

Derecho procesal

Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción*

MICHELE TARUFFO

PRESENTACIÓN

El profesor MICHELE TARUFFO no requiere presentación ante la comunidad procesal colombiana, su nombre es ya bastante conocido en el ámbito académico y judicial, merced a la traducción de su obra *La prueba de los hechos* y a sus recientes intervenciones en congresos colombianos de Derecho procesal¹. El artículo que a continuación se traduce fue escrito con ocasión de un homenaje a GIUSEPPE CHIOVENDA al conmemorarse cien años del discurso inaugural de su cátedra en la Universidad de Bolonia; el texto contiene un análisis histórico de tal discurso. Resulta útil difundir este estudio en el contexto colombiano, en donde también la obra de CHIOVENDA sigue teniendo, aún hoy, una connotación, al menos en la doctrina procesal civil, y como afirma el propio TARUFFO de *texto sagrado*. La utilidad que se encuentra en este documento, y que a nuestro juicio justifica su traducción, tiene que ver con dos aspectos. Veamos.

I. UTILIDAD EN CUANTO AL ANÁLISIS HISTÓRICO DEL DERECHO DE ACCIÓN

El provecho implícito en la traducción de este artículo no obedece a que la doctrina nacional carezca de estudios históricos sobre el argumento, sino a la perspectiva novedosa que se le da al análisis histórico: si observamos los escritos de la doctrina nacional², existen en ella los estudios sobre la acción, y entre tales

* Traducción del italiano y presentación de JUAN CARLOS GUAYACÁN.

1 M. TARUFFO, "Probabilidad y prueba judicial", M. FERNÁNDEZ (trad.), en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Bogotá, 2005, 1077 ss.

2 B. QUINTERO y E. PRIETO. *Teoría general del proceso*, 1992, 231 ss.; H.F. LÓPEZ, *Instituciones de Derecho procesal civil*, I., 269 ss; H. D. ECHANDÍA, *Compendio de Derecho procesal*. II, 175 ss

trabajos no poca importancia tienen los estudios históricos, pero en todos ellos se habla de la acción como un ente de la realidad fáctica, no como un instrumento conceptual para aprehender dicha realidad. De otro lado, siempre se trata de estudios diacrónicos; no encontramos un estudio histórico-sincrónico, por lo que, resulta útil la difusión de este texto en el ámbito colombiano.

La perspectiva histórico-sincrónica del artículo que a continuación se traduce es interna y externa; interna, en el sentido de que advierte la contemporaneidad del mismo fenómeno de la acción en Italia y en Alemania, como experiencias históricas independientes; externa, porque relaciona el fenómeno de la acción, como institución propia del Derecho procesal, con otro fenómeno que igualmente le fue contemporáneo, el fenómeno de la teoría de los derechos subjetivos, dentro de los cuales se ubicó la acción como derecho potestativo. Esta forma de asumir el estudio de la acción permite valorar su vigencia y superar la visión independentista, tan característica del cultor del proceso, que tal vez se hizo costumbre por el afán de obtener la autonomía que la disciplina procesal ganó hace ya más de un siglo; sin embargo, mirar las instituciones procesales en conjunto no resta independencia ni autonomía al Derecho procesal; al contrario, una visión holística garantiza un conocimiento más completo de las mismas.

II. UTILIDAD EN CUANTO REPRESENTA UNA NUEVA ALTERNATIVA EPISTEMOLÓGICA DEL DERECHO PROCESAL

Aunque el artículo no versa sobre epistemología del Derecho procesal, ni es en sí mismo un artículo histórico, la forma como se aproxima al fenómeno del derecho de acción está mostrando una alternativa epistemológica del Derecho procesal. Es decir, muestra otra manera de asumir el estudio del Derecho procesal y la producción del conocimiento en la materia. En efecto, es usual distinguir entre estudios históricos, estudios dogmáticos y estudios prácticos como tres categorías independientes y, dado que los estudios histórico-procesales son, en el mejor de los casos solamente diacrónicos, ellos muestran las categorías dogmáticas como entes invariables en el tiempo, prestadas de una época a otra, sin detenerse en el entorno preciso de cada ordenamiento y de cada momento histórico; como resultado de ello, se tiene la impresión de que el estudio histórico es una acumulación de sucesos del pasado que se colocan en las obras para embellecerlas, volverlas un poco más eruditas o darle un telón de fondo a la institución que se está estudiando. Como consecuencia de esta forma de entender los estudios históricos, ellos permanecen, a los ojos de los prácticos—entre quienes contamos no a sólo los ahora llamados operadores judiciales, sino los académicos que han reducido el objeto y fin de sus trabajos a la llamada eficiencia y economía procesal, por sobre cualquier otro valor—, como materia sin relación alguna con lo que se ha dado en llamar el derecho vivo.

No es aleatorio que uno de los autores sobre los que el profesor TARUFFO fundamenta el artículo sea ORESTANO, para quien todo derecho es histórico y se debe reconocer en cada institución jurídica su propia historicidad³. La alternativa epistemológica que advierto, entre líneas, en la forma como se desarrolla este estudio, consiste en que se puede superar esa tricotomía dogmático-histórico-práctico que trata estas tres facetas del fenómeno jurídico como compartimientos separados. Si se quiere volver a la unidad de la experiencia jurídica, esta manera de afrontar los estudios históricos es una vía que lo permite. En la estructura del artículo la intercomunicación es evidente: de un lado, por los llamados que en él se encuentran al contexto filosófico que rodeaba el tiempo procesalista de CHIOVENDA; de otro, por la reflexión que se hace sobre si la construcción de la acción como categoría dogmática tiene relación con el funcionamiento de los sistemas procesales y, finalmente, por el paralelo de la experiencia histórica entre Italia, Francia y América Latina en relación con la misma institución; así, estos tres aspectos demuestran en tendencia a interrelacionar dogmática, historia y práctica.

Además, en una mirada rápida de algunos títulos de la obra de TARUFFO, se advierte al rompe este mismo esquema de interrelación entre lo particular que es propio de la teoría del proceso, lo universal de la teoría y la filosofía del derecho, y la operatividad de las instituciones procesales. En efecto, como procesalista, TARUFFO, en su obra sobre la prueba de los hechos, afronta el conocimiento de las pruebas haciendo permanentes llamados críticos a la filosofía del Derecho que pretenden reducir toda la actividad procesal a un discurso argumentativo, poniendo de presente que en el estudio del proceso no se puede olvidar la verificación de los hechos⁴; pero también, en tanto comparatista, se ocupa de cosas tan prácticas como la redacción de unas normas procesales que hagan viable un proceso para resolver conflictos transnacionales, asumiendo el estudio de un tópico contemporáneo y marcadamente práctico⁵.

En los tiempos que corren, cuando la filosofía del Derecho busca en la hermenéutica y la argumentación la vía de escape a la dicotomía iusnaturalismo-positivismo⁶ y el Derecho constitucional, en esta misma tendencia, construye sobre

3 R. ORESTANO. *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, 227 ss.

4 M. TARUFFO, *La prova dei fatti giuridici*, Milano, 1992, 27 ss. En esta obra TARUFFO critica las recientes tendencias a identificar los elementos más importantes del proceso se encuentra en los fenómenos retóricos basados en la teoría de PERELMANN es decir, el proceso tiende a convertirse fundamentalmente en una actividad de persuasión y no de conocimiento de hechos, o, en una segunda variante, es el análisis del lenguaje, para quienes aplican las teorías semióticas a los problemas jurídicos; las que desplazan el estudio de la verificación de los hechos que es basilar para el proceso.

5 M. TARUFFO. "Note sulla dimensione transnazionale delle controversie civili", *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 1055 ss.

6 A. KAUFMANN. *Filosofía del Derecho*, LUIS VILLAR BORDA y ANA MARÍA MONTOYA, (trads.)

los derechos fundamentales⁷, y su graduación en distintas generaciones, nace una nueva función de la Constitución, que la hace más cercana al ciudadano, al punto de crear acciones constitucionales que permiten hablar, desde hace ya tiempo, de proceso constitucional; tendencia que, por demás, tiene directa influencia sobre cada una de las ramas del Derecho y que explica el protagonismo contemporáneo del Derecho constitucional; en este contexto, se hace necesario que exista una nueva forma de producir el conocimiento del Derecho procesal.

En efecto, estas características que apenas hemos anotado sobre la filosofía del Derecho y el Derecho constitucional evidencian que el paradigma de la metodología jurídica se está moviendo y, frente a esta tendencia, el Derecho procesal no puede permanecer estático. Por lo tanto, es necesario abandonar la actitud acrítica frente a las construcciones dogmáticas hechas ya hace más de un siglo; se requiere, en cambio, que las mismas se pongan en relación con el contexto del proceso civil contemporáneo⁸: sólo así la secular dogmática del proceso civil evitará convertirse, en esta época en que las leyes del mercado todo lo valoran bajo la óptica de la eficiencia, en un producto obsoleto. Al proceder de tal forma esta dogmática comenzará a hacer un verdadero juego dialéctico con la práctica judicial. Esta sincronización entre dogmática, práctica e historia de las instituciones procesales que se puede encontrar en el artículo que aquí se traduce, es un modelo entre las múltiples posibilidades que se pueden intentar para lograr este objetivo de construir una relación creativa o, en otras palabras, una sinergia entre teoría y práctica.

Por último, debo advertir al lector que, en virtud de que el artículo tuvo como origen un seminario académico, el autor consideró irrelevante inducir las referencias bibliográficas por considerarlas suficientemente conocidas; no obstante, al traducir el documento al español he estimado útil adjuntar tales referencias bibliográficas; también he incluido algunas notas explicativas sobre la traducción con el propósito de hacer posible una aproximación más eficaz al texto.

Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1999, 94 ss.

- 7 "La reconstrucción de un confín del Derecho en torno a los derechos fundamentales se presenta como una guía cotidiana, como un test permanente al cual se someten, sobre todo, las opciones jurídicamente relevantes": S. RODOTÀ, *La vita e le regole Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 37.
- 8 Un ejemplo de esta nueva actitud en la doctrina nacional se encuentra en L. ACERO, *Teoría aplicada de la jurisdicción*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, donde se hace una evaluación del concepto de jurisdicción con retrospectiva y prospectiva histórica, cargada de reflexiones propias, apoyadas en la práctica judicial del país.

Consideraciones sobre la teoría chiovendiana de la acción

MICHELE TARUFFO

SUMARIO: I. Premisa.- II. La acción como realidad objetiva.- III. La acción y el derecho sustancial.- IV. La acción dentro del sistema.- V. A manera de conclusión.

I. PREMISA

Quienquiera que pretenda discutir sobre la teoría de la acción que CHIOVENDA propone en el discurso inaugural de su cátedra en la Universidad de Bolonia en 1903⁹, se encuentra frente a una multiplicidad de problemas, que van desde la grande cantidad de trabajos que en la literatura italiana como de otros países han discutido el tema de la acción partiendo justamente de CHIOVENDA, a la dificultad de individualizar un punto de vista que no resulte del todo banal al reconsiderar hoy, a un siglo de distancia, un "texto sagrado" como el que es ahora objeto de reflexión. La pretensión de afrontar el primero de los problemas sería evidentemente absurda. El segundo problema pueda ser, afrontado con acierto si se parte de la última de las voces enciclopédicas dedicadas al concepto de acción: VITTORIO DENTI, en su voz "Azione", publicada hace algunos años en la Treccani¹⁰, escribe justamente que la parábola del concepto de acción, iniciada exactamente en Italia en 1903 por CHIOVENDA, termina en realidad en 1959 con la voz "Azione", publicada en 1959 por RICCARDO ORESTANO (no por casualidad un gran jurista que no era en sentido estricto un procesalista) en la enciclopedia del diritto¹¹. Creo que esta valoración de DENTI es sustancialmente correcta, sobre todo donde él subraya, con ORESTANO, la historicidad de tal concepto y el hecho de que este (como todos los conceptos de acción) no representa una "definición real" de ninguna cosa. La anterior indicación de DENTI señala, entonces, que esto que hoy se celebra, por demás justa y meritoriamente, es en realidad el inicio de un hecho cultural que ha tenido gran importancia en la ciencia procesalista del siglo pasado, pero que ha concluido hace ya tiempo. No es del caso recorrer aquí —porque muchos lo

9 G. CHIOVENDA. "L'azione nel sistema dei diritti" en *Saggi di diritto processuale civile (1894-1937)*, vol. I, Milano, 1993, 3 ss.

10 V. DENTI. Voz "Azione", en *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, t. IV, 1 ss.

11 R. ORESTANO. Voz "Azione, Storia del problema", en *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1959, 785 ss.

han hecho— los hechos de esta parábola del concepto de acción. Tampoco es el caso de discutir en esta sede si de veras, como ha escrito GIOVANNI TARELLO, no sin algo de razón, se ha tratado de una “mala acción”¹².

Al volver a leer después de algún tiempo el texto chiovendiano, se me ha ocurrido proponer un punto de vista, en algún sentido peculiar, aunque no del todo original: un punto de vista que podría definir de método más bien que de mérito. Me ha impresionado, más que los bien conocidos —quizás demasiado conocidos, y entonces culturalmente agotados— contenidos de esto que CHIOVENDA dice en torno al concepto de acción, algunos aspectos del modo en el cual él afronta el problema. En los límites de lo posible he buscado, en esta perspectiva, poner aparte —como hipótesis de trabajo— todo eso que se ha dicho posteriormente en torno al concepto chiovendiano de acción, para volver —por decirlo así— al texto y su argumentación, y leerlo con un ojo relativamente ingenuo. De esta relectura han nacido algunas observaciones.

II. LA ACCIÓN COMO REALIDAD OBJETIVA

La primera observación es que CHIOVENDA efectúa una operación cultural de considerable importancia desde muchos puntos de vista, pero que presenta peculiares aspectos de método. Uno de estos consiste en la importación, por parte de la cultura procesalista italiana, del concepto de acción que era ya ampliamente debatido en la doctrina alemana: para darse cuenta de ello basta tener en mente las numerosas citas de los “clásicos” alemanes que se encuentran en las notas chiovendianas. Otro aspecto relevante, menos obvio, pero que también se ha destacado por algunos, es que CHIOVENDA cumple una evidente operación mental de *entificazione*¹³ de un concepto. Nuestro autor trata el concepto de acción no como una cosa que él mismo está construyendo por medio de las clasificaciones y distinciones que desarrolla en su análisis, sino como una cosa que existe en sí, casi como si se tratara de un objeto empírico que se busca descubrir en su realidad objetiva y material. En la nota dos existe un pasaje muy significativo en este sentido, en el que CHIOVENDA habla de la “visión de la íntima naturaleza de las cosas”¹⁴ que “aparece solo cada tanto, como a través de fugaces espirales abiertas en su presentación exterior”: presentación que era representada por las formas de procedimiento. Dejando aparte el énfasis de la metáfora, es claro que el concepto de acción no es visto por CHIOVENDA como algo que se construye o

12 G. TARELLO. *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, t. VII, Bologna, 1977, 720 ss.

13 Se ha dejado en italiano la expresión, pues no encontramos en español una palabra que por sí sola denote la actividad de entender un concepto como un ente de la realidad fáctica (n. del trad.).

14 CHIOVENDA, cit., 30.

se define por medio de una operación de análisis y reconstrucción teórica, sino como algo que en cualquier modo preexiste al descubrimiento hecho por el jurista. Leyendo este pasaje se me ocurre recordar una frase atribuida a MIGUEL ÁNGEL, el cual pensaba que la escultura estaba ya contenida en el bloque de mármol, con la consecuencia de que el escultor no debía hacer otra cosa que liberarla de las escorias que la circundaban y la encerraban. Una imagen, esta, tan elegante como carente de fundamento desde el punto de vista del método, al menos para quien no comparta visiones radicalmente idealistas de la obra de arte.

En el comportamiento de CHIOVENDA no existe, sin embargo, nada particularmente extraño: la tendencia a *entificare*¹⁵ las propias ideas, tomándolas por la realidad objetiva de las cosas, es extremadamente difusa también hoy, y no solamente entre juristas, así que no sorprende. El inconveniente está en el hecho de que esta tendencia es, a la luz de la epistemología moderna, radicalmente infundada. No hay duda de que semejante tendencia hoy resulta equivocada; en la cultura de la época en que CHIOVENDA escribía era tal vez menos claro el error ínsito en la *entificazione* de los conceptos, aunque –a partir del ejemplo de FREGE¹⁶– la conciencia de la relatividad de los conceptos, de su naturaleza estipulatorial y convencional, y la distinción entre concepto y realidad empírica, habían comenzado, de tiempo atrás, a abrirse camino en la cultura filosófica europea. Desde este punto de vista se puede decir que CHIOVENDA era hijo de su tiempo, como era obvio que fuese, pero más de su “tiempo procesalista”, ya que en la cultura de los procesalistas las nuevas tendencias filosóficas todavía no habían penetrado (por lo demás en algunos penetrarían bastante más tarde, mientras en otros no penetrarían nunca), que de su “tiempo filosófico”, en el cual ingenuidades como la esencialidad mental de los conceptos habrían provocado serias objeciones. De otra parte, el hecho de que CHIOVENDA derive su concepto de acción de la elaboración que de tiempo atrás estaba en curso en la cultura alemana –tanto que no sin razón dirá ALLORIO que la originalidad de CHIOVENDA era aquella de un procesalista alemán de la época– no traslada los términos del problema: tampoco los procesalistas alemanes que discutían de la acción se planteaban los problemas de método ínsitos en la construcción del concepto. De modo que no hay nada extraño en el hecho de que ni siquiera CHIOVENDA se plantease problemas de este género. Habría podido provocar estupor, al contrario, si hubiese afrontado cuestiones de método filosófico, dado que tal vez era poeta, pero ciertamente no era filósofo.

15 El autor utiliza el verbo “*entificare*”, que no se tradujo al español, por las mismas razones aducidas en la nota 13 (n. del trad.).

16 G. FREGE: sobre la obra de este matemático y filósofo, su influencia sobre la filosofía analítica contemporánea y su propuesta de expulsar todas las “esencias” ideales de la realidad fáctica, cfr. http://www2.uah.es/estudios_de_organizacion/epistemologia/frege_funcion_significado.htm#_edn2

Si bien afirma repetidamente que los conceptos se construyen por inducción a partir de los datos que vienen suministrados por el Derecho positivo, CHIOVENDA no construye su concepto de acción mediante el trámite de una reconstrucción inductiva en sentido estricto. En efecto, no analiza las acciones civiles, cuya existencia, sin embargo, presupone, y no las examina analíticamente a fin de derivar inductivamente un concepto general fundado sobre la abstracción de los ejemplos particulares. Más bien, deriva el concepto de la doctrina alemana, y después lo elabora en abstracto confrontando y criticando las varias definiciones que los estudiosos alemanes habían dado, sin hacer, sin embargo, referencias significativas a los datos del Derecho positivo. Subrayando esta divergencia de la construcción chiovendiana de la realidad específica del ordenamiento italiano, TARELLO dirá que la acción de CHIOVENDA es un fantasma¹⁷. No estoy de acuerdo con esta definición puesto que los conceptos no son fantasmas: los conceptos son construcciones teóricas, elaboraciones abstractas, pero no son ilusiones o visiones. Más bien, se debe destacar que no hay necesidad de confundir los conceptos con la realidad a la cual ellos vienen referidos, sobre todo si –como en el caso de la acción chiovendiana– la realidad (o sea el Derecho positivo) no es ni siquiera tomada en consideración y el concepto viene definido sobre el plano de la abstracción pura.

III. LA ACCIÓN Y EL DERECHO SUSTANCIAL

Una segunda observación que se puede hacer, siempre sobre el plano del método, pero con alguna mayor referencia al contenido del concepto de acción, atañe al punto fundamental de la relación entre acción y el Derecho sustancial que a través de la acción se hace valer en juicio. A propósito de la lectura ingenua, a la cual hacía referencia más arriba, ésta lleva a identificar en la argumentación chiovendiana una contradicción no resuelta, o al menos, una ambigüedad que aparece más evidente en el texto que en las notas (las cuales, por lo demás, como todos saben, han sido agregadas posteriormente). A veces, en verdad, CHIOVENDA dice que la acción “por su naturaleza no presupone necesariamente un derecho subjetivo para defender”, pero sucede que “una que otra vez la voluntad del particular se encuentra en dicha relación con la voluntad colectiva”¹⁸. En realidad no es claro en qué consiste esta relación, más aún, la definición que CHIOVENDA da es uno de los puntos más oscuros de su discurso. Lo único que se puede derivar sin incertidumbre es la afirmación de que la iniciativa del particular es necesaria para provocar la actuación de la voluntad colectiva (o sea el Derecho). Sin embargo, esta afirmación parece tener que ver más con el principio de la demanda (*ne procedat iudex ex officio*) que con el concepto de acción; de otra parte, definir el Derecho como “voluntad colectiva”,

17 TARELLO. *Quattro buoni giuristi per una cattiva azione*, cit., 720 ss.

18 CHIOVENDA. *Ob. cit.*, 6

contrapuesta a la voluntad individual, es algo que sobre el plano teórico podría suscitar reparos de diverso orden.

En todo caso, el desprendimiento de la acción del Derecho sustancial, que luego será considerado por todos como el punto clave de la construcción de CHIOVENDA y su mayor contribución a la teoría del proceso, no aparece formulado en términos claros. En otros lugares del mismo texto, en efecto, él dice que la acción debe ser considerada como una figura jurídica autónoma, necesariamente coordinada con un interés (p. ej.: el interés en la declaración de certeza), pero no necesariamente coordinada con otro tipo de derecho¹⁹. Sin embargo, criticando la teoría "abstracta" de la acción dice que no existe un derecho de obrar independiente de un efectivo derecho privado o de un interés en una sentencia favorable, lo que no parece una definición satisfactoria de las relaciones que se supone transcurren entre acción, interés y Derecho sustancial. Más aún, afirma que la mera "posibilidad, capacidad, libertad de obrar que corresponde a todos los ciudadanos no es de por sí un derecho en el sentido estricto de la palabra, sino más bien una condición del derecho de obrar"²⁰. Con esto no sólo los términos del problema no resultan más claros, sino que emerge una especie de duplicación del concepto de acción, que parecería presentarse bajo diversas formas, en lugar de hacerlo como figura unitaria. Más adelante, CHIOVENDA afirma que "el simple contraste de dos voluntades acerca de la existencia de un derecho privado no genera el derecho de obrar, sino la necesidad de obrar"²¹. Con esto, de un lado, no tiene en cuenta la acción meramente declarativa, que nace exactamente del contraste de comportamientos en torno a la existencia de un derecho, sino que introduciendo la idea de la necesidad de obrar termina por realizar una especie de triplicación de los conceptos que ciertamente no contribuye a la claridad teórica de su discurso.

Además, subraya también que nada autoriza a considerar la autonomía del derecho de obrar que emergería cuando una sentencia declara existente un derecho que en realidad no existe, ya que "junto con el derecho que la injusta sentencia afirma o niega, ella afirma o niega también del derecho de obrar", con lo cual se niega, en mi opinión, la distinción entre acción y derecho sustancial. No debe olvidarse que también algunos años después, en 1907, en el escrito *Del sistema en los estudios del proceso civil*, CHIOVENDA confirmará que "el proceso es actuación del derecho preexistente". Otras citas podrían hacerse para mostrar que en el pensamiento de CHIOVENDA en torno a la relación entre acción y derecho sustancial existen oscilaciones relevantes. Los puntos aquí recordados me parecen, sin embargo, suficientes para señalar una ambigüedad que vendrá resuelta a continuación, pero que está presente en la primera teoría chiovendiana del derecho de acción.

19 CHIOVENDA. Ob. cit., 17

20 CHIOVENDA. Ob. cit., 10

21 CHIOVENDA. Ob. cit., 11

IV. LA ACCIÓN DENTRO DEL SISTEMA

Una tercera observación que, me parece, merece ser hecha, atañe a la colocación de la acción en el sistema de derechos, con la advertencia de que no es una figura aislada sino que pertenece –justamente– al sistema de derechos. A este respecto, es necesario antes que todo destacar que la acción puede ser reconducida por los menos a dos sistemas: el sistema “del proceso”, en donde, como es sabido, el concepto de acción desarrolla –en la elaboración chiovendiana– un rol central junto con el concepto de relación jurídico procesal, y el sistema “de los derechos sustanciales”.

Del sistema del proceso CHIOVENDA no habla en el texto de su discurso inaugural (hablará extensamente en las notas posteriormente agregadas); más bien, su propósito es poner la acción en el sistema “general” de los derechos, que en aquel momento es esencialmente el sistema de los derechos sustanciales. Al respecto se debe observar que el autor no elabora ningún sistema general o sustancial de los derechos, y ni siquiera describe o analiza este sistema. Él simplemente hace referencia a la clasificación de los derechos sustanciales heredada de la tradición pandectística y post-pandectística, para encontrar dentro de aquella clasificación una casilla apropiada para el derecho de acción. Como todos conocen, esta casilla la individualizó en el concepto de derecho potestativo definido en particular por ZITELMANN. CHIOVENDA observa que esta categoría está constituida por “numerosísimas facultades esparcidas en conjunto en todos los campos del derecho privado y público”²², a las cuales él agrega el derecho de acción.

De este modo la acción termina en una suerte de contenedor conceptual amplísimo en el cual están incluidas las cosas más diversas, de la separación de la dote a la revocatoria del mandato y a la fijación de términos. CHIOVENDA no parece entender la involuntaria ironía consistente en tomar un concepto considerado fundamental en el Derecho procesal, como aquél de acción, para colocarlo en una categoría en la cual están presentes figuras jurídicas sustanciales de diversa naturaleza, pero que en muchos casos ciertamente no tienen una importancia comparable con aquella del derecho de acción. De todas formas, parece evidente que aquella de CHIOVENDA no es una gran operación sistemática. Se trata más bien de una modesta operación taxonómica, con la cual el derecho de acción viene incorporado en una casilla sistemática que contiene las cosas más dispares, sobre la base de un solo elemento de analogía entre el derecho de acción y los otros derechos potestativos, constituido por la capacidad de producir efectos (que por lo demás son diversos en las varias hipótesis contempladas por las normas) en la esfera jurídica de otros sujetos.

Esta operación no se funda en ningún argumento sistemático; ni siquiera se funda en un verdadero argumento analógico que permite obtener, en torno al

22 CHIOVENDA. Ob. cit., 20.

concepto de acción, en virtud de su incorporación en la categoría de los derechos potestativos, conclusiones significativas que ya no estén incluidas en la pura y simple definición de partida. En efecto, la referencia al “poder de querer los efectos jurídicos”²³ no parece una explicación particularmente clara. De otra parte, no parece que se puedan encontrar analogías útiles entre el derecho de acción y, por ejemplo, la separación de la dote. Que estas analogías no puedan conducir a resultados significativos es por lo demás reconocido por el mismo CHIOVENDA cuando subraya que la acción no está dirigida a producir efectos jurídicos, como ocurre con los otros derechos potestativos, sino a “hacer corresponder el estado de hecho en sentido más o menos amplio, al estado de Derecho”. Con esto se pierde, sin embargo, la analogía que sostendría la reconducción de la acción a la categoría de derechos potestativos; pero esta reconducción termina por ser basada en similitudes bastante débiles, frente a diferencias muy relevantes, que vuelven muy precaria la operación sistemática consistente en colocar el derecho de acción en la casilla de los derechos potestativos.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Vale la pena agregar una última observación para concluir estas breves apreciaciones. Como ha sido destacado, por ejemplo por DENTI y TARELLO, el concepto de acción –con la correspondiente amplísima literatura– es patrimonio casi que exclusivo de la cultura procesalista alemana, de la italiana y, por derivación de estas, de la cultura latinoamericana. Este fenómeno falta en cambio en otras áreas relevantes de los ordenamientos de *civil law*, como por ejemplo en Francia y en España, y falta del todo en los ordenamientos de *common law*. Se podría discutir extensamente, también en clave de reconstrucción histórica, sobre las razones de esta situación, y sobre por qué ordenamientos también muy cercanos al nuestro, como el francés, no se han orientado en el sentido de recibir el concepto de acción. CHIOVENDA mismo nota esta aparente anomalía, e intenta una explicación destacando que los franceses, habiendo dejado la temática de las acciones al Código Civil, no se han dado cuenta de la posibilidad de definir un concepto de acción general y unitario. Por lo demás, la misma situación se verificaba en el Código Civil italiano de 1865, en virtud de su directa derivación del modelo francés, así que no parece que la colocación de las acciones civiles en el código sustancial suministre una explicación del fenómeno, mientras parece evidente –como ha subrayado TARELLO²⁴– que CHIOVENDA ha construido su concepto de acción sin tener en cuenta el Derecho positivo italiano de la época.

23 CHIOVENDA. Ob. cit., 22

24 G. TARELLO, *L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica* t. III, 1973, 721 ss.

En lugar de intentar este análisis histórico, que también sería de interés pero que requeriría bastante más que estas breves notas, quisiera hacer una consideración diversa: un ingenuo con alguna inclinación chauvinista podría ver en el fenómeno en cuestión un seguro signo de la superioridad de las culturas que poseen el concepto de acción y la elaboración respectiva como la nuestra, sobre las culturas que carecen de este concepto. Yo sería en cambio partidario de deducir de tal fenómeno una consideración diferente y sustancialmente opuesta, que es la siguiente: si muchos e importantes sistemas procesales en varias partes del mundo, en Europa y fuera de Europa, funcionan (y algunos funcionan muy bien, y seguramente mejor que el nuestro) sin que ninguno piense o haya pensado nunca en conceptualizar el derecho de acción como categoría autónoma, acaso se podría pensar hipotéticamente que se trata de un concepto no fundamental, con toda probabilidad no necesario, y tal vez ni siquiera particularmente útil. Esto podría inducir a hacer caer el derecho de acción bajo la conocida cuchilla de Guillermo de Ockham, por la cual *entia non sunt multiplicanda praeter necessitatem*, y a ver como una suerte de distorsión cultural –no distinta de aquella que llevaba a los científicos medievales a discutir largamente sobre los hábitos de vida y de caza de los unicornios–, la amplia y sofisticada literatura que de tal concepto se ha ocupado abundantemente. Quizá esta hipótesis puede explicar la fase descendente de la parábola del concepto de acción, que siguiendo la indicación de DENTI señalaba yo al inicio: después de decenios de fascinación, iniciada justo con el discurso inaugural chiovendiano que aquí se celebra, existe la fase de la relativización del concepto; la relativización política de CALAMANDREI²⁵, la histórico-cultural de ORESTANO²⁶, en las cuales se mostraba que la acción no es una cosa de la cual se deba descubrir la «íntima esencia», sino un concepto, un objeto de estipulación teórica y cultural, histórica y pragmáticamente relativo, y entonces útil y no útil según los contextos en que viene incorporado, no porque hayan sido definitivamente resueltos todos los problemas que por decenios habían marcado la historia, sino porque se ha advertido que su función –si acaso ha sido importante– de todas formas se ha agotado.

En realidad, sin embargo, una función muy importante ha sido efectivamente desarrollada por la construcción realizada por CHIOVENDA de un concepto general y unitario de acción. Si bien se trata de una afirmación no verificable, me parece que se puede decir que sin tal elaboración habría sido muy difícil, si no imposible, llegar a la formulación de la garantía fundamental de la acción y del acceso a la tutela jurisdiccional que está contenida en el inciso 1 del artículo 24 de la Constitución²⁷. El hecho de que CHIOVENDA no pudiese apuntar conscientemente a este resultado,

25 P. CALAMANDREI. *La relatività del concetto d'azione*, *Rivista di diritto processuale*, 1939, 22 ss.

26 R. ORESTANO. *Azione*, *Storia del problema*, *Enciclopedia del diritto*, IV, Milano 1959.

27 El artículo 24, inciso 1, de la Constitución Italiana prescribe: "Todos pueden obrar en juicio para la tutela de sus propios derechos e intereses legítimos".

que obviamente no podía ni siquiera prever, no le quita en nada la importancia fundamental que su elaboración teórica ha tenido objetiva e históricamente en este sentido, y muestra que la *serendipity* existe también en la historia del Derecho procesal. De otro lado, la debilidad teórica de la construcción chiovendiana, de la cual creo haber mostrado algún aspecto, no incide en la función histórica que ella indudablemente ha tenido: la intrínseca debilidad de cualquier teoría, en el fondo, no es una objeción contra la actividad de teorizar, aunque los resultados efectivos de esta actividad puedan producirse después de decenios, y aunque estos resultados sean imprevisibles por parte de aquel que construye teorías.

