

TEORIA GENERAL DEL PROCESO

Prof. ADOLFO ALVARADO VELLOSO

UNIDAD II

LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

PRIMERA PARTE

LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES EN CUANTO SE RELACIONAN CON EL ACTOR

LECCIÓN 6

LA ACCION PROCESAL

Sumario:

1. El concepto de la acción procesal
2. Los presupuestos de la acción procesal
3. La llamada “acción penal”

1. El concepto de la acción procesal

Ya he afirmado (Lección 3) que la palabra *acción* es uno de los vocablos que mayor número de acepciones tiene en el campo del Derecho. Dentro de esta materia el problema se agrava: en la historia del proceso, la voz *acción* se ha entendido como *actividad* y como sinónimo de *pretensión* y de *derecho*, lo cual ha generado notable confusión que persiste hasta el día de hoy.

Para evitar ello y precisar adecuadamente los conceptos, atendiendo a que todo lenguaje es puramente convencional (y, por tanto, que la convención debe ser clara e inequívoca respecto del contenido que se asigna a un vocablo cualquiera) es que he adoptado en esta obra un método no habitual para explicar el fenómeno del proceso y que consiste en observar con atención la actividad material (y, llegado el caso, la intelectual) que se cumple en el terreno de la realidad social: se trata de estudiar qué hace un individuo en conflicto para solucionarlo dentro de una sociedad civilizada.

De tal modo -y por ahora- se prescinde por completo de toda noción inherente a la normativa vigente. Abundando en esta idea y a riesgo de ser reiterativo, no elaboro un concepto *a partir de la ley* sino que lo hago colocándome en la hipótesis de su *total inexistencia*: sólo así se puede advertir la notable trascendencia del principio extrajurídico de la *alternatividad*, del cual surgen la propia posibilidad normativa y la forma concreta de legislar acerca de un fenómeno de la realidad en orden a las diferentes opciones que brindan las filosofías políticas antagónicas que lo contemplan (por ejemplo, la tierra puede ser de propiedad privada en un régimen político capitalista y no en un régimen comunista).

Desde la óptica de la *pura actividad*, creo haber mostrado ya un concepto inequívoco de la *acción procesal*: es la única instancia necesariamente bilateral (ver Lección 3). Y así está todo dicho, pues con tal conceptualización se muestra el fenómeno de un modo inconfundible por ser irrepetible en el mundo jurídico.

Frente a ello, la doctrina procesal que analiza el problema con un método asaz diferente –definir a partir de la ley y no desde la propia realidad– ha producido durante el curso de un siglo las más variadas explicaciones que, por la notable disimilitud de óptica de los autores, no ha logrado hasta hoy un resultado auténticamente positivo. Tanto es así, que hay quienes han preferido abandonar el concepto de acción por estimar –erróneamente– que resulta por completo inútil e intrascendente para tipificar la idea del proceso y, por ello, lo han sustituido por el de *pretensión*.

Toda esta inmensa tarea de construcción doctrinal ha sido posible porque el tema en estudio no es baladí ni mero capricho académico: se trata de conocer cabalmente cuál es la esencia de la acción procesal como instancia que origina un proceso. Y la respuesta que se dé a este interrogante servirá para constituir la base misma del sistema de procesamiento que se adopte legislativamente: y ya se han visto los antagonismos que surgen de filosofías políticas que muestran diferentes enfoques del Estado frente al individuo y viceversa en la eterna lucha entre la libertad y el autoritarismo.

A los fines que interesan a esta explicación, no considero necesario hacer un inventario cronológico de todas las teorías que se han esbozado sobre el tema, sino tan sólo de las que marcan un verdadero hito en la historia del pensamiento procesal:

a) en un principio, y en lo que puede denominarse teoría *clásica*, los autores vieron a la acción como *un simple elemento del derecho subjetivo material violado o desconocido*. En otras palabras: se estima aquí que la acción procesal es el mismo derecho material puesto en movimiento y armado en pie de guerra.

Sobre la base de este pensamiento –antiguo y universal– es que algunos códigos actuales (por ejemplo, el de Costa Rica) establecen como norma inicial que

"para *entablar una acción* ante los tribunales de justicia se requiere: 1) derecho real o personal que sirva de fundamento a su acción; 2) interés actual en ejercitarla y 3) capacidad para gestionar judicialmente".

De tal modo, si se intenta explicar el fenómeno de la acción procesal a base de esta teoría, habrá de sostenerse que *accionar es ejercitar el derecho subjetivo violado*.

A fin de que esta definición sea congruente con ella misma, es de imaginar que para *accionar* la ley exigirá siempre la demostración *inicial* y cabal de la existencia del derecho violado en el plano de la realidad (caso contrario, y en esta terminología, *no habrá acción*). Ya se ha visto en la Lección 2, punto 2, que esto no es exacto pues la vida jurídica de todo tiempo y lugar enseña que en el terreno de la pura actividad pueden demandar tanto el que tiene razón (o derecho) como el que carece de ella. Precisa-

mente para diferenciar ambas hipótesis es que he propiciado la distinción entre *conflicto* y *litigio* (ver Lección 2, punto 2).

Y es que al no existir diferencia esencial alguna entre el derecho material violado (derecho subjetivo) y el derecho de acción (uno de los elementos de aquél), resulta imposible explicar adecuadamente qué es lo que ejercita un particular que, aun careciendo de todo derecho material violado, acciona y origina un proceso a cuyo término el juez rechaza la demanda por no tener derecho (subjetivo) el actor. En otras palabras: si para accionar es menester tener derecho y ello se descubre recién en la sentencia, ¿qué estuvo haciendo durante todo el proceso el actor que carece de razón y, por tanto, se rechaza su demanda? Otro tanto ocurre en el caso de ser demandada una obligación natural.

Las conclusiones de esta concepción surgen obvias: no hay acción sin derecho y viceversa; por tanto, la naturaleza de la acción procesal depende de la naturaleza del derecho (personalísimo, personal, real, etc.) que le da vida.

Se muestra así un evidente error conceptual que aún permanece plagando de equívocos a la doctrina y, lo que es más grave, a la propia legislación: así es cómo se habla hasta el día de hoy de la existencia de *diversas acciones* con nombres diferentes, de *clasificación* de las acciones, de *prescripción* de las acciones, de las excepciones que demuestran la *falta de acción* (*sine actione agit*, ver Lección 11), etcétera, en terminología que debe ser desterrada de plano para no entorpecer definitivamente la comprensión del fenómeno.

Y ello porque los requisitos que enumera la norma ya mencionada del código de Costa Rica, por ejemplo, no se exigen para determinar la *viabilidad del ejercicio de la acción* sino para lograr la emisión de una sentencia favorable después de recorrido todo el periplo procesal.

Así es como surge claro que la acción procesal puede funcionar –y de hecho funciona– con total independencia del derecho subjetivo material violado.

Cuando se acepta generalizadamente esta afirmación se produce el segundo hito en el camino doctrinal que estoy reseñando. Así,

b) ya no se dice más que el derecho de accionar nace de la violación de un derecho subjetivo material, pues esto origina en rigor una pretensión que puede permanecer –y ser satisfecha– en el puro plano de la realidad social. Sólo cuando ella pasa al plano jurídico del proceso, el movimiento respectivo recibe el nombre de *acción*.

Y ello genera notable descubrimiento: la acción procesal es un derecho *distinto* y, por ende, *autónomo* del derecho subjetivo material violado.

Así, se la considera –también ahora– como un derecho subjetivo pero de carácter público (comienza a intervenir el Estado en la formulación del concepto) pues es el que la sociedad reconoce a los particulares para obtener la tutela del derecho material violado, por medio de una sentencia favorable a la pretensión que la acompaña (más sencillamente, se trata de trasladar la pretensión vigente en el plano de la realidad social al plano jurídico del proceso). De ahí que se haya dicho que no es otra cosa que la pretensión (material) deducida en juicio.

De aquí en más la teoría se complica y tardará tiempo en avanzar hacia la lucidez total: en un primer momento se afirma que el derecho de acción corresponde concretamente a quien tiene de modo efectivo el derecho material violado o, más aún, la necesidad de la declaración judicial de un derecho (recuérdense las exigencias que para accionar establece el código de Costa Rica, antes citado) (teoría de la *acción concreta*).

Con ello se cae en nuevo y manifiesto error conceptual que ha perdurado en el tiempo: se mantiene vigente un íntimo e indestructible parentesco entre el derecho material y el derecho autónomo de acción, toda vez que al ser éste *concreto* queda sin desvincularse idealmente de aquél y subsisten los mismos interrogantes que dieron vida al planteo del problema.

Frente a esta concepción, nació en un segundo momento la teoría de la *acción abstracta*, según la cual el derecho de acción se acuerda a todo quien quiera dirigirse a un juez en demanda de una sentencia favorable a su pretensión, sin importar al efecto si está o no asistido del derecho material que invoca. De tal modo, se otorga *autónomamente* (como derecho distinto del subjetivo material y no como un elemento de éste) y con total *abstracción* del fundamento fáctico y/o jurídico de la demanda (de donde resulta que se puede demandar aun sabiendo el actor que carece de derecho; en otras palabras: quien carece de razón puede pedir al juez que declare si la tiene o no).

c) Un tercer hito en el camino de la tipificación conceptual del derecho de acción se cumple cuando se considera que el derecho autónomo y abstracto de obrar cuenta con directo respaldo constitucional, por estar comprendido genéricamente en el *derecho de petición* a la autoridad.

Ahora bien: un permanente trasfondo ideológico-político se advierte claro en el desarrollo de las distintas teorías esbozadas: se trata, simplemente, de otorgar primacía al individuo frente al Estado o a éste frente a aquél.

Y en este último sentido se apoya la teoría cumbre del derecho procesal, que ve a la acción como *un poder jurídico propio de la categoría de los derechos potestativos* (aquellos a los cuales no corresponde una prestación de otro, quien –sin embargo– sufre la influencia directa de una manifestación de voluntad ajena que lo afecta: por ejemplo, la revocación de una donación o de un mandato, etc.). De tal modo, mediante el ejercicio del derecho de acción por parte del actor, quien es demandado queda sujeto al proceso (actuación de la ley) aun contra su propia voluntad.

Pero esta teoría adolece –entre otros– de un defecto capital: sigue haciendo depender la existencia misma del derecho de acción de la violación de un derecho material, con lo cual se enrola entre los sostenedores de la *acción concreta*, tesis que ya se ha visto como superada.

En la tarea doctrinal de explicar qué es la acción procesal, se han sostenido otras muchas variantes: que es un derecho justiciario de carácter material; que es el instrumen-

to jurídico para la solución de un litigio: que es un poder de provocar la actividad de la sociedad jurídicamente organizada; que es el derecho que corresponde a toda persona para provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado; que es un deber jurídicamente necesario de ejercer por quien se pretende titular de un crédito; que es un poder puramente político que debe ser sustituido como concepto por el de pretensión; que es la facultad de señorío con la cual se inicia un proceso; que es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención de la jurisdicción del Estado para la protección de una pretensión jurídica; etcétera, etcétera.

Si bien se mira esta sucinta reseña del pensamiento procesal, habrá que concluir que aun cuando todas estas concepciones muestran positivamente una cierta razón desde la óptica en la cual se colocan los autores, ninguna de ellas logra mostrar a la acción como lo que *realmente* es y, mucho menos, cual un concepto único e inconfundible en el mundo jurídico.

Si se analizan adecuadamente las más completas de las definiciones que se han dado acerca de la acción, se verá que en rigor *no definen* sino que se limitan a *fotografiar* el fenómeno con cámara de alta velocidad de obturación en un momento y desde un ángulo dado, con lo cual se detiene una imagen que, por ello, resulta exacta parcial pero no totalmente.

En la tesitura de explicar el problema a partir de la ley y no con prescindencia de ella, desde la óptica de la pura actividad cumplida, véase la vigencia de la afirmación recién hecha: si se dice que

“la acción es un derecho subjetivo, público y autónomo, mediante el cual se requiere la necesaria intervención del Estado para la protección de una pretensión jurídica o para lograr la tutela del derecho objetivo”,

parece claro que el fenómeno descrito *está fotografiado y no definido*. En efecto:

a) es cierto que la acción es un *derecho subjetivo* (pero no el único), de *carácter público* (pero no el único) y de *naturaleza autónoma* de otro derecho (pero no el único): el derecho de votar, por ejemplo, también es subjetivo, público y autónomo y nada tiene que ver con la acción procesal. De tal modo, se emplean en la "definición" tres adjeti-

vaciones que, por sí mismas, no definen inconfundiblemente el derecho de acción; para intentar lograr ello, habrá que continuar el análisis de la fórmula propuesta;

b) es cierto que mediante la acción se requiere la *intervención del Estado*; pero ello no es ni remotamente necesario: ya se ha visto que los litigios pueden autocomponerse y, aún más, heterocomponerse por la vía del arbitraje privado. Y en el desarrollo de todo ello nada tiene que ver el Estado, lo cual hace que la definición tampoco muestre inconfundiblemente a la acción procesal;

c) es cierto que mediante la acción se intenta *lograr la protección de una pretensión jurídica* o de *obtener la tutela del derecho objetivo*; pero esto tampoco muestra inconfundiblemente el fenómeno, pues en la mayoría de los casos el derecho opera espontáneamente por consenso tácito de los coasociados quienes, llegado el caso, pueden autotutelarlos (recuérdense los casos de fuerza legitimada vistos en la Lección 1) o autocomponer el conflicto por las vías conciliatorias que se muestran como resultado y como medio (ver Lección 1).

Insisto en lo ya dicho: si se analiza bien esta *definición*, nada ha sido definido en términos unívocos e inequívocos de inconfundibilidad total.

Por ello es que me ha parecido inconveniente realizar esta obra con el método explicativo que intenta definir un fenómeno de la realidad de la vida con términos jurídicos que no condicen con ella y que, a la postre, resultan confusos y polivalentes. Esto muestra la razón de aplicar el método de observación de la actividad que se cumple todos los días en un orden social que no permite solucionar los conflictos de intereses mediante el uso de la fuerza individual, esencialmente ilegítima.

De ahí que insista en la formulación del concepto ya dado en la Lección 3: la acción procesal es la única instancia que necesariamente debe presentarse para unir tres sujetos en una relación dinámica; y con esto se muestra un cercano parentesco con antigua teoría: se trata simplemente de trasladar la pretensión desde el plano de la realidad al plano jurídico, pues como consecuencia de su deducción se logrará de inmediato el objeto de formar un proceso.

Reitero la importancia del tema: por ser el de la acción un concepto elemental (que, como tal, no admite ser dividido) no es susceptible de *clasificación* alguna (quienes clasifican "acciones", en rigor toman equivocadamente el vocablo asignándole el contenido de otro: pretensión; así no hay *acciones reales*, ni *acción de divorcio*, etc., sino pretensión basada en derecho real, pretensión de divorcio, etc.).

Y considerada jurídicamente la acción como un derecho autónomo de todo otro derecho, en una sociedad que *garantiza* su ejercicio en carácter de contrapartida de la prohibición de ejercer violencia por mano propia, resta ver quién, ante quién, por qué y para qué se insta por esta vía.

a) Los *sujetos* (quién y ante quién) de la instancia son toda persona jurídicamente capaz (ver punto 2 de esta Lección) que desee instar y la autoridad que la recibe (en el ordenamiento constitucional argentino, sólo un juez perteneciente al Poder Judicial, un árbitro cuando se permite su actuación, y la Cámara de Senadores en el exclusivo caso del *juicio político* que puede instar la Cámara de Diputados. De modo similar operan también los *Juries* o Jurados de Enjuiciamiento para magistrados).

b) la *causa* (por qué) del ejercicio de la acción es el mantenimiento de la paz social mediante la erradicación de la fuerza ilegítima de la sociedad;

c) el *objeto* (para qué) del ejercicio de la acción es lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso que, eventualmente derivará hacia su propio objeto: la sentencia.

2. Los presupuestos de la acción procesal

a) El tema exige algunas aclaraciones previas: habitualmente es tratado por los autores integrando otro más vasto que refiere a los *presupuestos procesales* (o *exigencias de procedibilidad*) y en el que se estudian cuáles son las condiciones que debe reunir un proceso para ser *válido* como tal.

Para desarrollar el tema, la doctrina ha partido de estudios efectuados sobre la *excepción procesal* (ver Lección 11) y analiza aquí caóticamente entre qué personas puede tener lugar el proceso, cuál es su materia litigiosa, cuál es el acto necesario para que surja efectivamente el proceso en la vida jurídica, quién es capaz o está facultado por la ley para realizar ese acto, etcétera.

Por mi parte, entendiendo que la denominación *exigencias o condiciones de procedibilidad* no es exacta (por ejemplo, es obvio que la competencia judicial no puede ostentar ese carácter a tenor de lo dispuesto en el art. 3986 del Cód. Civil),

Cód Civil, art. 3986: “La prescripción se interrumpe por demanda contra el poseedor o deudor, aunque sea interpuesta ante juez incompetente o fuere defectuosa y aunque el demandante no haya tenido capacidad legal para presentarse en juicio. La prescripción liberatoria se suspende, por una sola vez, por la constitución en mora del deudor, efectuada en forma auténtica. Esta suspensión sólo tendrá efecto durante un año o el menor término que pudiere corresponder a la prescripción de la acción”.

teniendo en cuenta que lo que está en tela de juicio no es siempre la validez del proceso y que, mirando a éste desde la óptica de la actividad cumplida en su desarrollo, los presupuestos no son *del proceso* sino de *la iniciación de cada una de sus etapas*, me aparto deliberadamente del tratamiento corriente del tema, omitiendo así hacer más a-delante su explicación *unitaria*. Por lo contrario, prefiero insertar el estudio particularizado de los distintos presupuestos al ocuparme de cada uno de los conceptos fundamentales que los exhiben.

En esta tesitura, corresponde precisar ya mismo el significado de la palabra *presupuesto*, pues ella carece de contenido inequívoco en el mundo jurídico: basta leer algunas obras sobre el tema para advertir los alcances disímiles y a veces totalmente antagónicos que le asignan los autores.

Para evitar confusiones al respecto, dejo en claro que denomino *presupuestos* al conjunto de condiciones y requisitos que deben cumplirse insoslayablemente para obtener la iniciación y el posterior desarrollo del proceso, así como la emisión de la sentencia que constituye su objeto. Como las etapas del proceso son cuatro que se suceden concatenadamente en procura de la sentencia, analizaré el tema respecto de ello:

A) los de la etapa de *afirmación* (iniciación del proceso), divididos en dos momentos que sólo son idealmente separables: los presupuestos de la *acción* (en esta Lección) y los de la *demanda* (ver Lección 8);

B) los de la etapa de *negación* (ya en el desarrollo del proceso): presupuestos de la *contestación* de demanda (ver Lección 11);

C) los de la etapa de *confirmación* (continúa el desarrollo del proceso): que se dividen cronológicamente en presupuestos de la *apertura* de la etapa, del *ofrecimiento* y de la *producción* de los distintos medios aportados por las partes (ver Lección 24);

D) los de la etapa de *alegación* (termina el desarrollo del proceso): presupuestos de la alegación sobre el mérito de las confirmaciones efectuadas por las partes (ver Lección 24);

E) los de la *sentencia* (objeto del proceso): que también se dividen idealmente en presupuestos de *toda sentencia* y de la *sentencia estimatoria* de la pretensión (ver Lección 25).

b) Quien conoce el tema advertirá que amplió notablemente el campo propio de la materia, así como que esta apertura expositiva requiere otra explicación previa: la *iniciación* del proceso exige una *acción procesal*; para que ésta exista como tal y, por ende, para que logre su objeto de obtener un proceso, es menester que se cumplan *conjuntamente* las condiciones que le son propias y que se analizarán luego. Caso de faltar una sola de ellas, no habrá propiamente acción y, por ende, *no habrá proceso*. El tema se vincula, así, con su *existencia* como tal.

No ocurre igual con las etapas sucesivas de negación, confirmación y alegación ni con la sentencia: aquí habrá que distinguir claramente dos aspectos de la cuestión que se conocen como *eficacia* y *eficiencia*.

Para comprender la diferencia que existe entre ambas categorías, debe tenerse presente que para lograr las partes una adecuada y efectiva heterocomposición del litigio debatido en el proceso, habrán de obrar al mismo tiempo en una doble línea paralela:

A) la *línea de eficacia*, que se presenta dentro del marco estricto de la pura actividad de procesar;

B) la *línea de eficiencia*, que tiende a la solución del litigio.

Razonablemente, es de desear que todo actor que cuenta con razón jurídica suficiente en el conflicto que mantiene en el plano de la realidad, obtenga luego del trámite procesal una sentencia que resulte favorable a su pretensión. Pero la experiencia jurídica demuestra hasta el hartazgo que muchísimos pleitos se ganan o se pierden por motivos puramente procedimentales, desvinculados por completo de la razón o sin razón que se tenga en cuanto al conflicto mismo.

Esta verdad que todo el mundo conoce, muestra una solución de convivencia que es social e individualmente disvaliosa (disvalía que se lleva indebidamente al propio plano del proceso afirmándose que es la *tumba del derecho*). Para no llegar a ella, cada una de las partes procesales debe cumplir *eficazmente* la línea procedimental proyectada por el legislador: de nada vale que el actor –por ejemplo– tenga toda la razón en la realidad, si afirma mal su litigio o si no confirma oportunamente su afirmación, o si consiente un pronunciamiento adverso por no impugnarlo en el plazo correspondiente, etcétera.

En forma paralela, el mismo actor del ejemplo citado no debe olvidar que el objeto del proceso no es mantener *sine die* la discusión sino obtener una sentencia que sea favorable a su interés, adecuándose así a los términos reales del conflicto. Para ello, ha de actuar *eficientemente* en la línea respectiva: afirmando en su demanda los hechos que acaecieron en la realidad, confirmando ellos con los medios adecuados, utilizando argumentos jurídicos que respondan al tipo de derecho pretendido, etcétera.

Como se puede advertir con facilidad, se trata de tareas obviamente diferentes: en tanto que respecto de la *línea de eficacia* –por ejemplo– el interesado debe ofrecer los medios confirmatorios dentro del plazo acordado al efecto por la ley, en la *línea de eficiencia* debe procurar que el medio de confirmación ofrecido sea hábil y suficiente para acreditar los hechos afirmados y lograr así el convencimiento del juzgador.

De tal modo, la línea de eficacia se relaciona con el desarrollo del proceso, en tanto que la línea de eficiencia lo hace con la emisión de la sentencia.

Esta distinción explica el diferente contenido que asigno a los presupuestos de las tareas de procesar y sentenciar, como se verá en el lugar oportuno.

c) Ahora sí comienzo la explicación del tema *presupuestos de la acción procesal* recordando una vez más que ellos están constituidos por el conjunto de condiciones que deben presentarse inexorablemente al tiempo de instar para que la acción logre su objeto de originar un proceso; por tanto, tales presupuestos hacen a la existencia misma de éste: sin ellos, *el proceso no existe como tal sino como un simple procedimiento*.

Para comprender el porqué de la enumeración que seguirá, deben tenerse presentes dos cosas: que la acción procesal es una instancia de típico contenido pretensional, por lo que no puede darse en el plano jurídico una acción sin la correlativa y conjunta pretensión (ello si puede ocurrir en el plano de la realidad, donde es factible imaginar una pretensión sin acción) y que siendo *elemental* el concepto de acción y, por ende, no susceptible de clasificación alguna, todas las diferencias que el legislador establece y puede eventualmente establecer en orden a las tareas de procesar y de sentenciar, se basan con exclusividad en el concepto de pretensión (ver Lección 7).

Por eso es que el conocimiento de ésta resulta ineludible aun para la determinación de los presupuestos en estudio y que se reducen a cuatro: 1) que el Estado permita que el interesado accione en orden a la pretensión que intenta demandar (*existencia de posibilidad de accionar*); 2) que hallándose permitido el accionar, la presentación de la instancia a la autoridad no esté sujeta por la ley a un plazo de caducidad ya cumplido (*caducidad del derecho de accionar*); 3) que quien insta sea jurídicamente capaz para

hacerlo (*capacidad jurídica del actor*); 4) que la autoridad que recibe la instancia ostente la investidura necesaria para poder originar un proceso (*adecuada investidura de la autoridad*). Explico ahora cada uno de ellos.

1) *Existencia de posibilidad de accionar*: para que el ejercicio de la acción pueda lograr su objeto de obtener el desarrollo de un proceso que sea tal, debe efectuarse a base de una pretensión susceptible de ser procesada y sometida luego a la decisión de un tercero (juez o árbitro).

En general, queda comprendida en este concepto la absoluta mayoría de pretensiones que es factible de imaginar. Pero existen otras respecto de las cuales la ley no autoriza instancia alguna: ello ocurre cuando se presenta una colisión de distintos intereses jurídicos por cuya virtud el legislador debe privilegiar a uno en detrimento y sacrificio del otro. Un ejemplo ayudará a comprender la idea: el Código Civil establece que

Cód. Civil, art. 326: "la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada",

en norma reiterada en el artículo 3 de la ley 14367. Adviértase bien que lo que se prohíbe es *indagar* la maternidad; por tanto, la prohibición no alcanza sólo al juzgamiento sino, mucho más allá, a la investigación misma mediante el proceso. En otras palabras y reiterando: *no es que se prohíba sentenciar; se prohíbe procesar*.

En este ejemplo se sacrifica la posibilidad que tiene todo hijo de obtener la filiación materna en aras de no causar escándalo familiar y social cuando tal filiación se atribuye a una mujer casada. Por eso es que se prohíbe *accionar*, toda vez que la promoción de la respectiva instancia originará un proceso en el cual se presentará seguramente el escándalo que se desea evitar.

Cuando se incoa una demanda en tales condiciones, el juez actuante debe negar liminarmente la posibilidad misma de accionar; por tanto, y obviando la formación del proceso, habrá de ordenar el inmediato archivo de la respectiva demanda. Como resultado de lo cual se observa que la "acción" no es tal, por no poder lograr de modo alguno la obtención de su objeto.

Por sus consecuencias, al ejemplo dado se equiparan otros tres supuestos susceptibles de presentarse en la vida forense: cuando resulta manifiesta la carencia total de *contenido jurídico* de la pretensión (basada exclusivamente en un interés moral, religioso, social, no protegido por el derecho); cuando surge evidentemente de la pretensión que ella no se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, por lo cual no existe litigio (ni conflicto) susceptible de ser resuelto (*caso abstracto*) y cuando la pretensión no puede sujetarse al conocimiento de los jueces por decisión de la ley, por vincularse con una cuestión de naturaleza política y no jurídica: ciertos *actos de gobierno* que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de estado de sitio, intervención federal a una provincia, declaración de guerra, fijación del valor de la moneda, etc.).

Resulta así que si un particular acciona ante el juez pretendiendo en su demanda que, v.gr., se declare luego de un proceso la nulidad de la resolución que ordena la intervención federal a una provincia, el juzgador tiene el *deber de negar in limine* la propia instancia en razón de su contenido pretensional, que excede el marco de su autoridad. De tal modo se originará un simple *procedimiento* entre dos sujetos (el actor y el juez que rechazará su posibilidad de accionar). Sin advertir la esencia misma de este supuesto, la doctrina ha elaborado desde antaño una compleja teoría cuyo contenido cae totalmente dentro del supuesto en estudio: la de la *improponibilidad objetiva de la demanda*, que autoriza al juez a rechazar oficiosamente una acción cuya pretensión carece de contenido o de amparo jurídico (por ejemplo: la de divorcio vincular en sistema no divorcista). Ya se comprenderá mejor el tema en la Lección 7.

Por supuesto, si el juez actuante no rechaza liminarmente la acción por no advertir la carencia del derecho respectivo, podrá hacerlo luego en cualquier momento del procedimiento: así lo establecen ciertos códigos que desde antiguo denominan a este supuesto como *defecto absoluto en la potestad de juzgar*.

De cualquier forma: si nadie advierte que todos los ejemplos presentados no constituyen casos justiciables y, a consecuencia de ellos, se decide la ilegal formación de un "proceso" (en rigor, procedimiento) y, por ende, se cita al demandado (bilateralizándolo-

se indebidamente la acción), éste podrá *siempre y en todo momento* deducir la excepción de *carencia de acción* (ver Lección 11). Esta denominación es la que corresponde efectivamente al caso y no debe ser confundida con la que refiere a otra excepción de antigua raigambre en el derecho procesal (y que se explica a base de la aceptación de la teoría *clásica* de la acción): la *excepción de falta de acción* (*sine actione agit*) mediante la cual se pone de manifiesto otro fenómeno diferente del aquí explicado (ver Lección 11).

En suma: con este presupuesto se intenta analizar si existe o no derecho de accionar en ciertos y determinados casos especificados en la ley; cuando ella no autoriza esta instancia en función de la pretensión que la acompaña, técnicamente *no hay posibilidad de accionar*: Por tanto, mediante su ejercicio *no habrá proceso*.

2) *Ausencia de caducidad del derecho de acción*: se ha visto recién que en ciertas ocasiones y por virtud de ciertas conveniencias sociales, el Estado no permite instar, negando terminantemente el derecho de accionar. En otras, en cambio, autoriza el ejercicio de la instancia pero lo sujeta a un plazo breve a cuyo simple vencimiento la acción deja de ser admisible por haberse operado su *caducidad*.

Esta palabra es otra de las muchas que se usan de modo equívoco en el lenguaje jurídico: técnicamente significa pérdida *del derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejercerlo*. Pero contenido similar ostenta la *voz prescripción* (liberatoria): como ello puede originar seria confusión respecto de lo aquí expuesto, creo conveniente detenerme para distinguir entre *prescripción* y *caducidad*, pues ambos vocablos indican la misma idea de fenecimiento o perecimiento.

El Código Civil refiere de modo expreso a *la prescripción de las acciones*, estableciendo al efecto el plazo correspondiente a cada una de ellas (repárese en que la terminología usada por dicho código es anterior al descubrimiento de la autonomía del derecho de acción; por ello, el codificador es congruente con su época: ve en la acción sólo un elemento del derecho material violado) cuando, en rigor de verdad, *lo que prescribe es el derecho*. Del mismo modo, la ley refiere a la *caducidad de los derechos* cuando lo que *caduca es la acción*. Esas afirmaciones son fácilmente compatibles si

se tiene presente que la prescripción no opera de modo automático: antes bien, requiere de *alegación expresa y tempestiva* del propio interesado.

Cód. Civil, art. 3962: “ La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla.”

Además, el propio código citado prohíbe terminantemente que el juez actuante en un proceso declare de oficio una prescripción evidentemente cumplida.

Cód. Civil, art. 3964: “El juez no puede suplir de oficio la prescripción.”

Surge de esto que una "acción" (en rigor, un derecho) prescrita puede ser intentada en la realidad jurídica; que como el juez nada puede decir *ex officio* al respecto, debe originar un proceso; surge también que si el demandado no opone en tiempo útil la excepción de prescripción (ver Lección 11) el juez debe sentenciar acogiendo la pretensión, si ella se acreditó de acuerdo con las reglas respectivas. ¿Puede decirse que *pereció el derecho de acción*? Si así es, ¿qué fue entonces lo que ocurrió durante todo el proceso? ¿Una simple ficción?

A la inversa: supóngase que incoada una "acción" prescrita el demandado opone tempestivamente la correspondiente excepción, que el juez acoge en su sentencia: ¿hubo real y efectiva actividad del actor (acción)? Como la respuesta afirmativa es obvia, habrá que concluir que al ser rechazada la pretensión en la sentencia, el fundamento de ello radica en que ha fenecido el derecho (no la acción), que es lo que se niega al actor luego de toda la actividad dé procesar.

Esta es la razón por la cual empleo la voz *caducidad* (y no *prescripción*) para denominar a este supuesto. Y es que ciertos supuestos específicamente detallados en la ley niegan no el derecho sino la posibilidad misma de accionar por el solo transcurso del tiempo.

Otro ejemplo aclarará la idea: dispone el Código Civil:

Cód. Civil, art. 254: "Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto".

Otros casos similares se pueden ver en los arts. 258 y 325 del mismo código; los ejemplos se multiplican en las diversas legislaciones.

Ahondando las diferencias cabe afirmar que, en general, los plazos de caducidad son siempre harto breves (y prolongados los de la prescripción), se establecen por razones de orden público (en interés de los particulares los de la prescripción), y particularmente en la esfera de los derechos de familia (la prescripción es extensiva a todos los derechos patrimoniales); por tanto son irrenunciables (son renunciables los plazos prescriptivos) y no pueden ser objeto de suspensión (sí pueden serlo los de prescripción). Además, el comienzo de un plazo de caducidad es casi siempre incierto (nace de un hecho *eventual*: en el ejemplo, a partir de la toma de conocimiento del parto, no desde la fecha de éste).

Al igual que en el tema anterior, se trata aquí de privilegiar un derecho (en el caso, el de la legitimidad del hijo) con sacrificio de otro (el del padre que desconoce el carácter matrimonial del hijo): pero aquí no se niega el derecho de acción (el caso no es tan grave como el contemplado en el art. 326) sino que se lo limita temporalmente (vencido el plazo legal se pierde el derecho de accionar).

El presupuesto de marras, entonces, indica que la acción –para obtener del juez un proceso– no debe haber caducado por el simple transcurso del tiempo (en los casos en los cuales la ley condiciona su ejercicio).

Para ver cómo opera todo esto en el plano jurídico, imagínese que -en el supuesto del artículo 254 ya citado- el padre demanda contra su hijo a los noventa días de acaecido el parto. Inicialmente, el juez no debe admitir la demanda pues *prima facie* ha transcurrido con exceso el plazo de 60 días, sin perjuicio de abrir un *procedimiento* (no un proceso) inicial para que dicho padre pueda demostrar en él la fecha en la cual tomó conocimiento del parto (piénsese en un marino ausente que llega al país luego de ocurrido aquél): de allí surgirá si el derecho caducó (en cuyo caso se archivará el proce-

dimiento cumplido) o no (en este supuesto se originará el proceso bilateralizándose la instancia).

El problema de interpretación que el tema presenta a todo jurista radica en que la ley no utiliza con puridad los términos caducidad y prescripción, haciendo fungir indebidamente uno con otro. De allí que en cada caso habrá que determinar la esencia verdadera del instituto utilizado por el legislador para aplicar o no este presupuesto.

Puede ocurrir, por fin, que el juez actuante no advierta oportunamente la caducidad del derecho de acción: podrá declararlo así en cualquier momento. Más aún: si nadie advierte dicha caducidad y se origina el proceso, el demandado podrá alegar en todo tiempo la excepción de *caducidad de la acción* (ver Lección 11).

3) *Capacidad jurídica del actor*: se dice habitualmente que el problema de la *capacidad* no es particular de una rama del derecho sino que pertenece a la teoría general de la ciencia jurídica. Si bien tal afirmación parece inicialmente exacta, deja de serlo a poco que se advierte que la genérica capacidad civil se halla notoriamente *augmentada* en el campo del proceso, toda vez que en él pueden actuar como *partes* (ver Lección 17) todos los *incapaces civiles* e, inclusive, *entes que no son personas*.

Para mejor comprender esta idea, debe tenerse presente que pueden ser partes procesales *todas las personas* (gente o ente) en tanto sean susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Surge de ello que aunque conforme con la ley civil carezcan de absoluta capacidad civil las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, pueden ser *partes del proceso* (aunque, claro está, deban actuar por medio de sus representantes legales) y, por tanto, accionar.

Algo similar ocurre con las *simples asociaciones civiles o religiosas* (que no tienen existencia legal como personas jurídicas, por carecer de autorización de la ley o del gobierno) y con ciertos *patrimonios autónomos* que, sin ser personas ni constituir simples asociaciones civiles (no son sujetos de derecho en el campo del derecho sustancial), son considerados como entes unitarios a efectos de poder participar en un proceso (la masa del concurso, que actúa en juicio por medio del síndico; la herencia va-

cante, que lo hace por medio del curador; los comités de beneficencia o promotores de obras públicas, monumentos, exposiciones, muestras, festejos, etc.).

De acuerdo con esta explicación, parece obvio que el presupuesto juega negativamente, pues sólo los muertos (personas físicas fallecidas y personas jurídicas extinguidas) carecen de esta capacidad.

El problema resulta claro cuando se trata de persona jurídica extinguida: no puede accionar y la persona física que eventualmente intente hacerlo logrará abrir el proceso sólo en su propio nombre. Pero parece absurdo imaginar igual hipótesis respecto de persona física: nadie piensa en un muerto iniciando el proceso. Sin embargo, debe tenerse presente que *acción es actividad* y que ella no se concreta a la iniciación del proceso sino que se despliega durante todo su curso, tanto por el actor como por el demandado (ver Lección 11).

De ahí que sea factible imaginar a una parte que fallece durante el curso del proceso: a partir de ese momento el proceso dejará de ser tal a menos que se instrumente el medio adecuado para integrarlo (por ejemplo, con los sucesores universales).

La ausencia del presupuesto de marras se pone de manifiesto mediante la excepción de *falta de capacidad jurídica*, proponible –como todas las relativas a la acción– en cualquier momento y suplible por el juez.

4) *Adecuada investidura de la autoridad*: el último presupuesto de la acción exige que la persona que recibe el instar deba tener una calidad funcional suficiente para poder generar un proceso. Caso contrario, quien insta obtendrá la promoción de un simple procedimiento que no logrará adquirir la jerarquía (y los efectos) del proceso.

En nuestro derecho poseen esa investidura *todos los jueces* que integran el Poder Judicial, los *árbitros* designados en cláusula compromisoria o en compromiso arbitral (ver Lección 16) y el *Senado de la Nación* en el exclusivo caso de *juicio político* previsto por la Constitución para ciertos funcionarios. Equiparados a este último se hallan

los *Jurados* (o *Juries*) de *enjuiciamiento* a magistrados judiciales, que han venido a suplantar al juicio político en algunas constituciones.

En un sistema jurídico de cogobierno, con absoluta separación de funciones y recíproco intercontrol de poderes, resulta inaceptable la ampliación de esta nómina. En este sentido, es lapidaria y definitiva la terminante prohibición contenida en la Constitución Nacional:

Const. Nacional, art. 109: “En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas”.

Obviamente, la prohibición alcanza a todos los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo: por eso es que ni racional ni constitucionalmente se concibe la idea de un “*proceso*” *administrativo* (volveré sobre el tema en la Lección 9).

Así presentado, este presupuesto configura una condición de tipo académico, pues no puede dejar de ser cumplida toda vez que se presente una demanda en sede judicial o arbitral. Sin embargo, tiene capital importancia porque opera negativamente: no importa ejercicio de la acción procesal –y, de consiguiente, no genera un proceso– lo que sirve para instar ante un órgano de la Administración.

De tal forma, será petición, reacetamiento, queja o denuncia, pero no acción procesal (por lo cual, al no haber proceso, no se lograrán los efectos que le son propios: por ejemplo, el fenómeno del caso juzgado, ver Lección 28).

En el orden penal, y dentro de un régimen acusatorio puro –que configura el *debido proceso* constitucional– todos estos presupuestos son susceptibles de existir en un régimen jurídico particular. Una salvedad se impone: en nuestro derecho, la acción procesal recibe el nombre de *querrela* cuando la efectúa un particular con un contenido pretensional de carácter exclusivamente punitivo (por eso es que no se ha incluido a la querrela como una instancia diferente de las otras, cosa que se puede hacer en otros regímenes jurídicos).

Cuando se insta por medio de ella, el juez penal –al igual que el juez de lo civil– debe efectuar un juicio de admisibilidad antes de bilateralizar la instancia; y en tal juicio analizará la eventual justiciabilidad del caso presentado a su conocimiento.

3. La llamada “acción penal”

A partir del concepto unitario y elemental de la acción procesal considerada como instancia necesariamente bilateral, no puede insistirse ni doctrinal ni legislativamente en la existencia de una *acción penal* diferente de otras *acciones*: ya se ha visto que el concepto es insusceptible de toda suerte de clasificación.