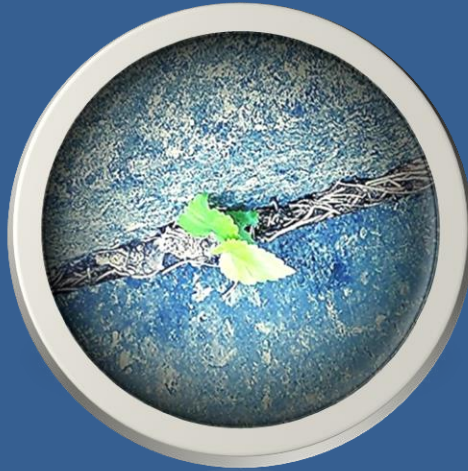


ESCUELA DE
POSGRADO



PUCP



Revista de la
Maestría
EN DERECHO PROCESAL

Vol. 8, N° 1
Enero-julio 2020
ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



Razón y acción

[Reason and action]

Emilio Betti
(Camerino, 1890-Camorciano di Camerino, 1968)

Resumen

Traducción al castellano del famoso ensayo de Emilio Betti "Ragione e azione", en el cual el insigne jurista italiano expone su posición sobre el atormentado tema del derecho de acción, abandonando su primigenia adhesión a la teoría "concreta", acercándose a una concepción "más abstracta".

Palabras clave

Emilio Betti; concepto de razón hecha valer con la demanda; teorías sobre el derecho de acción; clasificación de las acciones

Abstract

Translation into Spanish of Emilio Betti's famous essay "Ragione e azione", in which the distinguished Italian jurist sets out his position on the tormented subject of the right of action, abandoning his primal adherence to "concrete" theory, approaching a "more abstract" conception.

Key words

Emilio Betti; concept of reason affirmed in the lawsuit; theories about the right of action; classification of Actions



Razón y acción

Emilio Betti

(Camerino, 1890-Camorciano di Camerino, 1968)

Publicado en *Rivista di diritto processuale civile*. Número 3, parte primera, 1932, pp. 205-237. Traducción libre de César Moreno More. Revisión de Eugenia Ariano Deho [la traducción sigue el estilo de citación del original]

Quizá no carezca de interés una breve dilucidación¹ de dos conceptos fundamentales, indispensables para entender la lógica del proceso civil, estrechamente conexos pero diferentes –y no siempre diferenciados como se debe–: el concepto de razón y el de acción.

1. La razón hecha valer, como apreciación unilateral de la concreta situación de derecho. Razón y litis. Razón y decisión.

El mecanismo mismo del proceso civil, por la función que le es propia, impone a la parte que toma la iniciativa con la demanda, la carga y el riesgo de formular la *razón* que pretende hacer valer en juicio. En otros términos, el actor no puede limitarse a narrar los hechos de la causa sin expresar apreciaciones de ningún tipo, y remitirse a la apreciación del juez, a fin de que vea y diga lo que le

¹ La cual ha sido tomada del § 6 de mis lecciones de *Diritto processuale civile*, 1931-32, pp. 83-121.

corresponde según el derecho¹. Qué cosa le corresponda debe afirmarlo él, el actor. Es decir, debe *afirmar qué cosa* –según su apreciación unilateral– *la voluntad de la ley exija en el caso concreto* (quid iuris). Desde cuando se define la función del proceso civil² hay que ponerse en mente cómo la actuación de la ley en el proceso se opere *en orden a un concreto interés que se pretende por ella protegido*: se pretende, es decir, se afirma. En particular, el proceso de declaración [*di accertamento*] impone al actor *afirmar existente con un contenido determinado*, o bien afirmar insubsistente (cuando demande una declaración negativa) *una determinada relación o estado jurídico* (relación o estado litigioso), para derivar la posición de preeminencia jurídica, o de libertad de vínculos, a la cual pretende frente al adversario³. Ya en la demanda introductiva del juicio el actor debe indicar –conforme al art. 134, n. 2 CPC– “los hechos en compendio y los elementos de derecho que constituyen la *razón de la acción*”. De esta razón debe luego darse una formulación completa y definitiva en el acto procesal de parte conclusivo de la discusión: es decir en el escrito de conclusiones [*comparsa conclusionale*]⁴.

Para entender bien qué cosa sea lo que la ley llama “razón de la acción” y que puede denominarse *razón* sin más agregado, o *causa* (causa petendi, según la terminología del proceso romano-común), o también *pretensión* (pretensión, sin embargo, en el sen-

¹ Cfr. Hellwig, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozessrechts*, III, pp. 17-18; 35; Betti, *Cosa giudicata e ragione fatta valere*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, 546.

² Aludimos a la definición que hemos dado a dicha función en nuestras *Lezioni* cit. más arriba.

³ *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I. 526 (art. cit.).

⁴ En las críticas que me ha dirigido Di Serego (*Processo senza lite* [1930], 122 ss.) no ha tomado en consideración que la formulación completa de la razón no se tiene en la demanda [*citazione*] introductoria, sino solo en el escrito de conclusiones [*comparsa conclusionale*].

tido asertivo o procesal de afirmación, no ya en el sentido preceptivo de petición o derecho de pedir propuesto por Windscheid)¹, deben tenerse presentes varias nociones²: sobre todo debe tenerse presente el modo en cómo funcionan las normas de derecho sustancial³ y la manera en cómo las apreciaciones contrastantes de parte perfilan la concreta situación de derecho y asumen el reflejarla en el proceso.

Las normas jurídicas en general constan de una previsión y de una correspondiente disposición. Prevén en abstracto hipótesis de hecho determinadas (supuesto de hecho [*fattispecie*] de ley) y disponen efectos jurídicos informados a ciertas peculiares valoraciones suyas⁴. En particular las normas de derecho sustancial conectan a ciertas situaciones de la vida social, clasificadas por categorías generales y abstractas, el efecto de constituir, modificar o extinguir relaciones o estados jurídicos de determinado tipo⁵.

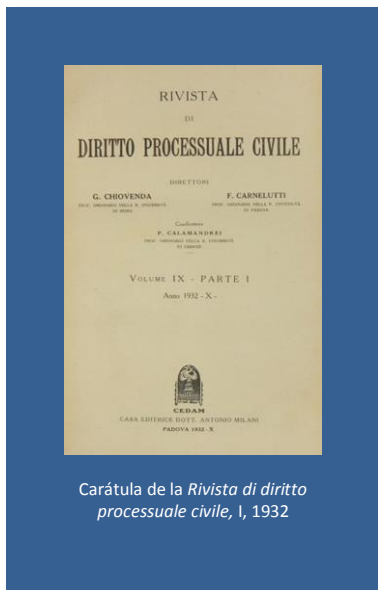
¹ Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, § 43, concibe al pretender no como actividad, sino como “*rechtliche Zuständigkeit*”, vale decir, como derecho de pretender, derecho de exigir algo de alguien, en otras palabras, un comportamiento. Ahora bien, es claro que no toda demanda judicial importa la afirmación de una pretensión en este sentido. En vano Degenkolb, *Einlassungszwang und Urtheilsnorm*, pp. 56 ss., ha tratado de demostrar lo contrario. Nunca se insistirá demasiado sobre la necesidad de diferenciar de este concepto –que, para nosotros, ya ha pasado a la historia, es decir, ya ha agotado su función útil– aquel asertorio o procesal de afirmación: el único que aquí interesa (ya *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, 548 en nota).

² Delineamos por primera vez el concepto de “razón” en el libro *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* (1920), § 1, nota 30, pp. 36-42.

³ Cfr. mis *Lezioni* cit. *supra*.

⁴ Mis *Istituzioni di diritto romano*, §§ 2 y 45. Cuanto sigue, se encuentra expuesto ya en *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, 546. El precepto está en la disposición.

⁵ Aquí bastará con recordar de paso que por relación jurídica entiendo una relación de naturaleza esencialmente bilateral, que el derecho objetivo, en



Carátula de la *Rivista di diritto processuale civile*, 1, 1932

Ahora, cada vez que se produzca en la vida social una concreta situación de hecho (supuesto de hecho concreto) la cual entre en alguno de los supuestos de hecho (de ley) hipotetizados, ella pone en movimiento el mecanismo de la norma que la prevé, provocando en el caso específico el efecto correlativamente dispuesto. El verificarse de la previsión opera sobre la correspondiente disposición (llamada voluntad de la ley), transformándola de abstracta, general e hipotética que era, en concreta, específica y categórica, dando vida a una concreta relación o estado jurídico o a determinar la modificación o la extinción de una relación o estado preexistente.

Ahora bien, este fenómeno de concretización y de especificación, que las disposiciones que constituyen la voluntad de la ley (sustancial), sufren de vez en vez en la realidad con la verificación de las previsiones correspondientes, este mismo fenómeno la parte en causa (actor) asume reflejar y reproducir idealmente con las propias afirmaciones de hecho y de derecho (en la demanda judicial y en el escrito de conclusiones) para derivar, con su *aprecia-*

determinadas hipótesis de hecho, crea entre persona y persona, en la medida en que otorga a una un poder jurídico, mientras que impone a la otra un vínculo correspondiente (*Istituzioni*, cit., p. 234 ss.); luego, por estado jurídico entiendo la posición o cualidad de una persona en el valor que esta tiene en sí misma, prescindiendo del hecho de que ésta a su vez sea presupuesto necesario de relaciones consecuenciales (el concepto romano de *status* es más restringido y técnico [*Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata in diritto romano*, p. 477; *Istituzioni*, § 21, p. 89 ss.]).

*ción unilateral*¹, aquella posición de preeminencia jurídica, o de libertad de vínculos, que afirma le corresponde en contraste de interés con la parte adversaria. La cual, de su lado, resiste y, al menos en el proceso de declaración, suele formar una *apreciación divergente* con la que aspira de tener razón, contestando las afir-

¹ Aquí, la expresión “apreciación” es entendida en sentido práctico y capaz de importar la idea de una *exigencia*, de un *deber ser* (cfr. *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, I, 113) *que responde al interés de quien lo forma* y contrastado por el estado de hecho actual: exigencia, que en conflicto con otros se pretende derivar del precepto de determinadas normas jurídicas. Un elemento *optativo* o *desiderativo* y, digamos también, *volitivo* es inherente a todo *juicio de valor*: v. Croce, *Logica*, 100 ss.; *Saggio sullo Hegel*, 410 ss.; pero sobre todo Nietzsche, *Also sprach Zarathustra*: p. 86 [Schätzen ist Schaften... Durch da Schätzen erst giebt es Werth: und ohne das Schätzen wäre die Nuss des Daseins hohl]; p. 111 [Gleichnisse sind alle Namen von Gut und Böse: sie sprechen nicht aus, sie winken nur. Ein Thor, welcher von inhen Wissen will]; p. 147 [Gut und Böse... und alle Namen der Werthe: Waffen sollen es sein und klirrende Merkmale davon, dass das Leben sich immer wieder selber überwinden muss!]; p. 165 [Euren Willen und eure Werthe seizes ihr auf den Fluss des Werdens; einen alten Willen zur Macht verräth mir was von Volke als Gut und Böse geglaubt wird]; p. 169 [mit euren Werthen und Worten von Gut und Böse übt ihr Gewalt, ihr Werthschätzenden]. Sin embargo, allí donde –en la hipótesis bajo análisis– la apreciación es coordinada con el *interés propio* de quien la forma y es dominada por dicho interés, el elemento volitivo se muestra potenciado y, me atrevería a decir, exasperado. Entonces, ésta se manifiesta ya no como un creer, como una opinión, en suma como una actitud teórica e íntima (perspectiva, ésta, bosquejada, pero rechazada en su momento por Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, II, nota 115, p. 345 ss.; acogida en cambio por Angelotti en su reciente libro, *La pretesa giuridica* (1932), nota 114, p. 169; nota 113, p. 165; cfr. Carnelutti, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1932, I, 192), sino como una afirmación, como un *aspirar a tener razón superando la contestación o resistencia ajena*, por tanto como una actitud esencialmente *practico-social* (en contra y en conflicto con otros), posible también en quien dude íntimamente tener razón. En realidad, una cosa es la afirmación en su significado práctico y social (sobre el cual v. mis lecciones cit., pp. 78-79), otra su correspondencia a la consciencia de quien la hace y a su fe; e incluso otra muy distinta su conformidad con la realidad y el derecho.

maciones y remitiéndose a las mismas o a otras normas de derecho sustancial¹.

El *conflicto entre las dos apreciaciones* unilaterales sobre la subsistencia o el modo de ser de una relación o estado jurídico (relación *litigiosa* o estado *litigioso*) y por tanto entre dos opuestas *aspiraciones de tener la razón*² es lo que yo llamaría *litis*. Me aparto así del concepto de Carnelutti, para quien la *litis* sería un conflicto de intereses compuesto por el derecho, respecto al cual el derecho no funciona porque las partes hacen una aplicación divergente de las normas jurídicas: conflicto compuesto –entiende Carnelutti– en la relación jurídica de la que se discute³. De modo que para él la *litis* se identifica en sustancia con la relación litigiosa. Ahora, que el conflicto llamado *litis* agreda la relación litigiosa (o estado litigioso), y sea, justamente, lo que la hace tal, esto es litigiosa, está fuera de duda. Pero no me atrevería a decir que se identifique con ella. El conflicto recae *sobre* la relación jurídica (litigiosa); tiene en ella su –hipotético– *objeto*, su *materia*; pero no es la relación jurídica. La litigiosidad es una cualidad de ésta, un aspecto accidental, que no toca su objetiva subsistencia. Por otro

¹ V. al respecto cit. *Lezioni di diritto processuale civile*, § 7, p. 128 ss.; § 8, pp. 134-135; Chiovenda, en *Rivista di diritto processuale*, 1931, I, 5-6.

² La razón, concebida como expresión de la apreciación unilateral de la parte en conflicto con la apreciación de la parte adversaria, también es uno de los motivos fundamentales sobre el cual he tratado de reconstruir el proceso romano en las *Istituzioni di diritto romano*, vol. II: v. p. 636; 642; 714; 718; 748; 820; 865; 869; 876; 891 ss.

³ Carnelutti, *Lezioni di diritto processuale civile*, I, n. 44, p. 167; *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, I, pp. 28-29; *Processo di esecuzione*, I, p. 331 ss., y en otros lugares. De esta forma, Carnelutti presupone diferente a la *aplicación* (de la norma jurídica) que realiza el interesado (*Lezioni*, n. 43, p. 161), de su aplicación obligatoria, que es la *determinación* [*accertamento*] (*Lezioni*, n. 45, p. 169). La primera corresponde a lo que yo he denominado la apreciación unilateral de la parte.

lado la relación litigiosa solo es objeto *hipotético* de la litis¹, porque una relación jurídica entre las partes, cual viene afirmada por el actor, en realidad también podría no subsistir. Sé bien que el concepto de Carnelutti se vincula, con orgánica coherencia, a su visión sobre la función fundamental del proceso civil y la relación de éste con el derecho objetivo sustancial: visión que rehúye del concebir el derecho sustancial como algo separado y trascendente respecto al proceso, y ve en la sentencia un mandato [*comando*] complementario destinado a determinar y a concretar él mismo (al igual que el negocio jurídico) la voluntad de la ley, que permanece en la norma en estado abstracto e indeterminado². Sin embargo, no creo poder compartir³ precisamente esta visión –que nos lleva a las muy conocidas ideas de Bülow⁴–. Dicho esto –y hecha alguna reserva también sobre la afirmada identificación de todo problema legislativo con la composición de un conflicto de intereses⁵–, debo añadir, sin embargo, que el significado en el que

¹ Cfr. Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, 142, y más adelante en el texto.

² Carnelutti, *Lezioni* cit., I, pp. 88-89; 176-77; II, p. 112; 114; y en otra parte: p. ej. en *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, I, 25; 26-27; 29.

³ *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile*, n. 7 (*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, II, 152 ss.); *Diritto processuale civile* (lecciones), § 3 D, 41 ss.; y más adelante.

La sentencia está destinada a reflejar la realización de la concreción de la voluntad de la ley, pero no a formar parte de la misma. Naturalmente, esto no impide reconocer el núcleo de verdad que está presente en la doctrina de la gradación jerárquica de las reglas jurídicas: sobre ella v. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft*, 213 ss.; *Allgemeines Verwaltungsrecht* (1927), 85; 172 ss.; 299 ss.; y al respecto v. además de *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, 550, alguna buena observación crítica de Benedicenti, *Contributo allo studio dell'autorità della cosa giudicata nelle giurisdizioni amministrative* (1930), 48-55; Jöckel, *Hans Kelsens rechtstheoretische Methode*, 17 ss.

⁴ *Gesetz und Richteramt*, 28 ss., y en otra parte.

⁵ Aquí, como en las cit. *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile*, 42 ss. (*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, cit., II, 163 ss.),

entiendo la litis (en función, es decir, del concepto de razón) es bastante menos lejano del concepto de Carnelutti de lo que pueda parecer de un examen superficial¹. En efecto, reconoce Carnelutti² que el conflicto de intereses (elemento material de la litis) no deviene jurídicamente relevante para el proceso sino cuando sea calificado por una pretensión (elemento formal). De mi lado, admito sin más que la apreciación unilateral de la parte es, en sustancia, lo que Carnelutti (*Lezioni*, n. 43) llama aplicación, hecha por el interesado, de la norma jurídica al caso concreto (en contraposición con la determinación [*accertamento*], que es vinculante): aplicación, cuya divergencia de aquella de la contraparte configura justamente la litis³. Pero si tal apreciación o aplicación de parte tiene carácter práctico y está *dominada y mandada por el interés de la parte que la hace*, también es claro que entre las dos

entiendo un conflicto prejurídico, vale decir, un conflicto que es tal antes de que la ley se predisponga a componerlo. En el campo del derecho público el problema práctico que el legislador se suele plantear, no es componer intereses de igual grado en conflicto entre sí, sino organizar funciones socialmente útiles o políticamente necesarias (*Lezioni*, cit., p. 12). Por lo tanto, la lección que Cortesia di Serego (*Il processo senza lite*, 118-121) ha pretendido darme, está fuera de lugar, dado que se funda en una interpretación equívoca de mi pensamiento.

¹ En este sentido ya Carnelutti reprochaba a su propio discípulo en el prefacio al libro de Cortesia di Serego.

² *Lezioni*, cit., IV, n. 276, pp. 6-7, y de manera más explícita aún en *Rivista di diritto processuale civile*, 1929, I, 28-29, y *Processo di esecuzione*, I, p. 331 ss.

³ Y –se puede añadir– cuya *convergencia* con la de la contraparte puede ser procurada con acuerdo o negocio dirigido precisamente a dicho fin: acuerdo que puede ser una transacción: *negocio que es de fijación [accertamento]*. Solo concibiendo a la fijación negocial [*accertamento negoziale*] como una apreciación bilateral o concorde (de la concreta situación jurídica preexistente) creo se puede admitir la figura –contrariamente evanescente– de un *negocio de fijación*: figura que Ascarelli (*Rivista di diritto processuale civile*, 1929, I, 324; *Appunti di diritto commerciale*, III, 100 ss.; *Rivista del diritto commerciale*, 1932, I, 254 ss.), ha postulado en lugar de construirla. Cfr. también breves referencias en *Rivista del diritto commerciale*, 1927, II, 374, sobre los *negocios de segundo grado*.

fórmulas –conflictos de apreciaciones y conflicto de intereses– hay (salvando siempre la divergencia de principio arriba evidenciada) una sustancial, y para mí reconfortante, coincidencia.

Un conflicto entre dos apreciaciones unilaterales, sea actual, sea al menos *virtual* por el mismo carácter *controvertible* de la apreciación que el actor formula en la demanda¹, es normal en el proceso de declaración destinado justamente a remover una incertidumbre de la cual el conflicto es el síntoma. También es posible, aunque no normal, un conflicto de apreciaciones como tal en el proceso de ejecución: en el cual la relación jurídica que se hace valer ya suele estar determinada de manera vinculante y, por tanto, en línea de principio, no es más, al menos fundadamente, controvertible², sino solo necesitada de actuación por la objetiva inobservancia del deber jurídico por parte del demandado³. Lo

¹ El carácter controvertible indica precisamente la posibilidad de un conflicto de apreciaciones. El conflicto permanece en estado virtual, cuando el demandado es contumaz y en los casos que Carnelutti denomina proceso sin litis: sobre cuya determinación exacta se puede disentir de Cortesia di Serego.

² Digo, en principio: porque en concreto el título ejecutivo puede no documentar un derecho realmente existente (Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 244 ss.; y más adelante). La fijación [*accertamento*] de parte (sea privado o administrativo) en la medida en que constituye por ley título ejecutivo, también puede ser vinculante, según la feliz construcción que de esta figura propuso Cristofolini, *Il processo d'ingiunzione* (1931), pp. 9-10; 13 (en donde también, pp. 10-11, se indica un criterio de distinción preciso entre determinaciones [*accertamenti*] con predominante función ejecutiva y medidas provisionales cautelares). La construcción debe ser coordinada con la del negocio de fijación (*supra*, p. 273, nota 3). A diferencia de las fijaciones [*accertamenti*] administrativas –en los que el acreedor tiene una posición de supremacía– las fijaciones [*accertamenti*] privadas o son bilaterales (p. ej., art. 1772 CC) o, si unilaterales, provienen del deudor, y en este sentido pueden considerarse concordes, por su conformidad al interés del acreedor.

³ Insisto –como ya lo he hecho en *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, 548, nota– al poner en guardia en contra de un equívoco en el que me parece cae Carnelutti (*Processo di esecuzione*, I, n. 2 (396), 25 (419), 132 (526), 164 (558)) y que radica en confundir la pretensión en sentido procesal con la pretensión en

que nunca puede faltar en ningún proceso civil, también cuando falte de hecho un conflicto de apreciaciones entre las partes¹, es la formulación de una razón, en la cual sea *individualizada la voluntad de la ley sustancial que el actor afirma devenida concreta en el caso, o que* –cuando se demande la declaración negativa– *asevera insubsistente*². Si subsista, o no, la voluntad de la ley así individualizada, forma justamente el objeto (el mérito) de la discusión procesal o de la decisión del juez.

En verdad, a su vez, el juez por sí mismo debe reflejar y rehacer idealmente el mismo fenómeno de concretización de la voluntad de la ley (sustancial) según las peculiares valoraciones legislativas de los hechos³. Juez que –llamado a resolver sobre el

sentido de Windscheid. Solo el derecho a la prestación, cuya pretensión (razón) hecha valer se exige con la acción ejecutiva, puede ser lesionado o insatisfecho. La razón en sí misma, aquella mera *afirmación*, solo puede ser contestada o reconocida. La falta de satisfacción (del derecho) también es *afirmada* en la razón. Esta –como entidad puramente procesal– a lo sumo podrá quedar *vana*, ante la *resistencia* del deudor *en el proceso ejecutivo*, o ante la falta de bienes que aprehender.

¹ Concorde Goldschmidt, *Der Prozess als Rechtslage*, p. 143 (en la nota 291); p. 212 (en la nota 1172 c).

² He llegado a esta definición a través de una elaboración autocrítica, cuyas etapas son las siguientes: *Concetto della obbligazione* (1920), § 1, nota 30, p. 37; *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile*, n.º 9, pp. 40-44 (*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, II, 161-165) y allí nota 5 en p. 44 (en relación a *Rivista internazionale di filosofia giuridica*, 1925, pp. 58-59, nota 2); *Cosa giudicata e ragione f.v.*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, 545 ss. Por otra parte, la construcción propuesta por Angelotti, *La pretesa giuridica*, n.º 114, p. 169; n.º 117, p. 172; n.º 137, p. 191, es inaceptable: bien porque confunde la pretensión con la demanda, haciendo de ella el acto constitutivo de la relación procesal, que es una cosa totalmente distinta; bien porque identifica afirmación y opinión, y viceversa confunde afirmación y declaración de voluntad; bien porque determina inexactamente al objeto de la afirmación. Críticas, estas, ya formuladas por Carnelutti, en *Rivista di diritto processuale civile*, 1932, I, 192 ss.

³ Mis *Lezioni*, cit., pp. 30-33; 411-415. Por tanto, la determinación [*accertamento*] del juez no forma parte del fenómeno real de la concreción de la volun-

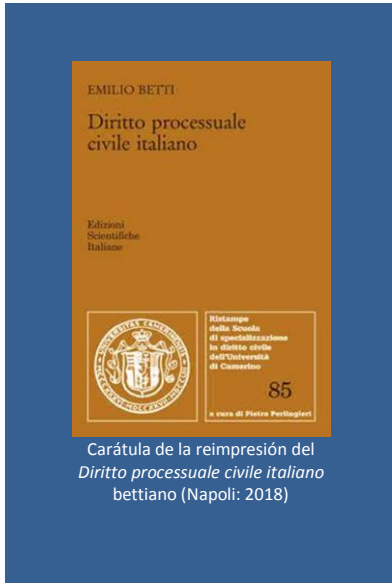
mérito de la demanda judicial y a dar la razón a quien la tiene efectivamente– individualiza¹ según su propia convicción la “voluntad de la ley” con resultado a veces positivo, a veces negativo, y determina la existencia y la entidad, o bien la insubsistencia, de la relación o el estado jurídico sobre el cual se contiende. Con lo cual él, en la decisión, sustituye la apreciación unilateral de las partes en causa con una apreciación imparcial (declaración [*accerramento*]) de valor normativo para ambas.

Así en las afirmaciones de la parte como en la decisión del juez el procedimiento lógico de individualización de la voluntad de la ley apunta a determinar [*accertare*] y a representar² el fenómeno real antecedente de esta concreción de esta misma voluntad. Solo a través de aquellas afirmaciones los hechos de la causa y la concreta situación de derecho vienen perfilados en el proceso y sometidos al conocimiento del juez. Tale afirmaciones constituyen

tad de la ley, pero tiende a reflejarlo ni más ni menos que en la apreciación de la parte (cfr. mis observaciones en *Studi di diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, 69 ss.). La diferencia es que tiende a reflejarlo desde un punto de vista imparcial, ya no dominado por el interés de parte (Carnelutti, *Lezioni*, II, n.º 122, pp. 380-383).

¹ Individualiza, vale decir, determina, especifica, identifica en orden al caso concreto, pero en el sentido de *descubrir* aquella que en el caso *es* la voluntad *preexistente* de la ley (*Lezioni*, cit., 30, 412): por tanto con actitud esencialmente teórica. La identificación de la parte aspira a servir de paradigma a la del juez (*Lezioni*, cit., 80 ss.).

² Sobre dicho procedimiento, vale decir, sobre la génesis lógica de la decisión, v. *Diritto processuale civile* (*lezioni*), 411-415; *Rivista di diritto processuale civile*, 1924, II, 193 ss.; 256. El conocido trabajo juvenil de Calamandrei sobre el tema (reimpreso en *Studi sul processo civile*, I, 1-51) no satisface por su planteamiento, a causa de algunas lagunas en las necesarias premisas lógico-filosóficas. Como advertí desde la primera lectura, Calamandrei no debió hablar de los juicios individuales de derecho (clasificatorios y normativos) únicamente al final, sino tomarlos como punto de partida: porque en estos radica precisamente el verdadero núcleo lógico de la sentencia. Y habría podido dejar de hablar, sin perjuicio alguno, del ya denostado silogismo.



Carátula de la reimpresión del *Diritto processuale civile italiano* bettiano (Napoli: 2018)

el *curso necesario* a través del cual la hipotética relación o estado jurídico controvertido sobrepasa el umbral del proceso, viene en éste *introducido* (*deducido*) y deviene litigioso.

2. *La razón hecha valer como afirmación destinada a justificar la resolución pedida, salvo la demostración de su fundabilidad de hecho*

Por lo tanto, la razón – formulada con las afirmaciones enunciadas en la demanda judicial y en el escrito de conclusiones– está esencialmente

destinada a invocar y a *representar* en el proceso la concreta situación de derecho *según la apreciación unilateral de la parte*. Adviértase: la razón no se identifica con la concreta situación de derecho existente, objetivamente considerada. Y ello porque ella no es sino una *presentación unilateral* y, como tal, controvertible (salvo precedente determinación [*accertamento*] vinculante)¹; y si ella sea, o no, *fundada en los hechos*, esto es correspondiente a la realidad efectiva, *como para justificar en concreto la resolución pedida*, no se sabe aún mientras esté pendiente el proceso, pero se busca justamente saberlo por obra del juez, a través del proceso.

He aquí por qué no parece exacto decir² que la iniciativa del proceso sirva para hacer valer un derecho subjetivo (cfr. CPC, art.

¹ *Supra*, p. 273, nota 3 y p. 274 nota 1.

² Como reitera, de último, Angelotti, *Pretesa giuridica*, p. 169; 172. En contra, Carnelutti, *Rivista di diritto processuale civile*, 1932, I, 192.

35), y es preferible, por precisión científica, decir, en cambio, que ella sirve para hacer valer *una razón, de cuya fundabilidad en cuanto a los hechos, al inicio del proceso, no consta.*

En primer lugar: 1) no siempre la parte afirma –y pide al juez declarar [*accertare*]- que una determinada relación o estado jurídico subsiste, sino más bien afirma a menudo que una relación o estado tal, en todo o en parte, *no subsiste*. Ello viene afirmado por el actor en las demandas de declaración negativa; ello a menudo viene afirmado por el demandado frente a demandas de declaración positiva. ¿Cuál “derecho” hace valer la parte en tal caso? Lo que en tal caso –según la apreciación de la parte– exige la voluntad de la ley en el caso concreto, es simplemente nada, es decir nada de positivo; vale decir, que a la ausencia de una positiva disposición suya corresponde la *libertad de un pretendido vínculo jurídico*, y en tal libertad justamente consiste la protección correspondiente al interés de la parte¹.

Además: 2) no siempre la voluntad de la ley, concretándose en una situación de derecho entre las partes, da lugar *a un derecho subjetivo* de una frente a la otra. Quien promueve una acción posesoria para la recuperación de la posesión o para su mantenimiento contra la perturbación (CC art. 694; 695), no hace valer un derecho subjetivo a la posesión, sino simplemente un interés protegido por normas que, por exigencias de la pacífica convivencia social, tutelan la conservación del estado de hecho existente, prescindiendo de la consideración (reservada para el juicio petitorio) de lo que deba ser, y corresponda a la parte, en línea de derecho². Así también, en el campo del proceso penal, quien propone una

¹ Cfr. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento statale*, pp. 5-7.

² Cfr. mis *Istituzioni*, § 104, p. 966 ss.; Finzi, *Possesso dei diritti*, 177 ss. No se trata de una defensa cautelar provisoria de un derecho (de propiedad) aparente, sino de defensa autónoma de la relación de hecho con la cosa en cuanto tal, contra actos de autotutela privada socialmente desaprobadas (*Lezioni*, cit., 51).

querella imputando a otros un delito por el que no se procede de oficio, no hace ciertamente valer un derecho subjetivo a la punición del culpable¹. Así igualmente, en el campo del proceso administrativo, quien demanda la anulación de un acto administrativo ilegítimo, no hace valer un derecho subjetivo en contra de la administración pública. Incluso si aquí no se quiere ver una jurisdicción de mero derecho objetivo, para cuya excitación el particular venga constituido en simple órgano de la colectividad², es también claro que el interés legítimo, al que la demanda debe reconducirse, es algo cuantitativamente distinto del derecho subjetivo. Distinto tanto porque no contrastante, sino coincidente con el interés de la administración pública, como porque tal tutela es normalmente confiada al poder y a la iniciativa de ésta³.

Pero hay más: 3) incluso cuando se reconduzca a un derecho subjetivo, la razón hecha valer no se identifica en absoluto (ha sido notado hace poco) con el derecho subjetivo considerado en sí mismo, abstracción hecha de su actuación por vía del proceso,

¹ El derecho subjetivo de punir –para quien lo admita (cfr. en cambio Manzini, *Trattato di diritto penale*, I, n.º 46)– no puede corresponder, en el ordenamiento actual, más que al Estado-administración (Grispigni, *Corso di diritto penale* (1932), 333 ss.; 336-38). El derecho de querella es un poder de disposición de aquella pretensión punitiva (Manzini, *Istituzioni di diritto processuale penale*, (1932), n.º 8, p. 16, n.º 127, p. 231; cfr. Angelotti, *Pretesa giuridica*, p. 84), que solo es dada por la opinión razonable de la existencia del delito y constituye la razón de la acción penal (Grispigni, *op. cit.*, 349) o, bajo otro aspecto, el objeto (contenido material) del procedimiento penal (Manzini, *Istituzioni*, *loc. cit.*).

² Según la concepción sostenida por Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 358; 336. V. sin embargo, en sentido contrario, Cammeo, en *Rivista di diritto pubblico*, 1911, II, 547-49; *Corso di diritto amministrativo*, III, n.º 389, pp. 1604-6; Ranelletti, *Le guarentigie giurisdizionali della pubblica amministrazione* (curso 1929-30), n.º 162 ss., p. 430 ss.; en esp. pp. 454-461.

³ En este sentido v. ahora p. ej., Piccardi, *La distinzione fra diritto e interesse nel campo della giustizia amministrativa* (extracto de: "Il Consiglio di Stato. Studi in occasione del centenario", vol. II), § 25, pp. 91-93; § 41, pp. 177-78 y otro lugar.

pero lo designa y lo afirma, aunque objetivamente inexistente, desde el punto de vista de su actuación en el proceso. Incluso si referida a un derecho subjetivo, la razón expresa simplemente un *perfil* o *reflejo unilateral* bajo el cual aquel es reconducido, una *posición lógica* en la cual aquel está pensado: perfil, reflejo o posición, en el cual aquel aparece a través de la apreciación –incluso deformante– de la parte, en cuanto afirmado y deducido en juicio. La misma reconducción al derecho subjetivo –hecha en función del tipo de resolución pedida– puede conscientemente prescindir de una declaración [*ascertamento*] definitiva de ese derecho y apuntar solamente a justificar una tutela de carácter provisional (mediante medidas cautelares), o anticipada (merced a declaraciones [*ascertamenti*] con prevaleciente función ejecutiva, o mediante ejecución forzada de determinaciones [*ascertamenti*] de parte o no definitivas)¹.

Este es el punto. Y aquí se demuestra también la utilidad constructiva del concepto que estamos dilucidando. En el terreno del derecho procesal puede y debe hablarse de una “razón hecha valer”, aunque a la indagación del juez ella le resultara luego no correspondiente a la que en el caso concreto es la real situación de derecho entre las partes, es decir, en todo o en parte *infundada*. Porque el derecho de la parte, deducido en juicio bajo la especie de razón hecha valer, es algo *hipotético*, puramente *afirmado*²: aún no es algo demostrado al juez en su fundabilidad y por él reconocido y *determinado* [*ascertato*] a los fines de la resolución a la que aspira. (Cuál de las dos partes tenga efectivamente la razón es, mientras se atiende la decisión, aún incierto). La razón es algo estrechamente correlativo a la *aspiración* (que cada una de las partes contendientes persigue) a tener razón, y por tanto a obtener

¹ Cfr. Chiovenda, *Principii di diritto processuale civile*, 50 ss.; 244; Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, 517; II, 12; 235.

² Cfr. Kossmann, *Die Klagerhebung, ihre rechtliche Natur und ihre allgemeinen Erfordernisse* (disertación, Berlín, 1910), 30-32.

del juez una decisión favorable. En verdad, la decisión favorable (que aspiran ambas partes) no puede ser lógicamente justificada si no por una razón que el juez reconozca realmente fundada. Y también en el proceso de ejecución, incluso cuando la razón haya sido previamente determinada [*accertata*] de manera vinculante, la resolución pedida por el actor se presenta inicialmente solo cual objeto de aspiración, ya sea por la eventualidad (que no hay que excluir a priori) que el deber jurídico haya sido cumplido o haya cesado¹, sea por la misma posibilidad de cuestionamientos incluso infundados.

Lo esencial para poder decir que la parte (actor) hace valer una *razón*, no es que ésta esté *fundada de hecho, en el caso concreto* –lo que podría también no ser, y en cualquier caso, al inicio del proceso, *no consta*–, sino que ella esté *fundada de derecho, en abstracto*, en el sentido que la parte debe referirse, afirmándola, a normas y principios de derecho existentes, es decir a una efectiva voluntad abstracta de ley, la cual, cuando hubiera devenido concreta en el caso –como se afirma– sería idónea para justificar la resolución pedida con la demanda judicial². De tal manera, al inicio del proceso, puede decirse solamente esto: que, suponiendo que la parte logre dar al juez la demostración de la fundabilidad de hecho de lo que afirma, lo que ella afirma constituye una razón, en cuanto suficiente *en sí* –cuando se prescinda por un momento de aquella necesaria demostración– a justificar abstractamente la resolución pedida³.

¹ Al respecto v. Calda, *L'impugnativa del credito nella esecuzione forzata della sentenza* (1907), 13 ss.; Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione* (1931), 164 ss.; Carnelutti, *Processo di esecuzione*, I, n.º 22-23.

² *Diritto processuale civile* (lezioni cit.), 198-202, en total conformidad con Calamandrei, *Studi sul processo civile*, I, p. 9 ss.

³ La necesaria coordinación lógica de la razón hecha valer (causa petendi) con el objeto de la demanda (petitum) puede explicar la confusión ya advertida en la construcción propuesta por Angelotti, *Pretesa giuridica*, p. 169, 172.

En conclusión, pues, la razón hecha valer no es otra cosa sino la *afirmación* o –si se prefiere– el *perfil*, bajo cuya especie viene presentada una concreta situación de derecho por la parte que inicia el proceso, como tal idónea abstractamente, en hipótesis –salvo la prueba de los hechos– a justificar la resolución jurisdiccional pedida: esa afirmación o ese perfil, *bajo cuya especie* la relación o el estado jurídico controvertido viene por la parte *introducido –deducido en juicio*, según la incisiva expresión romana– y deviene propiamente litigiosa: viene, es decir, sometido a la cognición del órgano jurisdiccional y forma *objeto* de la discusión procesal (“objeto del proceso”, como también se dice), de la resolución de fondo (CC 1351: “sujeto de la sentencia”) y, por tanto, de la cosa juzgada¹.

3. El derecho de acción: cuestión sobre su naturaleza abstracta o “concreta”. Su fundamento exclusivo en la ley procesal y su coordinación con la razón hecha valer

Dilucidado el concepto de razón, ahora hay que aclarar el correlativo de *acción*.

Esta expresión, que en su significado primitivo (actio) designa la propia *iniciativa del proceso* –iniciativa, que hoy más propiamente se indica con la palabra “demanda”– se usa en el lenguaje actual para designar el *poder de desplegar tal iniciativa*: el derecho de acción. Y por cuanto la iniciativa del proceso sirve para hacer valer una razón en el sentido que se ha dicho, la acción como derecho no es otra cosa sino el *poder jurídico de provocar la actuación jurisdiccional de la ley* (según la función del proceso civil), *en orden a una determinada razón que se hace valer*.

¹ Sobre lo cual v. *Cosa giudicata e ragione fatta valere in giudizio*, en *Rivista del diritto commerciale*, 1929, I, 545-561. La cosa juzgada sustancial, no obstante, se produce toda vez que la decisión toque el fondo de la causa, sea que decida de la razón, sea que decida solo de la acción, como p. ej., del interés en actuar o de una excepción de compromiso (mis *Lezioni*, cit., 158-162; 198-218).

¿Cómo debe concebirse este derecho?

En primer lugar: ¿es él un derecho que, para poder decirse tal, presupone necesariamente existente la relación o estado jurídico que la parte hace valer, o inexistente aquel que ella niega o pone en cuestión, es decir, presupone *fundada de hecho* la razón que ella propone a juicio? ¿Corre un nexo inescindible entre el derecho de acción y la concreta situación de derecho sustancial, que la parte pide al juez determinar [*ascertare*]?

Al resolver esta debatida cuestión los procesalistas se han dividido en dos bandos. Los unos responden en sentido afirmativo, y conciben a la acción como un derecho *concreto*, necesariamente condicionado e individualizado por una concreta situación de derecho sustancial preexistente: precisamente por aquella situación (relación, estado jurídico, etc.), del cual se pide y se obtiene del juez la determinación [*ascertamento*]. La conciben, en suma, como un derecho que aparecerá correspondiente o al actor o al demandado, según el resultado del juicio, es decir –salvo hipótesis anormales– a una de las dos partes que al juez le resultará tener efectivamente razón. Los otros –y hoy son los más– responden, por el contrario, en sentido negativo; y conciben a la acción como un derecho *abstracto*, no vinculado a la existencia efectiva de la concreta situación de derecho que se afirma y se pide al juez determinar [*ascertare*]: como un derecho, por tanto, que se abstrae por completo de ella (de allí la calificación de abstracto).

En verdad sobre la univocidad de estas calificaciones habría que hacer algunas reservas. La cuestión del carácter abstracto o causal (mejor que concreto) puede ser planteada tanto respecto al *derecho* que la acción es, como respecto al negocio¹ con el cual se

¹ Al respecto, v. p. ej. nuestras *Istituzioni*, p. 374 ss.; Ascarelli, *Appunti di diritto commerciale*, III, 122 ss.

emprende el ejercicio: la demanda judicial¹. No está dicho que la solución deba ser uniforme bajo ambos aspectos. Puede bien darse que como *derecho* la acción deba concebirse independientemente de la efectiva existencia de la concreta situación jurídica que se afirma –abstracto en este sentido–, y como *negocio* deba en cambio concebirse estrechamente dependiente de la *invocación* a tal concreta situación, es decir vinculado a su *representación*, coordinado a su *afirmación* en juicio: y por tanto no abstracto, sino causal. Tal es justamente nuestro pensamiento.

A nosotros nos parece que un *nexo de coordinación* intercede más bien *entre la acción y la razón con ella hecha valer*, pero que la acción sea un derecho de naturaleza específicamente *procesal*, conferido por la ley procesal en orden a la *razón afirmada solamente*, independientemente de la circunstancia de que tal razón sea luego reconocida por el juez en cuanto *de hecho fundada*. Solución, ésta², que presenta alguna afinidad con aquella sostenida por Degenkolb en 1877³, si no fuera que Degenkolb, al afirmar la necesidad, en la demanda judicial, de referirse e invocar, al menos implícitamente, a una pretensión (*Anspruch*), entiende la pre-

¹ Sobre el posible aspecto doble de la demanda, como negocio procesal y como acto de ejercicio del derecho de acción v. cit. mis *Lezioni di diritto processuale civile*, § 5, pp. 81-83.

² Ya afirmada por nosotros (1927) en nuestras *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile*, § 9, en *Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, II, 162. Las ideas desarrolladas allí en realidad marcan un claro distanciamiento respecto a la tesis del derecho concreto de acción sostenida por nosotros en el libro sobre el *Concetto della obbligazione*, § 1 así como en nuestro curso de proceso civil de Macerata de 1921-1922. Sin embargo, no nos dimos cuenta de dicha diferencia hasta ahora: tanto es así que aún seguimos sosteniendo aquella tesis.

³ En el libro *Einlassungszwang und Urteilsnorm*; § 9, p. 5 ss.; en especial donde Degenkolb se cuida de advertir que siempre se trata de *pretensión afirmada* (op. cit., 56; 64 n.º 1). Cfr. Plank, *Lehrbuch des Deutschen Civilprozesses*, I (1877), 399 ss.

tensión no en el sentido *asertivo* o procesal (propuesto por nosotros) sino en el sentido *preceptivo* conforme a la concepción de Windscheid, y la define cual “expectativa jurídica de un evento, referida a un sujeto que responde por él o que está obligado frente al titular a realizarlo”. Es inútil decir cuántos esfuerzos se ha visto obligado a realizar Degenkolb para demostrar la presencia de una pretensión así concebida en cada demanda judicial¹.

No hay duda de que se puedan considerar las cosas también *desde el punto de vista de la ley sustancial* de cuya actuación se trata. Y una vez adoptado tal punto de vista –que es, luego, aquel en el que se pone el jurista consultor, interrogado sobre la probabilidad de éxito de una causa intentada o por intentarse– es lógico concebir a la acción de la parte que parece tener la razón, como el poder –preexistente al proceso– de obtener, según lo que es normalmente previsible, la actuación de la ley a propio favor, o como expectativa–radicada con el proceso– de una sentencia favorable: en particular, como expectativa de una sentencia desestimatoria por parte de quien sea demandado en juicio con una demanda infundada. (A este punto de vista se inspira la construcción delinada por los juristas romanos, de una expectativa de condena –*condemnari oportere*– radicada con la *litis contestatio*)². Pero la cuestión debe plantearse en otros términos. Al configurar un derecho *procesal* –aunque preexistente al proceso– como el derecho

¹ Así, p. ej., en el proceso de mera declaración, Degenkolb (*op. cit.*, 59-63) postula una expectativa sustancial de *reconocimiento*, dirigida a la omisión de perturbaciones o amenazas, en tanto continúen bajo la forma de contestación: expectativa que él, en el presupuesto de una coacción al contradictorio, intenta conciliar con el derecho procesal de la defensa, y concibe como susceptible de violación incluso sin culpa imputable al adversario.

² V. al respecto: *Per una costruzione giuridica della c. d. consunzione processuale in diritto romano classico* (1919), 20-26; y ahora *Istituzioni*, § 94; II, pp. 823-834. Cfr. Goldschmidt, *Prozess als Rechtslage*, p. 36 ss.; Kaser, *Restituere als Prozessgegenstand* (1932), 178-81: no del todo exactos. A menudo, también hoy, se entiende por acción el derecho sustancial a la sanción.

de acción, hay que ponerse *desde el punto de vista de la ley procesal* del cual aquel descende. Es este el único enfoque científicamente correcto del problema¹. Ahora, si nos ponemos desde este punto de vista, se presenta de inmediato claro que al derecho objetivo procesal responde y se adecua plenamente solo una concepción que prospere como *incierto*, al inicio del proceso, *si la razón hecha valer sea, o no, de hecho fundada*². Atender al resultado del juicio la solución de la duda de si el actor haya o no ejercitado un derecho de acción, es evidentemente incongruente.

Una vez, luego, admitida, como debe admitirse, la naturaleza procesal del derecho de acción, es forzoso encontrar su fuente en la ley procesal³ y en ella solamente. No sería útil postular como su fuente –para conservar el carácter de derecho “concreto”– un conjunto de normas intermedias entre la ley sustancial y la ley procesal: vale decir un sistema de “derecho judicial sustancial” (Goldschmidt)⁴, o de normas procesales sustanciales⁵, las cuales,

¹ Weismann, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, p. 70, nota 11, n.º 4; Goldschmidt, en *Festgabe für Hübler*, 92.

² Cfr. Weismann, *op. cit.*, I, p. 67; 517; II, p. 12; 235.

³ En principio, esto lo sostuve, alejándome de Chioyenda, en el libro sobre el *Concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione* (1920), pp. 50-55 en nota, postulando no obstante un derecho procesal–sustancial (v. p. 221, n.º 2).

⁴ *Materielles Justizrecht (Rechtsschutzanspruch und Strafrecht)* en la *Festgabe für B. Hübler* (1905), 85 ss.; en especial pp. 98-101; *Zwei Beiträge zum materiellen Ziviljustizrecht*, en la *Festschrift für Brunner* (1914), 109 ss.; en especial, pp. 118-123. Cfr. también Kipp, en la *Festgabe für Martiiz*, p. 213. El concepto fue sometido a crítica por: Binder, *Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch* (1927), 260 ss.; Rosenberg, *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (2ª ed., 1929), p. 272.

⁵ Construcción por mí referida en el citado *Concetto della obbligazione*, cit.; en *Efficacia delle sentenze determinative* (1921), p. 27, n.º 4; en el *Trattato dei limiti soggettivi della cosa giudicata* (1922), 213; en *Rivista di diritto processuale civile*, 1925, II, 31, n.º 2; sustancialmente abandonada, con la crítica a la construcción afín de Goldschmidt, en las *Osservazioni sul progetto di codice di*

al disponer efectos de derecho procesal, asumirían como objeto de la propia previsión (como supuestos de hecho) las relaciones jurídicas reguladas por la ley sustancial, para reconectarle directamente poderes y cargas procesales de las partes o deberes de los órganos jurisdiccionales¹. En línea general basta considerar el mecanismo de la norma jurídica (v. sub 1) para entender de inmediato que la norma misma debe contener la *entera* hipótesis de hecho que forma objeto de calificación y de valoración de su parte. Puede bien haber una concatenación entre normas de un mismo sistema jurídico, en el sentido de que una norma de carácter consecuencial o secundario puede hipotetizar la inobservancia de otra norma que presupone, o incluso, reenviar a su mismo supuesto de hecho². Pero para que ello sea posible, se debe tratar precisamente de normas que forman parte del mismo conjunto orgánico. Ahora, sin embargo, la ley sustancial, de un lado, y la ley procesal, del otro, aunque constituyen particiones internas de un orden jurídico superior que las domina y las comprende a ambas, constituyen dos sistemas jurídicos distintos netamente separados y relativamente independientes el uno del otro. Entre normas de sistemas separados e independientes, como ellas son, no puede correr ciertamente un nexo de coordinación causal, y, por así decirlo, servil, sino solamente un nexo de coordinación final y teleoló-

procedura civile (1927), 40 ss. (*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, II, 161 ss.).

¹ Sin embargo, el núcleo del pensamiento de Wach, *Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, I, pp. 125-128, debe ser mantenido en pie en el sentido que diremos en el texto, quien brindó el punto de partida a la construcción en cuestión.

² La aplicación más ilustrativa de este punto de vista se tiene en el carácter sancionatorio de aquel sistema jurídico que es el derecho penal: v. ahora al respecto, Grispigni, *Corso di diritto penale*, I (1932), pp. 293-297; cfr. mis *Istituzioni*, 605 ss.; 610 ss. Sobre las posibles relaciones entre las diferentes ramas de un orden jurídico cfr. Jellinek, *Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung*, pp. 91-93.

gico¹ dependiente del hecho de que el proceso no es un fin en sí mismo, sino medio para lograr un fin, y el fin sigue siendo la actuación del derecho sustancial².

En verdad las normas procesales que confieren poderes o imponen cargas a las partes o deberes a los órganos jurisdiccionales, asumen como hipótesis de hecho, objeto de su previsión, no ya la *existencia efectiva* de una concreta situación de derecho sustancial, sino simplemente la *afirmación* de ella en juicio, en orden a la aspiración a que el juez la reconozca como le viene prospectada, y resuelva en consecuencia. (Hay que tener presente que el afirmar es categoría procesal por excelencia³ como específicamente procesal es la correlativa valoración de fundabilidad⁴). Y con el efecto jurídico que disponen, tales normas no garantizan en absoluto, a la parte, el logro de su aspiración, sino solo indican la *vía* a recorrer en tal sentido: lo que es su *poder*, pero conjuntamente su *carga* y su *riesgo*. Así, cuando el art. 1312 CC impone a quien demanda la ejecución de una obligación la carga de probar el nacimiento (hecho constitutivo) y a quien pretende ser liberado la carga de probar el hecho que habría producido su extinción (hecho extintivo), aquel no reconduce la carga de la prueba a la *existencia objetiva* de un hecho que haya constituido o extinguido la relación obligatoria, sino únicamente a la *afirmación* de tal hecho en juicio⁵; ni

¹ *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile*, 41 (*Annuario di diritto comparato e di studi legislativi*, II, 162).

² *Mis Lezioni*, cit., § 1, pp. 12-16.

³ *Lezioni*, cit., pp. 78-79.

⁴ *Lezioni*, cit., § 9, p. 157 ss.

⁵ Que la carga de la prueba siga a la carga –no al interés– de la *afirmación*, es lo que trato de demostrar en las *Lezioni* cit., en el § 24, p. 444 ss. Que a la afirmación (razón) haya que referirse para determinar la legitimación para accionar, lo sostengo allí mismo en p. 209 ss. Cfr. la diferente formulación alternativa de U. Rocco, *Legittimazione ad agire*, pp. 52-54.

asegura como inmediato resultado de la prueba ofrecida una sentencia favorable a la parte que asuma darla.

La acción, por tanto, debe concebirse como un derecho procesal –aunque preexistente al proceso– ligado por un nexo de coordinación a una determinada razón a hacer valer: razón, por lo demás, de cuya fundabilidad de hecho (a valorar conforme a la ley sustancial) al inicio del proceso no consta.

4. Dirección de la acción: cuestión de si ella se dirija hacia el Estado (o el juez), o bien contra el adversario. La acción, como derecho instrumental, de provocar la actuación jurisdiccional de la ley frente al adversario

Afianzado ello, cabe preguntarnos: concebida la acción como derecho preexistente al proceso, conferido por la ley procesal en orden a una determinada razón a hacer valer, ¿ella debe configurarse como un derecho dirigido hacia el Estado o contra el adversario?

También al responder a esta pregunta, los procesalistas están divididos. No es el caso pasar revista, en esta sede, a las varias teorías: teorías en su mayor parte no tanto infundadas sino unilaterales, porque inspiradas en particulares puntos de vista o que corresponden a algunas fases o momentos de la acción. Más bien, también aquí observaremos que es posible considerar el derecho de acción también *desde el punto de vista del Estado* en cuanto despliega la función jurisdiccional: y ello sea, *a*) poniéndolo en relación con la concreta situación de derecho sustancial (como derecho “concreto”), sea, *b*) prescindiendo completamente de ésta (como derecho “abstracto”). Empero, de lo que trata de ver es si esta visión sea apta para comprender y reflejar justamente aquello que se entiende, y debe entenderse, por derecho de acción. Y mirándolo bien la respuesta no puede sino ser negativa.

a) La construcción de un derecho “concreto” hacia el Estado, a la tutela jurisdiccional (Rechtschutzanpruch) –construcción sos-

tenida por insignes publicistas y procesalistas alemanes (Laband¹, Wach², Schmidt³, Hellwig⁴, Stein⁵, Skedl⁶, Langheineken⁷– colisiona, en primer lugar, con las objeciones efectuadas hace un momento (sub 3) sobre el modo, en general, de considerar la acción desde el punto de vista del derecho sustancial: y esta observación es por sí sola decisiva. Además, ella no considera que con la jurisdicción el Estado no cumple una obligación específica a la cual es correlativa una pretensión (derecho de pretender) por parte de un sujeto de igual grado (lo que haría suponer un conflicto de intereses entre el Estado y el ciudadano particular), sino una *tarea* genérica, una *función* de soberanía, que responde no ya a un interés privado de las partes, sino a un interés público de la sociedad entera (el interés a que se dé la razón a quien la tiene en realidad): función que aquel desarrolla de manera pacífica y permanente a través de los órganos jurisdiccionales gracias al ordenamiento del

¹ *Staatsrecht des deutschen Reiches* (4ª ed.), III, § 84, p. 349 ss.

² *Handbuch des deutschen Zivilprozessrechts*, I, p. 19 ss.; *Feststellungsanspruch in la Festgabe für Windscheid* (1888), en esp. p. 87 ss.

³ *Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts* (2ª ed.), § 4, pp. 16-20.

⁴ *Lehrbuch*, I, § 22; II, § 65; *System*, I, § 110; *Anspruch und Klagrecht* (1900), § 22, p. 145 ss.; *Klagrecht und Klagmöglichkeit* (1905), p. 12; 42 ss.; 61 ss.

⁵ *Über die Voraussetzungen des Rechtsschutzes, insbesondere bei der Verurteilungsklage* (1903), en la *Festgabe für Fitting*, 3 ss.; *Grundriss* (2ª ed., 1924), p. 13 ss.; *Urkundenproz* (1887), 45 ss.

⁶ *Das österreichische Zivilprozessrecht*, p. 6; 12; 18; 363; 373.

⁷ *Der Urteilsanspruch* (1899), 15 ss. Naturalmente, me limito a referir los nombres más representativos. Otros partidarios de la teoría se encuentran indicados, p. ej., por Hellwig, *System*, p. 291 en nota. Partidarios más recientes son Schüfer, *Urteilsanspruch*, 1921, y Bley, *Klagrecht und rechtliches Interesse*, 1923, además de Goldschmidt, *Zivilprozessrecht* (1929), § 12, p. 29 ss.

proceso civil – siempre que éste sea puesto en movimiento con una demanda¹.

Ni a salvar la construcción en referencia vale concebir a la acción como el poder de constituir el derecho a la tutela jurisdiccional con el planteamiento de una demanda fundada (Seckel, Goldschmidt, Heim)². El deber específico de resolver surge más bien en el órgano jurisdiccional solamente por efecto de la demanda y como contenido de la relación procesal; pero en el proceso de declaración [*accertamento*] no es deber del juez *estimar* la demanda, sino el de *examinarla* y de *decidir el fondo* conforme al derecho objetivo, dando razón (como es su deber de oficio) a quien, según su interpretación y convicción, resulta tenerla. Deber, pues, de carácter neutral, al cual corresponde el derecho no solo de una parte, sino de ambas, a una decisión conforme a las actuaciones procesales (Bülow)³. Análogamente en el proceso de ejecución, el derecho de la parte hacia el órgano ejecutivo está dirigido únicamente a la *puesta en obra* de las medidas ejecutivas, no ya a un *resultado fructuoso*: resultado que, dependiendo de las condiciones patrimoniales de la contraparte y también de su grado de resistencia, el Estado nunca puede garantizar.

b) Otros, en cambio, construyen la acción como un derecho “abstracto” hacia el Estado, y precisamente como el *derecho de acudir* [adire] a los tribunales que corresponde a todo ciudadano

¹ Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile* (1904), pp. 69-71; Carnelutti, *Lezioni*, I, p. 231; IV, p. 417; Bülow, *Klage und Urteil*, 13 ss. (*Zeitschrift für Zivilprozess*, 31, 203 ss.); Rosenberg, *Lehrbüch*, cit. (1929), § 89, pp. 268-272; Kohler, en *Zeitschrift für Zivilprozess*, 33 (1904), p. 221 ss.; Binder, *Prozess und Recht*, p. 260 ss.

² Seckel, *Gestaltungsrechte*, en la *Festgabe für Koch* (1903), p. 249, n. 1; Goldschmidt, *Materielles Justizrecht*, 1, cit., 93 (p. 11 del extracto); Heim, *Feststellungswirkung des Zivilurteils* (1912), p. 12; cfr. *Concetto della obbligazione*, § 1, n. 33, p. 47-49.

³ *Klage und Urteil* (1903), pp. 35-48; cfr. *Lezioni*, cit., § 8, p. 133; 147.

uti civis (cfr. CC 3) y que entran dentro de la categoría de derechos subjetivos públicos que se dicen derechos *cívicos* (Rocco A. y U. Zanzucchi)¹. Ahora, que en el actual Estado de derecho como ya en el Estado absoluto (se recuerde la respuesta del molinero a Federico el Grande: “todavía hay jueces en Berlín”) subsista un derecho de acudir a los tribunales, es innegable: pero aquel no es sino el reflejo de la función jurisdiccional. Pero a la par se presenta cierto que ello, lejos de identificarse con lo que se entiende por derecho de acción, no es otra cosa que un *presupuesto* de este derecho, algo no distinto de la jurisdicción misma. Casi podría decirse que aquel sea un derecho-medio respecto al derecho de acción², si tal calificación no generara un equívoco, por ser la acción misma un derecho-medio (v. sub. 5). Decir –como dicen los sostenedores de la teoría– que la demanda judicial opere una “individualización subjetiva y objetiva” de ese derecho en sí mismo abstracto e indeterminado, enderezándolo a un objeto determinado y así rindiéndolo concreto y actual³, significa confundir una relación de medio a fin (que puede admitirse) con una relación genética y funcional (que no subsiste). Sería casi como decir que con la celebración de un negocio jurídico se “individualiza” la capacidad de actuar o que con la adquisición de un derecho subjetivo se “individualiza” la

¹ Rocco Alfredo, *La sentenza civile* (1906), n. 32-40, pp. 80-110; Rocco Ugo, *L'autorità della cosa giudicata e i suoi limiti soggettivi*, I (1917), n. 84-101; pp. 235-336; *La legittimazione ad agire* (1929), pp. 20-30; Zanzucchi, *Diritto processuale: corso 1930-31* (texto), n. 16-17, pp. 26-29. Ugo Rocco ha dado una construcción completa y rígidamente consecucional a la teoría, que por su propia abstracción y unilateralidad logra ser muy ilustrativa. En su momento, ésta fue objeto de un examen crítico profundo de mi parte, que aquí no es el caso referir.

² Weismann, *Lehrbuch*, II, p. 9, atribuye al deber del Estado una función puramente mediadora o instrumental.

³ Rocco, U., *Autorità della cosa giudicata*, I, n. 88, pp. 245-49; Zanzucchi, *Dir. proc.* (curso cit.), p. 28 p. Luego, cuando Rocco identifica en el acogimiento o en la desestimación el objeto de la “pretensión” de parte, en la que la acción se “individualiza”, parece que él confunde la acción con la *demanda*. Una crítica análoga podría hacerse a Carnelutti, *Studi Chiovenda*, p. 283, n. 25.

capacidad jurídica; en realidad, la capacidad es algo completamente distinto: ¿es un simple presupuesto de dichos fenómenos, no su germen ni elemento constitutivo!

A esta objeción, de por sí decisiva, escapa quien, remontándose al momento en que la demanda es planteada, encuentra al sujeto pasivo de la relación jurídica de acción en el órgano jurisdiccional (Carnelutti)¹. Sin embargo, concebir a la acción de tal manera, en realidad significa renunciar a establecer cualquier vinculación entre ella y la situación antecedente al proceso: vale decir, entre ella y la razón o la litis que propone a juicio. Tanto valdría, entonces, absorber francamente la acción en la relación procesal. Pero, entonces, ¿es correcto basar esta relación en un conflicto de intereses entre parte y juez?² Yo no lo creo³. ¿Es exacto identificar el interés en accionar de la parte –ciertamente distinto del interés sustancial en conflicto, pero siempre interés de parte– con el interés general y *neutral* a la composición del conflicto? No lo parece⁴. Es demasiado evidente que ese interés se dirige contra el adversario.

Excluido, por las consideraciones ahora indicadas, que el verdadero y propio derecho de acción pueda configurarse como dirigido hacia el Estado, no queda más que concebirlo como un derecho que corresponde *frente al adversario*: vale decir, frente a

¹ *Lezioni di diritto processuale civile*, IV, n. 369, pp. 409-421; *Processo di esecuzione*, I, n. 189 (503).

² V., en efecto, Carnelutti, *Lezioni*, cit., I, p. 185; IV, p. 416-18.

³ En sentido contrario, mis *Osservazioni sul progetto di codice di procedura civile*, p. 42 ss.

⁴ Cfr. mis *Lezioni*, cit., pp. 14-15; 204; 209. Ilustrativo es el esfuerzo que los partidarios del derecho abstracto de actuar frente al Estado o al juez deben hacer al plantearse la cuestión que concierne a la correspondencia del interés, vale decir, a la legitimación para actuar: v. p. ej., Carnelutti, *Lezioni*, cit., II, n. 102, p. 245 ss.; Rocco, U., *Legittimazione ad agire*, p. 52-54.

la parte contra la cual se plantea la demanda judicial (CPC, art. 36; 38). Reconocerlo como dirigido contra el adversario, no obstante, no significa admitir que este sea un derecho “concreto” en el sentido antes dicho (sub 3), el cual participe de la misma naturaleza, bien privada bien pública, del derecho que se trata de hacer valer (así Chiovenda¹). Semejante concepción, incompatible con la naturaleza procesal de la acción, para nosotros queda eliminada con las objeciones antes planteadas (sub 3). El derecho de acción no está vinculado a la objetiva *existencia* de la situación de derecho afirmada, sino simplemente a su *afirmación* en juicio como razón de la acción: razón, cuya fundabilidad fáctica precisamente se debe discutir en el proceso (sub 1-2).

No valdría objetar que un derecho subjetivo se deba concebir como algo cuyo ejercicio sirva al titular y, por ende, no se entienda como el “derecho de no tener la razón”, que se tendría cuando la demanda interpuesta esté por ser desestimada en cuanto infundada². A la objeción se responde que la ley procesal, confiando el derecho de acción, otorga solamente el *medio*, pero no asegura el *fin*³, no garantiza a la parte el resultado victorioso o

¹ *Principi di diritto processuale civile*, p. 60; 48; 55. Para una crítica profunda v. *Concentto della obbligazione*, § 1, nota 34, pp. 51-55.

² Chiovenda, *L'azione*, nota 54-55; *Saggi*, p. 68.

³ Esta obvia reflexión –que ha contribuido a determinar en mí el abandono de la teoría de la acción como derecho *concreto*– la debo a Carnelutti, *Diritto e processo nella teoria delle obbligazioni*, n. 21 (p. 55 ss. del extracto); en *Studi Chiovenda*, 277 ss. (también *Processo di esecuzione*, I, p. 385). Allí Carnelutti distingue con toda la deseable claridad entre el *derecho a la tutela* (es decir, a la sanción) –el que no podría ser sino el propio *derecho tutelado* (premunido de sanción)– y el “derecho a hacer cumplir los actos necesarios para la *actuación* de la tutela” –que es propiamente el derecho de acción.

Sin embargo, para mí, el derecho a la sanción, en sí mismo considerado, como expectativa *estática*, siempre sigue siendo (contra lo sostenido por Carnelutti, *op. cit.*, n. 29, p. 289 ss.; p. 67 del extracto) un elemento del derecho subjetivo sustancial. Porque la sanción es inmanente y latente en el orden jurídico, considerado en su integridad (Romano, *Ordinamento giuridico*, 24; mis *Lezioni*,

fructuoso de su ejercicio, en la medida en que dicho resultado depende de una serie de condiciones ulteriores que no están –o al menos no están exclusivamente– en poder de tal parte (como p. ej., en el proceso de declaración [*accertamento*], la demostración del fundamento de la razón hecha valer, en el proceso de ejecución, la existencia de bienes suficientes para satisfacer el derecho¹). Por lo demás, ni siquiera la ley sustancial, en cuando remite el ejercicio del derecho a la iniciativa del interesado, le garantiza la satisfacción efectiva de su interés, en la medida en que depende de su propia capacidad o de otras circunstancias de hecho que no forman objeto de valoración jurídica². Luego, una cosa es la *función* de una institución y otra el *fin* particular perseguido por el

cit., pp. 12; 23; 72, nota); y al *proceso* no se le confía sino su *dinamismo*, su *actuación* (*Lezioni*, cit., 23). Lo que, no obstante, no excluye que la sanción también se puede actuar fuera del proceso, bien por vía de autodefensa privada (*Lezioni*, cit., § 4, p. 72, nota), bien por vía de la separación de los bienes hereditarios (Cicu, *L'obbligazione nel patrimonio del debitore*, 1922-23; 220 ss.; mis *Appunti di diritto civile*, 1927-28, 477 ss.), bien por confusión de crédito y débito (Cicu, *Corso*, cit., p. 266 ss.). Concorde sobre el carácter sustancial del derecho a la sanción: Gelb, *Rechtsschutzbegehren und Anspruchsbetätigung* (1909), p. 151 ss.; Hamburger, *Das Recht aus der Haftung* (1915), p. 53 ss. Contrario –a pesar de comparti conmigo la premisa sobre la sede de la sanción– Liebman, *Le opposizioni di merito nel processo di esecuzione* (1931), p. 111 ss. Mientras tanto es útil advertir que ante mi actual construcción de la acción, pierde valor la crítica que él me dirigió en p. 112 en nota. Que, luego, “la sanción pertenezca al Estado” y que “solo éste tenga el poder de actuarla” (p. 115), es una constatación ridículamente evidente, pero por ello mismo –me parece– inconcluyente. La ilación que Liebman quisiera inferir de ello lleva directamente a considerar al Estado también como... ¡titular del derecho subjetivo! Que, luego, el proceso por primera vez convierta a la sanción en “concreta y determinada” (p. 117), no se puede sostener sino por quien comparta con Bülow y con Carnelutti la premisa según la cual la norma jurídica no se torna concreta con el hecho jurídico, sino solo con el declaración [*accertamento*] jurisdiccional (*supra*, p. 209). De lo que, temo, Liebman no se ha percatado.

¹ Cfr. Bülow, *Klage und Urteil* (*Zeitschrift für Zivilprozess*, 31, 1903), 52 ss.; Carnelutti, *Processo di esecuzione*, n. 20 (414).

² V. P. ej. Ranelletti, *Principii di diritto amministrativo*, 433.

particular que se sirve de ella¹. La demanda judicial, aunque desestimada por el fondo, cumple igualmente una función procesal útil: si bien sea solo aquella negativa de determinar [*ascertare*] que en el caso no subsiste la voluntad de ley afirmada por el actor. (El que precisamente es el objetivo al que tiende toda una categoría de demandas: las de declaración [*ascertamento*] negativa).

Aquella tiene un ciclo funcional constante, que se agota con la resolución de fondo definitiva, en la medida en que siempre importa –sea cual fuere su contenido o su resultado– *actuación jurisdiccional de la ley* en el sentido ya consabido². Y la acción no es más que el poder de provocar dicha actuación de la ley frente al adversario (hablo, entiéndase bien, únicamente de la acción civil). Este efecto –siempre que se presenten las condiciones para una resolución de fondo³ – aquella lo alcanza *constantemente*.

Tampoco valdría objetar que, si la acción es un derecho procesal vinculado a la afirmación en juicio de una razón, no pueda admitirse que ella preexista a la demanda judicial, con la cual solamente se hace valer la razón. A esta objeción se responde que, cuando se habla de la acción como de un derecho que existe y opera prácticamente antes del proceso y fuera del proceso, siempre se hace referencia no obstante a la eventualidad de un proceso en el que la razón se haga valer. Prescindir de dicha eventualidad no tendría sentido, ya que se habla de acción (desde el punto de vista del derecho procesal) con una valoración retrospectiva que se realiza una vez el proceso ya ha iniciado. Por otro lado, si bien es cierto que solo con la demanda judicial se hace valer en juicio

¹ Chiovenda, *Principii*, 66 ss.; Carnelutti, *Lezioni*, II, p. 140 ss.; mis *Lezioni*, cit., p. 14 ss.; cfr. Bülow, *Absolute Rechtskraft*, en *Archiv für die civilistische Praxis*, 83 (1894), p. 120 ss.; Zitelmann, *Internationales Privatrecht*, I, 101 (en princ.).

² Chiovenda, *Principii*, 45; mis *Lezioni*, cit., pp. 9-11; cfr. Romano, *Osservazioni sulla completezza dell'ordinamento giuridico*, pp. 5-7.

³ Mis *Lezioni*, cit., p. 162 ss.; 181 ss.

una razón, empero es innegable que la razón a hacer valer está destinada justamente a *representar* en el proceso¹ la que es la concreta situación de derecho según la apreciación unilateral de la parte (sub 1). Ella, por tanto, hace *referencia* a dicha situación² y se puede considerar suficientemente identificada por ésta incluso antes de que la demanda judicial haya sido planteada. La experiencia del tratamiento extrajudicial de las litis y de las transacciones demuestra cuán viva y activa esté en las partes la conciencia del poder de acción y de excepción, incluso antes y fuera del proceso³.

5. Elementos constitutivos de la acción: interés y poder. Poder, carga y riesgo, conjuntamente reunidos. Correlativa sujeción de carácter hipotético a los efectos jurídicos del ejercicio de la acción

Las características expuestas hasta ahora nos ponen en condiciones de analizar los *elementos constitutivos* de la acción, como derecho procesal contra el adversario, de provocar la actuación jurisdiccional de la ley en orden a una razón determinada. Como en todo derecho subjetivo, en la acción se distinguen un elemento material y un elemento formal. Vale decir: a) un *interés* y b) un *poder* correspondiente.

a) El art. 36 CPC dispone: “para interponer una demanda en juicio, y para contradecirla, es necesario tener interés”

¹ La razón y no la acción (como dice Chiovenda, *Principii*, 60) cumple esta *función representativa*. Es verdad que en la práctica –y también por inoportunas reminiscencias romanistas– a menudo se confunde una cosa con la otra.

² Esto tampoco es desconocido por Büllow, *Klage und Urteil*, p. 59 ss.; 62.

³ Así Carnelutti, *Lezioni*, II, p. 365. En realidad, en la práctica a menudo se confunde la acción con la expectativa de la sanción (*supra*, p. 294, nota 3) y la excepción con la libertad de dicha sanción.

Incluso si faltara una norma expresa en materia, nadie dudaría que para poder accionar (o contradecir) es necesario un *interés valorado por el derecho*. Esto deriva de la propia función del proceso civil, como institución destinada a la actuación de la ley (sustancial): en realidad, es lógico que una institución como tal no pueda ser puesta en marcha arbitrariamente, sino solo en virtud de un interés que la ley reconozca plausible. ¿De qué interés se trata? Ciertamente no del interés que constituye el contenido del derecho deducido en juicio o, en general, del interés protegido por la norma de ley sustancial cuya actuación está en cuestión. Nos encontramos ante un interés absolutamente diferente y distinto que –conforme a su naturaleza específicamente *procesal*– tiene carácter *subrogatorio* o sustitutivo respecto a aquel primer interés que presupone y formula como insatisfecho. El interés en cuestión –que con término técnico, se denomina *interés en accionar* (o interés en contradecir, por parte del demandado)– nace de un estado de hecho contrario al derecho, que forma objeto de valoración por parte de la ley procesal: estado de *incerteza* en la apreciación del *quid iuris* o de *inobservancia* del vínculo jurídico, el cual hace sentir prácticamente la necesidad de una intervención de órganos jurisdiccionales para eliminar la incertidumbre o para superar la resistencia opuesta o amenazada al ejercicio del derecho. Éste consiste en el interés en la actuación de la ley (sustancial) en orden a determinada razón, mediante una resolución jurisdiccional de determinado tipo.

Son tantos los tipos de resoluciones jurisdiccionales como las especies de interés en accionar y, por tanto, los tipos de acciones (sub 6). Puede haber un interés en accionar para la mera declaración [*ascertamento*], o para la condena, según que la necesidad de tutela jurisdiccional solo necesite de certeza o también de necesidad de preparar la realización del derecho. Puede haber un interés en accionar para una medida provisoria cautelar, o para una medida ejecutiva, según si el estado de hecho solo haga surgir la necesidad de asegurarse contra el peligro de inobservancia del

vínculo, o de satisfacerse en contra la resistencia ajena. Por lo demás, estaría fuera de lugar descender aquí a un examen particularizado de las distintas actitudes específicas del interés en accionar¹.

b) Precisada la naturaleza del interés en accionar, hablemos ahora de la naturaleza del *poder* correspondiente. En primer lugar: ¿cuál es el objeto de este poder? Su objeto inmediato es – desde la parte del actor, del apelante, del recurrente, etc.– la iniciativa del proceso; pero desde el momento que ésta sirve para hacer valer una razón, la cuestión es indagar si el poder tiene por objeto provocar, en general, una resolución de fondo sobre la razón propuesta en juicio, o precisamente una resolución favorable e idónea para satisfacer efectiva e integralmente el interés en accionar. Solo debo referir lo que he venido diciendo (sub 3 y 4), para responder en el primer sentido. No serviría distinguir –como se propuso algún partidario del derecho “concreto” de acción²– entre la cuestión de si existen objetivamente las condiciones del derecho de acción, y la cuestión de si el actor está en condiciones de probarlas de conformidad con la ley procesal ante la autoridad judicial recurrida. Lo cierto es que la ley procesal otorga el *medio*, pero no garantiza el *fin*: en otras palabras, solo otorga el poder de provocar una resolución de fondo, pero no garantiza su contenido –como favorable– o su resultado –como fructuoso.

El ciclo funcional de la demanda también se agota también con un pronunciamiento desestimatorio de fondo o con una medida cautelar o ejecutiva infructuosa. La resolución favorable o provechosa es objeto de *aspiración (petitum)* en el negocio jurídi-

¹ Al respecto, mantengo las ideas expresadas en su momento (*Concetto della obbligazione*, § 1, nota 29, p. 35 ss.); cfr. *Lezioni*, cit., 204. Interés de parte, por tanto, esencialmente unilateral.

² Hellwig, *Klagrecht und Klamöglichkeit*, 90; cfr. pp. 85 y 89.

co que se realiza con la demanda judicial¹, así como en la actividad que se desarrolla por la parte durante todo el proceso, y además es objeto del *interés* en accionar²; pero ciertamente no es objeto del *poder* de acción en la medida en que aquel depende de la demostración del fundamento de la razón hecha valer y, en general, de otras condiciones que no están en poder del actor, o al menos no lo están de manera exclusiva.

En consecuencia, ¿cuál es la naturaleza del poder de acción? Podemos ya responder que este es un poder esencialmente *instrumental*, que deriva de la ley procesal y mantiene una relación de medio a fin con la razón a hacer valer (sub 4). La acción es un *derecho-medio*, sin embargo, con la siguiente particularidad en comparación con otros derechos-medio: que, derivando ésta de un sistema jurídico (el procesal) diferente del sistema de donde deriva el derecho al que se reconduce la razón y con el que debería coordinarse idealmente, éste no está ligado a la existencia efectiva de aquel derecho, en otras palabras, en realidad no presupone que la razón sea fundada (cuando los derechos-medio que derivan del mismo sistema del derecho-fin, presuponen necesariamente la existencia del derecho fin, permanecen en pie y caen con este)³. Que la razón sea fundada –vale decir, se demuestre fundada al juez– ya no es presupuesto del poder de acción, sino condición de

¹ Al respecto, cfr. *Rivista di diritto processuale civile*, 1928, I, 121; *Lezioni*, cit., pp. 78-83.

² Esto es natural, si se concibe dicho interés como esencialmente unilateral, es decir, dominado por la apreciación de la parte. No así, cuando se lo identifica con el interés, neutral, a la composición de la litis. Son instructivos los esfuerzos de Carnelutti (*Studi Chioventa*, 284; 62 del extracto) dirigidos a introducir en su concepción de la acción, como derecho contra el juez, un derecho inconciliable –o, más bien, interés– *a la condena*. El derecho a un pronunciamiento de fondo es una cosa totalmente distinta (mis *Lezioni*, cit., 135; 144; 147).

³ Pensemos, por contraposición, en los derechos potestativos coordinados a un derecho de obligación (ej. CC, art. 1165) o de sucesión (ej.: CC, art. 821): esto no tienen carácter autónomo.

su *ejercicio victorioso*: el que, por tanto, tiene carácter *hipotético*¹ y se basa en una sagaz y vigilante conducta de la causa por parte del mismo actor. Esto significa que el *poder* de acción es al mismo tiempo e inescindiblemente una *carga*, la cual es acompañada por un riesgo: el *riesgo de la falta de demostración*. Porque la falta de demostración del fundamento de la razón hecha valer inexorablemente lleva consigo la derrota (correcta la máxima *actore non probante reus absolvitur*) y normalmente la condena de las costas de la litis (CPC, art. 370).

El riesgo de la derrota –típica manifestación de la autorresponsabilidad de parte, que gobierna el proceso civil, y único freno eficaz a las litis– excluye que el ejercicio de la acción también pueda configurarse como una *res mera facultatis*, vale decir, como un acto que se pueda realizar indiferentemente, arbitrariamente. El primer interesado en que la razón afirmada represente realmente la situación concreta de derecho existente – es decir, sea fundada– es precisamente aquel que toma la iniciativa del proceso: porque es precisamente él quien tendrá (y sabe que tendrá) que responder por las consecuencias, cuando proponga a juicio una razón infundada. Y si esta previsión tampoco basta para impedir la interposición de demandas conscientemente infundadas, como no basta para impedir la misma sanción del resarcimiento de los daños por litis temeraria (CPC, art. 370), también es obvio que en la normalidad de las litis la responsabilidad que le es conexas lleva a considerar al proceso como un instrumento peligroso, a no poner en marcha si no se tiene razón.

Hemos dicho (sub 4) que el poder de acción se dirige contra la persona frente a la cual se interpone la demanda judicial, vale decir, *contra el demandado*. *Contra* él, el actor hace valer una razón al interponer demanda “*ante la autoridad judicial*” (CPC, art. 35). Es verdad que lo que él pide con la demanda judicial –

¹ Weismann, *Lehrbuch*, cit., I, § 20, pp. 66-67.

declaración [*ascertamento*], garantía o ejecución de aquella que, en su opinión, en el caso concreto es la voluntad de la ley– no puede ser prestado por el demandado (el que solo podría, al menos normalmente, hacer inútil, con su propio comportamiento, el pronunciamiento o la medida solicitada), sino solo por el órgano jurisdiccional, que por tanto es el verdadero destinatario del pedido. Pero esto solo significa que el actor no *ataca* al demandado directamente –lo cual siempre, hasta donde llegue la prohibición de autotutela privada– sino *con poner en marcha la función jurisdiccional en su contra*.

¿Qué posición pasiva corresponde al poder? Si éste fuera una facultad pura y simple, o una manifestación del derecho de la personalidad (Kohler¹), no sería posible encontrarle un término pasivo correlativo por parte del demandado: quien, ante él, no se encontraría en una posición diferente de la de cualquier otro ciudadano. Por el contrario, es muy cierto –y ya ha sido puesto en evidencia (Weismann, Chiovenda)– que al poder de acción corresponde en el demandado un estado de *sujeción a los que serán los efectos jurídicos de su legítimo ejercicio*². Es esta una sujeción que no debe ser confundida con un deber negativo de tolerancia, y característica de ciertos *derechos* (llamados *potestativos*) que tienen por contenido una iniciativa idónea para configurar una nueva situación de derecho frente a otra persona que ya está determinada en base a una relación jurídica preexistente. Aquí la sujeción jurídica del demandado –su *legitimación pasiva* (como se dice, con relación a la legitimidad del contradictorio)– se determina mediante una valoración retrospectiva (que se realiza luego de que el proceso ha iniciado) en base a la sola razón afirmada por el

¹ *Der Prozess als Rechtsverhältniss* (1888), § 7, p. 41 ss.

² Quien evidenció, de manera más feliz, este aspecto de la relación jurídica de acción y, con éste, el carácter hipotético de la sujeción del demandado, fue Weismann, *Lehrbuch*, cit., I, pp. 56-70; 517; II, 12; 235.

demandante¹: la cual, por lo demás, se reconduce a la concreta situación de derecho existente entre las partes, y asume el reflejarla en el proceso. Es verdad que, dado que el ejercicio victorioso del poder tiene carácter hipotético –en la medida en que depende, como se había dicho, de la demostración de que el propio actor esté por dar de la razón hecha valer–, la sujeción del demandado también asume lógicamente el mismo carácter hipotético a los efectos y al resultado del juicio. En otros términos, el demandado está sometido bajo el presupuesto de que el actor llegue a demostrar el fundamento de la razón que afirma (cuya sujeción en la fórmula del proceso romano se expresaba, como es sabido, en el juicio hipotético alternativo *si paret ... condemnato, si non paret absoluito*). No obstante, esto no quita que ya con la demanda judicial el demandado esté implicado, lo quiera o no, en una nueva relación jurídica –la relación procesal– y, así, se encuentre expuesto a sufrir los efectos eventualmente gravosos que ella tendrá como resultado.

Por tanto, en conclusión, la acción –como poder jurídico de provocar la actuación de la ley– es un derecho procesal, coordinado como *derecho-medio* a determinada *razón* a hacer valer en juicio, individualizado por dicha razón y por un *interés* a obtener el reconocimiento mediante un pronunciamiento o una medida jurisdiccional, y que tiene por término correlativo por el lado pasivo (del demandado) una *sujeción* a los efectos jurídicos de dicho pronunciamiento o medida en la hipótesis en que la razón afirmada sea demostrada: derecho que es al mismo tiempo una *carga*, acompañado del *riesgo* de la falta de demostración.

Coordinadas como están entre sí, razón y acción no deben ser confundidas, a pesar de que esto ocurra en el lenguaje común y en la misma terminología del código, que en ocasiones, bajo la

¹ Sobre este criterio, que, tomando nota del reciente estudio de Rocco (*Legittimazione ad agire*, 52-54), se diferencia claramente basándose en la sola afirmación de la parte sobre la relación litigiosa (razón), v. *Lezioni*, cit., p. 209 ss.

influencia de inoportunas reminiscencias romanistas¹, designa promiscuamente con el mismo término “acción” tanto la una como la otra. La acción es un derecho (procesal): por el contrario, la razón no es, ella misma, un derecho, sino simplemente el *aspecto* de la relación o estado de derecho sustancial, en tanto *afirmado* o *puesto en cuestión* y, así, deducido en juicio. La razón se afirma, se hace valer, se propone como “objeto del proceso”²; la acción no se afirma: se ejerce. Ésta solo se afirma cuando, en vía excepcional, se trata de decidir una litis de carácter prejudicial, que recaiga precisamente sobre su existencia, y haga de esta el tema del debate³.

6. Breves referencias sobre la clasificación de las acciones

Queda por decir, brevemente, sobre la *clasificación* de las acciones. Como poder de provocar la actuación jurisdiccional de la ley, la acción no admite otra clasificación fuera de aquellas que asumen como criterio la naturaleza de la jurisdicción (ordinaria, especial, civil, penal, administrativa), o la forma de actuación de la ley y el tipo de resolución jurisdiccional que es objeto tanto del interés en accionar como de la demanda judicial (*petitum*). Se distinguen así tantas categorías de acciones como formas de actuación de la ley: acciones *a)* de declaración en sentido lato; *b)* de

¹ Sobre este punto, debo reenviar a las dilucidaciones dadas en mi curso de *Istituzioni*, II, § 93, pp. 778-781.

² Es un equívoco evidente de Wach (*Handbuch des deutschen Civilprozessrechts*, p. 19) el de designar como “objeto del proceso” a la acción. Por lo general, las partes no discuten si una tiene acción contra la otra, sino si una tiene razón y la otra no, en orden a la relación deducida en juicio.

³ Cuando, en el proceso de ejecución, la controversia recae, además de sobre el derecho sustancial, sobre la existencia o correspondencia de la acción ejecutiva, Carnelutti, *Processo di esecuzione*, I, p. 331, la califica como “pretensión procesal”, inducido a ello por el hábito de considerar como objeto de discusión a la pretensión (razón). Sin embargo, es una terminología equívoca, que, en mi opinión, sería bueno evitar.

ejecución; y *c*) de seguridad (para medidas cautelares). Las cuales, luego, se distinguen en tantas figuras como posibles tipos de medidas jurisdiccionales existen. Y, así, las acciones de declaración [*accertamento*] en sentido lato se subdistinguen en acciones: 1) de mera declaración [*accertamento*]; 2) de condena (es decir, de declaración [*accertamento*] con función ejecutiva consecuente); 3) de declaración sumaria o provisoria [*accertamento sommario o provvisorio*] con función ejecutiva prevaleciente; 4) constitutivas; y 5) dispositivas.

Puede decirse que el contenido de la razón hecha valer determina la especie de interés en accionar y, por tanto, el tipo de resolución pedida y así también de la acción. De esta forma, respecto a una razón de contenido negativo –vale decir, consistente en afirmar la insubsistencia de una relación o estado jurídico– no es posible más que una *mera* declaración [*accertamento*] (declaración negativa [*accertamento negativo*]). De igual forma, solo es susceptible de mera declaración, un estado jurídico de la persona que se proponga a juicio como tal. La sentencia constitutiva –pronunciamiento destinado a constituir una nueva situación de derecho modificando la preexistente– presupone que se haya hecho valer un derecho tendiente a cambiar la situación actual (derecho potestativo). La sentencia de condena, el decreto monitorio [*ingiunzionale*], la medida cautelar provisoria y la medida ejecutiva presuponen un derecho que exija o implique un determinado comportamiento ajeno (se habla al respecto de “derecho de prestación”: término equívoco, porque hace pensar en un derecho de crédito, cuando también puede tratarse de un derecho real). No hay, por otro lado, creer que la naturaleza del derecho hecho valer determine de manera unívoca el tipo de resolución. Por ejemplo, un derecho de crédito puede ser hecho valer como razón para demandar tanto un pronunciamiento de mera declaración o con función ejecutiva consecuente (condena) o prevaleciente (monitorio), como una medida con función asegurativa (p. ej., secuestro

conservativo) o con función satisfactoria (p. ej., embargo), siempre que concurren las condiciones de las respectivas resoluciones.

Las demás clasificaciones que se suelen dar de las “acciones” en realidad se refieren a las *razones* que se pueden hacer valer. Esta es, en primer lugar, la distinción a la que el propio código (arts. 70, 90) hace referencia, entre “acciones personales” y “acciones reales”: reminiscencia de la distinción romana entre *actiones in personam* y *actiones in rem*¹. Las primeras son razones destinadas a perfilar en juicio relaciones de obligación; las segundas, razones que representan relaciones de derecho real: siempre, dicho sea de paso, a los fines de una acción de condena. Sobre el particular no es inoportuno advertir que solo se tratará de “acción real” cuando el derecho real sea hecho valer como razón de la acción –razón idónea para determinar sin más la condena–: no cuando la relación de derecho real sea invocada como simple *relación prejudicial*, en base a la cual se haga valer, p. ej., una obligación de resarcimiento consecuente (p. ej., por deterioro de la cosa o por cesación dolosa de la posesión ante la reivindicación ajena (CC, art. 439 *in fine*)) o un deber legal conexo (como el de observar las distancias legales (CPC, art. 82, n. 4)).

A las razones hechas valer se refiere, igualmente, la distinción entre “acciones” mobiliarias e inmobiliarias (CPC, art. 80, 90): es decir, entre razones destinadas a proponer relaciones –reales o de obligación– relativas a bienes muebles o inmuebles. Así también la distinción entre “acción” principal y accesoria (CPC, 90): accesoria, es decir, consecuencial o vinculada a otra por un nexo de menos a más o de medios a fin. Distinciones todas que tienen una importancia práctica en tanto han sido asumidas por el código como base de criterios para la determinación de la competencia de la autoridad judicial. En este mismo orden quedan comprendidas las distinciones entre acciones o causas comerciales o civiles

¹ *Istituzioni*, cit., II, § 93, p. 782 ss.

(CPC, art. 393-414), entre acción o juicio posesorio y petitorio (CPC, art. 82, n. 2, 443-445). Por el contrario, no tienen ningún fundamento en el código otras distinciones que no son más que falsas reminiscencias del derecho justiniano (acciones universales, especiales y mixtas: calificación, esta última, usada en ocasiones para designar casos de acumulación condicionada de una acción constitutiva (de rescisión, reducción, etc.) con una acción de condena que haga valer el derecho real recuperado (p. ej. CC, art. 1094-1096)).

Revista de la Maestría en Derecho Procesal

ISSN 2072-7976

<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal>

**Correo electrónico:
revista.derechoprocesal@pucp.pe**