericana de Derecho Procesal", Madrid, 1968, p.p. 3-86.

La justicia según la Constitución española de 1931 y sus leyes complementarias, en: "Ensayos...", p.p. 547-589.

Liberalismo y autoritarismo en el proceso, estratto dagli "Studi in onore di Francesco Santoro-Passarelli", Napoli, 1969, p.p. 3-58.

Los problemas jurídicos suscitados por la planificación económica y social, en "Problèmes contemporains de Droit Comparé", tome I, Tokio, 1962, p.p. 415 - 446.

Ministerio Público y Abogacía del Estado, en "Bol. Inst. Der. Comp. Méx.", (1961), núm. 40, p.p. 37-64.

Premisas para determinar la índole de la llamada ju-

jurisdicción voluntaria, en: "Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento" vol. I, Milano, 1951

Principios técnicos y políticos de una reforma procesal, en "Revista de la Universidad", Tegucigalpa, Honduras, 1960, p.p. 7-38.

Proceso administrativo, en "Revista de la Facultad de derecho de México", México, 1963, núm. 51, p.p. 603-626.

Proceso, autocomposición y autodefensa, (2a.ed.), México, 1970.

Proceso, procedimiento, enjuiciamiento, en "Estudios de derecho procesal", Madrid, 1934, p.p. 464-475.

Protección del particular frente al ejecutivo en México, en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", México, (1970), núm. 8, p.p. 289-326.

Salgado de Somoza y los concursalistas alemanes, en "Ensayos...", p.p. 63-94

Síntesis del derecho procesal, México, 1966.

Trayectoria y contenido de una teoría general del proceso, en "Jus", México, (1950), núm. 140, p.p. 153-177.

Unificación de los códigos procesales mexicanos, tanto civiles como penales, en "Primer Congreso Mexicano de Derecho Procesal. Segundas Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", México, 1960, p.p. 265 - 309.

Unilateralidad o bilateralidad del desistimiento en el derecho mexicano, en "Revista de derecho procesal iberoamericana", Madrid, (1970), núm. 3, p.p. 475-525

Veinticinco años de evolución del derecho procesal, México, 1968.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto (en colaboración con Ricardo Levene h.)

Derecho procesal penal, Buenos Aires, 1945.

ALCALÁ-ZAMORA Y TORRES, Niceto y ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. La condena en costas, Madrid, 1930

- ALLORIO, Enrico. La pluralità degli ordinamenti giuridici e l'accentramento giudiziale, en "Rivista di diritto civile", Padova, (1955), núm. 2, p.p. 247-290
- Le idee direttrici del processo, en "Jus", Milano, (1951), p.p. 122-129.
- Necesidad de tutela jurídica, (tr. y notas complementarias de N. Alcalá-Zamora y Castillo), en "Revista de la Facultad de Derecho de México", México, (1954), núm. 14, p.p. 87-114.
- Riflessioni sullo svolgimento della scienza processuale, en "Atti del Congresso Internazionale di Diritto Processuale Civile", Padova, 1953, p.p. 127-144.
- ALSINA, Hugo. Naturaleza jurídica de la acción, en: "Revista de derecho procesal" (arg.), Buenos Aires, (1952), núm. I, p.p. 187-211.
- Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial, Buenos Aires, 1941.
- ALTHUSSER, Louis. Idéologie et appareils idéologiques d'état, en "La Pensée", París, (1970), p.p. 3-38.
- Montesquieu, la política y la historia, (tr. de M. E. Benitez), Madrid, 1968.
- ANGELOTTI, Dante. La pretesa giuridica, Padova, 1932.
- ANONIMO. L'état massacre, París, 1971.
- ANONIMO. Los procesos de México 68, México, 1970.
- ANONIMO. Minutes du procès de Alsin Geismar, París, 1971.
- ARAGONESSES Y ALONSO, Pedro. Proceso y derecho penal, Madrid, 1960.
- ARANGIO-RUIZ, Vincenzo. Cours de Droit Romain (Les Actions), Napoli, 1935
- Historia del derecho romano, (tr. de F. de Pelsmacker), Madrid, 1943.
- ARIAS DE BALBOA, Vicente. Glosas al Fuero Real de Castilla, (ed. de J. Cerda Ruiz Funes), Madrid, 1951.
- ARMIENTA CALDERON, Gonzalo. El procedimiento en los tribunales administrativos, en "Revista del Tribunal Fiscal de la Federación", México, cuarto número extraordinario, s.d., p.p. 131-148.
- ASCARELLI, Tullio. Processo e democrazia, en "Rivista Trimestrale di Diritto e procedura civile", Padova, (1958), núm. 3, p.p. 844-860.

- ATTARDI, Aldo. Processo e pretesa in una recente concezioni dottrinale, en "Jus", Milano, (1952), p.p. 413-421.
- AULO GELIO. Noches Aticas, capitulos jurídicos, (tr. de Francisco Navarro Calvo), Buenos Aires, 1959.
- AUSTIN, J.L. A plea for excuses, en "Philosophical Papers", Oxford, 1970.
- BARTOLONI FERRO, Abraham. Presupuestos de la teoría del proceso, Buenos Aires, 1955.
Unidad de la acción, en "Revista de derecho procesal" (arg.), Buenos Aires, (1943) núm. I, p.p. 334-345
- BAUR, Fritz. Der Anspruch auf rechtliches Gehör, en "Archiv für -- Deutschland civil Praxis", (1954), núm. 153.
Liberalización y socialización del proceso civil, ponencia inédita presentada al V Congreso Internacional de Derecho Procesal, México, 1972, (tr. de Raúl Nocedel M.)
- BELLAVISTA, Girolamo. Lezione di diritto processuale penale, Milano, 1956.
- BERGER, Adolf. Encyclopedic Dictionary of Roman Law, Philadelphia, 1953.
- BETTI, Emilio. Diritto processuale civile italiano, (2a.ed.), Roma 1936.
Il concetto dell'obbligazione costruito dal punto de vista dell'azione, Pavia, 1920.
Istituzioni di diritto romano, (2a.ed.), Padova, 1947
Ragione e azione, en "Rivista di diritto processuale civile", Padova, (1932), I, p.p. 205-237.
Teoria generale delle obbligazioni, Milano, 1953.
- BINDER, Julius. Prozess und Recht. Ein Beitrag zur lehre von Rechts chutzanspruch, Leipzig, 1927.
- BIONDI, Biondo. Istituzioni di diritto romano, (4a.ed.), Milano, 1965
- BISCARDI, Arnaldo. Azione e rapporto giuridico nel sistema formula-re classico, en "Rivista di diritto processuale" (1965), núm.3, p.p. 325-355.
- BONFANTE, Pietro. Historia del derecho romano, Madrid, 1944.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto. Competencia de los tribunales administrativos, en "Revista del Tribunal Fiscal de

la Federación", cuarto número extraordinario, (1971), p.p. 77-93.

Derecho procesal, México, 1969

El proceso administrativo en Iberoamérica, México, 1968.

- BRUNS, Rudolf. Zivilprozessrecht. Eine systematische Darstellung. Berlin, Frankfurt, 1968.
- BULOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los pre supuestos procesales, (tr. de Miguel A. Rosas L.) Buenos Aires, 1964.
- BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo, (8a.ed.), México, 1971.
Las garantías individuales, (2a.ed.), México, 1959
- BUSTAMANTE FERNANDEZ, Agustín. La justicia como variable dependiente, en "Revista Mexicana de Ciencia Política", México, (1968), p.p.367-404.
- CABRERA, Lucio. El poder judicial federal mexicano, México, 1968.
- CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza come fatto giuridico, en "Studi sul processo civile", vol.III, Padova, - 1934, p.p. 131-140.
El concepto de litis en el pensamiento de Francesco Carnelutti (Litis y jurisdicción; litis y proceso), en "Estudios sobre el proceso civil", (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1945, p.p. 265-294.
El método, en "Chiovenda, recuerdo de juristas", (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1959, p.p. 75-84.
Elogio de los jueces escrito por un abogado, (ed de Sentís Melendo, tr. de Sentís Melendo, Finzi y Alcalá-Zamora), Buenos Aires, 1969.
Governo e Magistratura, en "Studi...", vol.II, Padova, 1920, p.p. 55-88.
Il processo come situazione giuridica, en "Rivista di diritto processuale civile", Padova, 1927 I, p.p. 219-226.
Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código, (tr. de Santiago Sentís Melendo),

Buenos Aires, 1943.

La certeza del diritto e le responsabilità della dottrina, en "Studi...", vol. V, Padova, 1947, p.p. 91-111.

La crisis del proceso civil en Alemania, en - - "Studi...", vol. V, Padova, 1947, p.p. 285-320.

La obra de Francisco Klein y el proceso civil austriaco, en "Chiovenda, recuerdo de juristas", (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1959, - p.p. 151-159.

La relatività del concetto d'azione, en "Studi..." vol. V, Padova, 1947, p.p. 1-26.

Premisas políticas do projeto de Código Processual Civil Italiano, en "Processo Oral", Río de Janeiro, 1940, p.p. 165-170.

Proceso atico e proceso moderno, en "Studi...", vol. III, Padova, 1934, p.p. 159-177.

Proceso e democracia, Padova, 1954.

Proceso e giustizia, en "Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile", Padova, 1953, p.p. 9-23.

Retroactividad de la sentencia e hipoteca judicial en "Estudios...", p.p. 565-583.

Un maestro di liberalismo processuale, en "Studi..." vol. VI, Padova, 1957, p.p. 308-315.

CAÑADA, Conde de la. Instituciones prácticas de los juicios civiles - así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites según que se empiezan, continúan y acaban en los tribunales reales, (2a.ed.), Madrid, - 1794.

CAPELLA, Juan Ramón. El derecho como lenguaje, Barcelona, 1968.

CAPELLETTI, Mauro. Azione e Costituzione, en "Processo e ideologie", Bologna, 1969, p.p. 499-509.

El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil italiano, inédito, Firenze, 1972.

Ideologie nel diritto processuale, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", (1962), - p.p. 193-219.

Buenos Aires, 1943.

La certeza del derecho e le responsabilità della dottrina, en "Studi...", vol. V, Padova, 1947, p.p. 91-111.

La crisis del proceso civil en Alemania, en -- "Studi...", vol. V; Padova, 1947, p.p. 285-320.

La obra de Francisco Klein y el proceso civil austriaco, en "Chiovenda, recuerdo de juristas", (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1959, - p.p. 151-159.

La relatività del concetto d'azione, en "Studi.." vol. V, Padova, 1947, p.p. 1-26.

Premisas políticas do projeto de Código Processual Civil Italiano, en "Proceso Oral", Río de Janeiro, 1940, p.p. 165-170.

Proceso attico e proceso moderno, en "Studi...", vol. III, Padova, 1934, p.p. 159-177.

Proceso e democrazia, Padova, 1954.

Proceso e giustizia, en "Atti del Congresso Internazionale di diritto processuale civile", Padova, 1953, p.p. 9-23.

Retroactividad de la sentencia e hipoteca judicial en "Estudios...", p.p. 565-583.

Un maestro di liberalismo processuale, en "Studi." vol. VI, Padova, 1957, p.p. 308-315.

CANADA, Conde de la. Instituciones prácticas de los juicios civiles - así ordinarios como extraordinarios en todos sus trámites según que se empuenzan, continúan y acababan en los tribunales reales, (2a.ed.), Madrid, - 1794.

CAPELLA, Juan Ramón. El derecho como lenguaje, Barcelona, 1968.

CAPPELLETTI, Mauro. Azione e Costituzione, en "Proceso e ideologie", Bologna, 1969, p.p. 499-509.

El funcionamiento de la oralidad en el proceso civil italiano, inédito, Firenze, 1972.

Ideologie nel diritto processuale, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", (1962), - p.p. 193-219.

la Federación". cuarto número extraordinario, (1971), p.p. 77-93.

Derecho procesal, México, 1969

El proceso administrativo en Iberoamérica, México, 1968.

- BRUNS, Rudolf. Zivilprozessrecht. Eine systematische Darstellung. Berlin, Frankfurt, 1968.
- BULOW, Oskar von. La teoría de las excepciones procesales y los pre supuestos procesales, (tr. de Miguel A. Rosas L.) Buenos Aires, 1964.
- BURGOA, Ignacio. El juicio de amparo, (8a.ed.), México, 1971.
Las garantías individuales, (2a.ed.), México, 1959
- BUSTAMANTE FERNANDEZ, Agustín. La justicia como variable dependiente, en "Revista Mexicana de Ciencia Política", México, (1968), p.p.367-404.
- CABRERA, Lucio. El poder judicial federal mexicano, México, 1968.
- CALAMANDREI, Piero. Appunti sulla sentenza come fatto giuridico, en "Studi sul processo civile", vol.III, Padova, - 1934, p.p. 131-140.
El concepto de litis en el pensamiento de Francesco Carnelutti (Litis y jurisdicción; litis y proceso), en "Estudios sobre el proceso civil", (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1945, p.p. 265-294.
El método, en "Chiovenda, recuerdo de juristas", (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1959, p.p. 75-84.
Elogio de los jueces escrito por un abogado, (ed de Sentís Melendo, tr. de Sentís Melendo, Finzi y Alcalá-Zamora), Buenos Aires, 1969.
Governo e Magistratura, en "Studi...", vol.II, Padova, 1930, p.p. 55-88.
Il processo come situazione giuridica, en "Rivista di diritto processuale civile", Padova, 1927 I, p.p. 219-226.
Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código, (tr. de Santiago Sentís Melendo),

Il processo civile italiano nel quadro della con-
trapposizione "civil-law"—"common-law", en "Ri-
vista di diritto civile", (1963), núm. 1, p.p. -
31-64.

Il processo come fenomeno sociale di massa, en -
"Il Ponte", Firenze, (1969), núm. 25, p.p. 1234-
1240.

La jurisdicción constitucional de la libertad, -
(tr. de H. Fix Zamudio), México, 1961.

La testimonianza della parte nel sistema dell'o-
ralità, Milano, 1962.

Libertà individuale e giustizia sociale nel pro-
cesso civile italiano, en "Rivista di diritto --
processuale", Padova, (1972), núm. 1, p.p. 11-34
Parere iconoclastico sulla riforma del processo
civile, estratto dalla "Giurisprudenza italiana",
(1969), Torino, 15 p.p.

Piero Calamandrei y la defensa jurídica de la li-
bertad, (tr. de H. Fix Zamudio) en "Revista de la
Facultad de Derecho de México", (1956), núm. 24,
p.p. 153-189.

Povertà e giustizia, estratto da: "Il Foro Ita-
liano", (1969).

Procédure orale et procédure écrite, Milano, 1971
Social and political aspects of civil procedure--
Reforms and trends in Western and Eastern Europe
en "Michigan Law Review", Ann Harbor, (1971), vol
69, núm. 5, p.p. 847-886.

Una procedura nuova per una nuova "Giustizia del
lavoro", en "Revista giuridica del lavoro e del-
la previdenza sociale", Roma, 1971, núms. 4-6,
p.p. 285-304.

CAPPELLETTI, Mauro y VIGORITI, Vicenzo. I diritti costituzionali de
le parti nel processo civile italiano, estratto
della "Rivista di diritto processuale", Padova,
1971, núm. 4.

CAPIN MARTINEZ, Luis. La acción de jactancia, México, (tesis), 1954.

- CARLOS, Eduardo B. Acción, (en general y civil), en "Enciclopedia Jurídica Omeba", tomo I, Buenos Aires, 1954, p.p. 206-211.
- Introducción al estudio del derecho procesal, Buenos Aires, 1959.
- La concepción chiovvndiana de la acción y la doctrina de los derechos potestativos, en "Revista de derecho procesal" (arg.), (1947), p.p. 376-401.
- CARNACINI, Tito. Tutela jurisdiccional y técnica del proceso, (tr. de Aurelio Rómo), en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1953), núm. 12, p.p. 97-182.
- CARNAP, Rudolf. Filosofía y sintaxis lógica, (tr. de C.N. Molina), México, 1963.
- CARNELUTTI, Francesco. Actus trium personarum, en "Rivista di diritto processuale", Padova, (1964), núm. 4, p.p. 521-526.
- Contra el proceso fraudulento, en "Estudios de derecho procesal", (tr. de S. Sentís Melendo), vol. II, Buenos Aires, 1952, p.p. 65-79.
- Dei rapporti giuridici processuali, en "Riv. dir. proc.", (1963), núm. 3, p.p. 349-361.
- Derecho y proceso en la teoría de las obligaciones, en "Estudios...", vol. II, p.p. 370-504
- Diritto e processo, vol. I del "Trattato del processo civile" dirigido por Carnelutti, Napoli, 1958.
- Ensayo de una teoría integral de la acción, en "Cuestiones sobre el proceso penal", (tr. de S. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1961, p.p. 25-39
- Lecciones sobre el proceso penal, (tr. de S. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1950.
- Istituzioni del processo civile italiano, (5a. ed.), Roma, 1956.
- Lezioni di diritto processuale civile, Padova, 1930.
- Lite e processo, en "Riv. dir. proc." (1941), núm. 2, p.p. 21-33.
- Poner en su puesto al Ministerio Público, en

"Cuestiones sobre el proceso penal", p.p.209-218.

Sistema de derecho procesal civil, (tr. de N. Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1944.

Teoría generale del diritto, (3a.ed), Roma, - 1951.

CARRELLI, Franco. La genesi del processo ferrulare, Mileno, 1946.

CARRILLO.FLORES, Antonio. La Suprema Corte en las reformas sociales de México, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1964), núm. 55, p.p.639-645.

La Suprema Corte mexicana como poder y como tribunal, (inédito), México, 1972.

Las cuestiones políticas y la Suprema Corte de Justicia, en "El Universal", México, 14 de agosto de 1944.

CASTAÑO, Luis. La libertad de pensamiento y de imprenta, México, 1967.

CHIOVENDA, Giuseppe. Adolf Wach, en "Saggi di diritto processuale civile, 1900-1930", vol. I, Roma 1930, p.p. 263-268.

Azioni e sentenze di mero accertamento, estratto dalla "Rivista di diritto processuale civile", Padova,(1931).

Cosa giudicata e preclusione, estratto dalla "Rivista Italiana per le scienze giuridiche", (1933).

Dell'azione nascente dal contratto preliminare en "Saggi...", vol. I, p.p. 101-119.

Del sistema negli studi del processo civile, en "Saggi...", vol. I, p.p. 227-238.

Identificazione delle azioni. Sulla regola "ne eat iudex ultra petitia partium", en "Saggi..." vol. I, p.p. 157-177.

Instituciones de derecho procesal civil, (tr. de E. Gómez Orbaneja), Madrid, 1936.

La condena en costas, (tr. A. de la Puente) Madrid, 1928.

Le forme nella difesa giudiziale del diritto, en "Saggi...", vol. I, p.p. 364-368.

L'idea romana nel processo civile moderno, en - "Rivista di diritto processuale civile", (1932) núm. 1, p.p. 317-332.

Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno, en "Saggi...", vol. I, p.p. 379-394.

Principios de derecho procesal civil, (tr. de J Casais y Santaló), Madrid, 1922.

Rapporto giuridico processuale e litispendenza, en "Saggi...", vol. II, p.p. 375-398.

Romanesimo e germanesimo nel processo civile, en "Saggi...", vol. I, p.p. 181-224.

CIESIŁAK, Marian. I principi generali del processo penale, (concetto e significato), (tr. de Molinari), en "Archivo Penale", (1969), fasc. VII-VIII, p.p. 233-245.

CLARIA OLMEDO, Jorge A. Tratado de derecho procesal penal, Buenos Aires, 1960.

COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho mexicano de procedimientos penales vol. I, México, 1964.

COMOGLIO, Luigi Paolo. La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile, Padova, 1969.

CONSO, Giovanni. Riformare la difesa d'ufficio, en "Archivo Penale", (1969), fasc. VII-VIII, p.p. 256-257.

Vero e falso nei principi generali del processo penale italiano, en "Rivista italiana di diritto e procedura penale", (1958), p.p. 286-305.

CORDERO, Franco. Procedura penale, (2a.ed.), Milano, 1971.

CORTESE, Ennio. La norma giuridica. Spuntiteorici nel diritto comune clasico, Milano, 1962.

COUTURE, Eduardo J. La garanzia del "dovuto processo legale", en - "Rivista di diritto processuale", (1954), I, p.p. 81-101.

Algunas nociones fundamentales del derecho procesal del trabajo, en "Tribunales de Trabajo. Derecho procesal del trabajo", Santa Fé, Argentina, 1941, p.p. 111-126.

Algunas proposiciones fundamentales de derecho

- procesal civil, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1956), núm.24, p.p. 69-78.
- ¿Crisis del derecho procesal?, en "Anales de Jurisprudencia", (1951), tomo LIX, p.p. 235-256.
- El juicio de desalojo o "el proceso de Franz Kafka"
Nota de jurisprudencia, en "La Revista de derecho, jurisprudencia y administración", Montevideo, junio de 1949, p.p. 129-131.
- El proceso como institución, en "Studi in onore di Enrico Redenti", Milano 1951, vol. I, p.p. 349-373.
- Fundamentos del derecho procesal civil, (2a.ed.),- Buenos Aires, 1951.
- Fundamentos del derecho procesal civil, (reimpresión de la 3a. ed., póstuma), Buenos Aires, 1972.
- Introduction à l'étude de la procédure civile, París, 1950.
- Las garantías constitucionales del proceso civil, en "Estudios de Derecho Procesal Civil", tomo I, Buenos Aires, 1948, p.p. 19-96.
- Trayectoria y destino del derecho procesal civil hispanoamericano, en "Estudios de derecho procesal civil", tomo I, p.p. 289-342.
- COVIELLO, Nicolás. Doctrina general del derecho civil, (tr. de Felipe de J. Tena), México, 1938.
- CRISTOPOLINI, Giovanni. A propósito di indirizzi nella scienza del processo, en "Rivista di diritto processuale civile", (1937), núm. 2, p.p. 186-202.
- Contro i disorientamenti nella scienza del processo, en "Riv. dir. proc. civ.", (1937), núm. 3, p.p. 282-287.
- CUENCA, Humberto. Derecho procesal civil, (2a.ed.), Caracas, 1969.
- La acción popular, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1956), núm.22, p.p. 97-107.
- DAVID, René. Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos, (tr. de Pedro Bravo), Madrid, 1967.
- DE CASTRO FILHO, José Olímpio. Abuso de direito no processo civil, Río de Janeiro, (2a.ed.), 1960.

- DECLAREUIL, J. Roma y la organización del derecho, (tr. de R. García Redruello), Barcelona, 1928.
- DEGENKOLB, Heinrich. Der Streit über den Klagerechts begriff, Leipzig, 1905.
Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen (insbesondere - der Anerkennungs Klagen), Leipzig, 1877.
- DEKKERS, René. Derecho congolés y derecho romano, (tr. de M. Lubán) en "Boletín Mexicano de Derecho Comparado", (1971), núms. 10-11; p.p. 3-52.
- DELITALA, G. Codice di procedura penale, en "Enciclopedia del Diritto", vol. VII, Milano 1960, p.p. 284-287.
- DE LA CUEVA, Mario. Derecho mexicano del trabajo, México, (10a.ed.) 1970, p.p. 759-764.
La jurisdicción del trabajo en el derecho mexicano, en "Contratti collettivi e controversie di lavoro. Studi in memoria di Lodovico Barassi" Padova, 1965.
- DE LA RUA, Fernando. El concepto de acción en la doctrina, en: "Problemática actual del derecho procesal, libro - homenaje a Amílcar A. Mercader", La Plata, 1972, p.p. 269-290.
- DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. Los costos y las costas en el proceso civil español, sobretiro de la "Revista de derecho procesal iberoamericana", (1969)
- DE PINA, Rafael. La acción penal, en "Derecho penal contemporáneo", México, (1965), núm. 2, p.p. 77-103.
- DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. Instituciones de derecho procesal civil, (8a.ed., al cuidado de De Pina Vera), México, 1969.
- DE STEFANO, Giuseppe. L'oggetto del processo in un libro recente di Walter J. Habscheid, en "Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile" (1957), núm. 1 p.p. 327-338.
- DENTI, Vittorio. Il diritto di azione e la Costituzione, en "Rivista di diritto processuale", (1964), núm.1.
Intorno alla relatività della distinzione tra norme sostanziali e norme processuali, en "Riv. dir.

proc.", (1964), núm. 1, p.p. 64-77.

I doveri e la giustizia, en "Riv. dir. proc." (1964) p.p. 285-290.

Processo civile e giustizia sociale, Mileno, 1970.

DI SEREGO, Cortesia. Il processo senza lite, Padova, 1930.

DUGUIT, Leon. Traité de droit constitutionnel, (3a. ed.), París, 1927

DUVERGER, Maurice. Constitutions et documents politiques, (5a. ed.), París, 1968.

Instituciones políticas y derecho constitucional (tr. de J. Ferrero), Barcelona, 1962.

FAIREN GUILLEN, Víctor. Acción, separata del trabajo publicado en la "Nueva enciclopedia jurídica", Barcelona, - 1950.

La transformación de la demanda en el proceso civil, Santiago de Compostela, 1949.

El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia, (contra la doctrina de la litis contestatio), Barcelona, 1950.

El juicio ordinario y los plenarios rápidos (los defectos en la recepción del derecho procesal común, sus causas y consecuencias en la doctrina y legislación actuales), Barcelona, 1953.

El proceso como función de satisfacción jurídica, en "Temas del ordenamiento procesal" tomo I, Madrid, 1969.

Ideas sobre una teoría general del derecho procesal, separata de la "Revista de derecho procesal" (española), (1966), núm 2, p.p. 27-44.

La acción, el derecho procesal y el derecho político, en "Estudios de derecho procesal", Madrid, 1955, p.p. 62-122-

Proceso, procedimiento, mito jurídico, en "Temas del ordenamiento procesal", Madrid, 1969, p.p. 435-454.

Prevención y represión desde el punto de vista procesal, separata del "Anuario de de-

- recho penal y ciencias penales", Madrid, 1971.
- FASCHING, Hans Walter. Die Mündlichkeit im Osterreichischen Zivil- und Strafverfahren, (inédito), Wien, 1972.
- FAZZALARI, Elio. Enrico Redenti nella cultura giuridica italiana, en "Rivista di diritto processuale", Padova, (1963), p.p. 362-380.
- Note in tema di diritto e processo, Milano, 1957.
- FILOMUSI GUELFI, Francesco. Enciclopedia giuridica, (7a.ed.) Napoli, 1917.
- FIX ZAMUDIO, Héctor. El juicio de amparo mexicano y la enseñanza del derecho procesal, en "Revista de derecho procesal iberoamericana", (1971), núms. 2-3, p.p. 361-408.
- El problema de la lentitud de los procesos y su solución en el ordenamiento mexicano, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1971), núms. 81-82, p.p. 85-113.
- La garantía de la Constitución Mexicana. Ensayo de una estructuración procesal del amparo, en "Juicio de Amparo", México, 1964, p.p. 3-141.
- La jurisdicción constitucional mexicana, México, 1961.
- Lineamientos fundamentales del proceso social agrario en el derecho mexicano, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1963), núm. 52 p.p. 893-938.
- Introducción al estudio del derecho procesal social, en "Revista Iberoamericana de derecho procesal", Madrid, (1965), núm. 3.
- Introducción al estudio del proceso tributario en el derecho mexicano, separata de "Perspectivas del derecho público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje a E. Sayagués Laso", Madrid, 1969.
- Introducción al estudio de los recursos administrativos, en "Estudios de derecho público contemporáneo. Homenaje a Gabino Fraga", México, 1972, p.p. 57-79.

- Organización de los tribunales administrativos, en "Revista del Tribunal Fiscal de la Federación", cuarto número extraordinario, (1971), p.p. 95-129.
Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional, México, 1968.
- FLORIAN, Eugenio. Elementos de derecho procesal penal, (tr. de L. - Prieto Castro), Barcelona, s.f., (1933).
- FRANCO SERRATO, José. Principios y garantías constitucionales en materia procesal civil, en "Jurídica. Anuario del departamento de Derecho de la U.I.A.", México, (1972) p.p. 119-155.
- FRANCO SODI, Carlos. Código de procedimientos penales para el Distrito y territorios federales, comentado, México, - 1946.
- FURNO, Carlo. Teoría de la prueba legal, (tr. de González Callado), Madrid, 1954.
- GAIUS. Institutas, (tr. de Alfredo di Pietro), La Plata, 1967.
- GALEOTTI, Serio. Garanzie costituzionale, en "Enciclopedia del Diritto", vol XVIII, Mileno, 1969, p.p. 490-511.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo. En torno a la filosofía de Alf Ross, en "Crítica. Revista hispanoamericana de filosofía" México, (1967), núm. 3, p.p. 3-15.
Introducción al estudio del derecho, (14a.ed.), México, 1967.
Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo, México, 1968.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. La acción en el proceso penal, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1967), - núm. 65, p.p. 133-172.
Noticia sobre el defensor en el Derecho Mexicano, en "Comunicaciones mexicanas al VIII -- Congreso Internacional de Derecho Comparado", México, 1971, p.p. 391-406.
- GARCIA ROJAS, Gabriel. Llegada a México e incorporación a nuestra Escuela del Dr. Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, (1946), núm. 30, p.p. 515-516.
- GARZON VALDEZ, Ernesto. La naturaleza de la cosa, en "Boletín Mexicano de derecho comparado" (1970) núm. 7 p.p. 59- 9/

GLASSON, TISSIER et MOREL. Traité theorique et pratique de procédure civile et commerciale, (3a.ed.), París, - 1925.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho procesal civil, (tr. de Leonardo Prieto Castro, con adiciones de Niceto Alcalá-Zamora), Barcelona, 1936.

Derecho justicial material, (tr. de Catalina --- Grossman), Buenos Aires, 1959.

Der Prozess als Rechtsleze: Eine Kritik des prozessualen Denkens, Berlín, 1925.

Teoría general del proceso, (2a.ed.), en "Principios generales del proceso", tomo I, Buenos Aires, 1961.

Problemas jurídicos y políticos del proceso penal, en "Principios generales del proceso", tomo II, Buenos Aires, 1961.

GOMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente. Derecho procesal civil, (6a.ed.), Madrid, 1969.

GONZALEZ PEREZ, Jesús. Administración pública y libertad, México, 1971

GORLA, Gino. Formazione e struttura fondamentali delle "Common Law": - le forms of action (Il Novus ordo iudiciorum, s.XIV/XIX). en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", (1965), p.p. 1646-1683.

Le "forms of action", reggono dalla tomba anche i "computers"?, en "Riv.trimdir.proc.civ.", (1966), p.p.1462-1466

Studio storico-comparativo della "common-law" e scienza del diritto (le forme d'azione), en "Riv.trim.dir.proc.civ.", (1962), p.p. 30-47.

GRANSCI, Antonio. Antología, (selección y traducción de Manuel Sacristán), México, 1970.

Note sul Macchiavelli, sulla politica e sullo stato, Torino, (4a.ed.), 1963.

GRAVEN, Jean. La protection de la personne dans le procès pénal en droit suisse, en "La protection de la personne dans le procès pénal", París, 1967, p.p. 18-43.

GROSSO, Giuseppe. Premesse generale al corso di diritto romano, (4a.ed) Torino, 1960.

GUARNIERI, Giuseppe. Azione penale, en "Novissimo Digesto Italiano", vol. II, Torino, 1957, p.p. 64-69.

- GUASP, Jaime. Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, (2a.ed.), tomo I, Madrid, 1948.
- Derecho procesal civil, (3a.ed.), Madrid, 1958.
- La pretesa procesual, (tr.de P. Sella), en "Jus", -- Milano, (1951-1952), p.p. 463-491 y 101-119.
- GURVICH, Merc A. Derecho procesal civil soviético, (tr. de M. Lubán), México, 1971.
- GUTELMAN, Michel. Réforme et mystification agraires en Amérique Latine. Le cas du Mexique, Paris, 1971.
- HABSCHIED, Walter J. Der Streitgegenstand im Zivilprozess und in -- Streitverfahren der freiwilligen, Bielefeld, 1956
- HALIMI, Gisèle et BEAUVOIR, Simone de. Djamila Bounecha. Proceso a la tortura, (tr. de Nuria Petit), Barcelona, 1963.
- HALIMI, Gisèle. Le procès de Burgos, Paris, 1971.
- HARNECKER, Marta. Los conceptos elementales del materialismo histórico, Buenos Aires, (6a.ed.), 1971.
- HART, Herbert L.A. Definition and theory in jurisprudence, Oxford, -- 1961.
- The concept of law, Oxford, (5a.reimposición), 1970
- HAYDEN, Tom. Trail, London. 1971.
- HEGEL, G.W.F. Principes de la philosophie du droit, Paris, 1968.
- HERBERT, Thomas. Notas para una teoría general de las ideologías, en "Ciencias sociales, ideología y conocimiento", Buenos Aires, 1971, p.p. 79-105.
- HOMO, Léon. Les institutions politiques romaines. De la cité a l'Etat Paris, (2a.ed.), 1970.
- IGLESIAS, José María. Estudio constitucional sobre las facultades de la Corte de Justicia, México, 1874. (reeditado en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, (1946), núm.30, p.p. 251-295.
- IGLESIAS, Juan. Estudios romanos de derecho e historia, Barcelona, 1952
- IHERING, Rudolf von. El espíritu del derecho romano en las diversas fases de su desarrollo, (tr. y notas de Enrique Príncipe y Sartorres), Madrid, 1891.
- JACOBO DE LAS LEYES. Flores del Derecho, (publicadas por Ureña y Bonilla), Madrid, 1924,

- JAUFFRET, Alfred. Manuel de procédure civile et voies de execution, (10a.ed.), Paris, 1970.
- JELLINEK, Georg. Sistema dei diritti pubblici soggettivi, (tr. de Vitagliano), Milano, 1912.
- JOLOWICZ, H.F. Roman foundations of modern law, Oxford, 1957.
- KALINOWSKI, Georges. Théorie, métathéorie ou philosophie du droit -- chez H.L.A. Hart et Alf Ross, en "Archives de Philosophie du droit", tome XV, Paris, 1970, p.p. 179-196.
- KANTOROWICZ, Herman. Studies in the glossators of the roman law, Cambridge, 1938.
- KAUFMANN, Horst. Sulla concezione del diritto in termini d'azione, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", (1966), p.p. 269-287.
- KELLER, F.L. von. De la procédure civile et des actions chez les romains, (tr. de Charles Capmans), Paris, 1870.
- KELSEN, Hans. Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze), (reimpresión de la 2a.ed.de 1923) 1960.
- La garantie juridictionnelle de la Constitution (La justice constitutionnelle), en "Revue de Droit Public et de la Science Politique en France et a l'etranger", (1928), tome 45, p.p. 199-257.
- La teoría pura del derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, (tr. de Jorge G. Tejerina), - Buenos Aires, 1941.
- Teoría General del Estado, (tr. de L. Legaz y Lacambra), México, 1951.
- Teoría general del derecho y el estado, (tr. de E.García Máynez), (3a.ed), México, 1969.
- KISCH, Wilhelm. Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses, en "Judicium" (1928-1929), núm. 1, p.p. 1-32.
- Elementos de derecho procesal civil, (tr. de Prieto C.), Madrid, (2a.ed.), 1940.
- KURCZYN DE STEPHAN, Patricia. Derecho procesal social, con especial referencia a la nueva ley federal mexicana del trabajo, en "Revista de derecho procesal iberoamericana", Madrid (1971), núm. 4, p.p.819-856.

- LALINDE ABADIA, Jesús. Iniciación histórica al derecho español, Barcelona, 1970.
- LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (tr. de Gimbernat Ordeig), Barcelona, 1966.
- LENT, Friederich. Obblighi e oneri nel processo civile, (tr. de M.de Stefano), en "Rivista di diritto processuale" (1954) I, p.p. 150-158.
- LENT, F. - JAUERNIG, Othmar. Zivilprozessrecht, (15a.ed.), München, 1970
- LEONE, Giovanni. Azione penale, en "Enciclopedia del Diritto", vol.IV, Milano, 1959, p.p. 851-860.
- Tratado de derecho procesal penal, (tr. de S.Sentís Melendo), Buenos Aires, 1963.
- LEVENE (h.), Ricardo. Manual de derecho procesal penal, (2a.ed), Buenos Aires, 1967.
- LEVY-BROUHL, Henri. Le simulacre de combat dans le sacramentum in rem, en "Studi in onore di P. Bonfante", Milano, 1930, vol.III, p.p. 83-132.
- Recherches sur les actions de la loi, Paris, 1955
- LIEBMAN, Enrico Tulio. Azione, en "Novissimo Digesto Italiano", vol.II Torino, 1958, p.p. 29-39.
- Diritto costituzionale e processo civile, en "Rivista di diritto processuale" (1952), I, p.p. 327-332.
- L'azione nella teoria del processo civile, en "Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti", vol.II, Padova, 1950, p.p. 427-454.
- Manuale di diritto processuale, tomo I, (2a.ed) Milano, 1957.
- Norme processuali nel codice civile, en "Riv. dir. proc." (1948), I, p.p. 154-168.
- LOEWESTEIN, Karl. Teoría de la constitución, (tr. de Gallego Anabitarte), Barcelona, 1954.
- LOIS ESTEVEZ, José. Grandes problemas del derecho procesal, Santiago de Compostela, s.d.
- Proceso y forma. (Ensayo de una teoría general del proceso), Santiago de Compostela, 1947.

- MANDRIOLI, Crisanto. L'azione esecutiva. Contributo alla teoria unitaria dell'azione e del processo, Milano, 1955.
- MANTILLA MOLINA, Roberto. Sobre el artículo 17 constitucional, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1958), núms. 31-32, p.p. 140-159.
- MANZINNI, Vicenzo. Diritto processuale penale, Torino, 1930.
Istituzioni di diritto processuale penale, Padova, - 1954.
Trattato di procedura penale e di ordinamento giudiziario, Torino, 1920.
- MARGADANT, Guillermo F. Constitución y enjuiciamiento civil, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", - (1956), núm. 24, p.p. 213-241.
El derecho privado romano, (3a. ed.), México, 1968.
- MARQUES, José Frederico. Encerramento da formação da culpa no processo penal do Júri, en "Estudos de direito e processo penal em Homenagem a N. Hungria", Rio de Janeiro, 1962, p.p. 124-142.
Institucoes de direito processual civil, (4a. ed.) Rio de Janeiro, 1971.
- MASSARI, Edoardo. Il processo penale nella nuova legislazione italiana Napoli, 1934.
- MAZEAUD, Jean, Henri et Leon. Leçons de droit civil, Paris, 1955.
- MENGER, Anton. El derecho civil y los nobres, (tr. de Adolfo Posada), Buenos Aires, 1947.
- MERCADER, Amilcar. La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico Buenos Aires, 1944.
- MICHELI, Cien Antonio. Considerazioni sulla inconstituzionalità del -- solve et renete, en "Giurisprudenza costituzionale", (1961), p.p. 1183-1197.
Curso de derecho procesal civil, (tr. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, 1970.
Jurisdicción y acción (prelisis críticas al estudio de la acción en el proceso civil), en -- "Estudios de derecho procesal civil", (tr. de S. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1970, p.p. - 151-182

- MICHELI, Gian Antonio. La rinuncia agli atti del giudizio, Padova, 1937.
- MIGUEL Y ROMERO, Mauro y DE MIGUEL Y ALONSO, Carlos. Derecho procesal práctico, (11a.ed.), Barcelona, 1966.
- MILLAR, Robert Wyness. Los principios formativos del procedimiento civil, (tr.de Catalina Grossman), Buenos Aires, 1945.
- MOMMSEN, Theodore. Historia de Roma (de la fundación a la república), vol.I, (tr.de A. García Moreno), Madrid, - (5a.ed.), 1962.
- MORINEAU, Oscar. Il concetto di diritto soggettivo, en "Jus", Milano, (1954).
- MORON PALOMINO, Manuel. Sobre el concepto de derecho procesal, en "Revista de derecho procesal" (española), Madrid, 1962, p.p. 507-565.
- MUTHER, Theodor. Sulla dottrina dell'actio romana, dell'odierno diritto di azione della litiscontestatio e della successione singolare nelle obbligazioni, en "Folletica intorno all'actio", (tr. de Heinitz y Pugliese), Firenze, 1954, p.p. 191-283.
- NORMAND, Jaques. Le juge et le litige, Paris, 1956.
- OLEA Y LEYVA, Teófilo. El amparo y el desamparo, en "Problemas jurídicos y sociales de México", México, 1955 p.p. 187-198.
- OLIVECRONA, Karl. Lenguaje jurídico y realidad, (tr. de E. Garzón Valdés), Buenos Aires, 1968.
- ONATE SALEMME, Santiago. El amparo "mexicano", chauvinismo jurídico, en "Excelsior", México, 25/VI/1968, p.7.
- OPPETIT, Bruno. L'aide judiciaire, en "Recueil Dalloz Sirey"(1972) 9e.cahier, p.p. 41-46.
- ORESTANO, Ricardo. Azione. L'azione in generale, en "Enciclopedia del Diritto", vol.VI, Milano, 1959, p.p. 785--822.
- OSSORIO Y GALLARDO, Angel. El contrato de opción, Buenos Aires, 1939.
- OTS Y CAPDEQUI, José Ma. Instituciones, Barcelona, 1959.
- PALACIO, Lino E. La acción y la pretensión en el proceso penal, en

"Problemática actual del derecho procesal. Libro homenaje a Amílcar A. Mercader", La Plata, 1971 p.p. 537-550.

Manual de derecho procesal civil, Buenos Aires, (2a.ed.), s.d.

PALLARES, Eduardo. Derecho procesal civil, México, 1960.

Tratado de las acciones civiles. Comentarios al Código de procedimientos civiles, (3a.ed.), México, 1962.

PEKELIS, Alessandro. Azione, en "Nuovo Digesto Italiano", vol.II, Torino, 1938.

PEREZ Y LOPEZ, Javier. Teatro de la legislación universal de España e Indias, Madrid, MDCCXCI.

PIZZORUSSO, Alessandro. Eguaglianza giuridica, diritto di azione e cauzione per le spese, en "Giurisprudenza Italiana" (1961), núm.1, p.p.273-286

PLANIOL, Marcel (en colaboración con G. Ripert). Traité Élémentaire de droit civil, (12a.ed.), Tomo I, Paris 1937

PLANITZ, Hans. Principios de derecho privado germánico, (tr. de C Molón Infante), Barcelona, 1937.

PLOSZ, Alexandre. Beitrag zur theorie des Klagerechts, Leipzig, - 1880.

PODETTI, Ramiro J. Teoría y técnica del proceso civil, Buenos Aires, 1948.

Trilogía estructural de la ciencia del proceso en "Revista de Derecho procesal" (Argentina), 1944, I, p.p. 113-170.

POHLE, Rudolf. Sobre la terminación del proceso civil por medio de la transacción, (tr. de V. Fairón Guillén), en "Revista de derecho privado", núm.442, Madrid, 1954, p.p. 1-19.

Zum Rechtsschutzanspruch, en "Studi in onore di Antonio Segni", vol.IV, Milano, 1967.

POULANTZAS, Nicos. Fascisme et dictature, Paris, 1970.

PRIETO CASTRO, Leonardo. La acción declarativa (un estudio de historia, doctrina y legislación procesales) Madrid, 1932.

La acción en el derecho español, en "Revista de Derecho y Jurisprudencia", México, (1932), tomo III, p.p. 30-70.

Derecho procesal civil, Madrid, 1971.

PROVERA, Giuseppe. La plus petitio nel processo romano, Torino, 1960

PUGLIESE, Giovanni. Actio e diritto soggettivo, Milano, 1939.

- FUGLIESE, Giovanni. Azione. Diritto romano, en "Novissimo Digesto Italiano", vol.II, Torino, 1958, p.p.24-29.
La litis contestatio nel processo formulare, en "Rivista di diritto processuale", (1951), I, p.p. 37-64.
Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare, Milano, s.d. (1946).
Processo privato e processo pubblico (contributo all'individuazione dei loro caratteri nella storia del diritto romano), en "Rivista di diritto processuale", (1948), I, p.p.63-109.
- QUINE, W.v.O. From a logical point of view, Cambridge, Mass.E.U.A 1953.
- RADBRUCH, Gustav. Introducción a la ciencia del derecho, (tr. de Luis Recaséns Siches), Madrid, 1930.
- REDENTI, Enrico. Breve storia semantica di "causa in giudizio", en "Scritti e discorsi giuridici di un mezzo secolo" vol.I, Milano, 1962, p.p. 121-215.
Diritto processuale civile, (2a.ed.), Milano, 1957
Profili pratici del diritto processuale civile, - (2a.ed.), Milano, 1939.
- RIPERT, Georges. Evolución y progreso en el derecho, en "Crisis del derecho", (tr. de M. Cheret), Buenos Aires, 1961.
- RIVERA SILVA, Manuel. El procedimiento penal, México, (5a.ed.), 1970.
Sobre la acción penal, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, -- (1947), núm.33, p.p. 73-74.
- ROCCO, Ugo. Derecho procesal civil, (tr. de F.J. Tena), México, 1944.
L'autorità della cosa giudicata, Roma, 1917.
Trattato di diritto processuale civile, Torino, 1957.
- ROCCO, Alfredo. La sentencia civil, (tr. de M. Ovejero), Madrid, s.d.
- RODRIGUEZ U., José. Autoridad del juez y principio dispositivo, Valencia, Venezuela, 1968.

ROSENBERG, Leo. Tratado de derecho procesal civil, (tr. de A. Romero V.), Buenos Aires, 1955.

ROSENBERG, L. y SCHWAB, K.H. Zivilprozessrechts, (10a.ed.), München, 1969.

ROSS, Alf. Sobre el derecho y la justicia, (tr. de G.R. Carrió), Buenos Aires, 1970.

RUMI, Jacinta. L'evoluzione dell'assistenza giudiziaria; en "Rivista di diritto processuale", (1970), núm.3, p.p. 412--433.

SALABERRI, Kepa. El proceso de Euskadi en Burgoñ, París, 1971.

SATTA, Salvatore. Azione. L'azione nel diritto positivo, en "Enciclopedia del Diritto", vol.IV, Milano, 1959, p.p. 822-825.

Commentario al Codice di procedura civile, Milano, 1959.

Diritto processuale civile, Padova, (5a.ed), 1957.

Diritto processuale civile, Padova, (7a.ed), 1967.

Domande, en "Enciclopedia del Diritto", vol.XIII, Milano, 1964, p.p. 816-826.

Gli orientamenti pubblicistici della scienza del processo, en "Soliloqui e colloqui di un giurista" Padova, 1968, p.p. 177-194.

Ideologie nel diritto e nel processo, en "Quaderni del diritto e del processo civile", núm.2, 1969, Padova, p.p. 146-151.

El giudice e la legge negli interni contrasti della magistratura italiana, en "Quaderni...", (1969) núm. 1, p.p. 66-85.

L'esercizio dell'azione, en "Rivista per le scienze giuridiche", (1947), p.p.212-229.

Orientamenti e disorientamenti nella scienza del processo, en "Foro italiano", (1937), t.IV, p.p. 276-298.

Premesse generali alla dottrina della esecuzione forzata, en "Rivista di diritto processuale civile" (1932), I, p.p. 116-139

Ultime tendenze della teoria dell'azione, en "Riviste di Filosofia del diritto", (1940).

- SAVIGNY, F.K., von. Sistema del derecho romano actual, (tr. de J. Mesia y M. Poley), (2a. ed.), Madrid, s.d.
- SCHMILL ORDÓÑEZ, Ulises. El sistema de la constitución mexicana, México, 1971.
- SCHÖNKE, Adolf. Il bisogno di tutela giuridica (Un concetto gius-processualistico fondamentale), en "Rivista di diritto processuale", (1948), I, n.p. 132-152.
Derecho procesal civil, (tr. de L. Prieto Castro), Barcelona, 1950.
- SCHULZ, Fritz. Classical roman law, Oxford, 1951.
History of roman legal science, Oxford, 1953.
I principi del diritto romano, Firenze, 1949.
- SCHWAB, Karl Heinz. El objeto litigioso en el proceso civil, (tr. de A. Banschaf), Buenos Aires, 1968.
- SCIALOJA, Vittorio. Procedimiento civil romano. Ejercicio y defensa de los derechos, (tr. de S. Sentís M y M. Ayerra R), Buenos Aires, 1954.
- SEGNI, Antonio. Il processo civile nello Stato contemporaneo, en -- "Jus", 1954, núm.1, p.p. 23-42.
- SENTIS MELENDO, Santiago. Acción y pretensión, en "Estudios de derecho procesal", Buenos Aires, vol.I, p.p.143-197.
El juez y el derecho (iura novit curia), Buenos Aires, 1957.
El proceso civil; estudio de la reforma procesal civil argentina, Buenos Aires, 1957.
Proceso a la tortura, en "Estudios..", vol.II, Buenos Aires, 1967, p.p. 5-16.
- SEOANE, María Cruz. El primer lenguaje constitucional español, Madrid 1968.
- SERRA DOMINGUEZ, Manuel. Evolución histórica del concepto de acción en "Estudios de derecho procesal", Barcelona, 1969, p.p. 118-158.
- SINISCALCO, Marco. Giustizia penale e Costituzione, Torino, 1968.
- STEFANI et LEVASSEUR. Droit pénal générale et procédure pénale, Paris, 1971.
- TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. La imputación como sistema de interpretación de la conducta, en "Revista jurídica veracruzana", (1972), núm.1, p.p.5-40.

- TARZIA, Giuseppe. Recenti orientamenti della dottrina germanica intorno all'oggetto del processo, en "Jus" (1956), p.p. 266-276.
- TENA RAMIREZ, Felipe. La facultad de la Suprema Corte en materia electoral, en "Revista mexicana de derecho público", (1946), tomo I, p.p. 37-65.
- TORAL MORENO, Jesús. La teoría de la acción en Pekelis, en "Revista de la Facultad de Derecho de México", (1951), núm. 3-4, p.p. 121-137.
Naturaleza y finalidad de la acción, en "Jus". México, (1942), núm. 48, p.p. 1-19.
- TSOUTSOS, Athos G. Les notions d'administration et de juridiction, (leur nature et leurs relations), Paris, 1968.
- VALLADO BERRON, Fausto. Teoría general del derecho, México, 1971.
- VALLARTA, Ignacio L. Votos, México, 1894.
- VIADA Y LOPEZ PUIGCERVER, Carlos. Curso de derecho procesal penal, Madrid, s.d.
- VICENTE Y CARAVANTES, José de. Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento, Madrid, 1856.
- VIGORITI, Vicenzo. Garanzie costituzionali del processo civile, "due process of law" e art. 24 Cost., Milano, 1970.
- VINCENT, Jean. Précis de procédure civile, (15a.ed), Paris, 1971.
- VIZIOZ, Henry. Le recours a la justice: théorie de l'action en justice, en "Etudes de Procédure", Bordeaux, 1956, p.p. 181-231.
Observations sur l'étude de la procédure civile, en "Etudes...", Bordeaux, 1956.
Les notions fondamentales de la procédure et la doctrine française du droit public, en "Etudes...", p.p. 53-164.
- WACH, Adolf. Conferencias sobre la ordenanza procesal civil alemana, (tr. de E.Krotoschin), Buenos Aires, 1958.
La pretensión de declaración. Un aporte a la teoría de la pretensión de protección del derecho, (tr. de J. Seimon), Buenos Aires, 1962.
- WIEACKER, Franz. Privatrechts-geschichte der Neuzeit, Göttingen, 1952.

- WINDSCHEID, Bernhard. L'Actio del diritto civile romano dall punto de vista del diritto odierno, en "Polemica intorno all'actio", (tr. de Heinitz y Pugliese), Firenze, 1954, p.p. 3-188.
L'Actio. Replica a TH. Muther, en "Polemica", p.p. 287-346.
Diritto delle Pandette, (tr. de C.Padda y P.E. Bensa), Torino, 1930.
- WOLF, H.J. Prozessrechtliches und materiellrechtliches Denken in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung, en "L'Europa ed il diritto romano. Studi in memoria di Paolo Koschaker", tomo II, Milano, 1954, p.p. 403-437.
- ZAMACONA, J.A. Tribunales de España. Práctica de los juzgados del Reyno y resumen de las obligaciones de todos los jueces y subalternos, Madrid, 1806.
- ZEPEDA, Jorge Antonio. Unidad de jurisdicción y justicia administrativa, México, 1972.