

RAÚL NÚÑEZ OJEDA
NICOLÁS CARRASCO DELGADO

DERECHO, PROCESO Y ECONOMÍA

**Una introducción al Análisis
económico del Derecho procesal civil**

Prólogo de
Francisco Ramos Méndez

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2022

ÍNDICE

	Pág.
AGRADECIMIENTOS	7
PRÓLOGO. PROYECCIONES ECONÓMICAS DE LA ACCIÓN PROCESAL, LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO	11
CAPÍTULO I. LA ACCIÓN PROCESAL	15
1. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL.....	15
1.1. Introducción	15
1.2. Dualismo y monismo en el concepto de acción procesal.....	16
1.3. Algunas posiciones influyentes en la historia del Derecho procesal sobre la acción.....	19
1.4. Nuestra posición.....	20
2. CONDICIONES DE ADMISIBILIDAD DE LA ACCIÓN	21
3. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN	23
4. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN RELACIÓN CON LA ACCIÓN	26
4.1. ¿Negociar o ir a juicio?	26
4.1.1. Introducción y marco teórico.....	26
4.1.2. ¿Bajo qué supuestos las partes estarán dispuestas a negociar o alcanzar un acuerdo?.....	29
4.2. ¿Cuándo una persona racional ejercería su derecho a accionar?	40
4.3. ¿Qué consecuencias genera la decisión de demandar en los costos sociales involucrados en un litigio?.....	44
4.4. ¿Tiene justificación económica el derecho a accionar?.....	51

	Pág.
CAPÍTULO II. EL PROCESO	57
1. INTRODUCCIÓN.....	57
1.1. El proceso como solución institucional al conflicto.....	57
2. CONCEPTO Y FINES DEL PROCESO CIVIL.....	61
3. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO.....	66
4. ELEMENTOS DEL PROCESO.....	71
5. CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS.....	72
6. ESTUDIO DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL.....	75
7. EL PROCESO Y SUS COSTOS.....	83
8. OBJETIVOS DEL PROCESO.....	90
8.1. El proceso como un juego.....	90
8.1.1. El proceso como juego único como vía para reducir las divergencias entre las partes.....	94
8.1.1.1. Juego cooperativo finito sin reglas (cooperar o apropiar).....	96
8.1.1.2. Juego procesal único con reglas (juego de reivindicación).....	98
8.1.2. El proceso como juego único como vía de interiorización...	100
CAPÍTULO III. JURISDICCIÓN	109
1. INTRODUCCIÓN.....	109
2. ALGUNOS CONCEPTOS.....	110
3. CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN.....	111
4. ¿QUIÉN EJERCE LA JURISDICCIÓN?.....	114
5. IDENTIFICACIÓN DEL ACTO JURISDICCIONAL.....	116
6. EVOLUCIÓN DE CONCEPTO DE JURISDICCIÓN.....	116
6.1. Algunas consideraciones básicas acerca de las diferencias entre el sistema del <i>civil law</i> y <i>common law</i> en el entendimiento de la labor jurisdiccional.....	116
6.2. La tradición positivista de la jurisdicción en el <i>civil law</i>	121
7. LOS MOMENTOS DE LA JURISDICCIÓN.....	129
8. NATURALEZA. LA JURISDICCIÓN ¿ES UN BIEN PÚBLICO O UN BIEN PRIVADO?.....	133
8.1. Ideas generales sobre el entendimiento de la administración de justicia como bien público.....	133
8.2. Argumentos de la tesis privatista para sostener que la administración de justicia no constituye un bien público desde la perspectiva de la oferta.....	134

	Pág.
8.3. Argumentos de la tesis privatista para sostener que la administración de justicia no constituye bienes públicos desde la perspectiva de la demanda.....	135
8.4. Las deficiencias de la tesis privatista desde la perspectiva de la demanda de servicios judiciales.....	138
8.5. Las deficiencias desde la perspectiva de la demanda de servicios judiciales.....	142
9. EQUIVALENTES JURISDICCIONALES.....	144
10. LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN.....	146
11. ÁMBITO DE LA JURISDICCIÓN.....	147
11.1. Jurisdicción no contenciosa o voluntaria.....	147
11.2. Facultades conexas a la jurisdicción.....	153
CAPÍTULO IV. DEBIDO PROCESO.....	159
1. INTRODUCCIÓN AL DEBIDO PROCESO CIVIL.....	159
2. BREVE ANÁLISIS DE LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES MÁS RELEVANTES EN EL PROCESO CIVIL.....	164
2.1. El derecho de defensa.....	164
2.2. El derecho a un procedimiento oral y público.....	166
2.3. El derecho a una sentencia motivada.....	168
2.4. El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.....	172
2.5. Derecho a los recursos legalmente previstos.....	173
2.6. Un juez independiente e imparcial desde una perspectiva de eficiencia.....	183
3. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y GARANTÍAS. SU APLICACIÓN AL PRINCIPIO DISPOSITIVO Y APORTACIÓN DE PRUEBA.....	188
3.1. Planteamiento del problema.....	188
3.2. Una cuestión de garantía (imparcialidad) y principios (iniciativa probatoria del juez).....	195
4. EFICIENCIA PROCESAL Y DEBIDO PROCESO.....	200
5. IMPARCIALIDAD, TRIBUNALES ACCIDENTALES Y EFICIENCIA.....	212
5.1. Oferta final y arbitraje convencional.....	212
5.2. Consideraciones de eficiencia de oferta final.....	214
5.3. Problemas de imparcialidad.....	216
BIBLIOGRAFÍA.....	219

AGRADECIMIENTOS

El libro *Derecho, proceso y economía* tiene una historia larga, no tanto en su concepción y elaboración, sino en el trabajo conjunto que por más de quince años hemos desarrollado los autores. Conversaciones, enseñanzas, intercambios de ideas, colaboraciones académicas, y otros momentos sirvieron para que el año 2018 se esbozara la idea de escribir una obra en conjunto, lo que se empezó a formalizar el año 2019. La temática no fue difícil de determinar. Lo esencial era dar un repaso de las instituciones básicas del Derecho procesal civil (acción, jurisdicción, proceso y garantía constitucional del debido proceso), bajo una mirada distinta, actualizada, y con una profundización del Análisis económico del Derecho. Son los mismos temas que se han entremezclado en la relación de inmensa amistad y profundo respeto entre ambos. Son los mismos temas que, con más consenso que desacuerdo, han surgido de esas conversaciones que por tanto tiempo hemos tenido en Chile como en España.

Ese devenir comenzó en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, donde Nicolás Carrasco fue alumno y ayudante del profesor Raúl Núñez, y en donde también, por breve tiempo, compartieron como profesores del Departamento de Derecho Procesal de la citada Universidad. En efecto, los estudios de doctorado del primero en España y la nueva casa académica del segundo (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso) evitaron que siguieran trabajando bajo un mismo techo físico. Así las cosas, la colaboración pasó a explorarse por teléfono, conferencias, *emails*, es decir, fundamentalmente a distancia. Incluso, los graves problemas salud de ambos, entre los años 2017 y 2018, no imposibilitaron ese contacto, probablemente lo reforzaron aún más, porque cuando uno mira la vida desde lo esencial (la salud y la familia) se valoran las circunstancias que aportan al crecimiento de las personas, como lo es el impulso de querer traspasar conocimientos y tratar de explicar ideas sobre aquello estudiado.

Fueron cerca de dos años y medio de intercambio y mejora de los borradores. La decisión fue publicar la obra en España en una editorial de renombre como Marcial Pons; probablemente los lazos de ambos con España, donde

obtuvimos nuestros grados de doctor en Derecho (Universidad Pompeu Fabra de Barcelona, en el caso de Raúl Núñez y Universidad Autónoma de Madrid, respecto de Nicolás Carrasco), nos llevaron a que en ese país queden escritas aquellas pláticas, que también tuvieron lugar en Madrid. De hecho, la primera vez que surgió la idea de esta obra fue en una conversación en un restaurante de la Gran Vía en esa hermosa ciudad.

Evidentemente que esta obra no ha sido fruto del trabajo único y exclusivo de nosotros los autores. Existen muchas personas que, con intención y sin ella, han moldeado ideas y partes importantes de lo aquí tratado.

En esta línea, queremos agradecer al novel profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, primer ayudante de Nicolás Carrasco, Martín Coronado. Algunas de las secciones de este libro, como aquellas referidas a la compatibilización entre debido proceso y eficiencia a propósito del sistema recursivo, emanan de un artículo publicado entre los tres. Pero no solamente eso; creemos que muchas de las mejoras que se han realizado se han debido a su siempre desinteresada ayuda y colaboración. Asimismo, los autores agradecen a Nicolás Palma Peredo, uno de los ayudantes más antiguos de las cátedras del profesor Nicolás Carrasco, quien es coautor de un artículo sobre imparcialidad y debido proceso, que ha servido como insumo para la versión actualizada que acá se presenta. Importante ha sido la profesora titular de la Universidad Autónoma de Madrid, Dra. María Jesús Ariza, tutora doctoral de Nicolás Carrasco y colega y amiga de Raúl Núñez. En efecto, Nicolás bajo su dirección en España pudo avanzar, probablemente con algo de desconfianza al comienzo, en los aportes que, para nuestra disciplina, tiene el Análisis Económico del Derecho. También una parte importante de la inspiración para la elaboración del libro se la debemos al catedrático de Derecho Procesal Dr. Francisco Ramos Méndez, quien fue el director de la tesis del autor Raúl Núñez en la Universidad Pompeu Fabra. Efectivamente, el profesor Ramos con su libro *Derecho y proceso* de 1979 marcó un punto de inflexión que los autores queremos retomar en el análisis de los temas fundamentales del Derecho procesal civil.

Han colaborado con la búsqueda de referencias jurisprudenciales y bibliografía las ayudantes del profesor Raúl Núñez de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Belén Carrión y Javiera Haagers, a quienes debemos mucho, en especial su compromiso con sacar esta obra adelante. También el profesor Raúl Núñez agradece al profesor Dr. Jorge Larroucau, por quien no solo profesa un gran respeto académico, desde los días que dirigió su tesis doctoral, sino también por su inquebrantable amistad y por las permanentes conversaciones académicas en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso en que se discutieron los temas que forman parte del presente libro. Tampoco puede dejar de mencionar aquí a sus queridos discípulos los profesores Dr. Pablo Bravo, Dr. Ramón Beltrán, Dr. Ramón García, Dr. Lionel González, Dra. Priscila Machado, Dra. Macarena Vargas y Dr. Thomas Vogt por las innumerables oportunidades en que debatimos los problemas de la justicia civil. Un agradecimiento especial también quiere dedicar a Enrique Pascual por su amistad y apoyo para el presente proyecto y también por las incontables horas compartidas entre música y libros en Barcelona y Madrid. Finalmente, quiere agradecer a todos los alumnos que desde el 2009 han pasado por sus cursos en

la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso (Chile). Sin el constante aliento y desafío intelectual que representa el impartirles clases y reencantarlos con la asignatura durante cinco semestres académicos, la vida dedicada a la Universidad no tendría ningún sentido.

En el caso del profesor Nicolás Carrasco, su equipo de ayudantes han aportado distintas versiones para que las ideas expresadas en el libro hayan madurado. Agradecemos en ese sentido a Claudio Jiménez, siempre dispuesto de manera desinteresada en aportar su cultura e ideas en aspectos aquí desarrollados; a Sebastián Araya y Adolfo Wenzel por sus precisiones, agudeza y acotaciones; y a Cristóbal Méndez y Guillermo Namor, por lo aprendido de sus tesis y trabajo. En fin, a cada uno de ustedes (junto a Nicolás Palma), por su amistad.

Obviamente, nada de todo lo que aquí se desarrolla se habría logrado sin las familias que siempre han estado con nosotros. Paula y Daniela son demasiado importantes (como nuestros padres e hijos de Raúl y perros de Nicolás), por su amor, cuidados y preocupación, cuando las fuerzas (literalmente) flaquearon, cuando no se tiene más que a aquellos que están a nuestro lado, en esos momentos donde la mirada se posa en una cara que solo nos insta a no desfallecer. Ambos sabemos muy bien lo que eso significa y lo que significó para nosotros contar con nuestras compañeras, siempre a nuestro lado, con una tremenda generosidad. Lo paradójico y lo ingrato fue que el tiempo destinado a forjar este libro, nos privó de estar con ellas y poder devolverles, merecidamente, lo que ellas se merecen. Sirvan estas palabras como disculpa.

Por último, el autor Nicolás Carrasco quiere terminar con unas palabras en primera persona. En efecto, quiero dedicar este libro sobre todo a una persona que me ha dejado este año, pero que estuvo presente en mi mente mientras escribía y lloraba por su recuerdo. Este libro es para ti, hermana. Desde donde estés, seguro gozarás, como tan buena lectora que eras, no porque encuentres que este libro tenga siquiera algún mérito, sino simplemente porque lo escribió tu hermano, que más allá de la distancia y de todo aquello que la vida nos separó, siempre te amó.

Dr. Raúl NÚÑEZ OJEDA
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso

Dr. Nicolás CARRASCO DELGADO
Universidad de Chile
Concón y Rengo de Chile, 1 de octubre del 2021

PRÓLOGO

PROYECCIONES ECONÓMICAS DE LA ACCIÓN PROCESAL, LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO

Esta monografía de los profesores Raúl NÚÑEZ OJEDA y Nicolás CARRASCO DELGADO propone una reinterpretación de las piedras miliare de la ciencia procesal desde la perspectiva del Análisis económico del Derecho. El lector apresurado se topará con los rótulos de acción procesal, proceso, jurisdicción y debido proceso e, inevitablemente, tendrá la tentación de despachar la obra con un apresurado déjà vu. Se había corrido la especie de que tales categorías estaban agotadas doctrinalmente y por consiguiente muertas tanto en el escenario científico como en el foro. Craso error de apreciación de quienes seguramente no han tenido ni la curiosidad científica ni la paciencia de recorrer la historia de su enucleación y los trabajos y los días de su consolidación como iconos del discurso procesal. Lo cierto es, sin embargo, que un trabajo monográfico de conjunto sobre el alcance de estas categorías hacía tiempo que no tentaba a la doctrina, enfrascada o entretenida en otras lides aparentemente más novedosas o con más posibilidades de promoción académica y social. Por eso puede sorprender una obra rotulada sin titubeos Derecho, proceso y economía.

Obviamente, la obra sintetiza las posiciones doctrinales utilizadas en los avatares de estas categorías clásicas. En este punto, el trabajo tiene la virtud de no repetir lo que ya estaba dicho y de sintetizar la dosis adecuada de las conclusiones o de los puntos de debate a que en cada caso había llegado la doctrina, todo ello apuntalado con las oportunas referencias bibliográficas.

El valor añadido de la obra reside, como digo, en incorporar en el estudio de cada categoría la perspectiva del Análisis económico del Derecho. De esta guisa, el marco de la acción procesal da pie a analizar, entre otras cosas, la decisión de un litigante de negociar o acudir a juicio, según sus expectativas de éxito o fracaso, propensión o aversión al riesgo, los incentivos legislativos para

una colaboración, e incluso la consideración de eventuales beneficios sociales. De forma similar, el objetivo económico primordial de todo proceso de minimizar costes sirve para depurar parámetros como el coste del error, el coste de litigar y el coste de llegar a un acuerdo. Con mayor detenimiento se estudia el proceso como un juego, de una sola oportunidad (cosa juzgada), cooperativo, con reglas, que tiende a la interiorización de las expectativas de éxito y fracaso de las partes.

Sucesivamente, bajo el prisma de la jurisdicción, sus diversas manifestaciones y las funciones atribuidas, se discurre sobre el entendimiento de la administración de justicia como bien público o privado; sobre si cabe incorporar al análisis el ítem de eficiencia como punto de equilibrio entre los costos y beneficios marginales asociados a la corrección de las decisiones judiciales; y sobre las deficiencias de los servicios judiciales tanto desde el punto de vista de la oferta como de la demanda.

En fin, a la hora de examinar el debido proceso, los autores se posicionan en la perspectiva de las garantías frente a los principios (criterios de organización de la tutela procesal), integrando en el núcleo duro del «debido proceso» las garantías de defensa, publicidad, motivación de las resoluciones, exclusión de dilaciones indebidas, utilización de recursos legalmente previstos e independencia e imparcialidad del juez. Ciertamente es que el desarrollo del Análisis económico no se extiende luego por igual a todas ellas, pero es suficientemente indicativo de las aportaciones que pueden esperarse. Así, por ejemplo, una garantía aparentemente sin mayor recorrido dogmático como el derecho a la utilización de los recursos legalmente previstos da pie a consideraciones sobre costos añadidos de inversión en servicios públicos, pero también de valoración de si la admisibilidad o limitación de revisiones de una decisión judicial o su ubicación cronológica en un determinado momento procesal (antes o después) satisface la garantía del debido proceso. Igual ocurre con el análisis del binomio aportación de parte/iniciativa probatoria de oficio (principios) y su coordinación con la garantía de imparcialidad.

Como cabía esperar, hay un rubro destinado a examinar la cuestión de la eficiencia procesal y el debido proceso. El punto de partida es impecable: las exigencias del debido proceso no pueden soslayarse por criterios meramente economicistas. Ello puede obligar a mantener costos e inversiones públicas que exceden del punto de equilibrio económico de la eficiencia, pese a que los beneficios marginales no sean relevantes. Releídas las garantías desde esta óptica, se descubre su respectiva incidencia en la compatibilización de eficiencia y debido proceso y los ajustes que cada una admite al respecto.

Lo mismo que en los temas estrictamente jurídicos, los autores manejan con soltura la literatura de cariz económico y no solo la de procedencia anglosajona.

Para que haya nacido una obra como la presente han tenido que confluír varios factores. Desde luego la solidez científica de los autores y su perspicacia para descubrir nuevas posibilidades de desarrollo de los iconos del sistema. Pero también la adecuada explotación del acervo doctrinal existente. Hemos tardado un siglo en definir, pulir y asentar las categorías clásicas y en plasmarlas en los códigos. Ha seguido un periodo de latencia, que no abandono, de dichas categorías. En realidad, reposo, sedimentación, fermentación, mientras se hilvanaban

y se ponían en valor las garantías procesales. La obra de los profesores Núñez y Carrasco ha tenido la habilidad de detectar el punto de maduración idóneo de la doctrina sobre la materia y ponernos en la pista del nuevo soplo que aporta el análisis económico, aproximar ambos vectores y en este punto innovar.

¿Y ahora qué? Permítaseme un excurso, si no reviento.

Personalmente tengo la impresión de que los economistas explican muy bien los fenómenos económicos una vez que han ocurrido y tratan de ilustrarnos o convencernos de por qué sucedieron así. Mucho más raras, a juzgar por la experiencia, son las predicciones económicas atinadas de lo que va a ocurrir, de modo que pudieran adoptarse medidas preventivas eficaces.

Este esquema de comportamiento tiende a reproducirse en materia procesal, cuando se aplica el análisis económico de forma indiscriminada. Hay mucho estudio teórico sobre oferta/demanda, aversión/propensión al riesgo, posiciones de ventaja, éxito/fracaso, costes, etc. En cambio, hay contados estudios de campo sobre la realidad concreta de cada foro, sea porque faltan datos estadísticos fiables, sea porque es más complejo recolectar datos mínimamente válidos y significativos sobre la realidad procesal. El riesgo es pontificar reduciendo a fórmulas las perspectivas de éxito/fracaso/mayor o menos información/juego.

No es ocioso notar que las ecuaciones matemáticas utilizadas son solo comprensibles, a lo sumo, para un mínimo de operadores profesionales avezados (algunos jueces, abogados) y de nula intelección, residuales, para la mayoría de usuarios del sistema (tal vez, se pueden excluir élites atiborradas de asesores áulicos). Están pensadas con una filosofía matemática, impecable, pero se aplican, se desgranán, sobre una realidad (el proceso) que no es casi nada de tal condición. En el proceso, el sustrato económico tiene componentes teóricos identificables e incluso medibles, pero muchas decisiones también responden a impulsos emocionales, irracionales, estratégicos, ocasionales, que tienen poco o nada que ver con los planteamientos puramente matemáticos.

También hay un sustrato sociológico y cultural que condiciona un análisis económico estricto: en cada país, en cada estrato social, la cultura del litigio se vive de una forma diferente y está condicionada también por los intermediarios y por la percepción del funcionamiento del sistema (inútil acudir al tribunal, tiempos de espera, imposibilidad ejecución, etc.). Tal vez los postulados del análisis económico tradicional en materia jurídica vienen predeterminados por la experiencia de un país radicalmente capitalista, en el que los costes públicos y privados de la justicia parecen tener un peso descomunal y se convierten en un objetivo inevitable del análisis. Pero en otros países, con un sistema judicial menos eficiente o con problemas de subsistencia a nivel de estándares mínimos de supervivencia, el tipo de litigios que se presentan puede que exigiera una aproximación económica muy distinta.

En todo caso, los resultados tanto de un análisis estrictamente jurídico —el orden establecido, las funciones del proceso— como económico —oferta, demanda, riesgo, ventajas, eficiencia— son decepcionantes en términos de consonancia de los resultados obtenidos con los esperados o atribuidos al modelo. Existe un crónico divorcio entre los postulados teóricos de muchos modelos legales con los pírricos resultados que su puesta en práctica ocasiona. Entre

nosotros, el ciudadano sigue pensando que la justicia es ineficiente, que tarda una eternidad, que raras veces satisface o que, a lo sumo, lo hace parcialmente. En suma, que difiere de todas las promesas constitucionales que se le han hecho, como el señuelo de muchas promesas electorales al uso.

Las observaciones precedentes no son ni mucho menos una crítica a la obra, sino una reivindicación de su valor intrínseco más allá de cualquier lisonja. Si hemos tardado un siglo en que cuajaran categorías puramente jurídicas en la ciencia procesal, aún estamos en los albores del tiempo para que cristalicen en los códigos los criterios económicos y adquieran la relevancia que exigen. Pero ya hay logros. Sin ir más lejos, tenemos la tutela efectiva constitucionalizada. El reto es que ahora el componente netamente económico de la efectividad se realice, se cumpla, sea verdad. Por ello hay que saludar con respeto obras de pensamiento como la presente, que nos ayudan a identificar los campos abonados para la acción política en materia de justicia y los recursos técnicos para implementarla de forma eficiente.

Así, por el momento, donde mayormente puede ser útil el análisis económico procesal es en el diseño de políticas judiciales y en la instrumentación de reformas legislativas, pues se asume que el legislador tiene acceso a esos conocimientos, directa o indirectamente, y persigue implantar una administración de justicia eficiente. Revisar, por ejemplo, la organización de los tribunales y sus funciones desde la perspectiva económica es un objetivo plenamente asumible: menos «jurisdicción» —en lo que ya reina más que un acuerdo de mínimos— y más organización eficiente, en términos de número, accesibilidad, disponibilidad, distribución, formación, dotación, pautas de trabajo, previsibilidad, rentabilidad del precedente, cosa juzgada, alcance de los recursos, etc. Como se ve, un latifundio por explotar con criterios jurídico-económicos.

En el campo de la regulación del proceso, no cabe esperar contribuciones voluntarias de los litigantes en potencia o en acto. Su vocación al litigio es de libro y no son de esperar conductas facilitadoras sin más. En este caso, el análisis económico nos proporciona criterios para establecer incentivos, disuasiones, equilibrios, en uno u otro sentido, siempre dentro de un marco respetuoso para con las garantías. A partir de aquí, se impone insistir y renovar la pedagogía de las instituciones. Como punta del iceberg: ¡hay que ver lo que cuesta hacer que la negociación, la mediación, la conciliación, etc., sean una realidad estadística significativa en materia de resolución de litigios! Derroche teórico sobre sus bondades; litigantes sordos o eso parece.

No hay que desesperarse. Sigue llamándome profundamente la atención la discordancia entre la rapidez con que se incorporan, transfieren y propagan conocimientos en el campo de la ciencia y la escasa o nula circulación de las soluciones adecuadas, idóneas, disponibles, al campo de la gestión de los litigios. No será porque no existan contribuciones teóricas solventes. Esta obra es un claro ejemplo de ello. El reto que nos propone y que nos incumbe asumir es que sepamos extraer las oportunas aplicaciones operativas para el diseño de una mejor administración de justicia.

Francisco RAMOS MÉNDEZ
Catedrático de Derecho Procesal

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN PROCESAL

1. EL CONCEPTO DE ACCIÓN EN EL DERECHO PROCESAL

1.1. Introducción

El primer problema que se nos presenta cuando tratamos el tema de la acción es de carácter terminológico, ya que la palabra acción tiene diversos significados en el Derecho. Así por ejemplo, en el Derecho mercantil se llama acción a la parte alícuota en que se divide el capital en las sociedades anónimas; esta acción es susceptible de ser transada, vendida, etc.¹. En un sentido diverso es empleada en Derecho penal, ya que para esta rama del Derecho la acción es un comportamiento humano dominado por la voluntad que produce una determinada consecuencia en el mundo exterior, por lo que dicha consecuencia puede consistir o bien en un simple movimiento corporal (delitos de actividad) o bien en uno que vaya acompañado de un resultado (delitos de resultado) (concepto causal de acción)².

Pero en Derecho procesal cuando hablamos de acción nos referimos a la posibilidad o facultad de provocar la actividad jurisdiccional. Por tanto, el problema de la acción es también el problema de la jurisdicción, solo que mirado desde una perspectiva diversa. También acá tenemos que recordar la larga evolución de la humanidad que conduce finalmente a proscribir la *autotutela* para permitir la decisión del conflicto por un tercero elegido por los propios interesados (en razón de su prestigio, edad, etc.), es decir, por un árbitro (en un primer momento), o por un juez designado por el Estado (en el Derecho moderno).

¹ Definición seguida en general por la doctrina del Derecho mercantil o comercial.

² Hans-Heinrich JESCHECK y Thomas WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte general*, Granada, Comares, 2002, p. 235.

Así, en la actualidad, la idea de la acción supone en algún grado la intervención estatal en la decisión del conflicto y un equilibrio de intereses público y privado. Efectivamente, al interés privado subjetivo que se cumpla la obligación por parte del deudor le corresponde también un interés público en el restablecimiento del derecho quebrantado. Por tanto, podemos apreciar: 1) desde el punto de vista del sujeto privado: el particular necesita la intervención del Estado para obtener el reconocimiento de un derecho, y 2) desde el punto de vista del Estado: el Estado necesita la observancia del Derecho para poder asegurar su propia existencia a través del afianzamiento de la paz social u otro objetivo que persiga el proceso.

1.2. Dualismo y monismo en el concepto de acción procesal

En la evolución del concepto de acción podemos encontrar dos grandes tendencias³, la monista y la dualista. Ambas están encaminadas a establecer la naturaleza del concepto de acción y al hacerlo se proponen contestar fundamentalmente a tres interrogantes: 1) ¿en contra de quién se ejerce la acción?; 2) ¿cuál es el contenido de la acción? (concreto o abstracto), y 3) ¿la acción es un derecho, facultad, poder u otra cosa diversa?

Doctrinas monistas: las diversas doctrinas monistas sostienen, en lo fundamental, la identidad acción-derecho material. Por consiguiente y en líneas generales, la acción sería para los partidarios de estas teorías el derecho substancial deducido en juicio. No obstante, aunque siempre dentro de dicho encuadre conceptual, estas teorías presentan diversas variantes, cuyo examen analizaremos enseguida. Así para PUCHTA, «la acción es el derecho en pie de guerra». MATTIROLO señala que «la acción es el derecho elevado a la segunda potencia». WINDSCHEID cree ver en ella una manifestación de la vida del derecho subjetivo privado. Finalmente, SAVIGNY la considera «una metamorfosis del derecho subjetivo privado que se produce como consecuencia de una violación»⁴.

Estas teorías resultan poco satisfactorias porque no explican un sinnúmero de casos de la vida real, como: 1) las llamadas obligaciones naturales, es decir, aquellas que no confieren derecho para exigir su cumplimiento, pero que, cumplidas, autorizan para retener lo que se ha dado o pagado en razón de ellas⁵; 2) la demanda infundada. Si el acreedor A demanda al B para que le devuelva la cantidad de 1.000.000 de euros que le entregó en mutuo, cuando el juez rechaza la demanda está diciendo que A no es acreedor de B por la cantidad de 1.000.000

³ Vid. en castellano sobre la polémica, entre otros: Manuel SERRA, «Evolución histórica y orientaciones modernas del concepto de acción», *Revista de Derecho Procesal*, t. III, 1969, pp. 35-92; Juan MONTERO, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 1976, pp. 113 y ss.; Francisco RAMOS, *Derecho y proceso*, Barcelona, Librería Bosch, 1979, pp. 51 y ss.; Andrés DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, J. M. Bosch, 1980, pp. 20 y ss.; Jorge CLARIÁ, *Derecho Procesal*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1989, p. 239; Luiz Guilherme MARINONI, Álvaro PÉREZ y Raúl NÚÑEZ, *Fundamentos del proceso civil. Hacia una teoría de la adjudicación*, Santiago, Abeledo Perrot, 2010, pp. 149 y ss. Sobre los problemas de la acción en el ámbito del proceso penal, vid. Mario CHIAVARIO, *L'azione penales tra Diritto e Política*, Padova, Cedeam, 1995, *passim*.

⁴ Referencias tomadas de José GARBERÍ, *Constitución y Derecho Procesal. Los fundamentos constitucionales del Derecho Procesal*, Madrid, Civitas, 2009, pp. 117-118.

⁵ Reguladas en Chile, en los arts. 1470 y ss. CC.

de euros. Sin embargo, si hay sentencia quiere decir que hubo acción deducida en el juicio; 3) el problema de las *acciones de mera declaración de certeza*. Estas acciones persiguen poner término a una situación de incertidumbre y no hay un derecho material que lo esté sustentando.

Estas teorías monistas dominaron el escenario de la dogmática francesa de finales del siglo XIX y principios del XX, como consecuencia del notable desarrollo de la doctrina civilista en este país europeo.

Doctrinas dualistas: las insuficiencias de las teorías monistas para explicar las diversas figuras jurídicas señaladas dieron lugar a duras críticas de los juristas alemanes de aquella época. Efectivamente, Alemania era un campo propicio ya que la dogmática contaba con dos conceptos en esta materia, por un lado, la *actio* y por el otro la *Klage*. La *actio* se venía entendiendo como una afirmación del derecho contra el adversario; la *Klage* como una actividad dirigida frente al Estado. Ambos conceptos, sin embargo, se utilizaban en la práctica como sinónimos en el sentido de posibilidad de perseguir judicialmente el derecho. Esta identidad se rompe con la polémica entre WINDSCHEID y MUTHER, que trae consigo la primera elaboración de la moderna teoría de la acción en Derecho procesal⁶.

Nace la discusión con motivo de una obra de WINDSCHEID, escrita en 1856, titulada *La acción del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del Derecho actual*⁷, cuyo único propósito fue poner de manifiesto los errores en que había incurrido SAVIGNY al determinar el alcance que en su opinión debía darse a la noción romana de la *actio*. WINDSCHEID sostiene que la *actio* es el mismo derecho subjetivo una vez que resulta violado, viniendo a identificarse con la pretensión material del Derecho moderno, o derecho de exigir de otro algo, en tanto que el derecho de querrela (*Klagerecht*) no es más que un concepto artificial creado por los juristas y carente de realidad tanto en el Derecho romano como germánico⁸. Estas afirmaciones de WINDSCHEID provocaron la réplica de MUTHER, quien tomando como punto de partida la idea de la *Klage*, concibe el derecho de accionar como un derecho contra el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales. En síntesis, como un derecho a la «fórmula», distinto, por tanto, del derecho subjetivo pero condicionado por la violación de este. La polémica en realidad no quedó más que planteada en estos términos, pues WINDSCHEID en su réplica vino a admitir tácitamente las ideas de MUTHER⁹.

Las teorías dualistas destacan que el derecho material y la acción son cosas diversas. Para los autores dualistas, las antiguas teorías monistas eran coheren-

⁶ Luiz Guilherme MARINONI, *Introducción al Derecho Procesal Civil*, Lima, Palestra, 2015, pp. 127 y ss.

⁷ Aquí se sigue lo expuesto por Francisco RAMOS, *Derecho y proceso*, op. cit., pp. 60 y 61.

⁸ Bernhard WINDSCHEID, *Die actio des römischen Zivilrechts vom Standpunkte des Heutigen Rechts*, Düsseldorf, 1886; Bernhard WINDSCHEID, *Die actio Abwehr gegen Dr. Th. Muther*, Düsseldorf, 1857; Theodor MUTHER, *Zur Lehre von der Römischen Actio, dem heutigen Klagerecht, der Litiscontestatio und der Singularsuccession in Obligationen. Eine Kritik des Windscheid'schen Buchs: «Die Actio des römischen Zivilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts»*, Erlangen, 1857.

⁹ Francisco RAMOS, *Derecho y proceso*, op. cit., pp. 60 y 61. Además vid. Luiz Guilherme MARINONI, Álvaro PÉREZ y Raúl NÚÑEZ, *Fundamentos del proceso civil...*, op. cit., pp. 153 y ss.

tes ya que en ellas se señala que: primero, la acción es igual al derecho material, y segundo, que la acción está deducida por el acreedor en contra su deudor. En las teorías dualistas estas dos afirmaciones se contraponen. Efectivamente, para los alemanes la acción será un derecho del sujeto frente al Estado, derecho que persigue obtener la garantía jurisdiccional. Por tanto, ha cambiado el sujeto de la relación, pero también ha cambiado el objeto de la prestación, ya que el acreedor ya no persigue el objeto primitivo de la relación, sino que busca en cambio la garantía jurisdiccional del Estado. De esta manera el problema se sitúa en el campo del Derecho público, ya que termina la relación entre particulares y la sucede la relación entre el particular y el Estado.

Con todo, la concepción dominante sigue siendo privatista porque se concibe a la acción como un derecho del particular frente al cual existe una obligación correlativa del Estado. Esta solución implicaría mirar la acción como subordinación del interés público al interés privado. Estas concepciones reciben la crítica que la relación entre el particular y el Estado no puede explicarse como una relación entre un privado titular de un derecho y el Estado como titular de una obligación. Efectivamente, el Estado no tiene la obligación sino solo un deber de resolver la cuestión planteada por el particular.

Las concepciones dualistas, por otro lado, se pueden clasificar en¹⁰: 1) concepciones dualistas en sentido concreto: estas estiman que el derecho de acción le corresponde a quien aspira a obtener una sentencia favorable en el proceso (CHIOVENDA¹¹, GÓMEZ ORBANEJA¹², DE LA OLIVA SANTOS¹³, etc.), y 2) concepciones dualistas en sentido abstracto: aquí se concibe a la acción como un derecho abstracto de obrar, esto es, sin importar si se aspira o no a una sentencia favorable (DEGENKOLB¹⁴, FAIRÉN¹⁵, MORON¹⁶, etc.).

Al lado de las concepciones anteriores, y como resultado de las críticas a las concepciones antes mencionadas, otra orientación intenta eliminar del concepto de acción toda referencia al derecho subjetivo, creando a tal efecto una categoría nueva, la de *pretensión procesal*¹⁷.

Adicionalmente, es posible encontrar posiciones intermedias. Son ejemplo aquellas que, si bien más cercanas a las teorías abstractas de la acción al hacer constantes referencias al derecho subjetivo, dan lugar a una nueva perspectiva¹⁸. También cabe destacar aquellas posturas que proponen una visión historicista

¹⁰ Luiz Guilherme MARINONI, Álvaro PÉREZ y Raúl NÚÑEZ, *Fundamentos del proceso civil...*, op. cit., pp. 157 y ss. También consultar Alejandro ROMERO, *Curso de Derecho Procesal Civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, t. I, 2006, pp. 14 y ss.

¹¹ Giuseppe CHIOVENDA, «L'azione nel sistema dei diritti», *Saggi di diritto processuale civile*, Roma, Foro Italiano, 1930, pp. 3-99.

¹² Emilio GÓMEZ y Vicente HERCE, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1978, pp. 46 y ss.

¹³ Andrés DE LA OLIVA, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, op. cit., *passim*.

¹⁴ Heinrich DEGENKOLB, *Einlassungszwang und Urteilsnorm, Beiträge zur materiellen Theorie der Klagen, insbesondere der Anerkennungsklagen*, Leipzig, Duncker & Humblot, 1877, *passim*.

¹⁵ Víctor FAIRÉN, *Doctrina general del Derecho Procesal*, Barcelona, Librería Bosch, 1990, pp. 77 y ss.

¹⁶ Manuel MORÓN, «Sobre el concepto de acción», *Revista de Derecho Procesal*, 1962, pp. 532 y ss.

¹⁷ Especialmente Jaime GUASP, «La pretensión procesal», *Anuario de Derecho Civil*, Madrid, 1952, pp. 7 y ss.

¹⁸ Leonardo PRIETO-CASTRO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, Madrid, t. I, 1951, pp. 67 y ss.