

LOS EJERCICIOS DEL DERECHO DE ACCIÓN Y DE CONTRADICCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO

Victor Ticona Postigo

Abogado, con segunda especialización en Pedagogía Universitaria. Estudios complementarios en Maestría en Derecho de la Integración. Docente de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa en la Cátedra de Derecho Procesal Civil, y autor de varios trabajos en la especialidad, entre los más destacados: *Curso Derecho Procesal Civil I y II; Teoría General del Proceso y Disposiciones Aplicables a todo Procedimiento*. Se desempeña como vocal de la Corte Superior de Justicia de Arequipa.



I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE ACCIÓN.

1.1 En el Derecho Romano, el concepto de acción tuvo una evolución a través de sus tres periodos o etapas históricas:

a) En el primer periodo, llamado DE LAS ACCIONES DE LEY, la Acción era una denominación genérica que importaba un conjunto de solemnidades a las que se hallaban sometidas las partes y que deberían cumplirlas ante el magistrado; La Acción, entonces, en este sentido era independiente del derecho sustancial que invocaba el actor.

b) En el segundo periodo, llamado DEL PROCEDIMIENTO FORMULARIO, la Acción era el derecho que el magistrado concedía al ciudadano para que pudiera acudir ante el Juez (IUDEX) haciendo valer la fórmula, la cual investía al Juez de la facultad para decidir el derecho (JUDICIUM).

La Acción no estaba vinculada al derecho sustancial, sino que era un derecho que tenía vida y contenido propio; sin embargo, pese a que la Acción tenía su origen en la fórmula, no configuraba un derecho público ni menos

un derecho dirigido contra o frente al Estado.

En este periodo, CELSO definió a la Acción como: "El derecho de reclamar en justicia lo que nos es debido" (*Ius persequendi in iudicio quod sibi debeatur*).

c) En el tercer periodo, llamado procedimiento extraordinario (*Cognitio extraordinem*) desapareció la división de la instancia que existía entre el magistrado (Pretor) y el Juez (*Iudex*); por tanto, era al mismo magistrado a quien se le concedía la facultad de instruir el proceso y decidir la controversia suprimiéndose la fórmula y, entonces, la Acción pasó a constituir un elemento del derecho sustancial, supuesta o realmente violado; por eso, ya no se preguntaba si se tenía derecho a un bien o cosa, sino si se tenía Acción para reclamarlo.

1.2 Desde este tercer periodo, del procedimiento extraordinario, hasta el año de 1856, se había considerado a la Acción como un elemento del derecho sustancial lesionado. Esta identidad entre acción y derecho subjetivo por casi dos mil años presidió pacíficamente las especulaciones y trabajos de los teóricos; y, asimismo, permitió a la Escuela Clásica promover y desarrollar la CONCEPCION CIVILISTICA DE LA ACCION, expuesta por SAVIGNY en su obra

"Sistema de Derecho Romano actual" y desarrollada por la doctrina civilística francesa (como Aubry y Rau, Demolombe, Planiol, Garsonnet, Glasson, Tissier, Royin) y desempolvada aunque sin fortuna, por Enrico Redenti y Salvatore Satta, la Acción es el derecho sustancial mismo lesionado, el cual se pone en movimiento como re-

resultado de su lesión o violación; es el derecho sustancial mismo pero en ejercicio, en pie de guerra y que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia y ejercicio; por tanto, se afirmaba que todo derecho supone una acción, y ésta, a su vez, un derecho; la acción supone un derecho y la lesión del mismo.

Esta identidad entre derecho y acción determinaba inevitablemente la accesoria-

del Derecho Procesal respecto del Derecho Sustantivo; así como le transmitía su naturaleza privada. De allí su denominación de concepción o teoría civilista de la acción.

En 1856, en Dusseldorf, el profesor de la Universidad de Grifwald, BERNHARD WINDSCHEID publica su célebre obra "La Acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho moderno", en donde sostiene que lo que surge de la lesión de un derecho no es un derecho de accionar sino una PRETENSION (*Anspruch*) en contra

"... la Acción es el derecho sustancial mismo lesionado, el cual se pone en movimiento como resultado de su lesión o violación; es el derecho sustancial mismo pero en ejercicio, en pie de guerra y que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia y ejercicio; por tanto, se afirmaba que todo derecho supone una acción, y ésta, a su vez, un derecho; la acción supone un derecho y la lesión del mismo"

del agente de la violación, cuya pretensión se transforma en acción cuando se le hace valer en un proceso; por tanto, para WINDSCHEID la acción es una Pretensión jurídica deducida en proceso.

Si bien este autor concebía la acción como derecho autónomo, finalmente tal derecho siempre era derivado del derecho sustancial violado, en forma de una pretensión jurídica, por lo que en cierto modo seguía sosteniendo la interdependencia entre la acción y el derecho lesionado. Y el mérito que tuvo, como anota G. CHIOVENDA, fue el de haber provocado una famosa polémica con Muther; lo que originó nuevas investigaciones sobre este tema.

THEODOR MUTHER, en ERLANGER 1857, publica su obra "La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar", en donde considera la acción como un derecho autónomo, público, subjetivo en virtud del cual se obtiene tutela jurídica y está dirigido en contra del Estado, para obtener una sentencia favorable; y, también en contra del demandado para el cumplimiento de una prestación.

Posteriormente, Adolf Wach, en "La acción de declaración", 1888, sostiene que la acción es un derecho contra el Estado y éste tiene el deber de dispensar "Tutela Jurídica"; pero que, a su vez, es un derecho concreto porque su eficacia se extiende solamente sobre el demandado. Está legitimado para ejercer una acción "quien tiene derecho" a una sentencia favorable. Por esta razón, también se denomina a esta posición como "teoría de la acción concreta".

Corresponderá a DEGENKOLB el mérito de poner de manifiesto el carácter ABSTRACTO de la acción; pues sostuvo que la acción es

una facultad abstracta (no un derecho) que tenía toda persona, tuviera o no razón su pretensión; por consiguiente, la acción se concede a cualquiera al margen de si tiene o no derecho subjetivo, por eso es una facultad abstracta de obrar: se recurre al Juez para que éste se pronuncie sobre una pretensión. A esta posición se le ha denominado "teoría de la acción abstracta".

La autonomía de la acción, como derecho distinto al derecho sustancial invocado en el proceso, queda definitivamente reconocida y consolidada en 1903, cuando en BOLOGNA el gran maestro GUISEPPE CHIOVENDA pronunciara su famosa prolucción "La acción en el sistema de los derechos". Pocas veces un discurso produjo tantos cambios. Por ello, con razón, se sostiene que aquella prolucción constituye el acta de nacimiento del moderno derecho procesal, con dignidad científica. Siglos de evolución quedaron definitivamente separados cuando CHIOVENDA reclamó enfáticamente: "¡ Y dígame de una vez Derecho Procesal !".

II. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

2.1 CONCEPTO

Según JESUS GONZALES PEREZ, el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le haga justicia, a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas¹⁾.

1 "EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL". Edic. Civitas S.A., Madrid, 1984, pág. 29.

Este derecho genérico no supone en modo alguno el derecho específico a una sentencia favorable. Tampoco supone el derecho a una sentencia en cuanto al fondo del litigio, tal como lo han reconocido el mismo Gonzales Pérez, Montoro, Rodríguez Oliver, Parejo, entre otros. Y, asimismo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de España cuando interpreta y aplica la norma y doctrina contenida en el Art. 24 de la Constitución de España (Sentencias de: 31-III-81, 30-IX-81, 12-V-82, 14-VI-82, 22-VI-83 y 08-XI-83).

Algún sector de la doctrina considera que el derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho y categoría procesal idéntico o equivalente al derecho del debido proceso. Sin embargo, consideramos con la reciente doctrina, entre ellos GONZALES PEREZ y FIX ZAMUDIO, que el debido proceso a fin de cuentas es un medio o instrumento del que se vale también el derecho genérico a la tutela jurisdiccional, para que éste sea efectivo y pleno.

En congruencia con ello, podemos afirmar que el derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho de carácter genérico o general, cuyo contenido está dado hasta por tres categorías de derechos específicos:

- a) *El Derecho de acción* (que corresponde al demandante),
- b) *El Derecho de contradicción* (que corres-

ponde al demandado o emplazado), y
 c) *El Derecho al debido proceso* (que corresponde a todo justiciable, sea demandante o demandado) para actuar en un proceso justo, imparcial, ante juez independiente, responsable, competente, con un mínimo de garantías.

Por otro lado, la relación que hay entre proceso y derecho al debido proceso es una relación de medio a fin, pues mientras que el proceso es un conjunto sistematizado de actos de los sujetos procesales, el debido proceso se sirve del proceso (actos sistematizados) para la obtención de la tutela jurisdiccional efectiva. En este punto, compartimos ese criterio con Anibal Quiroga León.

“... el derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de carácter público, subjetivo y abstracto en virtud del cual toda persona está facultada para exigir del Estado la tutela jurisdiccional efectiva y plena, sea ejercitando el derecho de acción, o el derecho de contradicción y, en todo caso, con sujeción a un debido proceso...”

En conclusión, el derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva es un derecho de carácter público, subjetivo y abstracto en virtud del cual toda persona está facultada para exigir del Estado la tutela jurisdiccional efectiva y plena, sea ejercitando el derecho de acción, o el derecho de contradicción y, en todo caso, con sujeción a un debido proceso, tal como lo declara el Art. 1 del Título Preliminar del Código Procesal Civil y el Art. 2 del mismo cuerpo legal.

2.2. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA PARA EL EJERCICIO O DEFENSA DE LOS DERECHOS O INTERESES

A) Para el ejercicio de los derechos:

A toda persona, en virtud del derecho genérico de tutela jurisdiccional efectiva, se le concede el derecho específico de acción para el ejercicio de sus derechos. En consecuencia, cuando una persona aduce haber sido lesionada en sus derechos materiales (al margen de que esta afirmación tenga o no sustento en la realidad) y voluntariamente no haya sido reparado y restaurado por el lesionado, entonces dicha persona está en la posibilidad concreta de ejercer otro derecho (ahora si efectivo incontrovertiblemente y con sustento en la realidad), denominado derecho de acción; pidiendo la intervención del Estado a fin de que resuelva el conflicto de intereses o, en su caso, haga cesar la incertidumbre jurídica (Art. 1).

B) Para la defensa de los derechos:

Igualmente, a toda persona, en virtud del derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva, para la defensa de sus derechos se le reconoce el derecho específico de contradicción.

La persona que ha sido demandada o emplazada (o imputada, en un proceso penal), si considera que la pretensión del actor es ilegítima hará uso del derecho de contradicción solicitando al Estado la actividad jurisdiccional, a fin de que emita un pronunciamiento sobre tal pretensión y, en especial, sobre sus medios de defensa que ha deducido en proceso (Art. 2).

En conclusión, al demandante se le concede o reconoce el derecho de acción para hacer efectivos los derechos sustanciales de los cuales alega ser titular; y, al demandado se le concede el derecho de contradicción en proceso para defender sus derechos, como su libertad jurídica, su patrimonio, sus derechos personalísimos, etc.

C) Para el ejercicio o defensa de los intereses:

No existe redundancia cuando el numeral menciona los derechos e intereses, pues son dos conceptos que se relacionan pero que no son idénticos. El interés es el género y el derecho subjetivo es la especie, entonces hay una relación de género a especie.

Dejando de lado las viejas posiciones promovidas por Kelsen, León Duguit, Thon, quienes objetaban la existencia de los derechos subjetivos, hoy en día la doctrina y

“... Existe un interés legítimo que no es derecho subjetivo, pues no se funda en un DAÑO PERSONAL sino en la preservación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar en el futuro a frustrar derechos subjetivos.”

la legislación universal han reconocido su existencia y vigencia, y el artículo que analizamos se refiere a los derechos subjetivos, así como al interés jurídico (llamado también interés legítimo).

Para un gran sector de la doctrina el interés legítimo es el género mientras que el derecho subjetivo es la especie. Existe un interés legítimo que no es derecho subjetivo, pues no se funda en un DAÑO PERSONAL sino en la preservación de la legalidad de una situación jurídica que puede llegar en el futuro a frustrar derechos subjetivos². Tal como los

2 ZANNONI, Eduardo A., “El Dato en la Responsabilidad Civil”, Edificio Astrea, Bs. As., 1962, Pág.8.

llamados intereses difusos, en donde sólo en forma mediata atañen o afectan el derecho subjetivo de cada persona en particular. Así, por ejemplo, la lesión al medio ambiente daña un interés jurídico o legítimo, pero no un derecho subjetivo; ya que el daño no recae en la esfera personal de un sujeto determinado, en forma exclusiva, sino que afecta y atañe a un grupo de personas, a una colectividad y solamente afecta en forma mediata e indirecta los derechos subjetivos de tales sujetos. Como sostiene UGO ROCCO³, en el interés jurídico, la tutela que ofrece la norma jurídica es menos plena porque no se otorga una facultad de querer y obrar en forma exclusiva a un sujeto, sino que se impone a otros sujetos la obligación jurídica de no actuar en forma que lesionen aquel interés o lo amenacen.

El Artículo 82 regula el patrocinio de los intereses difusos.

III. EL EJERCICIO GENERAL DEL DERECHO DE ACCIÓN Y DE CONTRADICCIÓN EN EL CÓDIGO PROCESAL CIVIL PERUANO.

3.1. GENERALIDADES:

Como ya hemos establecido, el derecho genérico a la tutela jurisdiccional efectiva comprende o contiene los derechos: de Acción, de Contradicción y al Debido Proceso.

La construcción de estas categorías procesales y su jerarquía corresponden a la ciencia procesal de estas últimas décadas.

Antes, PIERO CALAMANDREI⁴ había concebido que el derecho de acción tiene como una de sus características principales la **BILATERALIDAD**, en el sentido de que cuando el actor pide la providencia jurisdiccional lo hace respecto de otra persona quien, a su vez, puede hacer valer ante el juez todas las razones de hecho y de derecho que sirvan para demostrar la falta de fundamento de la demanda y para hacerla rechazar; por tanto, el órgano jurisdiccional se encuentra no solamente frente a la petición del actor, sino, al mismo tiempo, frente a la contrapropuesta formulada por el demandado, que lo estimula a rechazar la petición contraria. De esta manera, el impulso y la colaboración en la jurisdicción le llegan al juez de las dos partes, por eso debe decidir la controversia entre dos propuestas, por lo general antitéticas. Calamandrei sostuvo que frente al derecho de acción que corresponde al actor, existía el derecho de excepcionar que corresponde al demandado (excepción en sentido amplio, equivalente a contradecir o defenderse del derecho de acción).

Por su parte, UGO ROCCO⁵ sostiene que el demandado o emplazado en un proceso también tiene un interés abstracto en que se le conceda la prestación jurisdiccional. Sin embargo, este autor afirmaba que el derecho de contradicción en proceso no es sino una modalidad del derecho de acción, pero no un derecho distinto. Así, expresaba: "El derecho de accionar que compete al demandado y que, para mayor inteligencia llamaremos **derecho de contradicción en juicio**, no constituye, pues, un derecho

3 "TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL". Edición Temis-Depalma, Bogotá-Bs. As., 1969, Vol. I, Parte General, Pág. 26.

4 "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL". Vol. I, Edición Jurídica Europa-América, Bs. As., 1986, págs. 237 y 241.

5 "TRATADO". Vol. I, Parte General, Editorial Temis-Depalma, Bogotá-Bs. As., 1969, pág. 316.

distinto del derecho de acción, sino una diversa modalidad del derecho de acción, modalidad que resulta precisamente de la distinta posición que los sujetos activos de la relación procesal asumen en el proceso*.

Ha quedado establecido que toda persona desde su nacimiento hasta su muerte (incluso el concebido, respecto de derechos patrimoniales a su favor) tiene frente al Estado el derecho abstracto de exigir una tutela jurisdiccional efectiva, tanto para el ejercicio como para la defensa de sus derechos e intereses.

Este derecho a la tutela jurisdiccional es no solamente ABSTRACTO sino también GENÉRICO porque corresponde a toda persona con aptitud para ser titular de derechos, obligaciones, cargas de carácter procesal, sea ACTOR O SEA DEMANDADO en un proceso civil, siendo suficiente que tenga CAPACIDAD PARA SER PARTE en tal proceso.

Por eso, este derecho GENÉRICO se expresa específicamente para el actor COMO DERECHO DE ACCIÓN, y para el demandado, COMO DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN PROCESO. Es decir, que el derecho a la Tutela Jurisdiccional, corresponde abstractamente, en igual medida y esencia, tanto al actor como al demandado, sólo que para aquél se expresa o manifiesta como derecho de acción; y, para éste, como derecho de contradicción en proceso. Podríamos decir que el actor ejerce el derecho a la tutela jurisdiccional únicamente por medio del derecho de acción y para el demandado, por medio del derecho de contradicción. Estos dos derechos, del actor y del demandado, son derechos intermedios o derechos medios, de otro DERECHO GENÉRICO: EL DERECHO A LA TUTELA

JURISDICCIONAL.

Consiguientemente, el derecho de acción, que corresponde al actor, tiene su EQUIVALENTE PROCESAL en el derecho de contradicción en proceso que corresponde al demandado; pues, en virtud del principio de igualdad de las partes en el proceso, así como el actor tiene el derecho de exigir del Estado la prestación o tutela jurisdiccional, para que ampare la pretensión contenida en su demanda, también el demandado tiene similar derecho de exigir al Estado la misma prestación pública para que se pronuncie o acoja sus medios de defensa y excepciones en general y la consiguiente desestimación de la demanda.

Por tanto, el derecho de contradicción en proceso es un derecho de igual jerarquía y dignidad que el derecho de acción, aunque su contenido y su fundamento sean solamente equivalentes pero no idénticos. El derecho de acción, como lo veremos, es un derecho abstracto que se ejercita por el justiciable cuando éste interpone su demanda ante el órgano jurisdiccional competente; es decir, que la demanda es el acto procesal concreto y, además, la forma en que se ejercita el derecho de acción. En tanto, que el derecho de contradicción en proceso se ejercita cuando concretamente, exigiéndose del Estado la prestación jurisdiccional, se ejercita el derecho de defensa, interponiendo todos los medios de defensa que le favorezcan al demandado (defensas de fondo, defensas previas y defensas de forma).

Si el derecho de acción tiene su equivalente en el derecho de contradicción en proceso y, consiguientemente, ambos derechos tienen la misma jerarquía y dignidad, debemos convenir que el nombre del Título I,

"JURISDICCIÓN Y ACCIÓN" no es congruente con estos postulados reconocidos ampliamente por la más reciente doctrina, y consideramos que debió denominarse este título como: "JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y CONTRADICCIÓN EN PROCESO".

3.2 CONCEPTO DE ACCIÓN:

El Estado no sólo tiene el derecho de JURISDICCIÓN, es decir, el derecho de imponer su autoridad en la solución de los conflictos de intereses, a requerimiento de parte (NEMO JUDEX SINE ACTORE), sino que también tiene EL DEBER JURÍDICO u OBLIGACIÓN de conceder la prestación jurisdiccional cuando lo requieran los justiciables; por consiguiente, el Estado, para tal efecto, concede a los justiciables el derecho de exigir dicha actividad pública y que se denomina DERECHO DE ACCIÓN o SIMPLEMENTE ACCIÓN.

Entonces, el propio Estado reconoce en todas las personas la facultad de querer y pretender la actividad jurisdiccional concediéndoles el derecho de acción. Esto nos lleva a reconocer claramente, como se ha hecho en la doctrina, la existencia del derecho de acción (poder-derecho); cuyo titular es toda persona (natural o persona jurídica, incapaz o capaz, aun el concebido) frente al DEBER JURÍDICO DE JURISDICCIÓN (poder-deber) a cargo del Estado. Con certeza meridiana UGO ROCCO⁽⁶⁾ nos dice a este respecto: "La obligación de la jurisdicción civil del Estado, en cuanto consiste en la manifestación de una actividad y de una función soberana, es una obligación de **derecho público**, a la cual corresponden

en los ciudadanos un **derecho subjetivo público individual** (Derecho cívico), aquellas prestaciones de derecho público que tienen por objeto la declaración de certeza o la realización coactiva de los intereses materiales tutelados por el derecho objetivo (Derecho de acción)".

Cuando el actor, al interponer su demanda, ejercita el derecho de acción en concreto, genera en ese momento una relación jurídica llamada RELACION JURÍDICA DE ACCIÓN,

"... concebir el derecho de acción como un derecho público subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona para exigir del Estado la tutela jurisdiccional y, que mediante una resolución, se pronuncie sobre la pretensión expresada en su demanda o, en su caso, en su solicitud, resolviendo el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, respectivamente".

en donde el demandante es sujeto activo y el Estado sujeto pasivo; pues, el justiciable tiene la facultad de querer y obrar exigiendo al Estado la prestación jurisdiccional, mientras que éste tiene la obligación de conceder y cumplir aquella prestación sin más que observarse determinadas condiciones exigidas por la ley.

Podemos concebir el derecho de acción como un derecho público subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona para exigir del Estado la tutela jurisdic-

6 "TRUZADO", Vol. I, Parte General, Pág. 253.

cional (prestación de la actividad jurisdiccional) y, que mediante una resolución, se pronuncie sobre la pretensión expresada en su demanda (proceso contencioso) o, en su caso, en su solicitud (proceso no contencioso), resolviendo el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica, respectivamente.

3.3 CONCEPTO DE DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN PROCESO:

Siempre y hasta hace poco se había despreciado la posición del demandado dentro del proceso; pues, como se había considerado la acción como un elemento o aspecto del derecho sustantivo lesionado e invocado por el actor, la actividad jurisdiccional, el proceso y la acción tenían por finalidad restaurar o reponer ese derecho lesionado desdeñándose los derechos procesales que tenía el demandado para contradecir la pretensión del demandante.

El primer intento de estudio sobre las relaciones jurídicas, derechos, obligaciones, que emergen en la evolución del proceso, imputables al actor y al demandado, se debe a las investigaciones realizadas por WACH y HELLWIG. Sin embargo, el error principal de estos autores alemanes radica en la concepción del derecho de contradicción del demandado COMO UN DERECHO AL DESCONOCIMIENTO DE LA PRETENSIÓN DEL AC-

TOR A LA TUTELA JURÍDICA, solicitando una sentencia que rechace la demanda y, consiguientemente, le favorezca a él; pues, el órgano jurisdiccional no juzga si existe o no el derecho invocado por el actor o, bien, si son legítimos los medios de defensa y excepciones que hubiera deducido el demandado.

Se puede afirmar que el derecho de contradicción en proceso, cuyo titular es el demandado, es un derecho equivalente al derecho de acción que corresponde al actor. Y que ambos encuentran su origen y funda-

mento en un derecho genérico llamado DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL.

“ Se puede afirmar que el derecho de contradicción en proceso, cuyo titular es el demandado, es un derecho equivalente al derecho de acción que corresponde al actor. Y que ambos encuentran su origen y fundamento en un derecho genérico llamado DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL ”.

“El derecho subjetivo de acción y el derecho subjetivo de contradicción son las dos caras de la misma institución jurídica, cuando la relación de jurisdicción es contenciosa. En la voluntaria, por ausencia de demandado e imputado o procesado, existirá solamente

la primera”. “Hay en ambas identidad de naturaleza, fin y características”. “También el ejercicio del derecho de contradicción debe ser libre en la teoría y en la práctica, es decir, debe el Estado garantizarlo con las mismas medidas que requiere el libre ejercicio del derecho subjetivo de acción”⁷.

Por lo que podemos afirmar, categóricamente,

⁷ DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Estudios de Derecho Procesal”. Edit. Zavalla, Bs. As., 1985, pág. 191.

mente, que el derecho de contradicción en proceso es un derecho público, subjetivo, autónomo, que tiene el demandado en contra del Estado, para exigirle la prestación jurisdiccional, en la misma medida y con iguales garantías que el derecho de acción. Si bien debe reconocerse que este derecho de contradicción solamente puede ejercerse por el demandado (o imputado en un proceso penal) dentro del proceso y una vez que ha sido emplazado válidamente, no significa ello que tal derecho sea de menor jerarquía que el derecho de acción, ni menos que sea una modalidad de este derecho (de acción).

El derecho de contradicción se fundamenta, al igual que el derecho de acción, en un interés general, como lo anota certeramente DEVIS ECHANDIA¹⁶, porque no sólo mira a

“ . . . el derecho de contradicción es el derecho público, abstracto y subjetivo que tiene toda persona que ha sido demandada y emplazada en un proceso para exigir del Estado la tutela jurisdiccional . . . ”

la defensa del demandado (o en su caso del imputado) y a la protección de sus derechos sometidos al proceso, sino que principalmente tiene en cuenta el interés público en el respeto de dos principios fundamentales para la organización social: el que prohíbe juzgar a nadie sin oírlo y sin darle los medios adecuados para su defensa, en un plano de igualdad de oportunidades y de-

rechos, y el que niega el derecho a hacerse justicia por sí mismo.

Consideramos que el derecho de contradicción es el derecho público, abstracto y subjetivo que tiene toda persona que ha sido demandada y emplazada en un proceso (o imputada en su caso) para exigir del Estado la tutela jurisdiccional (prestación de la actividad jurisdiccional) y, mediante una resolución, se pronuncie sobre la pretensión formulada por el actor en su contra y especialmente sobre los medios de defensa que hace valer.

3.4 SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE EL DERECHO DE ACCIÓN Y EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN:

Podemos establecer las siguientes semejanzas y diferencias:

A) El derecho de acción se ejercita sin que se requiera previamente la existencia de un proceso, sino precisamente para dar inicio a uno, sea contencioso o no contencioso. Mientras que el derecho de contradicción solamente puede ejercitarse cuando se ha iniciado un proceso CONTENCIOSO. En el proceso no contencioso no existe ni puede ejercitarse este derecho, salvo que se deduzca contradicción: Art. 753.

B) El derecho de acción corresponde al actor y contra el Estado, mientras que el derecho de contradicción en proceso corresponde al demandado y contra el Estado.

C) El ejercicio del derecho de acción genera *una relación jurídica de acción*, en donde el sujeto activo es el actor y el sujeto pasivo es el Estado, a través del órgano juris-

¹⁶ "TEORÍA GENERAL DEL PROCESO". T. I. Edt. Universidad, Bs. As., 1984, págs. 221-222.

diccional; mientras que el ejercicio del derecho de contradicción genera una **relación jurídica de contradicción**, en donde el sujeto activo es el demandado y el sujeto pasivo es el Estado.

D) Si bien los derechos de acción y de contradicción son autónomos, sus ejercicios pueden ser paralelos y coincidentes, cuando en el proceso intervienen ambas partes (demandante y demandado) y ninguna de éstas es rebelde.

E) Al ejercer el derecho de acción el actor hace valer una pretensión contra el demandado, mientras que en el ejercicio del derecho de contradicción el demandado hace valer una contrapretensión contra el actor: sus medios de defensa.

F) En caso de formularse RECONVENCIÓN, el actor es titular de los derechos de acción y de contradicción, mientras que el demandado es titular también de ambos derechos. En esta hipótesis ambas partes ejercen simultánea y recíprocamente estos derechos.

3.5 EL DERECHO DE ACCIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO:

En principio, nuestro Código, como casi todos los Códigos del mundo en la materia, regula tanto los procesos contenciosos como los procesos no contenciosos.

A su vez, también regula dentro de los procesos contenciosos, tres clases de procesos:

- a) Procesos de Conocimiento,
- b) Proceso Cautelar, y
- c) Proceso de Ejecución.

El ejercicio del derecho de acción, dentro de un proceso contencioso, tiene por finalidad específica y concreta la solución de un conflicto de intereses, esto es, la solución de un litigio o litis, y en los términos de la doctrina *cameluttiana* la composición de la litis.

En conclusión, cuando una persona ejerce el derecho de acción (interponiendo su respectiva demanda) y solicita la solución de un **conflicto de intereses intersubjetivo**, da inicio a un proceso contencioso, en donde será emplazado el demandado; por tanto, será en un **proceso contencioso** en donde se persiga la solución de un litigio o litis, en el que se hallan vinculados el actor y el demandado. Este derecho de acción no se otorga con la interposición de la demanda, sino que su ejercicio se despliega durante todo el proceso, de allí que con toda razón CARNELUTTI⁹⁸ sostiene que la acción, cuando se ejercita tiene una función procesal; pues, desde el inicio del proceso las partes despliegan una actividad procesal a raíz de la acción, palabra que deriva precisamente de actividad, que supone movimiento.

3.6 EL DERECHO DE ACCIÓN EN EL PROCESO NO CONTENCIOSO O VOLUNTARIO:

El fin específico y concreto de un proceso no contencioso, llamado también voluntario, es la **SOLUCIÓN DE UNA INCERTIDUMBRE JURÍDICA**. Esta no supone un conflicto actual de intereses, sino una situación en donde puede existir un conflicto potencial de intereses; es decir, situaciones, relaciones o hechos de carácter jurídico, a los cuales les falta certidumbre o convicción o reco-

98 "SISTEMA", T. II, N.º 376, pág. 635.

nocimiento de los miembros de una comunidad, y de los cuales deriva un derecho para cierta persona; de allí la necesidad de recurrir al órgano jurisdiccional para hacer cesar esa incertidumbre jurídica.

El Dr. JUAN MONROY GALVEZ expresa ⁽¹⁰⁾ que: "La incertidumbre jurídica es la falta de convicción o reconocimiento social en torno a la vigencia o eficacia de un derecho".

En algunos casos, el derecho atribuye afectos jurídicos a la voluntad de los particulares si esta voluntad se sujeta a ciertas condiciones externas, como el tiempo, la forma, etc.; y, por consiguiente, para obtener esta protección jurídica la ley faculta a las personas a recurrir al órgano jurisdiccional para obtener, cumplidas ciertas actividades y formalidades, una tutela jurídica. En este sentido, nos remitimos a lo ya expuesto sobre los presupuestos para el ejercicio de la jurisdicción (conflicto de intereses o incertidumbre jurídica).

Nuestro Código regula los procesos no contenciosos, en los Arts. 749 y ss., como: inventario, administración judicial de bienes, adopción, autorización para disponer de derechos de incapaces, declaración de desaparición, ausencia o muerte presunta, sobre patrimonio familiar, ofrecimiento de pago y consignación, comprobación de testamento, inscripción y rectificación de partida, sucesión intestada, etc.

Para iniciar estos procesos la persona interesada, ejerciendo el derecho de acción ⁽¹¹⁾

interpondrá su solicitud ante el órgano jurisdiccional competente pidiendo la solución a una específica incertidumbre jurídica; pero, en todo caso, no emplazará o demandará a persona alguna, pues no invoca un conflicto actual de intereses, sino expresará su interés en el ejercicio de su derecho de acción, pidiendo la cesación de la incertidumbre jurídica que afecta sus intereses.

El Artículo V del Tit. Prel. del Código, en su párrafo cuarto, dispone que el Juez, a través de los auxiliares bajo su dirección, deberá tomar las medidas necesarias para lograr una pronta y eficaz solución del conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, a fin de hacer efectivo el principio de CELERIDAD PROCESAL; pues, tanto se requiere que el proceso contencioso alcance su fin específico de solucionar el litigio, como que el proceso no contencioso haga cesar la incertidumbre jurídica; y, en ambos casos, se haga realidad la tutela jurisdiccional que el derecho procesal objetivo postula y promete a los justiciables.

3.7 EL DERECHO DE ACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE INICIATIVA DE PARTE:

El proceso civil no puede ser iniciado en ningún caso de oficio por el Juez. Siempre requiere iniciarse a instancia de parte. Esto es que no existe proceso si el actor no ejercita el derecho de acción y, en este sentido, se sigue el principio dispositivo, porque no hay juez sin demandante: NEMO JUDEX SINE ACTORE.

Para que el proceso se inicie es condición SINE QUA NON que una persona diferente al juez debe promover dicho proceso, ejercitando el derecho de acción a través de

¹⁰ "CONCEPCION" (I), "El Peruano", del 24 de Junio de 1992

¹¹ Para nuestra legislación, siguiendo la doctrina más reciente, no solamente el actor ejerce el derecho de acción cuando interpone su demanda, sino también el interesado que inicia un proceso no contencioso, cuando presenta su solicitud.

la interposición de la respectiva demanda.

En este sentido, el Art. IV del Tit. Prel. del Código Procesal Civil dispone que el proceso se promueve sólo a instancia de parte, la que invocará interés y legitimidad para obrar.

Como sabemos, en la doctrina y el derecho comparado se ha establecido que las condiciones de admisión de la acción son tres:

A) Norma Jurídica, que garantice al actor el bien jurídico que pretende en su demanda.

B) Legitimidad para Obrar, llamada también calidad, cualidad, calidad para obrar, Legitimatío ad Causam. Esta condición exige que la acción sólo puede ser ejercitada por la persona (o su representante) favorecida por el ordenamiento jurídico y contra la persona obligada (o su representante); por lo que la legitimidad puede ser activa o pasiva.

LUIS LORETO¹², destacado procesalista venezolano, define la legitimidad para obrar o cualidad como una mera relación de identidad lógica entre la persona del actor o del demandado concretamente considerada y la persona abstracta a quien la ley concede la acción o contra quien la concede; de consiguiente, la cualidad no es un derecho ni tampoco el título de un derecho.

Cuando es evidente la falta de legitimidad para obrar en el demandante el juez rechaza liminarmente la demanda, declarándola improcedente, según le impone el Art. 427 inc. 1ro.

Por otro lado, el demandado está facultado,

12 "ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL", Contribución al Estudio de la Excepción de Inadmisibilidad por falta de cualidad. Edit. SUJRE, Caracas, 1956, pág. 72.

ante la ausencia de esta condición de la acción, a deducir la excepción de **falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado**, tal como lo dispone el Art. 446 inc. 6to. del Código Procesal Civil.

C) Interés para Obrar, llamado también interés procesal, para la doctrina alemana, el interés para obrar se refiere a la necesidad urgente de tutela jurídica.

El interés para obrar surge solamente cuando el agente se encuentra en la imposibilidad de obtener por medios y vía extrajudicial el bien jurídico o utilidad que se propone conseguir con la intervención de los órganos jurisdiccionales, como lo advierte lúcida-mente PIERO CALAMANDREI¹³.

Sin la intervención del órgano jurisdiccional el actor sufriría un daño injusto, por eso esta condición de la acción no consiste en el interés de conseguir el bien garantizado por la ley, sino en el interés de conseguirlo por obra de los órganos jurisdiccionales, como lo advierte CHIOVENDA¹⁴.

En conclusión, el interés para obrar o interés procesal consiste en el estado de necesidad actual en que se encuentra un justiciable, necesidad imperativa que lo determina a recurrir y solicitar la intervención del órgano jurisdiccional.

Si el demandante carece manifiestamente de interés para obrar, el juez rechazará liminarmente la demanda, declarándola improcedente según norma contenida en el Art.

13 "ESTUDIOS SOBRE EL PROCESO CIVIL", Traducción de Santiago Senaía Melendo. Edit. BIBLIOGRAFICA ARGENTINA, Bs. As., 1965, pág. 284.

14 "INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL", T. I. Edit. Revista de Derecho Privado, Primera Edición, Madrid, 1936, pág. 208.

427 inc. 2do.

Asimismo, el demandado está facultado para deducir excepciones procesales cuando advierta falta de interés para obrar en el demandante, proponiendo excepciones como las de: Falta de agotamiento de la vía administrativa, Cosa juzgada, Caducidad, Prescripción extintiva, etc., según el Art. 446 incs. 5to., 8vo., 11ero., 12do. del C.P.C.).

Como regla general, se exige que quien demanda debe invocar **interés y legitimidad para obrar**; no obstante, el Código exceptúa de esta exigencia al representante del Ministerio Público, al procurador oficioso y a quien defiende intereses difusos (Arts. 113 inc. 1ro, 81, 82).

El Ministerio Público y quien defiende intereses difusos en un proceso, no pretenden hacer efectivos derechos subjetivos de determinada persona, sino intereses colectivos, que corresponden a un determinado grupo de personas; el interés es el **género y el derecho subjetivo es la especie**; de consiguiente, resultaría incongruente exigir legitimidad para obrar (y aun interés para obrar), es decir, invocación de titularidad de un derecho subjetivo, a quien no es titular o presunto titular de ese derecho.

Asimismo, no se exige estos requisitos al procurador oficioso porque su actuación procesal se halla condicionada a la ratificación del procurado como lo contempla el Art. 81.

3.8 EL DERECHO DE ACCIÓN Y EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA PROCESAL:

El ejercicio del derecho de acción no se agota con la interposición y admisión a trámite de la demanda, sino que tiene una función

procesal que despliega sus efectos en el curso de todo el proceso hasta alcanzar su finalidad concreta y abstracta.

En este sentido, el juez debe pronunciarse en la sentencia en forma clara, precisa y motivada, sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes (Art. 121 último párrafo). Asimismo, la resolución contendrá la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos

“ En observancia al principio de congruencia procesal, el juez no puede emitir una sentencia ultra petita, extra petita o con omisión del petitorio, bajo riesgo de incurrir en vicio procesal, el cual puede ser motivo de nulidad o de subsanación , según sea el caso ”.

los puntos controvertidos (Art. 122 inc. 4to). Todo esto significa que el juez al expedir sentencia debe resolver según lo alegado y probado por las partes (Secundum Allegatum et Probatum).

En observancia al principio de congruencia procesal, el juez no puede emitir una sentencia ultra petita (más allá del petitorio), extra petita (diferente al petitorio) o con omisión del petitorio (citra petita), bajo riesgo de incurrir en vicio procesal, el cual puede ser motivo de nulidad o de subsanación (en vía de integración por el superior), según sea el caso.

Por otro lado, si bien el juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso (aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido en forma errónea), también es

cierto que al resolver el conflicto de intereses no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diferentes de los que han sido alegados por las partes (Art. VII del Tit. Prel. del C.P.C.).

En aplicación del principio IURA NOVIT CURIA, el juez debe suplir o corregir el derecho omitido o mal invocado por el demandante, calificando debidamente la acción y la relación jurídica sustantiva expuesta en la demanda, sin que esta obligación le autorice al juez resolver más allá del petitorio o algo diferente al petitorio y tampoco fundar su decisión en hechos que no han sido alegados por las partes. En un proceso civil, el órgano jurisdiccional no toma en consideración la realidad social para conocerla o para modificarla, ni sus aspectos jurídicos, sino dentro de los límites de la propuesta que se le presenta por el sujeto que ejercita la acción, estableciéndose así una correspondencia entre la petición y el pronunciamiento, como lo anota claramente PIERO CALAMANDREI¹⁹.

Esto, también, nos lleva a recordar que los elementos de la acción son tres: Los sujetos activo y pasivo (actor y Estado), el objeto (inmediato y mediato) y la causa petendi. El objeto inmediato es la prestación de la actividad jurisdiccional que se exige al Estado. Dentro del objeto mediato se considera el derecho subjetivo o la concreta relación jurídica sustancial o el estado jurídico sobre el cual el actor pide la providencia jurisdiccional. Por consiguiente, el juez al resolver la controversia (en ejercicio de la función jurisdiccional), necesariamente debe pronunciarse sobre el objeto mediato de la acción (derecho subjetivo, relación jurídica sustancial o estado jurídico) expuesto en la

demanda por el actor y muchas veces complementado aquel objeto mediato por los medios de defensa propuestos por el demandado. En todo caso, el juez no puede resolver algo distinto al petitorio del actor, ni sobre medios de defensa diferentes a los propuestos por el demandado, salvo los casos expresamente autorizados por la ley (v.g. la caducidad).

IV. EJERCICIO Y ALCANCES DEL DERECHO DE ACCIÓN Y DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN.

El Art. 2 del C.P.C. establece, en forma general, el ejercicio y alcances tanto del derecho de acción como del derecho de contradicción, tal como lo analizamos a continuación.

4.1 EJERCICIO Y ALCANCES DEL DERECHO DE ACCIÓN:

El derecho a la tutela jurisdiccional, como derecho genérico y abstracto, corresponde a toda persona desde su nacimiento hasta su muerte, incluso el concebido goza de este derecho, para ciertos casos previstos por la ley (Art. 1 del C.C.). Por tanto, la persona que tenga que actuar o actúe en proceso, como demandante, como demandado o como solicitante (en proceso no contencioso) es titular de este derecho.

Si la persona tiene capacidad procesal de ejercicio, puede directamente ejercer el derecho de acción o derecho de contradicción (según cada caso), interponiendo la demanda, contestando y excepcionando, respectivamente; o, bien, en un proceso no contencioso, formulando su solicitud para

19 Ob. cit., págs. 235 y 237.

hacer cesar una incertidumbre jurídica; también puede comparecer y ejercer estos derechos mediante apoderado (Art. 58).

Si la persona no tiene capacidad procesal de ejercicio, será su representante legal quien ejerza el derecho de acción o el derecho de contradicción en proceso. Tales representantes legales pueden ser los padres (Arts. 45 y 423, Inc. 6to. del C.C.), el tutor (Art. 45 y 527 del C.C.) y el curador (Art. 45 y 568 del C.C.). Estos representantes legales pueden otorgar poder a otras personas para ser, a su vez, representadas convencionalmente en el proceso donde se discute derechos de aquellos incapaces.

En principio, es necesario distinguir la CAPACIDAD JURÍDICA en CAPACIDAD SUSTANTIVA y CAPACIDAD PROCESAL. La primera (sustantiva) es la aptitud para gozar y ejercer derechos, obligaciones de carácter sustantivos fuera de proceso, extra-proceso; mientras que la segunda (capacidad procesal) es la aptitud para gozar y ejercer derechos, obligaciones y cargas de carácter procesal, intra-proceso.

Por esto, tanto la capacidad sustantiva como procesal pueden ser de GOCE y de EJERCICIO.

En este sentido, creemos que la capacidad procesal no deriva de la capacidad sustantiva, como parece admitirse en el Art. 58, sino

que ambas capacidades tienen naturaleza y contenidos propios y autónomos; pues, muchas veces la ley, en forma excepcional, concede capacidad sustantiva restringida para el ejercicio de ciertos derechos extra-proceso y, en otros casos, confiere capacidad procesal para ejercer ciertas acciones o derechos procesales.

4.2 EJERCICIO Y ALCANCES DEL DERECHO DE CONTRADICCIÓN EN PROCESO:

En el segundo párrafo del numeral que examinamos se reconoce que el EMPLAZADO o DEMANDADO, por ser titular del derecho a la Tutela Jurisdiccional, tiene y goza del DERECHO DE CONTRADICCIÓN.

Según DEVIS ECHANDIA ⁽¹⁴⁾, el derecho de Contradicción "puede ejercitarse de diversas maneras:

1ra. Oponiéndose a lo que se imputa o pretende, sin alegar nada;

2da. Negando o discutiendo los fundamentos de la imputación o pretensión;

3ra. Proponiendo verdaderas excepciones que atacan a aquélla o a ésta;

4ta. Contrademandando (esto en materia civil o laboral)".

“ En principio, es necesario distinguir la CAPACIDAD JURÍDICA en CAPACIDAD SUSTANTIVA y CAPACIDAD PROCESAL. La primera es la aptitud para gozar y ejercer derechos, obligaciones de carácter sustantivos fuera de proceso, extra-proceso; mientras que la segunda es la aptitud para gozar y ejercer derechos, obligaciones y cargas de carácter procesal, intra-proceso ”.

14 "ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL". Edil. ZAVALLA, Bs. As., 1985, pág. 191.

En el proceso civil, el demandado (y específicamente quien es parte en el proceso) es titular o goza del derecho de contradicción, y lo ejercita cuando comparece en proceso y hace uso de múltiples facultades "exigend" contra el Estado, y que se denomina genéricamente obligación de prestar la jurisdicción. Si el demandado no comparece, pese a habersele notificado válidamente con la demanda, se le DECLARA REBELDE (Art. 458). Sin embargo, aún en este caso, el emplazado o demandado es titular y goza del derecho de contradicción, lo que ocurre es que no lo ejercita.

Tiene aptitud para gozar del derecho de contradicción (al igual que con respecto al derecho de acción, como lo vimos) la persona humana desde su nacimiento hasta su muerte, siempre que haya sido EMPLAZADO COMO PARTE DE UN PROCESO DETERMINADO. Igualmente, tiene aptitud para ser titular de este derecho la persona de derecho público interno, la persona de derecho privado, también la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo, como lo dispone el Art. 57.

El derecho de contradicción es de carácter abstracto, por cuanto se manifiesta a través del ejercicio del derecho de defensa que tiene el demandado. En tal virtud, puede proponer en un proceso determinado donde haya sido emplazado, MEDIOS DE DEFENSA DE FONDO, como el pago, la novación, la remisión; MEDIOS DE DEFENSA DE FORMA (Art. 446 del Código), como la falta de presupuestos procesales o de las condiciones de la acción (incapacidad del demandante o su representante, incompetencia, representación defectuosa o insuficiente del demandante o del deman-

dado, falta de agotamiento de la vía administrativa, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, litispendencia, cosa juzgada, desistimiento de la pretensión, conclusión del proceso por conciliación o transacción, caducidad, prescripción extintiva, convenio arbitral). En el Código, como en muchos Códigos, se puede excepcionar, aduciendo la falta de un presupuesto procesal (incompetencia, incapacidad del actor o de su representante, representación insuficiente del demandante o del demandado) o, bien, aduciendo la falta de una condición de la acción (falta de legitimidad para obrar, etc.). Finalmente, puede ejercer el derecho de contradicción, cuando el demandado interpone una DEFENSA PREVIA, como en el caso de alegar el BENEFICIO DE INVENTARIO, EL BENEFICIO DE EXCUSION, etc., como lo admite el Art. 455.

La interposición de la reconvencción no importa ejercer el derecho de contradicción en proceso, sino el ejercicio del derecho de acción por parte del demandado (Art. 445).

V. INADMISIBILIDAD DE LIMITACIONES Y RESTRICCIONES DEL EJERCICIO LEGAL DE LOS DERECHOS DE ACCIÓN Y CONTRADICCIÓN (Art. 3).

El Art. 3 del C.P.C. declara el libre ejercicio de los derechos de acción y de contradicción en materia procesal civil, siendo inadmisibles cualquier limitación o restricción para su ejercicio, sin perjuicio de los requisitos procesales previstos en el Código.

Se ha reconocido en la doctrina y en muchas legislaciones que el derecho de acción como

el derecho de contradicción tienen jerarquía y dignidad constitucional.

Nuestra Constitución Política vigente de 1993 consagra el derecho de petición en el Art. 2 inc. 20, al disponer que toda persona tiene derecho a formular peticiones, individual o colectivamente, por escrito ante la autoridad competente, la que está obligada a dar al interesado una respuesta también por escrito dentro del plazo legal, bajo responsabilidad. La misma Constitución, establece como principio y derecho de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139 inc. 3).

Dentro del indicado derecho de petición, según E. COUTURE¹⁷, el derecho de acción deriva del derecho genérico de petición cuando expresa: "La acción civil no difiere, en su esencia, del derecho de petición. Este es el género, aquélla es una especie". Agrega este autor que el derecho de petición se ejerce "ante todas y cualesquiera autoridades; y, el Poder Judicial no tiene por qué ser excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición, el cual no requiere de un examen del contenido de la petición, pues siendo un derecho de garantía debe tener andamio hasta el momento de la decisión". Derecho que, por lo demás, ha sido consagrado en la mayoría de las Constituciones contemporáneas. En consecuencia, para este autor el derecho de acción es uno de esos derechos cívicos inherentes a todo sujeto de derecho y vendría a ser una especie dentro del género de los derechos de petición; pues el derecho constitucional de petición no es más que

el derecho de comparecer ante la autoridad.

Ninguna autoridad, sea o no judicial, ni persona particular puede coactar ni impedir el ejercicio de estos derechos, bajo las responsabilidades administrativas, civiles y aún penales que establece la ley. Igualmente, estos derechos no están condicionados a la existencia de derechos, relaciones o situaciones de carácter sustantivos. Es suficiente alegar un interés procesal (interés para obrar), o la titularidad de un derecho sustancial (legitimación para obrar), como lo declara el Art. IV, del Tit. Prel. del Código, sin que deba exigirse acreditar fehacientemente que la pretensión esté acompañada de un derecho subjetivo o un interés jurídico.

Otro requisito que exige el Código es que al presentar la demanda ésta debe contener los requisitos exigidos por el Art. 424, como la designación del juez, nombre, datos de identidad, dirección domiciliaria y domicilio procesal del actor, etc., así como los anexos de la demanda previstos en el Art. 425, como copia legible del documento de identidad del demandante y, en su caso, del representante, del documento que contiene el poder para iniciar el proceso, cuando se actúa por apoderado, etc. Cuando no contenga la demanda estos requisitos o los anexos señalados, o en los demás casos contemplados en los Arts. 426 y 427, el Juez está autorizado para rechazar la demanda (declarando su inadmisibilidad o improcedencia, según el caso).

En resumen, este numeral sub examine (Art. 3) declara el libre ejercicio de los derechos de acción y de contradicción, condicionando únicamente sus ejercicios a los requisitos procesales que establece el Código como los

17 "FUNDAMENTOS DEL DERECHO PROCESAL CIVIL", Tercera Edición Postuma, Ediciones Depalma, Bs. As., 1966, págs. 74-79.

ya mencionados. Esto significa, además, que ninguna otra disposición legal ni otra norma jurídica de menor jerarquía, pueden establecer otros requisitos adicionales o restricciones o limitaciones, en general, para el ejercicio de estos dos derechos. De allí que es conveniente –como lo postula la doctrina más recibida– que esta norma procesal sea elevada a la categoría de norma constitucional, y de este modo pueda garantizarse el libre ejercicio de tales derechos.

Es necesario dejar en claro que la anterior normatividad procesal exigía como requisito para ciertos tipos de demanda (esto es, presupuesto procesal) la presentación de documentos que acreditaban el cumplimiento de una obligación tributaria, de tal manera que si no se cumplía con este requisito se declaraba inadmisibile la demanda, convirtiendo al juez en un agente más del fisco, tal como lo advertía certeramente el maestro JUAN MONROY GALVEZ¹⁸. El nuevo Código, revalorando la función social y noble del juez, le sustrae de esta condición, por cuyo motivo el Art. 3 que analizamos, solamente exige como requisitos procesales los expresamente previstos en el C.P.C.

VI. EL EJERCICIO IRREGULAR Y ARBITRARIO DEL DERECHO DE ACCIÓN CIVIL (Art. 4).

La responsabilidad humana es de dos categorías generales: a) Responsabilidad Moral y, b) Responsabilidad Jurídica. A su vez, esta última se puede subdividir en:

Responsabilidad administrativa, penal y civil. Por otro lado, la responsabilidad civil puede ser de tres modalidades:

“Para un sector importante de la doctrina, el ejercicio irregular o arbitrario de la acción genera responsabilidad civil extracontractual”.

- a) Responsabilidad Legal stricto sensu;
- b) Responsabilidad contractual; y
- c) Responsabilidad extracontractual.

Para un sector importante de la doctrina, el ejercicio irregular o arbitrario de la acción genera responsabilidad civil extracontractual.

La antijuridicidad procesal puede tener su origen, entre otros, en la mala fe procesal. Cuando se ejercita el derecho de acción en forma irregular o arbitraria esto supone afirmar que tal ejercicio se desarrolla en el campo de la antijuridicidad procesal, lo que, obviamente, debe generar responsabilidad.

En principio, el C.P.C. se inspira en la doctrina del derecho de acción como derecho abstracto, esto es, que para ejercitar válida y legítimamente el derecho de acción no es necesario hacer valer un derecho sustantivo o material, sino que aquel derecho existe como un derecho continente, como exigencia de justicia, como derecho a la jurisdicción, pero no como un derecho a una sentencia favorable que sólo compete al que tiene razón como lo sostenía la teoría de la acción como derecho concreto de obrar postulada por WACH, HELLWIG, BEHRENDTS, CHIOVENDA, entre otros.

18 “EL JURISTA”, Revista Peruana de Derecho, No. 3, Agosto 1991, Ideología, Medios y Objetivos de un Proyecto de Reforma del Proceso Civil Peruano, pág. 81 a 97.

Empero, como todo derecho, el derecho de acción no es absoluto, sino que debe ejercitarse conforme a su destino económico o social, al igual que cualquier derecho subjetivo (postura asumida por RAYMOND SA-LEILLES).

No siendo absoluto el derecho de acción, resulta concebible entonces que el Estado cumpla con la prestación jurisdiccional emitiendo un pronunciamiento sobre la pretensión del actor, en forma liminar, cuando, por ejemplo, el juez calificando la demanda la declara improcedente o inadmisibile, tal como lo faculta el Código en los casos previstos en los Arts. 426 y 427.

El ejercicio regular de un derecho y, en particular, el ejercicio regular del derecho de acción, importa en el agente su buena fe. Según ACUÑA ANZORENA (Cit. en Enciclopedia Jurídica OMEBA) la buena fe debe entenderse desde dos puntos de vista: uno ético y otro psicológico. En el sentido ético, la buena fe se traduce por la honestidad, la lealtad, la probidad, a las que la gente condiciona su conducta. Según los autores germánicos se trata de la buena fe-lealtad (el *Treu Und Glaube*). En el sentido psicológico, la buena fe se presenta con la convicción en la persona de que se comporta conforme a derecho. Se trata de la buena fe-creencia, esto es, la "*Guter Glaube*", según la doctrina alemana¹⁹.

En el vasto género de las relaciones jurídicas —es decir, relaciones humanas— con trascendencia para el derecho, es principio rector la presunción de buena fe en el sujeto de derecho involucrado en cualquier relación

jurídica. Por consiguiente, también debe presumirse la buena fe en el actor que ejercita el derecho de acción; y solamente esta presunción se destruye cuando concurren indicios u otras presunciones sobre el ejercicio abusivo del derecho de acción.

6.1 EL EJERCICIO IRREGULAR DEL DERECHO DE ACCIÓN Y LA MALA FE PROCESAL:

Hemos visto que la acción es un derecho público subjetivo, en donde el Estado es el sujeto pasivo y el actor es el sujeto activo; y cuando se ejercita este derecho se genera una RELACIÓN JURÍDICA DE ACCIÓN.

Cuando se ejerce este derecho de acción en forma irregular o arbitraria resulta que el ESTADO es el primer agraviado o perjudicado. Pero, a propósito o con ocasión de su ejercicio irregular, también se puede causar daños y perjuicios al demandado. El numeral que examinamos solamente contempla la acción indemnizatoria del emplazado contra el actor; es decir, tal como también lo vimos, el derecho de acción tiene como objeto inmediato la prestación jurisdiccional, mientras que el objeto mediato es el derecho subjetivo (o la relación jurídica sustancial) aducido en la demanda y, por tanto, cuando el actor incurre en tal situación antijurídica procesal (de ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción) debe estar obligado a indemnizar los daños y perjuicios que haya ocasionado. Este ejercicio ilícito del derecho de acción tiene obvia vinculación con el ABUSO DEL DERECHO. PLANIOL afirma²⁰ que "todo acto abusivo, por lo mismo que es ilícito, no es el ejercicio de un

19 Citado por José Antonio Silva Vallejo en "LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL", Ediciones FECAL, 1991, Ira. Edición, pág. 1090.

20 Citado en la exposición de motivos, transcrita en CODIGO CIVIL, T. I, de F. GUZMAN FERRER, pág. 12.

derecho, y el abuso del derecho no constituye una categoría jurídica distinta del acto ilícito". "El derecho -dice- cesa donde el abuso comienza y no puede haber uso abusivo de un derecho cualquiera, por la razón irrefutable de que un solo y mismo acto no puede ser a la vez, conforme a derecho y contrario al derecho. Lo que es verdad es que los derechos no son nunca absolutos; la mayor parte son limitados en su extensión y están, en cuanto a su ejercicio, sometidos a condiciones diversas. Cuando se sale de estos límites, se procede en realidad sin derecho".

No vamos a analizar los criterios empleados para tipificar el abuso de los derechos (como el criterio subjetivo de la intención de perjudicar, de la culpa, de la teoría de la falta de interés legítimo o utilidad, de la ruptura del equilibrio de intereses y el criterio funcionalista), sino que haremos una simple referencia al último criterio -funcionalista-, desplegado y desarrollado por RAYMOND SALEILLES²¹ para quien la verdadera fórmula sería la que viese el abuso del derecho en el ejercicio anormal del derecho, ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que traspasa, consiguientemente el contenido de derecho, puesto que todo derecho desde el punto de vista social, es relativo, y no hay derechos absolutos, ni aun la propiedad.

La mala fe procesal, como lo sostiene claramente SILVA VALLEJO²², está constituida por tres entidades:

- 1) La anticonstitucionalidad procesal;
- 2) El delito procesal, y
- 3) El ilícito procesal indemnizable; luego agrega: La jerarquía de estas tres órdenes lo proporcionan el criterio de la cuantificación de lo antijurídico en el proceso civil, según que la violación legal se opere en el ámbito de la Constitución, del Código Penal, del

"En consecuencia, el ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción importa una mala fe procesal del actor, la misma que es sancionada en el plano constitucional, penal, civil".

Código Civil o del Código de Procedimientos Civiles.

En consecuencia, el ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción importa una mala fe procesal del actor, la misma que es sancionada en el plano constitucional, penal, civil. Nos interesan las sanciones o responsabilidades en el plano civil y procesal civil.

Antes que nada, diremos que los daños pueden producirse dentro del proceso (daños procesales) y fuera de éste (daños extraprocesales). Estos últimos daños están contemplados y sancionados por la norma jurídica sustantiva (Código Civil, esencialmente); en tanto que los primeros (daños procesales) se regulan en la norma procesal, en donde se establecen las sanciones e indemnizaciones, como las costas, las nulidades, y ahora en el nuevo Código la indemnización de los daños y perjuicios, en la norma que analizamos (Art. 4).

21 Citado por EPFANKO) L. CONDOBELLI, "Del Abuso y la Mala Fe dentro del Proceso", Edit. Abeledo Perrot, Bs. As. 1996, pág. 29.

22 "LA CIENCIA DEL DERECHO PROCESAL". Ediciones FECAT, 1991, págs. 1135 y 1136.

También es menester precisar que en la doctrina se ha reconocido que hay dos clases generales de responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual. La responsabilidad por daño procesal está inserta dentro de la llamada responsabilidad extracontractual y, en especial, la del ejercicio irregular y arbitrario del derecho de acción (así como del derecho de contradicción en proceso). De consiguiente, el abuso o ejercicio irregular y arbitrario del derecho de acción se rige por la teoría y normas de la Responsabilidad extracontractual (Art. 1969 y ss. del C.C.).

El abuso del derecho procesal ha sido definido por E. COUTURE²³ como la "forma excesiva y vejatoria de acción u omisión de parte de quien, so pretexto de ejercer un derecho procesal, causa perjuicio al adversario, sin que ello sea requerido por las necesidades de la defensa". "En nuestro concepto —luego acota— existe una responsabilidad, derivada del abuso del derecho (procesal) de acción o del derecho de defensa".

El Código solamente sanciona el ejercicio irregular y arbitrario del derecho de acción, dejando de lado la sanción indemnizatoria en cuanto al ejercicio irregular o arbitrario del derecho de contradicción en proceso. Otros Códigos como el Austriaco (Art. 408), el del Vaticano (Art. 20), el Portugués (Art. 456), el Colombiano (Art. 72), el Italiano (Art. 96), sancionan también el ejercicio ilícito e irregular del derecho de contradicción en proceso. El Código de proceso civil vigente de Brasil en su Art. 18, III, dispone que compete a las partes y sus procuradores "no formular pretensiones ni alegar defensas,

sabiendo que están destituidas de fundamento". El Art. 20 preceptúa que "responde por daños y perjuicios todo aquel que pleitee de mala fe, como actor, demandado, o interviniente"; y el numeral 21, I, dispone que se reputa litigante de mala fe, aquel que: "Deduca pretensiones o defensas, cuya falta de fundamento no puede, razonablemente, desconocer"; el Art. 22 dispone que "la parte vencedora podrá ser condenada como litigante de mala fe, tanto en la causa principal como en cualquier incidente, si hubiese procedido con dolo"; el Art. 23 regula el caso de indemnización por el litigante de mala fe a favor de la parte contraria, con los perjuicios sufridos y honorarios de los abogados, cuando los litigantes de mala fe fueran dos o más, el Juez condenará a cada uno de ellos en proporción a su interés en la causa, o solidariamente si se coaligaron para lesionar; y, finalmente, el Art. 24 sanciona al Abogado de la parte que ha obrado de mala fe, con la condena de pagar la indemnización y comunicar el hecho al Colegio de Abogados.

Podemos concluir, en esta parte, que en el numeral bajo examen también debería haberse regulado las consecuencias del ejercicio arbitrario y abusivo del derecho de contradicción en proceso. Por otro lado, debería haberse dispuesto que la demanda sobre indemnización, para este caso, se proponga en la vía procedimental sumarísima (proceso sumarísimo: Art. 546 y ss.) ya que del mismo expediente principal constan de modo especial los presupuestos, las pruebas del ejercicio irregular o arbitrario del derecho de acción y que los otros aspectos relacionados con los daños y perjuicios y así como su quantum serán ventilados y probados en esa vía sumarísima. Otros Códigos, como el Colombiano (Art. 72), disponen que cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de la conducta temeraria

23 "VOCABULARIO JURÍDICO". Edic. Depalma, Bc. Aa. 1983, pág. 61.

o maliciosa, el Juez, independientemente de las costas a que haya lugar, impondrá en la sentencia la correspondiente condena de pago por los perjuicios, de oficio, ya que es un deber del Juez imponerla, como lo hace notar DEVIS ECHANDIA ²⁴.

6.2 DAÑOS Y PERJUICIOS POR EL EJERCICIO IRREGULAR O ARBITRARIO DEL DERECHO DE ACCIÓN:

El ejercicio irregular o arbitrario de este derecho genera un ESTADO DE ANTIJURIDICIDAD, QUE ES UN PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD, CONCURRENTEMENTE PERO DISTINTO AL DAÑO. La conducta del actor, en el proceso, desde el inicio, con el ejercicio abusivo del derecho de acción y su despliegue o función procesal, resulta contraria al orden jurídico, por esto debe ser sancionada, como lo es en el plano penal, civil y procesal civil, configurando en algunos casos un delito (por delito contra la Administración de Justicia), una acción indemnizatoria por reparación de daños y perjuicios, y el pago de costas, costos, multas, etc.

En el nuevo proceso que instaure el demandado contra el actor, aquél debe acreditar el bien o bienes objeto de los daños y perjuicios, la relación de causalidad entre la conducta del actor y los resultados lesivos.

A) EJERCICIO IRREGULAR DEL DERECHO DE ACCIÓN:

Este ejercicio excluye al dolo, en principio. Está dado por el ejercicio con culpa grave o leve, o, como también se dice con temeridad procesal. El actor, si bien no tiene plena conciencia de su falta de razón en el ejercicio del derecho de acción, tampoco puede ser

irresponsable de los daños y perjuicios que causa con tal conducta culposa, si es que aquéllos van más allá de los gastos ordinarios que ha realizado el demandado.

El ejercicio regular de un derecho en general, y del derecho de acción en especial, no pueden generar ningún tipo de responsabilidad civil (extracontractual), aunque se cause daño a otra persona; pues "En apariencia, entonces, no hay lugar para el abuso porque si el derecho es ejercido regularmente nos hallamos ante un hecho lícito y, si es ejercido irregularmente o si actuamos dañosamente, sin estar ejercitando ningún derecho, caemos en el ilícito civil" ²⁵.

Así lo prevé el Art. 1971, inc. 1ro. del C.C., que textualmente dice: "No hay responsabilidad en los siguientes casos: En el ejercicio regular de un derecho". En consecuencia, el actor que ejercitando regularmente el derecho de acción, interpone su demanda ante el Juez competente, causa daños y perjuicios al demandado (costas, costos, otros daños extraordinarios) no tiene responsabilidad civil por éstos, porque ha ejercitado regularmente su derecho de acción.

B) EJERCICIO ARBITRARIO DEL DERECHO DE ACCIÓN:

En este caso, el actor ejerce el derecho de acción en forma dolosa, con la intención y fin de causar daños procesales y extra-procesales al demandado. De consiguiente, el actor tiene plena conciencia de su falta absoluta de razón y no obstante ello, ejerce la acción, o bien, luego de iniciado el proceso llega a tener esa conciencia malévola en el

24 "COMPENDIO DE DERECHO PROCESAL CIVIL", T. I, 4ta. Edic., Bogotá, 1974, pág. 347.

25 RUBIO CORREA, Marcial. "Dolo Preliminar". Biblioteca para Leer el Código Civil. Vol. III, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 1990, Quinta Edición, Perú 1989, pág. 37.

curso del proceso, y a pesar de ello lo prosigue, causando daños y perjuicios al demandado.

Se ha discutido en la doctrina si los daños extraprocesales deben también ser resarcidos dentro del mismo proceso donde tuvieron su causa, o si deben ser motivo de un proceso ulterior. El Código, en el numeral que examinamos regula las condiciones generales por las cuales se puede iniciar demanda de cobro de daños y perjuicios, además de imponerse al actor malicioso vencido el pago de las costas, costos y multas en el proceso fenecido.

En este sentido, nos dice JULIO LOPEZ DEL CARRIL²⁶ que "Debe existir una doble condenación en costas en materia civil, laboral, contencioso-administrativo, etc., a excepción de la instancia penal, donde puede existir una triple condenación. Así, frente a la condena puramente procesal, objetiva, por el sólo hecho del vencimiento y destinada principalmente al reembolso de los gastos que se hicieron para actuar en el proceso hasta su finalización hay otra condena, de tipo indemnizatorio, facultativa, subjetiva, que se mueve exclusivamente a petición de parte, de índole civil y destinada a reparar los daños y perjuicios ocasionados por el litigante de mala fe, que ejerce abusivamente su libertad político-constitucional de poner en movimiento la justicia, olvidando que dicha actuación está unida a ciertos conceptos de buena fe, lealtad y probidad. Esta conclusión tiene un gran sentido jurídico y económico, ya que las costas propiamente dichas no cubren frecuentemente el perjuicio que la conducta antijurídica infringe al contrario, por

su acción o defensa dolosa, abusiva, dilatoria, innecesaria, cuando no grotesca e incivil. De donde la segunda condena en costas requiere la calificación judicial al tiempo de declararse la imposición de las costas, junto con las costas propiamente procesales. Por razón de justicia, de respeto de los derechos y de economía procesal, no cabe que ello se logre mediante un juicio ulterior, sino que debe ser simultáneo con la declaración de la pretensión de mérito, acordando cuanto corresponde al litigante, lo que acaece con esta condena en costas".

6.3 LITIGANTE MALICIOSO TEMERARIO Y LITIS TEMERARIA:

Para E. COUTURE²⁷, la temeridad es la "actitud de quien afirma hechos o se conduce sin fundamento o motivo, con conciencia de la propia sinrazón". Y la mala fe procesal es, según este mismo autor²⁸, la "**calificación jurídica de la conducta legalmente sancionada, del que actúa en juicio convencido de su sinrazón, con ánimo de perjudicar a su adversario o a un tercero, u obstaculizar el ejercicio de su derecho**".

Como lo anota certeramente EMILIO BETTI²⁹, debe diferenciarse la litis temeraria del comportamiento contrario a la buena fe que la parte pueda tener en la conducción del proceso y del llamado dolo instrumental. En la litis temeraria la parte, teniendo conciencia de la falta de razón, se decide proponer y propone su demanda o la contestación

27 "VOCABULARIO JURIDICO", págs. 956-957.

28 *Ibid.*, págs. 397-398.

29 "DIRITTO PROCESUALE CIVILE", Pág. 558, CITADO POR CONDORELLI, "DE LA ACCIÓN Y LA MALA FE DENTRO DEL PROCESO", PÁG. 163.

26 "LA CONDENA EN COSTAS". Abelardo Perrot, Bs. As., 1959, pág. 99, citado por SILVA VALLEJO, "La Ciencia Del Derecho Procesal", pág. 1129-1130.

de la misma. En cambio, el **comportamiento de la parte en la conducción del proceso puede ser de mala fe, abusando de los recursos impugnatorios, dilatando la prosecución del proceso promoviendo incidentes manifiestamente ilegales, alterando los hechos que sucesivamente y después de la demanda vaya exponiendo el actor o demandado en su caso, etc.** Y el **dolo instrumental** cuando la parte, en el decurso del proceso, intencionalmente y a sabiendas de la ilicitud de su conducta, va determinando la convicción del Juez en perjuicio de la otra parte.

El numeral que examinamos (Art. 4) se refiere a la litis temeraria y a la litis dolosa; es decir, a la conducta culposa o dolosa del actor al formular e interponer su demanda. El actor, entonces, abusando del derecho que tiene toda persona a la jurisdicción, ejercita este derecho no obstante estar convencido o ser consciente de la sinrazón de la pretensión que hace valer contra el demandado, comportándose como IMPROBUS LITIGATOR; y esta conducta culposa o dolosa será sostenida durante el proceso ya que ni siquiera se arrepentirá de ello, mediante el desistimiento de la pretensión o del proceso. Consecuentemente, los daños y perjuicios que irrogue al demandado debe resarcirlos, además de su obligación de pagar las costas del proceso (costas y costos), así como las multas impuestas en el proceso fenecido. El Código de 1912, imponía al litigante de mala fe el pago de las costas dobladas o triplicadas (Art. 1077), como única sanción.

El pago de costas y costos del proceso no requiere ser objeto de punto demandado y está a cargo de la parte vencida, salvo que sea exonerada por resolución judicial, expresa y motivada (Art. 412). Si el litigante, por tanto, es malicioso o ha emprendido una

litis temeraria o dolosa, además de pagar las costas y costos, así como multas, debe responder por los daños y perjuicios que en el proceso o con el proceso ha causado al demandado.

VII. LA DEMANDA COMO EJERCICIO DEL DERECHO DE ACCIÓN:

Hemos establecido que el derecho a la tutela jurisdiccional es un derecho genérico, porque comprende al derecho de acción, al derecho de contradicción y el derecho al debido proceso.

Por otro lado, hemos señalado que el DERECHO DE ACCIÓN es un derecho público, subjetivo, abstracto y autónomo que tiene toda persona para exigir del Estado la tutela jurisdiccional y, mediante una resolución, se pronuncie sobre la pretensión expresada en su demanda o, en su caso, en su solicitud, resolviendo el conflicto de intereses o la incertidumbre jurídica.

LA DEMANDA es el acto procesal en virtud del cual el actor, ejercitando el derecho de acción, somete al órgano jurisdiccional su pretensión contra otra persona, instaurando la relación jurídica procesal y con el objeto de que el Juez resuelva en su oportunidad.

*De lo expuesto inferimos que entre acción y demanda existe una relación de **derecho a ejercicio de derecho**, tal como también ya lo sostuvo SALVATORE SATTA⁽²⁰⁾; pues la acción es el derecho a la tutela jurisdiccional, en tanto que la demanda es la forma como*

20 "MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL", Vol. I, págs. 118-119.

se ejercita el derecho de acción, y como éste tiene como elemento mediate un derecho subjetivo o relación jurídica sustancial, que se alega en contra del demandado, es en la demanda concreta donde se afirma tal derecho o relación sustancial como existente en la realidad.

En la demanda, el actor expone o deduce una o varias pretensiones en contra del demandado. De consiguiente, podemos decir que la **pretensión procesal** es la exigencia de subordinación que hace el actor respecto del interés del demandado al interés propio, como lo ha establecido la doctrina carnellutiana. La pretensión procesal es aquella exigencia de subordinación formulada en la demanda, que da inicio al proceso. En cambio, la **pretensión material** es la exigencia de subordinación del interés ajeno al interés propio formulada antes del proceso o extraproceso.

Entonces, la pretensión material es la exigencia que una persona formula en contra de otra para el cumplimiento de una prestación, como bien afirma el Dr. JUAN MONROY GALVEZ³¹, y cuando esta pretensión material se orienta a una petición de tutela ante el órgano jurisdiccional ejercitándose el derecho de acción, la pretensión material se convierte en pretensión procesal.

En todo caso, sea material o procesal, como lo ha enseñado CARNELUTTI, "La pretensión es un acto y no un poder, o sea, algo que el titular hace, y no algo que tiene; una manifestación de voluntad y no una superioridad de su querer. Pero, no sólo es un acto y, por ello, una manifestación, sino

también una **declaración de voluntad...**". Concluye este autor aclarando: "Dicho acto no sólo no es derecho, sino que ni siquiera lo supone. La pretensión puede formularse por quien tenga el derecho pero, asimismo, por quien no lo tenga: Tal pretensión es la pretensión fundada como la infundada. Del mismo modo que la pretensión no supone el derecho tampoco éste requiere necesariamente aquélla. Puede haber pretensión sin derecho y derecho sin pretensión. Por ello, como fenómeno inverso al de la pretensión infundada, encontramos el del derecho inerte"³².

El **petitorio** es el núcleo de la pretensión procesal o también podemos afirmar, como lo señala el propio código en diversas disposiciones, que el **Objeto de la Pretensión** es el petitorio y, específicamente, es el efecto jurídico perseguido por el actor, con la proposición de la pretensión procesal mediante la interposición de la demanda.

El **LITIGIO O LITIS**, según CARNELUTTI, es el "conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro"³³. Anota también este autor, puede ocurrir ante la pretensión, que el titular del interés opuesto se decida a su subordinación. En tal caso, la pretensión es bastante para determinar el desenvolvimiento pacífico del conflicto. Pero con frecuencia no sucede así. Entonces, a la pretensión del titular de uno de los intereses en conflicto de intereses se convierte en litigio.

31. "TEMAS DE PROCESO CIVIL". LIBRERÍA STUDIUM FIDELITAS, LIMA-PERÚ, 1967, PÁGS. 220 Y 221.

32. CARNELUTTI, "SISTEMA DE DERECHO PROCESAL CIVIL", T. II, PÁG. 8-9.

33. *Ibid.*, T. I, PÁG. 41.

VIII. LOS REQUISITOS DE LA DEMANDA Y LOS PRESUPUESTOS PROCESALES EN EL CÓDIGO.

*Para que el proceso se inicie y desarrolle válidamente, no es suficiente la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional, sino que es imprescindible que tal demanda reúna determinadas condiciones o requisitos. A estos requisitos OSKAR VON BULOW³⁴ les denominó **Presupuestos Procesales**, lo que ha sido acogido casi unánimemente por la doctrina. Los presupuestos pueden ser concebidos como las condiciones necesarias para conseguir o emitir un pronunciamiento válido cualquiera —sea favorable o desfavorable— sobre la demanda y, en concreto, sobre la pretensión. La ausencia de cualquiera de estos presupuestos determina la inexistencia de la relación jurídica procesal, circunstancias que además no significan la inexistencia de la acción, sino simplemente que en dicho "proceso" nulo no se puede hacer valer.*

Los Presupuestos procesales son tres, como sabemos:

- a) La competencia o capacidad del Juez;
- b) La capacidad procesal de las partes, y
- c) Los requisitos de la demanda.

El Código establece, en los arts. 424 y 425, los requisitos que debe reunir la demanda para que sea admisible y procedente en esta etapa inaugural del proceso.

La competencia o capacidad del Juez se establece indicando la designación del Juez

ante quien se interpone la demanda, según lo exige el inc. 1.º del Art. 424; y, además, en virtud de las reglas de competencia establecidas en normas generales, a partir del Art. 5 del Código, y en normas dispersas para determinadas demandas y procesos.

En los incs. 2, 3 y 4 del mismo numeral 424, se exige los datos relativos al demandante y al demandado; de los cuales también puede establecerse la capacidad procesal de las partes, aunque es necesario advertir que ello no es suficiente para determinar la capacidad, y en particular la del demandado, pues ocurre que muchas veces se requiere contar con otros elementos de juicio para determinar la ausencia de este presupuesto procesal. Para ello, por ejemplo, el Código concede al demandado las excepciones de:

- a) Incapacidad del demandante o su representante; y
- b) Representación defectuosa o insuficiente del demandante o del demandado. Obviamente los hechos en que se sustentan estas excepciones deben ser materia de probanza.

En cuanto a las condiciones de la acción: legitimidad para obrar e interés para obrar, deben fluir claramente del petitorio y de su fundamentación clara, precisa, con orden y numerada; requisitos estos previstos en los incs. 5 y 6 del acotado numeral 424.

Desde luego que tanto los presupuestos procesales como las dos condiciones de la acción indicadas deben ser examinados por el Juez al calificar la demanda; y, para hipótesis en que advierta la ausencia de cualquiera de ellos, procederá a rechazar la demanda liminarmente, declarándola inadmisibile o, en su caso, improcedente con arreglo a las facultades previstas en los Arts. 426 y 427,

34. "LA TEORÍA DE LAS EXCEPCIONES Y LOS PRESUPUESTOS PROCESALES", págs. 2 y 3.

como lo veremos más adelante.

No obstante estas facultades conferidas por el Código al Juez, el demandado tiene también el derecho a denunciar la ausencia de cualquiera de los presupuestos procesales o de las dos condiciones de la acción mencionadas, proponiendo las excepciones pertinentes reguladas en el Art. 446 del Código, como la de incompetencia, incapacidad del demandante o su representante, falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandado, falta de agotamiento de la vía administrativa, cosa juzgada, caducidad, prescripción extintiva, entre otras.

El art. 425 del Código, en seis incisos, señala los anexos que debe acompañarse a la demanda y, entre tales anexos dispone que se adjuntará: copia legible del documento de identidad del actor o, en su caso, de su representante, el documento que contiene el poder (en caso de apoderado), prueba de la representación legal o judicial o de la sucesión o administración; los medios probatorios y sus elementos y datos necesarios para su actuación, así como los documentos probatorios sustentatorios de la pretensión.

IX. EL DERECHO DE ACCIÓN Y EL LITISCONSORCIO.

Como bien lo advierte ATILIO CARLOS GONZALES en "La Pluralidad en el Proceso Civil y Comercial" (28), existen, por lo menos, tres teorías que tratan de explicar la naturaleza jurídica del litisconsorcio facultativo o voluntario:

a) la que sostiene que existe pluralidad de procesos y de pretensiones;

b) la que sostiene que existe pluralidad de acciones; y,

c) la tercera, que postula que existe unidad de proceso y pluralidad de pretensiones.

Compartiendo el criterio de ATILIO CARLOS GONZALES, consideramos que el litisconsorcio facultativo importa una Unidad de Proceso, el ejercicio de una sola acción y pluralidad de pretensiones. En consecuencia, en el litisconsorcio facultativo activo, los sujetos demandantes ejercitan una sola acción, dando inicio a un solo proceso, pero formulando una pluralidad de pretensiones.

En el caso del litisconsorcio necesario activo, también ocurre que se ejercita una sola acción, en un único proceso, y con pluralidad de partes.

X. INADMISIBILIDAD E IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA.

10.1 EXAMENES O JUICIOS A LOS QUE DEBE SER SOMETIDA LA DEMANDA Y LA PRETENSIÓN:

Un sector importante y lúcido de la doctrina, entre los que se encuentra JORGE PEYRANO, CLEMENTE A. DIAZ (Carlo Carli), GOLDSCHMIDT, ALLORIO, UGO ROCCO, COLOMBO, sugieren que la demanda (continente) como la pretensión (contenido) pueden ser sometidas a los siguientes exámenes o juicios:

A) Juicio o examen de habilidad:

Que la demanda sea interpuesta ante el juez competente.

35 "LA PLURALIDAD EN EL PROCESO CIVIL Y COMERCIAL": Sujetos, Objetos y procesos; Editorial Astrea, Bs. As., 1984, pág. 57.

B) Juicio o examen de atendibilidad.

Según el cual no puede atenderse o darse curso a una demanda que no sea seria; es decir, por ejemplo, debe rechazarse una demanda interpuesta con "animus iocandi" o "iocandi gratia".

C) Examen o juicio de utilidad.

En este punto, UGO ROCCO sostiene agudamente que toda providencia jurisdiccional debe ser sometida a un doble criterio de utilidad:

- a) uno positivo: según el cual debe verificarse si los efectos de la providencia requerida producirán para el peticionante una utilidad actual respecto de una relación jurídica determinada; y,
- b) Criterio negativo, en virtud del cual debe verificarse si la falta de providencia jurisdiccional solicitada produciría un daño o perjuicio al peticionante. Y concluye ROCCO, que si el juicio es adverso, el solicitante no tiene "interés para accionar" llamado también interés para obrar o interés procesal, tal como lo veremos.

D) Exámenes o juicios de Admisibilidad y procedibilidad.

En este punto, CLEMENTE A. DIAZ ⁽³⁶⁾ es sumamente claro cuando nos dice: "...la cuestión queda articulada entre los términos procedente, improcedente y admisible-inadmisible. Lo primero cuando atañe a las condiciones extrínsecamente formales de la demanda y lo segundo cuando se refiere a las condiciones intrínsecas de la demanda".

Desde luego, como seguramente ya lo hemos advertido, el nuevo Código, en los Arts.

128, 426 y 427, denomina improcedente a lo que en doctrina es inadmisibile y, asimismo, llama inadmisibile a lo que se ha denominado como improcedente. Ello siguiendo el criterio tan acendrado en nuestra jurisprudencia y en el foro de nuestro país.

E) Examen de fundabilidad.

Después de verificados los anteriores juicios, el Juez debe emitir un juicio de mérito, es decir, que debe resolver favorable o desfavorablemente la pretensión del actor; fundada o infundada la demanda o propiamente la pretensión.

F) Examen de proponibilidad objetiva de la pretensión o juicio sobre la aptitud para juzgar.

El Juez debe verificar si la ley le concede o no facultad de juzgar el caso justiciable que se le propone en la demanda. No se trata de examinar si le asiste razón al actor, sino que el objeto de la pretensión puede o no ser juzgado: por ejemplo, las pretensiones:

- a) Contrarias al orden público y las buenas costumbres,
- b) Relacionadas con sociedades con objeto ilícito,
- c) Sobre deudas que provienen de juegos prohibidos.

Este examen es distinto a la determinación de la legitimidad para obrar; sin embargo, algún sector importante de la doctrina propone que el defecto absoluto en la facultad de juzgar sea tramitado y resuelto en la misma forma que la falta de legitimidad para obrar.

10.2 RECHAZO LIMINAR DE LA DEMANDA EN OTRAS LEGISLACIONES

- A) El Código General del Proceso de la

36 "LA DEMANDA CIVIL", Edil. Lex, Bs. As., 1973, pág. 116-117, citado por Jorge Peyrano, en "EL PROCESO ATIPICO", T. I, pág. 26.

República Oriental del Uruguay establece fórmulas muy generales para los casos en que el órgano jurisdiccional debe rechazar la demanda. El Art. 119 expresa:

119.1. - Presentada una demanda en condiciones que no se ajusten a los artículos precedentes o a las disposiciones generales que establecen las formalidades para la comparecencia en proceso, el Tribunal dispondrá que se subsanen los defectos en el plazo que se señale con apercibimiento de tenerla por no presentada.

119.2. - Si el Tribunal estimare que la demanda es manifiestamente improponible, la rechazará de plano, expresando los fundamentos de su decisión.

B) El Código Colombiano establece causales de inadmisibilidad y de rechazo IN LIMINE de la demanda. Así dispone:

a) El Juez declarará inadmisibile la demanda cuando:

1. No reúna los requisitos legales;
2. No se acompañen los anexos de ley;
3. Contenga indebida acumulación de pretensiones;
4. No se hubiere presentado personalmente por el signatario; y
5. El poder de quien actúa a nombre de otro no sea bastante.

En estos casos, el Juez señalará los defectos para que el actor los subsane dentro del plazo de cinco días, y si no lo hiciere la rechazará.

b) El Juez rechazará IN LIMINE la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o por caducidad de la acción. Rechazada la demanda, el Juez ordenará la devolución de los anexos.

C) El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de Argentina, en su Art. 337, señala una regla general sobre RECHAZO IN LIMINE DE LA DEMANDA, expresando:

"Los jueces podrán rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas, expresando el defecto que contengan. Si no resultare claramente de ellas que son de su competencia, mandaràn que el actor exprese lo necesario a ese respecto".

D) El Código de Procedimientos en lo Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe, Argentina, también en el Art. 110, prescribe una fórmula general de rechazo liminar de la demanda; expresando lo siguiente:

"Los jueces no daràn curso a las demandas que no se deduzcan de acuerdo con las prescripciones establecidas, y expresarán el defecto que contengan, pudiendo ordenar que el actor aclare cualquier punto para hacer posible su admisión".

10.3 INADMISIBILIDAD DE LA DEMANDA EN EL CÓDIGO:

El Código, en el Art. 426, establece cuatro casos generales para todo tipo de demandas, según los cuales el Juez puede rechazar liminarmente la demanda declarándola **inadmisibile**:

A) Cuando no tenga los requisitos legales (Inc. 1ro.):

Esta fórmula es general, pues comprende los casos que específicamente no se hallan previstos en los otros tres incisos subsiguientes; por tanto, debe interpretarse que si no se ha cumplido un requisito legal exigido en otra parte del Código, el Juez declarará

inadmisible la demanda.

B) Cuando no se acompañen los anexos exigidos por ley (Inc. 2do.):

El Art. 425 del Código exige en forma precisa los anexos pertinentes que debe acompañarse a la demanda, según su planteamiento.

C) Cuando el petitorio sea incompleto o impreciso (Inc. 3ro.):

“ Si este petitorio se formula sin precisión o parcialmente, de tal manera que no se pueda determinar cuál es el efecto jurídico que persigue el actor al interponer su demanda, ésta será declarada también inadmisibles ”.

Hemos señalado que el petitorio es el núcleo de la pretensión. Si este petitorio se formula sin precisión o parcialmente, de tal manera que no se pueda determinar cuál es el efecto jurídico que persigue el actor al interponer su demanda, ésta será declarada también inadmisibles.

D) Cuando la vía procedimental propuesta no corresponda a la naturaleza del petitorio o al valor de éste, salvo que la ley permita su adaptación: Según nuestro Código (Art. 128) el acto procesal es inadmisibles cuando carece de un requisito de forma o éste se cumple defectuosamente. En aplicación de esta norma general, el numeral que analizamos establece los casos en que al faltar o cumplirse defectuosamente un requisito de forma, el Juez declara inadmisibles la demanda. En estos casos, el juez dispondrá

que el demandante subsane la omisión o defecto formal dentro de un plazo no mayor de 10 días.

Si el actor no cumpliere con lo ordenado por el Juez, deberá rechazarse la demanda y ordenará el archivo del expediente. Entendemos que la orden de subsanación del requisito formal debe hacerse bajo apercibimiento de disponerse el archivo de los actuados o expediente. Ello en aplicación por analogía de la norma contenida en el Art. 551 del Código, el cual dispone para el proceso sumarísimo que si el actor no subsana la omisión o defecto formal dentro del plazo concedido de tres días, haciendo efectivo el apercibimiento ordenado, dispondrá el archivo del expediente.

Rechazada la demanda y archivado el expediente, el interesado desde luego que podrá volver a interponer la misma demanda; y, aun cuando el Código no sanciona expresa y específicamente esta conducta culposa del actor, debería en todo caso, disponerse que a la presentación de la nueva demanda deba abonar una multa.

10.4 IMPORTANCIA DE LA DEMANDA EN EL CÓDIGO:

El Código, en el Art. 427, establece hasta 7 casos generales de improcedencia de la demanda. Veamos brevemente estos casos:

A) Cuando el demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar (Inc. 1ro.): Si falta, en forma notoria, esa relación de correspondencia entre la persona del actor concretamente considerada y la persona que en abstracto la ley favorece (concede la acción), entonces el Juez está en el deber de rechazar la demanda.

Si, por ejemplo, en la propia demanda el actor expresa que habiendo comprado un bien junto con su hermano pretende que el contrato de compraventa sea resuelto por incumplimiento de sus obligaciones por parte del demandado y sin embargo, no aparece como demandante el aludido hermano, siendo entonces evidente la falta de legitimidad para obrar del actor, el juez debe declarar liminarmente improcedente la demanda.

Si del texto de la demanda no es evidente esta falta de legitimidad para obrar del actor, pues pudiera que exista duda al respecto, el Juez en aplicación del principio IN DUBIO PRO PRETENSOR debe dar curso a la demanda y será al expedir sentencia en donde debe establecer si existe o falta esta condición de la acción.

B) Cuando el demandante carece manifiestamente de interés para obrar (Inc. 2do.):

Ya hemos establecido que el interés para obrar es el interés procesal, en cuya virtud el actor debe encontrarse en un estado de necesidad actual que lo determine, por vía única, a solicitar la tutela jurisdiccional del Estado a fin de que, por intermedio del juez competente, resuelva el conflicto de intereses en que se halla involucrado.

Si esta falta de interés es manifiesta, también el juez debe rechazar liminarmente la demanda, calificándola de improcedente.

En igual sentido que la anterior condición de la acción, si el Juez tiene dudas sobre la falta de interés procesal, en aplicación del principio In Dubio Pro Pretensor, debe dar curso a la demanda y, en todo caso, será en la sentencia donde califique esta condición.

Falta interés procesal, por ejemplo, cuando no habiéndose agotado la vía administrativa, se recurre al órgano jurisdiccional solicitándose tutela; o, cuando no habiendo vencido el plazo de la obligación, se demanda su cumplimiento; o, cuando sobre la materia demandada existe ya cosa juzgada, litispendencia o desistimiento de la pretensión, etc.

C) Cuando advierta la caducidad del Derecho (Inc. 3ro.):

Por la caducidad se extingue el derecho y la acción como reza el Art. 2003 del C.C. Y como los plazos de caducidad se fijan en interés del Orden Público, resulta congruente que el Código disponga el rechazo liminar de la demanda cuando el Juez advierta que el plazo de caducidad de la pretensión ha vencido. Además, el mismo cuerpo legal, en el Art. 2006, dispone que la caducidad puede ser declarada de oficio o a petición de parte.

D) Cuando carezca de competencia (Inc. 4to):

Esta disposición, en concordancia con el Art. 35 del Código, establece que cuando el juez advierta que es incompetente por razón de materia, cuantía o territorio (esta última cuando es improrrogable) y aun, por razón de función (incluido por razón de grado o jerarquía) debe declarar improcedente la demanda en resolución debidamente motivada y disponiéndose la devolución de los anexos.

Si la incompetencia es por razón de territorio, pero ésta es prorrogable, el juez debe dar curso a la demanda, pues las partes pueden hacer uso de su derecho de prorrogar convencionalmente o en forma tácita la competencia del Juez, con arreglo a lo dispuesto en los Arts. 25 y 26.

E) Cuando no exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio (Inc. 5):

Debe existir una relación de correspondencia entre la pretensión (el petitorio, es su núcleo, como lo hemos visto) y los fundamentos de hecho que la sustentan, caso contrario la demanda es improcedente.

F) Cuando el petitorio fuese jurídica o físicamente imposible (Inc. 6to.):

Si el efecto jurídico que se persigue con la demanda es contrario a una norma jurídica expresa o a las leyes de la naturaleza, también la demanda es improcedente. Ello puede fluir claramente del propio texto de aquélla.

G) Cuando contenga una indebida acumulación de pretensiones (Inc. 7mo.):

La acumulación y sus formas están reguladas en los Arts. 83 a 90 del Código. Cuando, con infracción de estas normas, el actor procede a acumular pretensiones, el Juez debe rechazar la demanda. Así, por ejemplo, cuando se demanda el cumplimiento de un contrato y su nulidad, el Juez debe rechazar la demanda, por ser impicante, pues a un mismo tiempo el actor no puede sostener que el contrato es válido (y por ello pide su cumplimiento) y que es nulo (por ello pide su nulidad).

XI. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL, EL DERECHO DE ACCIÓN Y SU RELATIVIDAD.

11.1 EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y EL DERECHO DE ACCIÓN:

Habíamos señalado que, en contra de la autorizada opinión del Dr. JUAN MONROY GALVEZ, el Derecho a la Tutela Jurisdiccional

efectiva comprende tres categorías de derechos específicos: El derecho de Acción, el derecho de Contradicción y el derecho al Debido Proceso.

El propio Art. 2 del Código prescribe que por el derecho de acción todo sujeto, en ejercicio de su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, y en forma directa o por representante, puede recurrir al órgano jurisdiccional solicitando la solución a un conflicto de intereses o a una incertidumbre jurídica.

Es, necesario dejar bien en claro, en contra de lo que comunmente se piensa, que por el ejercicio del derecho de acción:

- a) No se tiene derecho a la satisfacción de la pretensión contenida en la demanda, es decir, a una sentencia favorable.
- b) No se tiene derecho a una sentencia que imprescindiblemente se pronuncie sobre el fondo del litigio.
- c) No se tiene derecho a que en el proceso se observen todos los trámites que el actor desea: incidentes, tachas, termine con sentencia inhibitoria o de mérito, etc..

Por el ejercicio de la acción se tiene derecho a:

- a) Que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la pretensión contenida en la demanda, mediante resolución motivada y dentro de un plazo razonable.
- b) Que si fuera amparada la pretensión por resolución firme, se satisfaga plenamente dicha pretensión.
- c) La resolución que se pronuncie sobre la demanda o sobre la pretensión, es expedida inmediatamente de avocada a su conocimiento por el órgano jurisdiccional o, bien en la sentencia, pero en todo caso FUNDADA EN DERECHO.

En resumen, que no se piense que el derecho a la tutela jurisdiccional y, específicamente el derecho de acción, importa que el Juez se pronuncie en una sentencia sobre la pretensión demandada y en forma favorable; sino que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la pretensión deducida, en resolución motivada y fundada en derecho, sea en forma favorable o desfavorable para el actor.

11.2 EL DERECHO DE ACCIÓN Y SU RELATIVIDAD:

En la determinación de la naturaleza jurídica de la acción, la doctrina ha elaborado diversas teorías y entre las principales podemos referir las siguientes:

A) La acción como elemento del derecho sustancial lesionado: expuesto por SAVIGNY y desarrollada por la doctrina civilista francesa y últimamente por Redenti y Satta.

B) La acción como derecho autónomo: promovida por la doctrina alemana (WINDSCHEID, MÜLLER, WACH, DEGENKOLB) y desarrollada por la doctrina italiana (CHIOVENDA, CARNELUTTI, CALAMANDREI) y seguida por casi la totalidad de la doctrina contemporánea.

C) La acción como derecho potestativo: propuesta por CHIOVENDA y sustentada por CALAMANDREI y WEISMANN.

D) La acción como derecho público subjetivo: postulada por GOLDSCHMIDT, para quien la acción es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado a fin de obtener una tutela jurídica por medio de una sentencia favorable.

E) La acción como función procesal y como derecho contra el órgano jurisdiccional (oficio) y no contra el Estado: postulada por FRANCISCO CARNELUTTI.

Como lo anota SALVATORE SATTA, en su Manual de Derecho Procesal Civil, el tema de la acción es uno de los más "torturados" de la ciencia jurídica. Sobre la acción se han formulado teorías diversas que pretenden explicar su naturaleza ju-

ridica, su contenido, su finalidad.

Por ahora nos interesa solamente considerar dos teorías, que globalizan a dos grandes sectores de la doctrina:

A) Teoría de la Acción como "DERECHO CONCRETO", postulada por WACH, LABAND, CHIOVENDA, CALAMANDREI, según la cual el derecho de acción es el derecho a una sentencia favorable. De consiguiente, la acción depende del derecho sustantivo afirmado por el actor:

solamente tiene derecho de acción quien tiene derecho sustantivo o material.

“En resumen, que no se piense que el derecho a la tutela jurisdiccional y, específicamente el derecho de acción, importa que el Juez se pronuncie en una sentencia sobre la pretensión demandada y en forma favorable; sino que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la pretensión deducida, en resolución motivada y fundada en derecho, sea en forma favorable o desfavorable para el actor”.

Por supuesto, esta teoría fue ampliamente rebatida por cuanto resulta insostenible condicionar la existencia y ejercicio del derecho de acción a la existencia y titularidad del derecho sustancial; resultaría un retroceso en el avance de las investigaciones sobre la naturaleza jurídica de la acción.

B) Teoría de la acción como "DERECHO ABSTRACTO", postulada por DEGENKOLB, PLOSZ, CARNELUTTI, COUTURE, ALSINA, entre otros, que sostiene que la acción es un derecho abstracto porque es un derecho "contínente" y no de "contenido". Es el derecho a promover un proceso y a que el órgano jurisdiccional se pronuncie sobre la pretensión propuesta en la demanda, sea en forma favorable o desfavorable.

Llevada a extremos, esta teoría ha sostenido que el derecho de acción es el derecho que tiene cualquiera para demandar cualquiera, por cualquier cosa y sin que importe para ello la cuota de razón del actor. Por tanto, en esta posición extrema, el derecho de acción es un derecho absoluto, del cual es titular cualquier persona y en virtud del cual se puede exigir la prestación de la actividad jurisdiccional para la tutela de cualquier tipo de pretensión, aunque ésta sea manifiestamente improcedente, no pudiendo el Órgano Jurisdiccional rechazarla liminarmente. Y, en todo caso, en esta concepción doctrinaria, el actor tiene derecho a que se siga todo el proceso, a utilizar todos los trámites y recursos y a que el Juez en la sentencia -y no en otro momento anterior- se pronuncie sobre su pretensión. Es decir, un derecho absoluto a la tramitación completa y acabada del proceso iniciado con el ejercicio de la acción.

Sin embargo, esta posición extrema fue fácilmente rebatida por las siguientes

razones:

a) El derecho de acción no es absoluto sino relativo, como todos los derechos subjetivos.

b) El ejercicio abusivo del derecho de acción (el Código en su Art. 4 le llama ejercicio irregular o arbitrario) debe generar responsabilidad civil y, de ser el caso, hasta de carácter penal.

c) El ejercicio del derecho de acción no importa imprescindiblemente el derecho a una sentencia sobre el fondo del litigio (sentencia de mérito, o juicio de fundabilidad de la pretensión), sino a un pronunciamiento -sea mediante sentencia u otra forma de resolución- sobre la pretensión y sobre la demanda en general; emitiendo juicios de admisibilidad, procedibilidad "in limine" o finalmente de fundabilidad. Todo ello dentro de la concepción publicista del proceso y de la acción.

XII. EL DERECHO DE ACCIÓN Y LA RECONVENCIÓN EN EL CÓDIGO.

El Art. 445 del Código regula la CONTRA DEMANDA o RECONVENCIÓN, disponiéndose en su primer párrafo que la reconvencción se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos exigidos para ésta en lo que sea pertinente.

Sabemos que la reconvencción es el género y la contrademanda la especie. Por la primera, el demandado propone una nueva demanda en contra del actor, tengan conexión o no las pretensiones materia de la

demanda y las que son objeto de la reconvencción. En tanto que por la segunda -contra-demanda-, el demandado interpone una nueva demanda en contra del demandante, pero que, imprescindiblemente, debe existir conexión entre las pretensiones demandadas y reconvenidas.

Nuestro Código (aunque en lugar de llamarle contrademanda le denomina reconvencción, y ello entendemos para seguir con la tradición forense y jurisprudencial en este punto) sigue el denominado sistema francés, es decir, aquel que exige conexión jurídica entre la materia demandada y la reconvenida; mientras que nuestro Código de Procedimientos Civiles de 1912, abrogado, seguía el llamado sistema español, según el cual no se exige la indicada conexión jurídica, sino que simplemente se exige unidad de competencia y de procedimiento.

La reconvencción importa el ejercicio de una nueva acción del demandado en contra del actor; de tal manera que cuando en un proceso se formula reconvencción, se ejercitan simultáneamente dos acciones: la del actor y la del demandado. Para nuestro Código, además, la formulación de reconvencción importa una ACUMULACION OBJETIVA SUJESIVA, según el Art. 88 inc. 2do.

La reconvencción, como dice CHIOVENDA, es una verdadera acción del demandado, quien (según CARNELUTTI) se transforma en actor. Por eso, HELLWIG la ha denomina-

do CONTRAACCIÓN y COLOMBO expresa que por la reconvencción el demandado introduce al proceso una pretensión antitética.

Por todo ello, BERIZONCE ha definido la reconvencción como una nueva acción deducida por el demandado contra el actor en el escrito de contestación (o responde) con el objeto de que el mismo juez, que conoce de la demanda originaria y principal, la resuelva por los mismos trámites y en una sola sentencia ⁽³⁷⁾.

“ La reconvencción importa el ejercicio de una nueva acción del demandado en contra del actor; de tal manera que cuando en un proceso se formula reconvencción, se ejercitan simultáneamente dos acciones: la del actor y la del demandado ”.

Nuestro Código exige tres requisitos para hacerse lugar al trámite de la reconvencción:

A) Unidad de competencia, es decir que el juez de la demanda sea también competente para el conocimiento de la reconvencción (requisitos de admi-

sibilidad).

B) Unidad de procedimiento, según el cual tanto la materia demandada como la reconvenida sean sustanciables por la vía misma procesal (requisito de admisibilidad).

C) Conexión Jurídica, que exige que la pretensión objeto de la reconvencción sea conexa con la relación jurídica sustancial invocada en la demanda (requisito de procedibilidad).

En virtud del principio de igualdad de las par-

³⁷ Citado por NORBERTO RICARDO PALACIO, "La Reconvencción en el proceso civil y comercial", Edit. Hammurabi, Bs. As., 1978, pág. 3

tes, que inspira nitidamente al nuevo Código, es que se dispone que de la reconvencción se confiere traslado por el mismo plazo y forma establecidos para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia. El tratamiento procesal dado a la reconvencción en el nuevo Código y, en particular al haberse adoptado el sistema francés (sobre la exigencia de la referida conexión jurídica) es el más eficaz para las nuevas exigencias de justicia de nuestro país, pues, los principios de economía y celeridad procesales consagrados en el Art. V del Título Preliminar del Código se harán más viables y efectivos, evitándose lo que ocurría con la anterior normatividad procesal civil: la dilatación y el enmarañamiento del proceso con reconvencciones de las más sui generis y sin conexión alguna con la materia demandada.

D) El derecho de acción, como derecho de carácter público dirigido contra el Estado, cuando es objeto de ejercicio compromete una función pública: la de administración de justicia. Por tanto, esta función no puede estar abocada al conocimiento, en un proceso acabado, de pretensiones y demandas en general que sean manifiestamente, o a *prima facie*, inadmisibles, improcedentes o improponibles, debiendo en estos casos el órgano jurisdiccional rechazarlas liminarmente, o no darles curso, en su caso (hasta que no sean subsanados los defectos de forma).

E) Si la demanda (contenido) o la pretensión (contenido) es rechazada por inadmisión o por improcedente, según sea el caso, el derecho de acción no ha sido rechazado, sino que habiéndose emitido un pronunciamiento jurisdiccional sobre las condiciones intrínsecas o extrínsecas de la demanda, mediante resolución debidamente motivada,

el Estado ha cumplido con la función jurisdiccional para ese caso concreto y, aunque no hay pronunciamiento de mérito (de fundabilidad: sobre el fondo de la pretensión), y esto es posible por causas ajenas al órgano jurisdiccional abocado al caso justiciable, la tutela jurisdiccional en estas circunstancias se agota en su ejercicio.

El Código, según esta doctrina, conciben el derecho de acción como un derecho subjetivo, público, autónomo, abstracto pero además **RELATIVO**, esto es que no es absoluto en los términos ya precisados. Por esta razón, es que en sus Arts. 426 y 427 señala explícitamente las causales por las que el Juez declarará inadmisión o improcedente la demanda, tal como ya lo hemos visto.

XIII. PALABRAS FINALES.

Para Calamandrei, el trinomio está configurado por la acción, la jurisdicción y el proceso. Para Ramiro Podetti, la trilogía estructural del Derecho Procesal está constituida por la acción, la jurisdicción y el proceso.

Al respecto, pensamos que debe considerarse la concurrencia vital de un trinomio jurídico constituido por la acción, la contradicción, la jurisdicción y el proceso. La segunda –o derecho de contradicción en proceso–, como categoría procesal, equivalente al derecho de acción y, en virtud del derecho y principio de igualdad procesal de las partes y de los justiciables en general. Por tanto, el Derecho de Contradicción en proceso, que corresponde al demandado o emplazado, tiene la misma jerarquía y dignidad que el derecho de acción.

El fundamento del derecho de contradicción es el mismo que sustenta al derecho de acción, porque no responde simplemente a la defensa del demandado o tutela de sus derechos privados discutidos en proceso, sino que esencialmente se sustenta en dos principios de orden público: la prohibición de la autodefensa o autotutela y la prohibición de ser juzgado sin darse la oportunidad de ser emplazado, oído y dar los medios eficaces para su defensa.

Cuando el egregio profesor MAURO CAPPELLETTI nos hablaba de las nuevas tareas, desafíos y responsabilidad de los procesalistas, con mucha lucidez y razón afirmaba que el procedimiento no es pura forma; es el punto de choque, de conflicto, de ideales, de filosofías. Es el "Cabo de las Tempestades", en donde la rapidez y la eficiencia deben confluir y entrelazarse con la justicia. Es también el "Cabo de Buena Esperanza", donde la libertad individual debe enlazarse con la igualdad.

Ilustres ponentes y dignos congresistas: el nuevo Código Procesal Civil responde al reto de los nuevos tiempos de nuestro país y, sobre todo, a las exigencias imperativas de justicia civil; razón por la cual el foro y la magistratura del Perú, seguramente con fortaleza moral y con sabiduría, harán del nuevo proceso fuente de justicia y de vida en armonía.