

SEGUNDA PARTE

PROBLEMÁTICA JURÍDICA

Capítulo Quinto: La acción en la teoría pura del derecho 149

1. Iusprivatismo 149

2. Iuspublicismo 150

3. La acción como supuesto 151

4. La teoría pura del derecho 153

5. La moderna ciencia procesal 156

CAPÍTULO QUINTO

LA ACCIÓN EN LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

La acción tiene que llegar a ser acción unitaria. La unidad de la acción constituye el concepto de la acción.

H. COHEN

1. IUSPRIVATISMO

Encontrar el concepto de la acción ha sido una de las mayores preocupaciones de los procesalistas. Aun algunos cultivadores de la ciencia del derecho en general, han hecho suyo este antiguo “problema” de la ciencia procesal. Inclusive nosotros hicimos alguna vez el frustrado intento de conceptualizar la acción.

Es fundamentalmente con Calamandrei cuando la ciencia procesal contemporánea cree haber hallado sus epifocos en las, para ella, radicales nociones de acción, jurisdicción y proceso. Sin embargo, ya Savigny en 1814, Hasse en 1834, Kierulff en 1839, Windscheid en 1856, Müther en 1857 y Bülow en 1868, se habían propuesto como problema el encontrar una definición de la acción. Uno de ellos sostenía al respecto posturas convencionalmente denominadas privatistas, otros, suscribían tesis llamadas también convencionalmente publicistas.

Modernamente, entre los que sustentan una concepción de la primera clase, o sean, los que consideran que la acción es un derecho substancial, se cuentan Chiovenda y Weissman. El primero la concibe con el poder de dar vida a las condiciones para que una concreta voluntad de la ley, se lleve a cabo respecto de unos determinados hechos o de una determinada situación de derecho. Para el segundo, la acción tiene dos aspectos: como un derecho procesal a una sentencia y como un derecho material a una sentencia determinada. En otro sentido, pero también otorgando a la acción un contenido substancial, Wach la considera como una pretensión de tutela jurídica del derecho.

En resumen, podemos decir que para la corriente nombrada iusprivatismo, la acción es un derecho material a una determinada prestación, establecido por la ley substantiva. Conviene aclarar que incluimos a Chiovenda en el iusprivatismo por lo que hace al problema de la acción, en virtud de que se refiere a ésta como un poder específico y positivo que el legislador otorga al súbdito para actuar en defensa de sus intereses privados, esto es, como

un simple derecho subjetivo más que generalmente se ejercitará o no en función de la mera voluntad individual del particular. Por tanto, no presenta ninguna diferencia esencial con los demás derechos llamados substanciales por la doctrina. Naturalmente que desde el punto de vista teórico, resulta absurdo hablar de derecho público y derecho privado, pues ninguno de los diversos criterios propuestos para fundar la distinción resiste el más somero análisis crítico.

Se objeta a la dirección de que venimos hablando, que una acción puede desenvolverse a partir de la presentación de una demanda, pasando por todo un complejo procedimiento judicial, hasta alcanzar una sentencia que, en fin de cuentas, declara que el actor carece de derecho a la prestación que reclama, o sea, que su pretensión es infundada; de lo cual se deduce que la acción no puede ser un derecho substantivo sino que tiene que ser algo distinto. Esta objeción, como veremos, parte del mismo error de la doctrina que combate.

Antes de continuar esta exposición, consideramos pertinente aclarar que si bien no compartimos la distinción implícita en las tesis que examinamos, entre derecho público y derecho privado, sí estimamos fundada la distinción entre derecho substantivo y derecho adjetivo, es decir, derecho material y derecho procesal. Sin embargo, tal distinción no es absoluta sino relativa, por cuanto lo que en un procedimiento como el amparo indirecto contra actos de autoridades judiciales, puede ser visto como derecho material a una específica forma de trámite en un juicio civil por ejemplo, en este procedimiento es considerado precisamente como un derecho adjetivo o procesal. Derecho substantivo se dice que es el que se tiene a una cierta conducta ajena, y derecho adjetivo, el que se posee para exigir una específica actividad del Estado.

2. IUSPUBLICISMO

Respetando empero, por sólo razones históricas, las denominaciones de iusprivatismo e iuspublicismo, para las dos corrientes que se han venido disputando la hegemonía en lo que hace al problema de la acción, podemos decir que la segunda dirección estima que la acción no es un derecho substantivo a una prestación concreta, sino un derecho procesal a la actividad jurisdiccional del Estado, esto es, un derecho adjetivo cuyo contenido lo constituye una decisión judicial, pronunciada en cualquier sentido, es decir, acogiendo o rechazando la pretensión específica del actor.

Los publicistas, entre ellos Plosz y Degenkolb, considerando que de hecho se deducen acciones infundadas ante los tribunales y que, sin embargo, la actuación jurisdiccional es exactamente igual que cuando la acción es fundada, conciben ésta como un derecho abstracto de obrar, para que nazca el cual basta la sola afirmación de que un derecho ha sido violado; y por

tanto, concluyen que el derecho substantivo no es un elemento de la acción, sino sólo un presupuesto de la misma.

En la propia dirección, Mortara entiende a la acción como una relación de derecho público entre las partes y el juez, concibiéndola en sentido estricto como la facultad de deducir una demanda ante los tribunales.

Nosotros mismos sostuvimos que la acción es un derecho subjetivo a la actividad del Estado (jurisdiccional, administrativa o legislativa), para obtener un pronunciamiento acerca de una pretensión concreta a determinada conducta ajena. Podría, pues, habérsenos incluido entre los publicistas, ya que no dábamos a la acción como contenido ningún derecho material. Pero aun de esto no estamos muy seguros, pues a la manera de Couture casi llegamos a identificar la acción con el derecho constitucional de petición. La verdad es que carece totalmente de relevancia clasificar unas tesis como privatistas y otras como publicistas, o bien, como substantivistas y adjetivistas.

Ahora bien, aun el llamado publicismo da a la acción un contenido específico, pues aunque la estima como un derecho general a un procedimiento y a una decisión judicial sobre la procedencia o improcedencia de la prestación reclamada, su tesis no explica suficientemente los casos en que se deduce una acción y la demanda es rechazada de plano, o resulta sobreséido el juicio. O sea, cuando a pesar de haberse ejercitado una acción, es denegada la actividad jurisdiccional del Estado y, especialmente, una decisión sobre el objeto de la demanda. Por tanto, tampoco la tesis publicista resuelve el problema de la acción.

3. LA ACCIÓN COMO SUPUESTO

El error clave de que se hubiesen frustrado los esfuerzos de tantos juristas, en la investigación del concepto de acción, radica en que supusieron que la acción es un derecho, cuando que la misma es algo más, pero mucho más profundo que eso: *Un supuesto del pensamiento en general* y, consecuentemente, también del pensamiento jurídico.

La cultura no constituye algo estático, sino que se encuentra en permanente evolución y progreso, es decir, en movimiento. De modo que es un *fieri* y no un *factum*. Luego, como principio del *fieri* cultural de la humanidad, hay que contemplar a la acción. Pero la acción en general no podría explicar nada si se atomizase en el mero devenir, en la borrosa multiplicidad de procesos y elementos como dice Cohen. En el campo de la cultura, el movimiento nunca puede quedar ligado a esta atomización, pues si así fuera jamás podría llegar a condensarse en la conducta. Entonces, es menester encontrar la conexión de la acción, la cual sólo puede ser el antiguo concepto fundamental de la unidad. "La acción tiene que llegar a ser acción unitaria. La unidad de la acción constituye el concepto de la acción".¹ O sea, que la acción como acción unitaria es el supuesto básico de la cultura en general.

¹ Cohen, Hermann, *Ethik des Reinen Willens*, Introducción, inciso 73.

He aquí que “en el principio era la acción”, la acción creadora de la estructura objetiva de toda especie, en la que únicamente el hombre construye por sí mismo su esencia humana y objetivándose en ella, imprime profunda, plena y unitariamente, la impronta del espíritu de su mundo: más aún, de todo un mundo de tales mundos, a los que puede llamar todos, suyos.²

Ahora bien, el derecho no es un orden estático sino dinámico, porque se desenvuelve de normas más generales a menos generales e individualizadas o concretas. Además, el derecho es una parte de la cultura y, como tal, concebible sólo en función del supuesto capital de la misma: la acción. Por ejemplo, “el sujeto de derecho tiene que ser la unidad del sujeto”,³ pues la persona no puede ser partida en dos o más sujetos y conservar empero su individualidad. La persona entendida como centro ideal de imputación normativa, de imputación de facultades y obligaciones, no podría ser pensada como tal sin el supuesto de la acción que nos permite concebirla como ella es, en el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes y el ejercicio o no ejercicio de sus derechos. La unidad exigida por el concepto del objeto de derecho, que se constituye en las relaciones comerciales y contractuales que son llevadas a cabo en los actos jurídicos, sólo se encuentra asimismo en la unidad de cada uno de esos actos, por lo que sin acto o acción no podría tampoco pensarse el objeto de derecho. Esto es, pensarlo como algo dado fuera del derecho es hacer grosera metafísica; objetivamente, el único modo de concebirlo es como determinación del propio orden jurídico. El objeto de derecho es tal, en y por el punto de vista unitario de una serie de elementos (relaciones) jurídicos, serie que se puede considerar como una sólo por el supuesto de la acción. Para comprender la creación dinámica de las normas jurídicas, generales o individualizadas, en todo momento productor de las mismas, hay que entender estos momentos como acción legislativa, actividad contractual, actuación administrativa, acto jurisdiccional, etcétera, es decir, siempre como devenir, como movimiento, como acción. No es pensable una norma que no haya sido creada mediante una acción, así se llame a ésta iniciativa de ley, uso, convenio o demanda. Sin acción no puede haber norma. La sentencia que declara infundada o improcedente una demanda es también norma, y sólo puede ser pensada como producida por la acción en el caso de las sentencias desestimatorias, y también, en aquellos en que se rechaza una demanda o sobresee un juicio y con ello se niega la prestación de la actividad jurisdiccional que en la misma se solicita. “*Actio* es la conducta y el proceso (la demanda) (*Handlung und klage*). Un derecho que no es demandable o exigible, no es derecho”.⁴

Consecuentemente, el de acción es un supuesto, una condición de la po-

² Natorp, Paul *Kant y la escuela de Marburgo*, conferencia ante la Sociedad Kantiana de Halle, abril 27 de 1912, *Kantstudien*, t. xvii, inciso I.

³ Cohen, *Op. cit.*, Introducción, inciso 75.

⁴ Cohen, *Op. cit.*, Introducción, inciso 62.

sibilidad del pensar jurídico; más aún, es la categoría radical del pensamiento del derecho y, por ello, del pensamiento de la cultura, ya que es la que permite concebir al protagonista de la historia universal que es la historia de la humanidad, del hombre, pero no del hombre como unidad biológica sino del hombre como persona. El hombre alcanza su dimensión histórica en el pensamiento cuyo supuesto es la acción y sólo por este supuesto, sin el cual la cultura no tendría sentido, ya que la misma sólo puede ser objetivamente pensada como tarea, como acción, y únicamente como acción personal. El hombre se define a sí propio como acción, como tarea, como construcción autónoma, en el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes objetivos, que sólo pueden ser sus deberes jurídicos, los cuales nos permiten pensarlo como persona de derecho, y naturalmente también, en el ejercicio o no ejercicio de sus facultades objetivas, que sólo pueden ser sus derechos subjetivos, entendidos éstos como actuación de las normas positivas, es decir, como actuación del derecho mismo.

De lo dicho se desprende que la acción no es un problema legítimo de la ciencia del derecho, ya que es imposible el solo planteamiento del interrogante ¿qué es la acción?, dentro de la jurisprudencia, pues sin el supuesto de la acción esta disciplina carecería de objeto: el derecho, que sólo puede existir como regulador de la conducta de personas, mediante normas. Y ya vimos que no puede haber conducta, persona o norma, sino como actividad, como acción.

La acción es un supuesto metódico del conocimiento jurídico, y los supuestos no pueden ser puestos en cuestión, ya que si esto se hiciera, el pensamiento habría menester de otros supuestos que explicaran o permitieran pensar los cuestionados. Sin acción, no sería pensable ninguno de los conceptos fundamentales de la jurisprudencia. La cultura misma, como historia universal, resulta imposible sin la noción de actividad.

Ha sido, pues, muy presuntuosa la ciencia procesal, al proponerse como problema propio y exclusivo el de conceptualizar a la acción.

4. LA TEORÍA PURA DEL DERECHO

Hans Kelsen, fundador de la Escuela de Viena, ha entendido a la acción como:

Expresión de voluntad de la otra (parte en un contrato) en el sentido de que la sanción se ejecute en contra del infractor. La parte expresa tal voluntad mediante la presentación de una demanda en contra del otro contratante. Al hacerlo así, el actor pone en movimiento la maquinaria coercitiva del derecho.⁵

Expresa el autor de la teoría pura del derecho, que para la ejecución de la

⁵ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, Imprenta Universitaria, Trad. E. García Máynez, México, 1950, p. 84.

sanción, dentro de la técnica específica del derecho civil, no basta que se haya celebrado un contrato e incumplido el mismo por una de las partes, sino que la sanción también se hace depender, entre otras condiciones, del hecho de que una parte demande a la otra, a fin de que pueda iniciarse el procedimiento por el cual el acto antijurídico, es decir, el incumplimiento del contrato, es comprobado, y el tribunal aplica la sanción.

O en otros términos, para Kelsen lo que se llama acción, es *una condición de procedibilidad indispensable para la aplicación de una sanción, mas no la única*. Esto implica asimismo, que expresiones de voluntad semejantes pueden no determinar una ejecución coactiva y, así, las mismas ya no podrían ser consideradas como antecedente de derecho o causa jurídica. Tal situación se presenta en los casos de sentencias desestimatorias o en los de resoluciones desechatorias de la demanda y de sobreseimiento del juicio.

En consecuencia, también la teoría pura del derecho entiende a la acción como un mero supuesto del conocimiento jurídico y no como un derecho autónomo de carácter substancial o procesal.

Ahora bien, algunos intérpretes del pensamiento kelseniano aseguran, con algo de razón como veremos, que el jefe de la Escuela de Viena llega a conclusiones muy semejantes a las de Coviello, quien sostiene que la acción es definible como la “facultad de invocar la autoridad del Estado para la defensa de un derecho”, y distingue a la misma, escolásticamente, como potencialidad y como actuación, afirmando que en su primer aspecto se confunde con el derecho subjetivo, y en el segundo, se destaca tan claramente que parece tener vida propia.⁶ Por otra parte, es exacto que Hans Kelsen: “Estima que el derecho subjetivo no puede concebirse independientemente de la facultad de pedir de los órganos jurisdiccionales, la aplicación del acto coactivo”.⁷

En efecto, Kelsen habla de que “un derecho subjetivo es... la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada”, y se refiere igualmente a que tal “individuo” es el “actor potencial”.⁸

Sin embargo, tomando en cuenta que, para la teoría pura del derecho, la persona jurídica no *tiene* obligaciones y facultades, sino que es deberes y derechos; se impone concluir que en esa teoría no puede hablarse de un “derecho de acción”, ya que la de acción es una cualidad indispensable para que exista cualquier derecho subjetivo o deber jurídico. La persona jurídica es conjunto ideal de facultades para realizar diversos actos y de obligaciones para ejecutar ciertas conductas, lo cual se efectúa a través de diferentes actividades jurídicas o acciones. Ergo, no es pensable siquiera

⁶ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, Editorial Porrúa, S. A. México, 1953, p. 232.

⁷ *Ibidem*.

⁸ Kelsen, Hans, *Op. cit.*, p. 85.

un derecho de acción dentro de ella, por ser ella misma (la persona) acción pura e insubstancial.

En efecto, la llamada “persona física” al igual que la designada “persona moral” no son más que “persona jurídica” a secas, es decir, una función del pensamiento jurídico que unifica mediante la acción (y no a través del *hombre* como quiere Kelsen) ⁹ un determinado complejo de normas de derecho. Lo que se predica válidamente del hombre que es “persona física”, como por ejemplo su raza, su sexo, un estado patológico, puede carecer de sentido si se predica de la persona moral, pero ninguna de esas calidades pertenece a la esencia del concepto, pues en muchos derechos positivos las personas no se clasifican étnicamente, en algunos países tampoco se establecen diferencias por razón de sexo, y casi en ningún Estado varían los derechos de las personas en atención a consideraciones individuales de sanidad: un manco o un ciego tienen iguales derechos civiles que un hombre normal.

El hombre *muere* como los demás organismos biológicos, esto es, cuando han cesado las principales funciones de la vida vegetativa del organismo animal de esa especie.

La persona *muere* como las demás entidades jurídicas, o sea, cuando se han extinguido sus facultades y obligaciones de derecho. El caso de la extinción de los deberes y derechos de las llamadas “personas morales”, se denomina *disolución* y no muerte, por un prejuicio identificador de la persona con el hombre, pero sus efectos jurídicos son esencialmente idénticos.

Por otra parte, *si bien generalmente el hombre es persona, la persona no es el hombre*. El de hombre es un concepto que proporciona una ciencia causalista: la biología. El de persona es un concepto que obtiene una ciencia imputativa: la jurisprudencia.

En la mayor parte de los Estados positivos, se otorga al hombre personalidad jurídica, inclusive en aquellos donde existe o existió la esclavitud, por cuanto el esclavo disfruta de derechos mínimos y, en casi todos los casos, se le imponen obligaciones jurídicas, las cuales por sí solas hacen de él una persona, a través de su actividad consistente en cumplir o no cumplir sus deberes.

Todo lo anterior demuestra la validez del aserto de que ni el hombre es siempre persona —aunque estimamos que debería serlo—, ni la persona es el hombre. Y aún más, el hombre como tal ni siquiera funciona, en tanto que concepto biológico, como elemento determinante de la unidad en la pluralidad del complejo de normas que se llama persona, sino que esta unidad la constituye la actividad del sujeto de derecho, quien sólo se manifiesta como acción en el ejercicio o no ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento o incumplimiento de sus deberes.

De igual manera que el punto matemático carece totalmente de extensión o substancia, la persona jurídica es en absoluto inmaterial. El concepto de punto es una función del pensamiento matemático útil para hacer geome-

⁹ Kelsen, Hans, *Op. cit.*, p. 98.

tría. Así, el concepto de persona es una mera función del pensamiento jurídico, útil para hacer jurisprudencia positiva, ya que permite manejar con agilidad vastos complejos de normas.

El punto matemático podemos describirlo, entre otras formas, como la intersección de dos rectas, el centro de un círculo, un epifoco de una elipse. Y puede funcionar en todas esas formas aislada o simultáneamente, pues nada impide que la intersección de dos rectas sea también centro de un círculo, vértice de un triángulo, uno de los epifocos de cierta elipse.

Igual ocurre con la persona jurídica. Ella se describe como unidad personificada de un conjunto de derechos y deberes. Pues bien, contrariamente a lo estimado por Hans Kelsen, sí tiene buen sentido declarar que el derecho impone deberes y confiere facultades jurídicas a las personas. Y aunque tal expresión implica la de que el derecho impone deberes a los deberes y confiere derechos a los derechos, como expresa el jefe de la Escuela de Viena, tal cosa no es absurda como pudiera parecer a una mentalidad acrítica, porque ya vimos que no lo es la afirmación de que la matemática hace centro (de una esfera por ejemplo) al centro (de un círculo), vértice a otro vértice, intersección a otra intersección.

Lo que realmente se está expresando en ambos casos: el del punto y el de la persona, es que una función intelectual es polivalente. Y esto nada tiene de absurdo.

En verdad, aun cuando Kelsen es el creador de la teoría pura del derecho y percibe con toda claridad la interfuncionalidad de la substancia y de la forma, por falta de rigor crítico incide en viejos errores del pensamiento iusnaturalista tradicional, que profesa un mítico horror a la desmaterialización que preside la investigación científica en general, tanto la natural causalista como la jurídico normativa. Olvida que ningún objeto existe en sí mismo. Los objetos naturales, de los cuales se dice que tienen *corporeidad* y *substancialidad*, como se precisa en el Apéndice A, inciso 7, subinciso b), no están sino el pensamiento de la ciencia natural de fundamento matemático, pues, “la materia tiene que ser constituida en el pensamiento” (Cohen), es decir, legalizada en la razón científica, para que pueda existir objetivamente (con necesidad racional y exigibilidad universal), de la misma manera que las relaciones del álgebra y la geometría.

5. LA MODERNA CIENCIA PROCESAL

Ante el influjo que la teoría pura del derecho ha tenido en todas y cada una de las disciplinas jurídicas concretas, en cuanto al planteamiento metódico de su problemática, del cual no ha escapado la ciencia procesal, es de justicia destacar que uno de nuestros más distinguidos procesalistas, el Dr. Alcalá-Zamora, ha señalado la evolución que esta disciplina presenta en el último cuarto de siglo, apuntando que:

Principalmente en el ámbito del proceso civil, pero también en el del penal e incluso en el del administrativo o el constitucional, sigue preocupando a expositores de diversas nacionalidades, con excepción de los alemanes, que fueron, sin embargo, quienes renovaron su estudio, el tema eterno de la *acción*, tanto en sus lineamientos generales, como en orden a algunas de sus especies...¹⁰

Y agudamente precisa el maestro Alcalá, que “Con raras excepciones, la tendencia predominante es hacia la total procesalización del concepto, considerado como acto provocatorio de la jurisdicción”.¹¹

Aun cuando este autor relaciona la acción así entendida con el derecho constitucional de petición, concebido como un derecho público adjetivo, expresa a renglón seguido con extraordinaria precisión metódica, que por fin se han impuesto las teorías dualistas —que diferencian acción y derecho— sobre las monistas, que los identifican.

¹⁰ Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *25 años de evolución del derecho procesal*, (1940-1965), 1ª edición, Instituto de Investigaciones Jurídicas de México, UNAM, 1968, p. 141.

¹¹ *Ibidem*.