TESIS
DP2006
C3

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

POTESTAD DEL JUEZ CIVIL PARA CAMBIAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN

Trabajo Especial de Grado presentado como requisito parcial para optar a la Especialización en Derecho Procesal

Autor: Juan Alberto Castro Espinel

Asesor: Humberto Enrique III Bello T.

Caracas, Enero de 2006.

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado Juan Alberto Castro Espinel, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: "Potestad del Juez Civil para Cambiar La Calificación Jurídica de la Pretensión"; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la Ciudad de Caracas, a los tres (03) días del mes de Enero de 2006.

Humberto Enrique III Bello Tabares
C.I. N° 12.060.235

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

POTESTAD DEL JUEZ CIVIL PARA CAMBIAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN

Autor: Juan Alberto Castro Espinel

Trabajo especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal aprobado (a) en nombre de la UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO, por el Jurado abajo firmante, en la ciudad de Caracas, a los

días del mes de de

Dr.
C.I. N°

Dr.
C.I. N°

DEDICATORIA

A mi abuelo Juan Martínez, quien constituye mi fuente de sabiduría más grande.

A mi madre, Thais Martínez, por haberme enseñado el valor de la constancia y la disciplina.

A mi esposa Nataly, quien es el motor que me impulsa a seguir creciendo.

A ti Juan Diego, que eres mi máxima fuente de inspiración en la vida.

AGRADECIMIENTOS

A mi hermano Miguel, por apoyarme siempre en los momentos más importantes de mi vida.

A mi padre, Alberto Castro por su constante aliento para la conclusión de este trabajo.

ÍNDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL ASESOR ii

APROBACIÓN DEL JURADO iii

DEDICATORIA iv

AGRADECIMIIENTOS v

ÍNDICE GENERAL vi

RESUMEN viii

INTRODUCCIÓN 1

CAPÍTULO

I. EL DERECHO DE ACCIÓN LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO

A. Relación entre los conceptos de acción, jurisdicción y proceso 8

II. LA PRETENSIÓN PROCESAL

A. Clases de pretensión 29

B. La resistencia del demandado como elemento integrador de la pretensión procesal 38

III. LA ACTIVIDAD DECISORIA DEL JUEZ

A. En qué consiste el principio dispositivo 50

B. Alcance del deber de congruencia de la sentencia definitiva 63

IV. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

A. Elementos integradores de la tutela judicial efectiva 73

B. Lo que implica el principio iura novit curia 84

C. Relación entre el principio iura novit curia, el principio dispositivo y el deber de congruencia de la sentencia definitiva 92

D. Aspectos a considerar para cambiar la calificación jurídica de la pretensión procesal en la sentencia definitiva 95

CONCLUSIONES 116

BIBLIOGRAFÍA 121

UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

POTESTAD DEL JUEZ CIVIL PARA CAMBIAR LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LA PRETENSIÓN

Autor: Juan Alberto Castro E.
Asesor: Humberto E. III Bello
Fecha: Enero de 2006

RESUMEN

El presente trabajo tuvo como objetivo primordial analizar si el juez civil tiene la potestad de cambiar la calificación jurídica de la pretensión. Para cumplir con este objetivo, se tomaron como base, las disposiciones legales contenidas en el Código de Procedimiento Civil venezolano y en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se estudió además el alcance conceptual y legal del principio dispositivo, del deber de congruencia de la sentencia definitiva, así como del principio iura novit curia y la tutela judicial efectiva, todo ello teniendo en cuenta los conceptos de acción, proceso, jurisdicción y pretensión, considerando las afirmaciones que el demandante hace en el proceso judicial, y la resistencia del demandado como elementos integradores de la pretensión procesal. Se utilizará la técnica del análisis de contenido y la interpretación de la información recopilada de la bibliografía, así como de otras fuentes consultadas, dicho análisis se hará mediante el argumento de autoridad y el argumento de interpretación sistémica, apoyándome en una extensa revisión bibliográfica. Finalmente, el trabajo que se presenta tiene como objeto aportar una concepción actual del problema planteado, cimentada en bases teóricas comprobables, debidamente fundamentada en argumentos legales y doctrinarios, que permitan al juez civil lograr una solución más justa de los casos que a diario se le presentan en el foro judicial, en los cuales el juez se encuentra frente a la disyuntiva de cambiar o no la calificación de la pretensión y, ofrecer una forma moderna de concebir los principios rectores de la actividad decisoria del juez civil.
Descriptores: Potestad de cambio, pretensión; calificación jurídica.

INTRODUCCIÓN

Con el nacimiento del Estado como ente al que le corresponde regular muchas de las actividades humanas, se generó la necesidad de que individuos pertenecientes al mismo colectivo que da origen a esta figura, se encargaran de dirigirlo y de actuar por él.

Es así como surge la necesidad de crear órganos especiales, dirigidos por funcionarios que se encarguen de una de sus actividades más delicadas: la administración de la justicia.

Ahora bien, a lo largo del desarrollo de las naciones, independientemente de la ideología imperante en cada país y de sus particulares vaivenes histórico-políticos, se ha percibido al juez como un funcionario que, en razón de la actividad que desempeña, tiene excesivo poder, puesto que imparte justicia entre sus iguales, por eso, generalmente los sistemas procesales se han esforzado en limitar, muchas veces con exceso, las atribuciones que estos funcionarios pueden ejercer dentro del proceso judicial, ello como una forma de evitar que la arbitrariedad sea la norma en la conducta del juez.

Entre esas pretendidas limitaciones, se puede contar el principio dispositivo y quizá algunos incluso llegan a entender el

proceso judicial, ello como una forma de evitar que la arbitrariedad sea la norma en la conducta del juez.

Entre esas pretendidas limitaciones, se puede contar el principio dispositivo y quizá algunos incluso llegan a entender el principio-deber de congruencia del fallo, también como una barrera que impide al juez excederse en el ejercicio de sus funciones. No obstante, existen otros principios que lejos maniatar las posibilidades de actuación del juez dentro del proceso, le permiten ciertos niveles de versatilidad en el cumplimiento de sus deberes.

El problema reside en que, al juez se le ha percibido como un hombre que administra e imparte justicia. Evidentemente, si la justicia es algo susceptible de ser administrado e impartido, y es la justicia un valor esencial a la vida misma del Estado, entonces el juez, por definición, es un funcionario cuyas atribuciones deben recortarse, pues quién administra o dispone según sus convicciones, respecto a eso que llamamos justicia, ciertamente tiene facultades de intervención e incidencia directa, no sólo en la vida republicana de cada país, sino en la vida de los ciudadanos que integran esa comunidad.

Si consideramos en cambio, que el juez no puede administrar la justicia, en tanto en cuanto, la justicia no es un producto o una cosa que sea susceptible de administración en sentido estricto, y si entendemos que la justicia no se imparte o se da a unos o a otros por virtud de la voluntad única del juez, sino que por el contrario, es la justicia un valor inmanente, primero, a la condición humana, segundo, necesario para lograr la paz social, y tercero, constituye un valor esencial para la vida y funcionamiento del Estado; se entiende entonces que, la verdadera función del juez, es tratar de que las soluciones adoptadas por él, en cada caso concreto, sean lo más justas posibles, utilizando para lograr ese objetivo, los recursos procesales de que dispone, adecuándolos a su función y colocándolos al servicio de su actividad, en el sentido de que, los ciudadanos destinatarios de su decisión, perciban en su fuero interno que esa formula de solución adoptada por el juzgador le lleva paz a sus almas.

Es producto de esta visión, que surge la idea de analizar detenidamente algunas de las instituciones procesales que sirven de orientación a la actividad del juez, para tratar de adecuarlas a ésta manera de percibir su rol dentro del Estado,

para intentar que los principios procesales como el dispositivo, el deber de congruencia, el *iura novit curia*, etc, no sean entendidos como creaciones del derecho procesal destinadas a evitar la conducta arbitraria del juez; y que por el contrario, son figuras tendientes a coadyuvarlo a alcanzar su principal objetivo: el logro y la realización de la justicia en cada caso concreto.

Sin embargo, los obstáculos con los que debe lidiar el juez para lograr su objetivo primordial, no sólo devienen de la errónea interpretación de ciertos principios procesales, y de la excesiva o inadecuada regulación que de cada uno de ellos se haya hecho en las diversas legislaciones adjetivas y sustantivas; sino que, a ello debe adicionarse, que en gran número de oportunidades, la propia actividad de los protagonistas de los procesos que se someten a conocimiento del juez, generalmente conspira contra el objetivo final de la actividad de juzgamiento, ya que muchas veces, por desconocimiento del derecho o de la técnica procesal, dan lugar a la conformación de procesos judiciales confusos, en los que el juez tiene que hacer ejercicios de inteligencia para poder determinar el contenido y alcance de las solicitudes que los ciudadanos le han elevado a su conocimiento.

Por esta razón, se discute en doctrina si el juez puede alterar algunos elementos del proceso, con miras a la realización de su función, elementos que de acuerdo a la interpretación rígida y restringida de los principios de que trataremos en este trabajo, se convierten en una barrera inexpugnable, en criterio de algunos, que prefieren soportar la existencia de procesos en los cuales se privilegie la 'legalidad' por encima de la justicia, sosteniendo la vetusta razón de que tal situación es un mal necesario ante la peligrosidad de un juez más activo, más versátil y más "poderoso".

No obstante, en la actualidad existen elementos que deben ser considerados a la hora de analizar la actividad del juez dentro del proceso, y uno de ellos es, indudablemente, la tutela judicial efectiva, que se consagra como un principio constitucional en el artículo 26 de la vigente Constitución de la República, por virtud del cual, está obligado el juez a resolver definitivamente el conflicto que se le presenta a su conocimiento y a otorgar tutela jurídica a los intereses que los ciudadanos le eleven a su consideración.

Por ende, creemos que el juez civil de la actualidad, tiene que trascender en su actividad a esas interpretaciones rígidas y formalistas que se han venido haciendo de todas las instituciones procesales y, adecuar estas herramientas del derecho a las necesidades sociales de la vida cotidiana y a la visión que del juez y del poder judicial hoy surge entre los ciudadanos.

En ese sentido, hemos estudiado en el capitulo I del informe, los conceptos de acción, jurisdicción y proceso, como elementos interdependientes entre los cuales se desarrolla la actividad del juez, para comprender por qué y para qué existen los jueces y la función jurisdiccional dentro del Estado; en el capitulo II se hace referencia a la pretensión procesal, su clasificación, y a la resistencia del demandado como elemento integrador de la pretensión procesal; posteriormente en el capitulo III escudriñamos un poco en los principios que intervienen y dirigen la actividad decisoria del juez; y, finalmente en el capítulo IV se analiza la tutela judicial efectiva, haciendo hincapié en el principio de resolución de los conflictos, el principio *iura novit curia*, como parte de los poderes del juez, la vinculación de estos principios con el dispositivo y el deber de

congruencia de la sentencia definitiva, para finalmente, considerar qué aspectos deben ser tenidos en cuenta para determinar cuándo el juez, sin infringir las reglas que orientan su conducta dentro del proceso, puede cambiar o modificar la calificación que las partes le hayan dado a la pretensión procesal.

CAPÍTULO I

EL DERECHO DE ACCIÓN, LA JURISDICCIÓN Y EL PROCESO

A. Relación entre los conceptos de acción, jurisdicción y proceso

Para comprender claramente la actividad desplegada por el juez como operador de justicia, es necesario abordar de entrada los elementos que originan tal actuación, por lo tanto, resulta fundamental para los objetivos que humildemente nos hemos trazado, el estudio de las instituciones procesales que sirven de base a la ciencia del derecho procesal, lo cual no es tarea fácil, habida cuenta de la complejidad teórica de dichas instituciones, aunado a la densa y prolija obra que ha sido elaborada por tratadistas y doctrinarios, que se han dedicado en muchos casos, al estudio y sistematización individual de cada una de ellas.

debiera ser idea dominante de quién pretenda trajinar por los laberintos de la teoría de la acción", institución procesal que por cierto no es el objeto de estudio de este trabajo, no obstante, creemos que a modo de comprender el contexto teórico en el que se desarrolla la actividad del operador de justicia llamado juez, es imprescindible traer a colación el alcance teórico de los elementos dentro de los cuales se desarrolla su actividad y entender como se relacionan entre sí.

Hechas las consideraciones anteriores, resulta oportuno transcribir lo que según Liebman. (1980,114) debe entenderse por acción, y así ha dicho el autor lo siguiente:

> "es más bien un derecho de iniciativa y de impulso, con el cual el individuo pone en movimiento el ejercicio de una función pública, de la cual espera obtener la protección de las propias razones, disponiendo a este objeto de los medios aprestados por la ley para hacerlas valer (si bien sabiendo que el resultado podrá también serle desfavorable); es pues, un derecho fundamental del individuo, que califica su posición en el ordenamiento jurídico y frente al Estado, conferido y regulado por la ley procesal, pero reforzado por una garantía constitucional en la que encontramos esculpidos sus datos esenciales".

Resulta clara la concepción del maestro Liebman, al entender la acción como un derecho, que requiere para su materialización, la iniciativa del titular del derecho, quién acude

al Estado para obtener de éste la protección de sus propias razones, lo cual se actúa poniendo en movimiento el ejercicio de una función pública, mediante la utilización de los medios dispuestos por la ley procesal.

Efectivamente, muchos de los autores que han escrito acerca de la acción la entienden como un derecho, y más aún como un derecho subjetivo, al cual se le ubica en la esfera de la personalidad de cada individuo, es decir, un derecho potestativo, consagrado por la ley, y en muchos casos elevado a la condición de garantía constitucional, según la cual, su titular tiene el poder jurídico de ejercer el respectivo derecho, cuando crea que materialmente tienen que ser protegidos los intereses amparados por ese derecho subjetivo.

Esta concepción de la acción como derecho subjetivo, la observamos en las palabras de Devis (1997,186,187) para quién la acción es:

> "un derecho subjetivo y no un simple poder o una facultad inherente al derecho a la libertad o a la personalidad, que pertenece a todas y cada una de las personas físicas o jurídicas que quieren recurrir al Estado para que les preste el servicio público de su jurisdicción, cualquiera que sea la razón o el derecho material que aleguen".

Resulta clara la visión que del concepto tiene el autor citado; para él la acción es un derecho subjetivo, es decir, "el inherente a una persona" (Guillermo Cabanellas, 28ª edición, 152) y no un simple poder o facultad inherente al derecho a la libertad.

Entonces, al concebirse la acción como un derecho subjetivo, se le entiende como una facultad del ciudadano titular del derecho, dimanante del derecho objetivo que consagra para él esa facultad, y por ende, pareciera que prácticamente el titular de ese derecho, tiene incluso el deber de ejercerlo, de allí que en la teoría de los derechos subjetivos se entienda a éstos como derechos-deberes, lo cual nos parece un contrasentido, en tanto que el derecho se ejerce o no, en cambio el no cumplimiento del deber acarrea sanción.

Sin embargo, otros doctrinarios no entienden a la acción como un derecho subjetivo, sino que por el contrario, la ubican en el terreno del poder o posibilidad jurídica que tiene todo ciudadano de acudir ante órganos especializados del Estado (tribunales) para interponer ante ellos peticiones, independientemente que las referidas peticiones pertenezcan,

como derecho material, al individuo que solicita el reconocimiento de determinado 'derecho'.

En esa línea de pensamiento se ubica el maestro uruguayo Couture (1981,57), quién considera que la acción es "el poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarles la satisfacción de una pretensión".

Resulta importante destacar que, en la concepción de la acción aportada por el insigne maestro, se señala el término pretensión, lo cual implica, a nuestro entender, una depuración científica del concepto, aludiendo claramente a la pretensión como elemento distinto e independiente de la acción misma, pues si bien, mediante el ejercicio de la acción, es que puede el ciudadano postular sus pretensiones ante los órganos jurisdiccionales, entendemos que, cada individuo puede tener un sin numero de necesidades y en consecuencia disímiles y diversos intereses, lo cual conlleva a que eventualmente se genere en el sujeto una aspiración concreta, que en definitiva puede no ser postulada ante la jurisdicción, por lo tanto,

compartimos parcialmente la tesis de que, la acción no es un derecho, sino en todo caso un poder jurídico.

En similar sentido se ha expresado el Dr. Rengel. (2003,162) cuando indica que la acción es "el poder jurídico concedido a todo ciudadano, para solicitar del juez, la composición de la litis, mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado".

Entonces, sin entrar a escudriñar en el pensamiento del autor citado, solo queremos resaltar la concepción inicial que de la acción exhibe, entendiéndola como un poder jurídico.

Sin embargo, al estudiar la obra de Rengel, encontramos que el procesalista señala que existe la carencia de acción, definiéndola como "la privación del derecho a la jurisdicción en materias determinadas por la ley que no gozan de tutela jurídica, ya por la caducidad de la acción, o bien por prohibición de la ley de admitir la acción" (2003,169); es decir, según Rengel sería posible que un tribunal de la República fallara que el demandante carece de acción, por cuanto determinada materia no goza de tutela jurídica, lo cual se traduce, según

entendemos, en que es necesario para la existencia de la acción, el que la persona que ejercita ese poder sea titular de un derecho tutelado jurídicamente.

A nuestro modo de ver, tal concepción implica equiparar la acción, al derecho material postulado mediante el ejercicio de ella, puesto que si la petición del demandante no es acogida por el juez, por cuanto la misma no es tutelable jurídicamente, y ello implica que el demandante carecía de acción, entonces habrá que determinar en cada caso concreto, antes de proceder a incoar la demanda, si el demandante efectivamente es titular de un derecho amparado por la ley, y, si la situación individual y concreta en que se encuentra envuelto el demandante se ubica dentro del catalogo de materias determinadas por la ley, que gozan de tutela jurídica, lo cual permitiría su acceso a la tutela jurisdiccional.

No obstante lo anterior, creemos que no puede jamás equiparase el concepto de acción con el de derecho subjetivo, derecho material o cualquier otro derecho del cual sea titular el individuo que ejerce la acción, y es por esa profunda convicción que, en definitiva, nos apegamos a la concepción que de la

acción ha planteado el profeso Ortiz. (2004,76), quién define la acción de la manera siguiente:

> "Entendemos por *acción procesal* la posibilidad jurídico constitucional que tiene toda persona, natural o jurídica, pública o privada, de acudir ante los órganos jurisdiccionales para que, mediante los procedimientos establecidos en la ley, pueda obtener tutela de un determinado interés jurídico individual, colectivo, difuso o para lograr los efectos que la ley deduce de ciertas situaciones jurídicas".

En otras palabras, todo ciudadano tiene la posibilidad de acudir o no ante los órganos jurisdiccionales para solicitar que se le conceda tutela a un determinado interés que le ha nacido de un hecho concreto de la vida, de una necesidad.

Por lo tanto, nos parece importante destacar que la acción, es una posibilidad jurídica y constitucional, habida cuenta que, cuándo en la vida de un individuo se produce un acontecimiento (hecho de la vida) que hace surgir en él un requerimiento inmanente a su persona, que puede ser material, espiritual, intelectual, o de cualquier otro orden, se produce en él una necesidad, que en palabras de Guimaraes (2004,22,23) es "un estado afectivo, de carácter subjetivo y personal, que es susceptible de variación o intensidad, cualidad y cantidad, de individuo a individuo, e incluso en un mismo individuo puede

variar en lugares y tiempos diferentes", es decir, este hecho de la vida hace surgir en el individuo un estado emocional muy personal, que de hecho puede variar en intensidad, cualidad y cantidad.

Así las cosas, es posible que en un ser humano, un hecho específico de la vida genere la necesidad de leer, la cual se verá satisfecha, cuando el necesitado realice la actividad intelectual que su ser reclama; pero puede ocurrir que en un individuo casado, al descubrir el adulterio por parte del cónyuge, se genere internamente, producto de ese hecho de la vida (adulterio), un estado afectivo personal, que pudiera, dependiendo de su intensidad, llevarlo a la convicción de que el bien de la vida apto para satisfacer esa necesidad, es la extinción judicial del vínculo matrimonial, pero igualmente, es posible que el mismo individuo llegue a la conclusión de que su estado afectivo encontrará satisfacción mediante otro método, que no necesariamente implica el acudir a la jurisdicción a plantear la pretensión de extinción de ese vínculo conyugal.

Significa entonces que, la acción no es ni siquiera un poder jurídico, es simplemente una posibilidad que el

ordenamiento jurídico (la constitución) le ofrece al individuo en el que ha surgido una necesidad y que producto de su propia convicción ha llegado a la conclusión de que la forma de satisfacer su necesidad es acudiendo a la jurisdicción; y es allí entonces cuando, a nuestro modo de ver, surge en el individuo el interés de postular su pretensión ante el órgano jurisdiccional.

En efecto, el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela expresamente señala que "toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, para hacer valer sus intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos" de lo cual concluimos que efectivamente la acción es una posibilidad, concedida por la constitución y conferida a toda persona.

Ahora bien, es cierto que toda persona tiene el derecho de postular pretensiones para que le sean tutelados sus intereses, pero tal postulación se debe hacer ante la jurisdicción y de allí la necesidad de esbozar, al menos de forma somera, lo que debe entenderse como jurisdicción.

En efecto, los seres humanos hemos nacido desde el inicio de los tiempos, libres por naturaleza, es decir, con las facultades de autodeterminarnos sin más limitaciones que las derivadas de nuestra condición humana, pero desde el inicio de los tiempos, también se dio cuenta el ser humano, que al establecer ciertos niveles de organización, podía obtener mejores beneficios y resultados en términos de vida, de allí que surgió la necesidad de crear al Estado, como ente al cual le hemos conferido la administración de algunas de nuestras elementales libertades, para que éste nos proporcione a cambio, ciertos niveles de seguridad, paz y orden social.

Esa es la razón en que se fundamenta la existencia de la jurisdicción, y tal idea resalta clara del texto del artículo 253 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando señala que "la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos y ciudadanas", lo cual implica un reconocimiento de que ese poder, reside originalmente en los ciudadanos y ciudadanas que conforman una determinada sociedad, pero que se le entrega al Estado, para que éste la imparta, a todos por igual, y en nombre de esa asociación política que hemos denominado República.

Partiendo de estas ideas fundamentales, es que en la doctrina procesal se ha planteado la discusión, para determinar si en definitiva la jurisdicción es una potestad del Estado, o una función pública, incluso si se trata de un servicio público, o de una mera actividad del Estado que goza de características especiales e individualizantes.

De hecho, para Rengel (2003,105) la jurisdicción es:

> "la función estatal destinada a la creación por el juez de una norma jurídica individual y concreta necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares, cada vez que entre ellos surjan conflictos de intereses y de asegurar por la fuerza, si fuere necesario, la práctica ejecución de la norma creada".

Como puede observarse, el Dr. Rengel Romberg concibe la jurisdicción como una función del Estado, cuyo objeto es la creación de una norma jurídica individual, destinada a regular la conducta de las partes en conflicto, siendo esa norma jurídica individual, susceptible de ejecución, lo que a nuestro entender quiere decir, que la jurisdicción es una función Estatal destinada a la creación de una norma jurídica, por ende, pareciera según esta concepción, que el juez es un legislador para casos particulares, cuando entre ellos surjan conflictos de intereses, lo

cual no es cierto, puesto que el juez no puede bajo circunstancia alguna legislar o crear normas jurídicas concretas o particulares, lo que hace el juez, entre otras cosas, es declarar la ocurrencia de hechos o acontecimientos y atribuirles a los mismos las consecuencias que se derivan del ordenamiento jurídico.

En todo caso, lo cierto es que la jurisdicción es una función que ejerce el Estado, y así lo expresa también Couture (1981,40) cuando nos enseña que la jurisdicción es:

> "[una] función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la Ley, en virtud de la cual, por actos de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución".

El maestro Couture concibe a la jurisdicción como una función del Estado, lo cual compartimos, ya que el ejercicio de la jurisdicción, con todos los atributos que ella ostenta, no podría atribuírsele a otro ente distinto al Estado; así mismo, observamos que en la concepción del profesor uruguayo, la actividad jurisdiccional no está destinada a la creación de una norma jurídica individual, que regule la conducta de los individuos entre los cuales ha surgido un conflicto de intereses,

sino que por el contrario, mediante la jurisdicción, los órganos competentes del Estado, por virtud de la realización de actos de juicio, determinan el derecho de las partes, dirimiendo así el conflicto que entre ellas se ha suscitado, siendo el acto de juicio por excelencia, la decisión definitiva del conflicto, la cual eventualmente puede alcanzar el carácter de cosa juzgada y por ende ser susceptible de ejecución.

Pero adicionalmente a lo anteriormente expuesto, nos atreveríamos a decir que, la jurisdicción es una actividad ejercida por el Estado, en virtud de la voluntad de los ciudadanos, quienes han delegado en él, el cumplimiento de ciertas funciones, con miras a lograr en el colectivo, paz, seguridad jurídica, estabilidad y orden social, deviniendo estos estadios de tranquilidad, del hecho que entre las funciones más relevantes de la jurisdicción, se encuentra justamente la de tutelar intereses jurídicos, lo cual implica, por una lado, darle solución a los conflictos de intereses que surjan entre los particulares, independientemente de que la solución sea conceder razón a alguno de los integrantes del conflicto, y por otro lado, darle respuesta a determinadas situaciones de hecho que requieren la intervención del órgano jurisdiccional, ya no

para resolver un conflicto, sino para conceder tutela a un interés jurídico especifico, manifestado por una o varias personas.

Así las cosas, el profesor Ortiz (2003,109) expresa lo siguiente:

> "Lo que define a la jurisdicción, y en consecuencia, la acción y el proceso no es la ausencia o presencia de conflictos, sino la necesidad de tutela de un derecho o interés que bien pudiera asumir la forma de conflictos, pero lo cual no lo agota ni restringe a la jurisdicción".

Por su parte, el Dr. Longo (2002,99) ha definido a la jurisdicción de la siguiente manera:

> "Es la expresión del poder soberano asumido por el Estado, como consecuencia de la supresión de la violencia privada, indispensable, junto con el poder correlativo de la acción, para la válida constitución del proceso, único mecanismos a través del cual se la ejerce, mediante delegación en órganos especializados en la tutela judicial de los intereses jurídicos".

Siguiendo la corriente de pensamiento expresada por los autores citados, entendemos que la jurisdicción es una actividad del Estado, que ejerce como parte de sus funciones, las cuales dimanan del poder soberano de los ciudadanos que conforman cada Estado, quienes le han delegado a ese ente el ejercicio de ciertas y determinadas atribuciones, para lograr paz social, suprimiendo la violencia ejercida entre particulares; activándose

dicha función mediante el ejercicio de la acción, por parte del o los individuos que crean pertinente elevar peticiones a los órganos especializados, a través de los cuales se ejerce la función jurisdiccional, para que sean éstos quienes dictaminen si determinados intereses, particulares, individuales, colectivos e incluso difusos, pueden ser o no tutelados judicialmente, todo lo cual ocurre dentro de un marco lógico y ordenado al cual se ha denominado proceso.

Proceso que según nos enseña Cuenca (1994, 199) es "un conjunto de actividades ordenadas por la ley, para el desenvolvimiento de la función jurisdiccional", y que entendemos, son actividades que deben propender, en todos los casos, a que los usuarios de la jurisdicción, cuenten con las más amplias garantías para exponer de forma libre, los argumentos sobre la base de los cuales solicitan la tutela de sus intereses. Entendiendo que, cuando la tutela de intereses implique presencia de conflictos, la libertad a que nos hemos referido, se transmuta en posibilidad alegatoria y libertad probatoria, para los sujetos cuyos intereses han entrado en conflicto, a lo cual debe adicionarse que, los individuos en conflicto deben contar con un árbitro imparcial, objetivo, predeterminado, y con la

posibilidad real y cierta de que el Estado, dará respuesta oportuna, adecuada y célere a la solicitud de tutela efectuada.

Y decimos posibilidad real y cierta de respuesta oportuna y adecuada, por cuanto, si bien el primer párrafo del artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala que "el Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles", no es menos cierto que, en la realidad, el propio Estado no ha creado los mecanismos para que estos postulados se materialicen.

En todo caso, concebimos al proceso, como el conjunto de eventos necesarios que deben necesariamente llevarse a cabo, para resolver el conflicto de intereses surgido entre individuos, o para conceder tutela a ciertos intereses que no se manifiestan en forma de conflictos, todo lo cual ha de realizarse de manera equilibrada, justa e igualitaria, teniendo siempre como norte la solución del problema social que subyace, bien en medio del conflicto, bien en el interés carente de conflicto respecto del cual se pide tutela; y decimos problema social, puesto que cada

individuo que tenga un interés con relevancia jurídica no resuelto, puede en algún momento de la vida afectar a los demás integrantes de la sociedad y de allí la importancia de que la tutela de los intereses con relevancia jurídica sea efectiva y oportuna, en los términos en que señala nuestra Constitución.

Finalmente, entendemos que las instituciones a las cuales no hemos venido refiriendo, funcionan de manera interdependiente, puesto que, no es posible que se activen los mecanismos procesales sin que el ciudadano acuda a la jurisdicción, para que ésta le conceda tutela a los diversos intereses jurídicos que puede plantear, mediante el ejercicio de la posibilidad que le confiere la Constitución, por nosotros entendida como la acción; y es que tal vinculación de estos tres elementos resulta lógica y no puede entenderse la manifestación de una de estas actividades humanas sin que estén presentes las demás.

De hecho, el profesor Longo (2002,101) manifiesta al respecto lo siguiente:

> "así, que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, incluso en su momento decisorio, no está desvinculado, ni puede desagregarse del

> ejercicio del poder de la acción, tal como se desprende, también de la posibilidad de integrar el tribunal con asociados, e incluso, de la facultad que el ordenamiento jurídico le concede a las partes de separar al juez natural que tiene a su cargo el conocimiento de la causa, para que la misma sea resuelta mediante árbitros. Luego, no es concebible el ejercicio de la jurisdicción (lo mismo vale para la acción) fuera de ese sistema que la envuelve en forma interdependiente e interrelacionada, con los demás elementos de ese todo sistemático".

Ciertamente, no es concebible que el ciudadano tenga la posibilidad de postular pretensiones y solicitar la tutela de intereses jurídicos, sin la existencia de la actividad jurisdiccional desplegada por el Estado, mediante la constitución de órganos especializados, a los cuales se les ha conferido esa facultad, y que deben ejecutar su actividad a través de la utilización de un mecanismo preordenado, diseñado para ofrecer ciertas garantías a los ciudadanos, en virtud del cual puedan materializarse en la vida real los fines esenciales para los cuales se ha constituido el Estado, entre los cuales contamos la realización de la justicia, tal y como lo ordena el artículo 257 de la vigente Constitución de la República y como así lo impone igualmente el artículo 2 del referido texto legal.

Por lo tanto, entendemos que, la acción, la jurisdicción y el proceso son conceptos no escindibles, y en efecto, según Longo (2002, 112):

> "acción y jurisdicción, según se anticipó, solo se expresan a través del proceso, con manifestaciones distintas, particulares de cada uno de dichos poderes, por medio de los actos procesales en los que concurren o participan, a manera de potestades y deberes".

En otra palabras, la acción, la jurisdicción y el proceso, forman parte de un todo integrado, interdependiente, no escindible, que se materializa en cada caso concreto, mediante la realización de actos procesales diversos, cuya forma y contenido variará, dependiendo del tipo de intereses que se pretendan tutelar, y de acuerdo a la graduación que, en orden de importancia, se le haya asignado a la tutela de diversos intereses que tengan relación con algunos bienes jurídicos, a los cuales el legislador y el constituyente hayan considerado como de mayor o menor grado de relevancia jurídica y social; lo cual en definitiva, determinará la forma procedimental que para cada caso concreto tomará el proceso, que repetimos, siempre es el mismo, pero que en todo caso, adquiere diferencias cuándo es transformado en procedimiento específico para responder a necesidades de distinta índole y naturaleza, lo cual no implica

que, por existir estas variaciones procedimentales en cada caso concreto, no puedan, por corto o largo, sencillo o complicado que sea cada procedimiento, estar presentes las garantías procesales constitucionales que debe proporcionar este mecanismo de tutela de intereses, y de alcance de justicia

CAPITULO II

LA PRETENSIÓN PROCESAL

A. Clases de pretensión

Siguiendo con el análisis de los fenómenos procesales que desencadenan la actividad del juez, debemos necesariamente hacer referencia a la pretensión, ya que precisamente es este concepto el que sirve de elemento central a la tarea que hemos emprendido.

Entonces, pareciera necesario iniciar este capítulo definiendo lo que entendemos por pretensión, no obstante, precisamos referirnos en primer término, a las distintas clases o tipos de pretensiones que algunos procesalistas han identificado y definido, para así poder establecer lo que para nosotros, y a los efectos del logro de los objetivos trazados, se entiende como pretensión.

Así por ejemplo, los procesalistas Guasp y Aragoneses (1998, 207), en su obra Derecho Procesal Civil, Tomo I, señalan que "lo que caracteriza sustancialmente a una pretensión es el reclamar una cierta actuación del órgano jurisdiccional, [por tanto] es lógico que la clase de la pretensión varíe según la naturaleza de la actuación pretendida".

Es decir, que según los autores citados, la pretensión será de un tipo u otro, dependiendo de la naturaleza de la actuación que se derive de dicha petición, y en ese sentido señalan que existen básicamente la pretensión de cognición y la pretensión de ejecución.

De hecho, para Guasp y Aragoneses (1998,207), la pretensión de cognición es "aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad", siendo esa declaración de volunta la sentencia.

Ahora bien, de acuerdo a esta concepción, expresan los referidos doctrinarios que "si lo que se solicita al órgano jurisdiccional es la simple declaración de una situación jurídica,

que existía con anterioridad a la decisión, buscando su sola certeza, la pretensión recibe el nombre de declarativa" (p. 207).

Igualmente afirman que si "lo que se pide al órgano jurisdiccional es la creación, modificación o extinción de una situación jurídica la pretensión lleva el nombre de pretensión constitutiva" (p. 208).

Por otro lado, enseñan Guasp y Aragoneses (1998,208) que "cuando lo que se reclama al órgano jurisdiccional no es la declaración de una situación jurídica a existente, ni la producción de una situación jurídica inexistente con anterioridad, sino la imposición de dicha situación jurídica al sujeto pasivo de la pretensión, ésta se llama pretensión de condena".

Finalmente, los maestros Guasp y Aragoneses (1998, 209) manifiestan que existe la pretensión de ejecución, y la definen como "aquella en que lo que se pide al órgano jurisdiccional no es la emisión de una declaración de voluntad, esto es, la realización de una conducta, no ideal, sino material o física".

De acuerdo con las ideas anteriores, resulta claro que los procesalistas citados, elaboran una clasificación de la pretensión, partiendo de la base que, ésta será ubicada en una u otra categoría, dependiendo del tipo de resolución o sentencia que la declare; por lo tanto, creemos que al construir una clasificación de la pretensión, sobre la base de la naturaleza de la decisión que la declare, lo que se está haciendo realmente es una clasificación de las sentencias o declaraciones de voluntad que puede emitir el órgano jurisdiccional.

Por su parte el procesalista Ramírez. A (2001,239), señala que "de la pretensión en general se puede decir que es la que se tiene por el solo acto de pretender, de solicitar, de pedir", lo cual nos parece una definición tautológica, pero que más allá de su formulación, sirve para entender la esencia misma de lo que es la pretensión, puesto que, a dicha concepción de la pretensión, el autor citado la ha denominado pretensión genérica y señala que "de aquí se derivan muchas otras pretensiones, de las cuales, para nuestro estudio, las principales son: la pretensión material y la pretensión procesal" (p. 240).

Así las cosas, el Dr. Ramírez. A (2001,240), explica lo que entiende por pretensión material y para ello hace las siguientes consideraciones:

> "Al hacer la reclamación o petición directa, al cobrar directamente el dinero al deudor, el acreedor está ejerciendo una pretensión, la pretensión de que se le pague su dinero. De esta pretensión no podemos decir que sea genérica, porque se trata de un caso concreto. Tampoco podemos decir que sea procesal, porque para nada ha intervenido el proceso. Y como se trata de una intervención directa en la cual se ha ejercido una pretensión, para llamarla en alguna forma, unos le dicen material, otros sustancial otros civil. Esta es, pues, la pretensión material, sustancial o civil, y es una pretensión que, como puede verse, tiene sujetos: sujeto activo y sujeto pasivo: el acreedor y el deudor; tiene objeto, que es el dinero que se reclama, y tiene causa, que es el contrato de préstamo".

En cuanto a la pretensión procesal, el mismo Dr. Ramírez. A (2001,241), señala lo siguiente:

> "La pretensión material desaparece al insertarse su contenido en la demanda y se convierte, a su vez, en contenido parcial de ésta; en tal forma pasa a ser también parte indirecta del cuerpo del proceso, pero sin individualidad e independencia, y en esto difiere de la pretensión material, y por consiguiente, no puede seguírsele llamando de igual manera, sino que debe distinguirse la una de la otra, lo cual se logra con la denominación que se le hadado de pretensión procesal".

De las citas anteriores, resulta claro que, para el tratadista la pretensión material viene a ser la reclamación o petición

directa que un individuo hace a otro, para que éste le satisfaga una determinada necesidad o cumpla a su favor con una obligación, siempre que tal actividad ocurra fuera del proceso.

En tanto que, si la petición o reclamo del pretensor no surtió su efecto natural extraprocesal, quién pretende puede acudir a la jurisdicción, mediante el ejercicio de la acción, para formular su reclamo (pretensión material) la cual pasa a formar parte del libelo de la demanda y como consecuencia de ello, desaparece y debe entonces denominársele pretensión procesal, habida cuenta que también pasa a formar parte indirecta del proceso.

Pues bien, al respecto entendemos que la pretensión material en los términos en que la describe el Dr. Ramírez Arcila, esto es, el reclamo extraprocesal que el pretensor efectúa al obligado, constituye la activación de un mecanismo mediante el cual el acreedor solicita extrajudicialmente, la satisfacción de su interés, que es, para seguir con el ejemplo del profesor, el pago de la deuda; pero que en todo caso, si el obligado no la satisface y por virtud de ésta conducta, el acreedor acude a la jurisdicción a interponer su pretensión, y por el hecho de que la pretensión

material pase a formar parte del libelo de la demanda, no necesariamente desaparece, sino que en todo caso adquiere otras dimensiones, y por lo tanto se le denomina pretensión procesal.

Sin embargo, creemos que el fenómeno de la pretensión tiene necesariamente que estudiarse, desde su nacimiento mismo, y por ello, es importante recalcar la idea de que, toda pretensión o aspiración nace de una necesidad no satisfecha que tenga un ser humano; entendiendo que las necesidades de los seres humanos pueden ser de diversa índole, y por lo tanto, al momento en que al individuo le surge la necesidad, comienza en él un proceso de reflexión para determinar cual bien de la vida es el apto para satisfacerla, proceso éste al cual el profesor Guimaraes (2004, 269), ha llamado juicio de valoración, y del cual ha dicho que es "el juicio hecho por el hombre para determinar la aptitud de un bien en concreto, tomando por base su necesidad actual" y agrega además que "ese juicio de valoración es subjetivo y personal, como también lo es la necesidad del hombre"; por consiguiente, una vez que el hombre ha efectuado ese juicio de valoración, y en consecuencia ha logrado determinar cual bien específico de la vida es el que tiene

la aptitud para satisfacer su necesidad, es cuando surge en ese hombre el interés por obtener ese bien de la vida.

Por tanto, es ese interés el que impulsa al hombre a realizar la reclamación de forma directa y personal, por ejemplo, a su deudor, pero pudiera suceder que el necesitado no considere como una opción, el hacer la reclamación directa al obligado, sino que por el contrario, asuma que debe acudir directamente a la jurisdicción, y entonces allí nos preguntamos; bajo la tesis del Profesor Ramírez Arcila, si existe o no la pretensión material?, es acaso la pretensión material un presupuesto de existencia de la pretensión procesal, o el hecho de que el sujeto acuda a la jurisdicción directamente niega la existencia de la pretensión material?.

Efectivamente, creemos que en la ciencia del derecho procesal, no deberíamos considerar como objeto de estudio a la denominada pretensión material, puesto que, cada individuo de la especie humana tiene sus determinadas, específicas e individualizadas necesidades, y, por consiguiente igual número de bienes requerirá para satisfacerlas.

Ahora bien, lo importante no es la necesidad aislada de cada individuo, sino la consideración de ésta necesidad cuándo el ser humano la vierte al proceso, alegando que su necesidad es jurídicamente tutelable, o mejor dicho, que su interés, es jurídicamente tutelable; por tanto, ya acercándonos un poco a la delimitación de este punto, creemos que efectivamente, no resulta oficioso para la ciencia del proceso estar construyendo clasificación de pretensiones, que en muchos casos, lo que realmente hacen es clasificar las decisiones en virtud de las cuales se considera su tutelabilidad por el ordenamiento jurídico.

Tampoco nos parece necesario, distinguir entre pretensión material o procesal, por cuanto, la pretensión que no ha sido llevada al proceso, mediante el ejercicio de la acción, para ser conocida por la jurisdicción, no tiene relevancia ni cabida en el mundo del derecho procesal, pues se trata de simples aspiraciones e incluso peticiones que se encuentran fuera del ámbito de estudio de ésta ciencia.

Así, creemos pertinente concluir expresando lo que entendemos como pretensión, y para ser más precisos y coherentes con las ideas expuestas, como pretensión procesal,

la cual concebimos como toda aspiración concreta, planteada al órgano jurisdiccional, postulada ante el Estado y dirigida en algunos casos frente a uno o varios sujetos (cuando surge conflicto de intereses), pero en otros casos simplemente ante el Estado (cuando hay ausencia de conflicto de intereses), con el objeto de que el órgano especializado dictamine, si el interés producto de la necesidad del individuo, encuentra tutela en el ordenamiento jurídico vigente.

B. La resistencia del demandado como elemento integrador de la pretensión procesal

Habiendo expresado lo que en nuestra concepción es la pretensión procesal, y considerando que es ésta la que debe constituir el objeto de estudio de la ciencia procesal, se hace necesario agregar que, ya ubicada dentro de los límites del proceso, la pretensión procesal adquiere dimensiones aún mayores.

En este sentido, entendemos que la sola incorporación y postulación al proceso, de la aspiración que de un bien de la vida tiene un individuo, a través de la acción, para que los

órganos especializados le respondan si su interés con respecto a ese bien es o no tutelable por el ordenamiento jurídico vigente, puede, incluso cuándo la satisfacción del interés no depende de la intervención de uno o varios sujetos, constituir la pretensión procesal.

Es decir, cuando la satisfacción del interés, que tiene ahora sí relevancia jurídica y procesal, puesto que ha sido incorporado al proceso, depende sólo de la actuación del órgano jurisdiccional, independientemente de que el resultado final sea acorde a lo pedido por el solicitante, creemos que esa actividad del pretensor es en sí misma la pretensión procesal.

Pero hay casos, en los cuales la pretensión debe ser postulada ante el Estado y dirigida a uno o varios individuos, por cuanto, probablemente la satisfacción y consecuente tutelabilidad del interés planteado por el peticionante, depende de la actuación de ese otro ser humano, al que denominamos demandado, y que, por principios constitucionales, tiene el derecho de ser llamado al proceso, para que se entere de las aspiraciones del peticionante, así como de la circunstancia

misma de que, su actividad es requerida de alguna forma para que satisfaga el interés del pretensor.

En este mismo orden y dirección ha escrito el procesalista Montero. A (1988,86,87), señalando que:

> "De modo correlativo al de pretensión aparece el concepto de resistencia o de oposición a la pretensión. El uno no puede entenderse sin el otro y ambos se complementan".

El profesor español, alude a que la resistencia es un concepto correlativo del de pretensión, y que de hecho no es posible concebir al uno sin el otro, y en efecto, cuando el tratadista enumera los elementos que, según su criterio, caracterizan a la pretensión indica que "la pretensión ha de interponerse frente a otra persona, es decir, frente a persona distinta al sujeto activo, debiendo tratarse de persona determinada o, por lo menos, determinable", lo cual nos hace inferir que en la idea del autor, respecto a lo que debe entenderse por pretensión, está presente siempre la circunstancia de que, la pretensión debe ser planteada frente a otro sujeto, lo cual supone de entrada la existencia de un conflicto de intereses.

Ahora, en nuestro criterio, esta concepción observa el fenómeno sólo desde la perspectiva del conflicto, en el que de suyo, la resistencia es un elemento necesario para su conformación.

Resistencia, a la que el profesor Montero. A (1988,86) ha definido como "la petición que se dirige a un órgano jurisdiccional como reacción a la petición formulada por otra persona".

Sobre el mismo punto han escrito los profesores Jaime Guasp y Pedro Aragoneses, quienes conciben la actividad del demandado, no como resistencia a la pretensión, sino como oposición a la pretensión, y al definir esta figura han dicho Guasp y Aragoneses (1998,219), que puede entenderse la oposición a la pretensión como "una declaración de voluntad por la que se reclama del órgano jurisdiccional frente al actor la no actuación de éste".

Con respecto a la idea anteriormente expuesta, Guasp y Aragoneses (1998,219), señalan que:

> "la oposición a la pretensión no compone ni integra el objeto del proceso, misión reservada a la pretensión procesal, sino que normalmente fija tan solo los límites de su examen. El demandado, mediante sus defensas, no puede hacer que el proceso tenga una dimensión mayor, menor o distinta a la que el actor originariamente le dio con la formulación de su declaración inicial. La oposición del sujeto pasivo, sirve tan solo para elegir, de entre las líneas de discusión, teóricamente infinitas, que la pretensión puede suscitar, aquellas que tienen mayor significación y trascendencia práctica, función que se encomienda al demandado en virtud del llamado principio de contradicción por entender que él encuentra en su propio interés razones bastantes para deducir aquellos motivos de discusión cuya aclaración sea, en efecto más necesaria. La tarea de delimitar el contenido del proceso no ha de confundirse, pues, con la de proporcionar su objeto, la cual es exclusiva del sujeto activo de la pretensión".

Es decir, la conducta del demandado, a la cual califican de oposición a la pretensión, no integra la pretensión procesal, de hecho, de las ideas aportadas por los citados autores, se desprende claramente su concepción, en cuanto a que, la oposición a la pretensión no compone ni integra el objeto del proceso, por cuanto, sólo está destinada a fijar los límites de examen de la pretensión, señalando que el demandado mediante el ejercicio de sus defensas no puede hacer que el proceso tenga una dimensión, mayor, menor o distinta a la ya establecida por la pretensión, y que solo sirve de elemento orientador para que,

según entendemos, el juez elija de entre las líneas de discusión teóricamente infinitas que plantea la pretensión, aquellas que tengan mayor trascendencia y significancia, sentenciando finalmente los profesores españoles, que la oposición a la pretensión tiene como finalidad, delimitar el contenido del proceso no debiendo confundirse con la tarea de proporcionar su objeto.

Quiere decir, que de acuerdo a lo expresado por los doctrinarios citados, la oposición a la pretensión, en primer lugar, no es parte de la pretensión, en segundo lugar, no forma parte del objeto del proceso, sino que por el contrario, sirve sólo a los fines de limitar su objeto de análisis, pero nunca para integrar el objeto del proceso.

Sin embargo, los mismos autores señalan en la obra citada, al analizar el concepto de oposición a la pretensión que han esbozado, lo siguiente:

> "Efectivamente, no hay reparo en considerar, en principio, que una [la pretensión] y otra [la oposición a la pretensión] son anverso y reverso de una misma figura; pero la semejanza no se convierte en identidad de naturaleza; la oposición a la pretensión, o contrapretensión, no

> constituye, a su vez, una pretensión autentica" (Guasp y Aragoneses 1998,219).

De las palabras antes citadas podemos deducir que, según se ha citado, la pretensión y la oposición a la pretensión son parte de una misma figura, es decir, son partes integrantes de un todo, pero que en efecto, por la semejanza existente entre ambas figuras, no podría afirmarse que tienen identidad de naturaleza.

Y en este punto, creemos pertinente señalar, con todo el respeto que nos merecen los ilustres procesalistas, que su razonamiento parece un poco circular, por cuanto, si ambas figuras son parte de un todo, luego entonces no entendemos como finalmente indican que no son lo mismo, y que de hecho, la oposición a la pretensión no puede formar parte ni constituir el objeto del proceso, cuando, los referidos autores señalan en su obra que la pretensión es el objeto del proceso, al decir que "la pretensión, fundada o no, en cuanto al trámite, con la demanda, es el autentico objeto del proceso" (p. 205); de hecho, si pretensión y oposición a la pretensión son, según lo afirman los profesores citados, partes de un mismo fenómeno (pretensión procesal), luego no puede afirmarse que la oposición a la pretensión, por la sola circunstancia de no tener identidad de

naturaleza con la pretensión, no sea parte de la pretensión procesal.

Por lo tanto, consideramos que toda petición efectuada por un ciudadano, que sea vertida al proceso, constituye una pretensión procesal, la cual ciertamente no es idéntica en naturaleza, en esencia, a la oposición a la pretensión.

Pero también entendemos, que tanto la pretensión o petición del demandante o solicitante, junto con la oposición a la pretensión, que para nosotros es la resistencia del demandado, son partes de un mismo todo, y que en los casos específicos en los que ocurra (la resistencia del demandado) ambas figuras integran la pretensión procesal.

Dicho de otro modo, es posible que la pretensión procesal, no requiera de la intervención de uno o varios sujetos a los que deba ser dirigida, para que pueda ser conocida y en consecuencia, declarado judicialmente si es tutelable o no; pero es posible que en otras circunstancias, sí sea necesaria esa comparecencia, por lo cual, en uno u otro caso, habrá pretensión procesal, sólo que en el primero, no hará falta la materialización

de la resistencia del demandado para integrar la pretensión procesal, pues en los términos de ausencia de conflicto en que se le ha planteado, no es necesaria la intervención del demandado.

Pero habrá otras circunstancias, en las que sí se requiera la resistencia del demandado para integrar, que no conformar, la pretensión procesal, casos en los cuales, la oposición a la pretensión o resistencia a la pretensión, pasará a formar parte de la pretensión procesal, como único objeto de estudio del proceso.

Por otro lado, pensamos que en efecto, la resistencia del demandado, no sirve solamente para delimitar la controversia, sino que eventualmente, puede añadir elementos nuevos y distintos a los planteados en la pretensión inicialmente traída al proceso por el demandante, los cuales deberán ser necesariamente considerados por el juzgador, para poder llegar a una conclusión con respecto a la tutelabilidad o no de los intereses del accionante; no obstante, existen casos en los cuales, a pesar de que la resistencia del demandado es requerida para la integración de la pretensión procesal, por

tratarse, en el caso concreto, de un interés que suponga de suyo conflicto, puede suceder que el demandado no comparezca a ofrecerla (contumacia), caso en el cual, es indebido afirmar que la pretensión procesal no se ha integrado, o peor aún, que no existe, todo lo contrario, existe pero, en razón de la contumacia del demandado, el elemento resistencia no ha formado parte de ella; pero en todo caso, la falta de resistencia a la pretensión por parte del demandado, no implica ausencia de pretensión procesal, y tampoco impide el logro del objeto fundamental del proceso, que es la realización de la justicia, sobre la base de poder escuchar y analizar las razones y argumentos que respecto de un mismo punto controvertido, pudieran tener las partes integrantes del conflicto; no pudiendo aducirse la ausencia de resistencia, como una causa de ilegitimidad en la constitución del proceso, ni de su objeto que es la pretensión procesal.

En el mismo orden de las ideas que hemos expuesto, se expresa el profesor venezolano Ortiz (2004,406), quién refiriéndose a la tesis de Guasp, con respecto a la titularidad de la pretensión, señala lo siguiente:

> "frente a los planteamientos iniciales del actor (formulación de la pretensión) es posible que el demandado ejerza una resistencia (la llamada "excepción), con lo cual tenemos una "pretensión resistida" que, a su vez, constituye, en sí misma, una pretensión procesal individualizada e independiente de la formulada por el actor. En consecuencia, la pretensión procesal no puede definirse con base en lo que el actor plantea sino *también* debe integrar lo planteado por el demandado; ese "todo integrado" se presenta el juez para que sea resuelto con base a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y constituirá, en efecto, el *objeto del proceso*.

Como resultado de todo lo anteriormente expuesto, creemos que la pretensión procesal existe desde el momento en que el individuo la vierte en el proceso, a través de su escrito de solicitud o de demanda, y que lo determinante es observar el contexto en el que el fenómeno de la pretensión se desenvuelve.

Vale decir, si se trata de una petición, efectuada con miras a que el órgano jurisdiccional se pronuncie con respecto a la tutelabilidad de un interés, que no necesariamente implica conflicto, pues, en ese caso, habrá pretensión procesal, sin que se requiera, para afirmar su existencia, la necesidad de la resistencia de un demandado.

O si por el contrario, estamos en presencia de hechos de la vida que generan en un individuo la necesidad de acudir al órgano jurisdiccional, a fin de solicitar la tutela de su interés, lo cual hace mediante la postulación en el proceso de la pretensión, y que en ese caso concreto, por la naturaleza del interés planteado por el postulante, se requiere el actuar de otro sujeto (demandado) razón por la cual, se le llama al proceso para que se informe sobre las aspiraciones del demandante, y exprese si satisface voluntariamente el requerimiento del actor, o si por el contrario lo resiste, caso en el cual, su conducta pasa a formar parte de un mismo fenómeno que denominamos y entendemos como pretensión procesal, la cual constituye en definitiva el objeto de estudio por parte del juez, quién deberá determinar en la sentencia, si en efecto, esa pretensión es tutelable, es decir, si el interés derivado de la necesidad del individuo puede ser reconocido o no por el derecho.

CAPÍTULO III

LA ACTIVIDAD DECISORIA DEL JUEZ

A. En qué consiste el Principio Dispositivo

Toda actividad humana tendiente al logro de fines específicos, generalmente se encuentra orientada por principios básicos, que a nuestro entender, son reglas generales de orientación de la conducta del individuo, que le permiten alcanzar los objetivos predefinidos que con dicha actividad se pretenden.

Así, la ciencia del proceso no escapa a esta realidad y por ende, siendo ella una actividad humana, que tiene como fin primordial el alcance de la justicia, tal y como lo señala el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, también se encuentra influenciada esta actividad (el proceso judicial) por reglas que orientan su desenvolvimiento, las

cuales son de obligatorio cumplimiento por parte de los individuos que la llevan a cabo.

Es por ello que, el juez civil, como director del proceso, tal y como lo consagra el artículo 14 del Código de Procedimiento Civil venezolano, tiene el deber de actuar siempre apegado a ese universo de reglas que orientan su conducta, y que permiten, en definitiva, que el mecanismo del proceso judicial cumpla su cometido.

Por lo tanto, se impone en este momento analizar algunas de esas reglas orientadoras de la conducta del juez civil, como director del mecanismo del proceso, para poder entender como debe el juez interpretarlas, cómo aplicarlas y, cual es alcance y extensión de esos postulados que determinan la forma en que debe el juez conducirse dentro del proceso.

En efecto, es el denominado principio dispositivo, una de las primeras reglas que debe tener en cuenta todo juez civil, al momento de ejercer su actividad endoprocesal.

Este principio se debate entre conceder al juez un cúmulo de poderes tales, que le permitan incluso aportar hechos al proceso, distintos a los alegados por las partes, o si sólo es el juez un simple testigo del litigio que ante sus ojos se desenvuelve, teniendo como función final, declarar quién de los contendores es el vencedor.

Con relación a esta dicotomía existente, entre concebir al juez como mero espectador, o como un agente muy activo dentro del proceso judicial, el insigne maestro Cuenca (1994, 102) expresaba lo siguiente:

> "El juez.-Es el funcionario que por mandato del estado aplica la Ley en el proceso la palabra *juez* deriva de la expresión latina *iudex*, de *iudicare*, que significa juzgar. Tiene una función pública que cumplir: administra justicia, que es un servicio del Estado. Existe en nuestro léxico forense, a menudo utilizado por nuestros viejos juristas en sus informes y alegatos, todavía muy en boga, una expresión según la cual "el juez es mercenario", o sea, un dispensador de justicia a la paga, algo semejante a los lasquenetes suizos, que cobraban por combatir, concepto este que contrasta con la alta, profunda, noble y científica misión que le atribuye el derecho procesal moderno. Sin embargo, la verdad es que en países como en Alemania e Italia, que aplicaron exageradamente los poderes del juez, han reaccionado y se ha producido un movimiento reductor de estos poderes, pues llegó el poder de arbitrio a convertirse en

> arbitrario y de allí que la ciencia procesal reconoce hoy que es necesario ajustar u equilibrio entre ambos principios, dispositivo e inquisitivo".

Quiere decir entonces que, el principio dispositivo parece surgir como un mecanismo para evitar excesos por parte del juez, cuando se le han conferido demasiadas facultades de dirección e intervención directas en la actividad de las partes.

No obstante, el maestro Cuenca (1994, 48), haciendo alusión a las bondades que según él observaba en el Código de Aranda, reconoce que el principio dispositivo, puede convertirse en una barrera que impida al juez disponer de la libertad suficiente para buscar y llegar a conocer la verdad, cuando señala que "si en algo se excedió fue en la adopción del hermético principio dispositivo, que desde él hasta nuestros días, ha impedido al juez tener la suficiente libertad para inquirir la verdad".

En otras palabras, entendemos que el maestro Cuenca percibía al principio dispositivo como un elemento que coarta la libertad que debe tener el juez para llegar a conseguir la verdad,

y de hecho señala el ilustre profesor que, el juez tiene el poder de arbitrio, que no debe llegar a convertirse en arbitrario.

De hecho, entendemos que si se le otorgan demasiados poderes al juez, ello podría devenir en un exceso de atribuciones que de alguna manera trastoquen la función misma de juzgar, pues se convertiría al juez en un protagonista de los eventos sobre los cuales, debe luego dictar una decisión, con el riesgo de que esa sentencia sea producto de la conducta arbitraria del juez, es decir, desapegado en su actuar, a las reglas que orientan su conducta dentro del proceso, por ello, creemos que el juez debe conservar su facultad de arbitrio, la cual no está reñida con el principio dispositivo, y que en palabras de Nieto (2000,219), debe entenderse que el arbitrio es:

> "un puente que enlaza lo abstracto y lo concreto, lo general y lo particular. Sin el arbitrio personal del juez la ley no podría ser aplicada a un conflicto que ella no ha podido prever. El arbitrio es el fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia". El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista".

Pero entendiendo siempre, como bien lo afirma Cuenca (1994,77) que "el juez se mueve por actividad particular y sólo

por excepción, en determinados casos, expresamente señalados, el juez actúa de oficio".

Entonces, resulta claro que uno de los elementos que distinguen al principio dispositivo, es la necesaria iniciativa de las partes como factor desencadenante de la actividad del juez, puesto que, al menos en materia civil, no puede el juez, por regla general, iniciar de oficio el proceso, por el contrario, tal actividad está reservada a la iniciativa del sujeto que pretenda la tutela de su interés particular.

En efecto, el primer párrafo del artículo 11 del Código de Procedimiento Civil venezolano prohíbe expresamente al juez que inicie el proceso, y en tal sentido señala expresamente lo siguiente:

> "En materia civil el juez no puede iniciar el proceso sin previa demanda de parte, pero puede proceder de oficio cuando la Ley lo autorice, o cuando en resguardo del orden público o de las buenas costumbres, sea necesario dictar alguna providencia legal, aunque no la soliciten las partes".

A la luz de la norma antes transcrita, resulta claro que en nuestro ordenamiento jurídico, el juez civil tiene prohibido iniciar

un proceso sin la previa petición de la parte interesada, y sólo podría actuar oficiosamente dentro del proceso, cuando ello sea necesario para resguardar el orden público, las buenas costumbres, o cuando existe expresa autorización legal.

Por su parte, el maestro Couture (1981,185), no se refiere al principio de que estamos tratando, como principio dispositivo, sino que mas bien lo denomina principio de disposición, señalando que "se entiende por principio de disposición aquel que deja librada a las partes la disponibilidad del proceso", introduciendo un elemento adicional al concepto, como lo es, la posibilidad de que las partes dispongan del proceso.

No obstante, el maestro Couture (1981,186), al continuar con su explicación, indica que "el proceso civil hispanoamericano, y en especial el de nuestro país, no consagra el principio de disposición en forma absoluta. Este tipo de proceso es predominantemente dispositivo", explicando que "este principio se apoya sobre la suposición, de que en aquéllos asuntos en los cuales sólo se dilucida un interés privado, los órganos del poder público no deben ir más allá de lo que desean los propios particulares".

Igualmente, el maestro Montero. A (1988, 236), considera que:

> "Tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos cosas distintas. El proceso civil en la concepción liberal-individualista del siglo XIX –la que ha informado la mayor parte de nuestros códigos procesales, y desde luego nuestra LEC- era "cosa de partes" en un doble sentido: significaba, primero, que las partes tenían la disposición del objeto del proceso y, además, que esta disposición se extendía al proceso mismo. Dicho de otra manera, el principio dispositivo ha venido incluyendo dos principios distintos: el principio dispositivo en sentido estricto (o *Dispositions-maxime*), esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción, y, en segundo lugar, el de aportación de parte (o *Verhandlungsmaxime*), por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba".

Quiere decir, según lo expone el profesor Montero Aroca, que el principio dispositivo implica no sólo que las partes pueden disponer del objeto del proceso y del proceso mismo, sino que además, son las partes quienes pueden aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba de éstos elementos fácticos.

No obstante, el propio Montero. A (1981, 236), reconoce la manifestación de un fenómeno al que dice, viene denominándose publización del proceso, el cual pone de manifiesto que, aunque en el proceso "se discutan intereses privados, es un instrumento por el que se ejerce una función pública, en cuyo desarrollo está interesado el Estado tanto como las partes".

Señalando adicionalmente el profesor español que:

> "Si por un lado la potestad jurisdiccional es de carácter público y el juez representa esa potestad del Estado, el problema consiste en cómo compatibilizarla con la autonomía de la voluntad de las partes y la relación jurídico material privada que se lleva al proceso" (Montero. A, 1981,237).

Así lasa cosas, observamos la existencia de un problema, según el cual, ciertamente las partes y sólo ellas, tienen la posibilidad, primero, de iniciar el proceso judicial, segundo, de disponer del objeto del proceso, y en tercer lugar, pueden disponer del proceso mismo, pero al propio tiempo, si se concibe al proceso como un fenómeno en el cual está altamente interesado el Estado, pues se lo considera un mecanismo para alcanzar, en casos concretos, la realización de un valor esencial a la vida misma del Estado, como lo es la justicia, tal y como lo

dispone el artículo 2 de nuestra Carta Magna, y entendiendo que la justicia es apreciada como un factor determinante para el logro de una sociedad en la que reine la paz, se imponga la igualdad social, el respeto a la Ley, al derecho y en definitiva, se procuren niveles adecuados de seguridad jurídica y estabilidad social e institucional, resulta obvio que, el principio dispositivo debe necesariamente ser reinterpretado, percibido y entendido, ya no como un factor limitante de los poderes del juez, sino como un precepto orientador de la conducta de éste funcionario dentro del proceso, sin que ello implique, que en ciertos casos y bajo determinadas circunstancias, el juez tenga que permanecer inerte, ante situaciones en las cuales pueda tomar decisiones que de alguna forma varíen o modifiquen, sustancialmente o no las peticiones que las partes hayan efectuado, siempre que tal actuación se lleve a cabo con miras a la realización de los fines para los cuales se ha concebido el proceso, manteniendo eso si, la prohibición de que el juez pueda aportar por sí solo nuevos hechos a la relación procesal instaurada. Es como lo señaló el profesor Montero. A (1981,237), "un problema de límites".

Este problema de determinación de los límites existentes entre la actividad de las partes, la autonomía de su voluntad, y el

interés del Estado en resolver el asunto que se ha sometido a conocimiento de la jurisdicción, de la manera más apegada a las reglas de la legalidad, tratando siempre de llegar a una verdadera solución del conflicto que se le ha planteado, es abordado por Guasp y Aragoneses. (1998, 296,297), al exponer las teorías que se han formulado para explicar la vigencia y supuesta exactitud del criterio dispositivo, y al respecto nos señalan lo siguiente:

"La primera de estas teorías es la del *interés*, que supone que, siendo interés exclusivo de las partes la resolución adecuada del litigio, el Juez no tiene por qué preocuparse de proporcionarse los instrumentos necesarios para el fallo, teoría absolutamente rechazable, puesto que olvida el importante y trascendental interés público que late en todo proceso, y que no sólo exige obtener una resolución cualquiera, sino que esta resolución sea justa en la máxima medida posible. La segunda teoría es la de la *incompatibilidad psicológica*, según la cual, existiría un conflicto de este orden para el Juez si tuviese, por un lado, que acopiar los datos que le sirven para el fallo, y, por otro, que emitir este fallo mismo; pero la teoría tampoco es convincente, puesto que la pretendida incompatibilidad psicológica no se descubre como necesaria, sino que, antes al contrario, más psicológicamente incompatible parece ser la posición de un juez que tenga que fallar en contra de lo que él sabe como cierto, simplemente porque alguna de la partes ha omitido, inocente o culposamente, la aportación de un dato decisivo. Y la tercera y última teoría, la más perfeccionada de este punto, es la que se basa en el *estímulo* que para las partes supone la prohibición de una actividad de alegación a cargo del Juez, pues, siendo las partes las que de hecho están en mejores condiciones para conocer todo el material instructorio de un litigio, conviene estimularlas a que hagan uso, contradictoriamente, de toda su ciencia mediante la prohibición impuesta al Juez de que pueda ayudarlas en este punto; argumento ciertamente ingenioso, pero

no decisivo, ni ajustado a la realidad, la cual demuestra que las partes, aún en aquellas materias como la estrictamente de derecho en que pueden dispensarse de una rigurosa alegación, no eliminan nunca, entre sus alegaciones, cualquier clase de datos que les sean favorables, tenga o no posibilidad el Juez de conocerlos y valorarlos de oficio".

De lo anteriormente transcrito, podemos deducir que, las partes tienen interés en que se logre una adecuada resolución del litigio, lo cual no niega *per se*, el interés del Estado en que dicha resolución no sólo se adecue a los intereses de los litigantes, sino que sea lo más justa posible; que no es posible concebir que el juez deba necesariamente fallar en contra de lo que él sabe como cierto y justo, sobre la base de que no puede traer a colación en su fallo, por principio dispositivo, un elemento o dato que las partes inocente o maliciosamente hayan omitido; y finalmente, que a las partes debe estimulárselas para que puedan aportar al proceso todos los datos necesarios para que el juez realice su función, logrando los objetivos del proceso, estímulo que a nuestro entender, implica procurarles a las partes todas las garantías procesales y constitucionales necesarias para que puedan alegar y probar sus afirmaciones y argumentos, contando con absoluta libertad e igualdad dentro del proceso judicial.

En todo caso, nos inclinamos a pensar que, el principio dispositivo no se desnaturaliza por el solo hecho de asumir que, en algunos casos, las partes al momento de realizar sus exposiciones y argumentaciones, no lo hacen de la forma más adecuada, técnica y precisa, y por ende, es allí cuando el juez, con el objetivo firme de procurar una solución real y justa al conflicto, debe necesariamente, hacerse del arbitrio del que está investido, para poder cumplir con su función, que va más allá de la simple satisfacción de pretensiones o de la tutela de intereses, y que mas bien se perfila como un garante de la paz social y la seguridad jurídica.

Por ello, coincidimos con Guasp y Aragoneses (1998,297) cuando señalan que:

> "la finalidad característica del proceso no quedaría desnaturalizada aunque se atribuyera al juez la posibilidad de aportar datos al proceso, siempre que se mantuviera en vigor y radicalmente escindida la distinción entre la pretensión procesal, con sus elementos, y las meras alegaciones, o instrumentos que garantizan la exactitud lógica del fallo".

Es en definitiva, como lo señaló el maestro Montero Aroca, un problema de establecimiento de límites, lo cual constituye sin lugar a dudas una tarea harto dificultosa, pero que nos sirve de

aliento en el logro de las metas que nos hemos trazado con la elaboración de este trabajo.

B. Alcance del deber de congruencia de la sentencia definitiva

La congruencia del fallo, es sin lugar a dudas, otra de las reglas orientadoras de la conducta del juez, y al propio tiempo, constituye un deber que necesariamente debe cumplir este funcionario al momento de realizar su actividad decisoria, sin embargo, el contenido de este deber de congruencia del fallo, se ha interpretado de forma diversa de acuerdo con la percepción que se ha tenido del proceso, producto muchas veces del marco histórico en que se desenvuelve cada momento específico de la vida nacional, el cual incide directamente en las concepciones ideológicas que del proceso se tengan.

En este orden de ideas nos enseña Montero. A (1981,274,275), que "la ideología liberal hizo decir a Manresa, el principal autor de la LEC vigente que "la mejor ley de

procedimientos es la que deja menos campo al arbitrio judicial", por cuanto éste "es incompatible con las instituciones liberales".

Claramente podemos colegir de estas aseveraciones que, la ideología imperante en un momento histórico determinado, seguramente influirá en la interpretación, percepción o concepción que se tenga de ciertas instituciones jurídicas, pues sus formas de aplicación serán más o menos favorables a los pensamientos y orientaciones políticas que las circunstancias imponen.

De hecho, el mismo Montero. A (1981, 238), al referirse a la forma en que se percibía en la Rusia comunista el deber de congruencia no señala que:

> "Los juristas rusos, o mejor comunistas, empiezan afirmando que el principio dispositivo está plenamente vigente en su legislación, si bien revestido de algunas *originalidades* que funcionan como garantías y no como limitaciones al derecho de acción y a los derechos sustantivos de las partes. Esas *originalidades* son: 2ª) La congruencia no es un requisito de la actividad y de la resolución judicial, pudiendo el tribunal rebasar los límites de las reclamaciones presentadas por el demandante; ello se explica alegando la necesidad de salvaguardia de los derechos e intereses protegidos por la ley, necesidad que es independiente de las partes".

De estas afirmaciones, se desprende sin lugar a dudas que la ideología y el momento político que se vive en cada país, son factores determinantes en la interpretación de ciertos principios jurídicos.

Ahora bien, más allá de la conveniente interpretación o del acomodo político que de estos principios se haga, resulta importante para quienes nos dedicamos al estudio de la ciencia procesal, tratar de establecer la real extensión de estos principios-deberes, para así comprender cómo deben científicamente concebirse, de manera que no puedan ser utilizados de forma errónea y acomodaticia, a favor de una otra forma de pensamiento político, sino que por el contrario, sirvan al Estado para lograr el objetivo para el cual se le ha concebido, esto es, el logro de la justicia, la paz social y la supresión de la violencia privada.

Con relación al deber de congruencia del fallo, Guasp y Aragoneses (1998, 483), manifiestan que "ha de haber para que la sentencia aparezca como causada o justificada, una relación o referencia entre ella y la pretensión procesal correspondiente",

por ende, la primera referencia que tenemos para determinar cuando un fallo es congruente es que de hecho exista relación entre la sentencia y la pretensión procesal. No es concebible entonces una sentencia que se pronuncie sobre lo que no ha formado parte de la pretensión procesal.

En definitiva, Guasp y Aragoneses (1998, 483) nos enseñan que la congruencia puede ser definida:

> "como la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto. Es, pues, una relación entre dos términos, uno de los cuales es la sentencia misma, y, mas concretamente, su fallo o parte dispositiva, y otro el objeto procesal en sentido riguroso; no, por lo tanto, la demanda, ni las cuestiones, ni el debate, ni las alegaciones ni las pruebas, sino la pretensión procesal y la oposición a la misma en cuanto la delimita o acota, teniendo en cuenta todos los elementos individualizadotes de tal objeto: los sujetos que en el figuran, la materia sobre que recae y el título que jurídicamente lo perfila".

Añadiendo los citados autores que, la congruencia supone lo siguiente:

> "Que el fallo no contenga más de lo pedido por las partes: pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia positiva, la que existe cuando la sentencia concede o niega lo que nadie ha

> pedido, dando o rechazando más cuantitativa o cualitativamente, de lo que se reclama,...Que el fallo no contenga menos de lo pedido por las partes, pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia negativa, la que se da cuando la sentencia omite decir sobre alguna de las pretensiones procesales...Que el fallo no contenga algo distinto de lo pedido por las partes, pues si así lo hiciera incurriría en incongruencia mixta, combinación de la positiva y la negativa, lo que sucede cuando las sentencias fallan sobre objeto diferente al pretendido, verbigracia, se pide la nulidad de un contrato y en la parte dispositiva de la sentencia se declara su rescisión" (Guasp y Aragoneses, 1998, 483,484).

Según se ha citado, la congruencia supone la existencia de una relación entre la sentencia y la pretensión procesal, relación que debe ser de conformidad, es decir, que el fallo recaiga sobre los planteamientos efectuados en el proceso y no sobre otros.

Pero justamente es allí donde se ubica el problema que hemos escogido como tema para el análisis, por cuanto, consideramos que en algunos casos, y en atención a ciertas circunstancias que más adelante se expondrán, el juez puede dictar un fallo que no necesariamente guarde una relación lineal y directa con la formulación que de la pretensión procesal se haya hecho en el decurso del proceso, por cuanto, una cosa es que la sentencia sea congruente, adecuada y relacionada con lo

que ha sido objeto de debate, pero otra muy distinta, es que necesariamente la decisión tiene que acoger de forma precisa e irrestricta las formulaciones que las partes hayan efectuado en el *iter procesal* y mediante las cuales se hubiere querido delimitar el objeto del debate, por cuanto, en no pocos casos, tales formulaciones son erróneas o son expresadas de forma inadecuada, al punto que pueden tildárseles como carentes de técnica procesal.

Por ello, sostener simplemente, como lo hacen los autores supra citados que si se "pide la nulidad de un contrato [y] en la parte dispositiva de la sentencia se declara su rescisión", ello implicaría obligatoria e inexorablemente que la sentencia esté viciada de incongruencia, es a nuestro entender un poco apriorístico, por cuanto además, habrá que analizar cuidadosamente el caso concreto para determinar si en efecto, el sentenciador falló de esa manera porque percibió incorrectamente lo que era objeto del pleito, o si por el contrario, fueron las partes y muy probablemente la parte actora, quién cometió un error al momento de expresar de forma concreta su pretensión.

Por ello creemos que la congruencia de la sentencia, no puede 'medirse' en términos lineales o matemáticos, es decir, si se pide al juez manzanas, éste debe dar o negar las manzanas; todo lo contrario, puesto que, no siendo el proceso un mecanismo satisfactor de pretensiones, puede en algún momento resultar que el fallo deba disponer algo distinto a lo pedido por las partes; por lo tanto, nos inclinamos mas bien a pensar que será congruente el fallo cuando, tal y como lo señala Aragoneses (1958 citado por Ramírez. A, 2001, 377). "resuelva las cuestiones y pretensiones discutidas en el pleito, no otras".

Nótese que el autor señala que habrá congruencia cuando el fallo resuelva las cuestiones y pretensiones 'discutidas', lo cual nos hace pensar que una cosa son las cuestiones discutidas y otras las pedidas o solicitadas expresamente, una cosa son los alegatos que sirven de medio de expresión para que se formule y manifieste la pretensión y otra, la expresión concreta y determinada de esa pretensión a la cual se denomina 'petitum' o 'petitorio', distinción a la cual haremos referencia más adelante.

Por otro lado, es importante resaltar que, tampoco puede pensarse que el juez, no esté en la obligación de respetar este

principio a la hora de dictar su sentencia, puesto que, como lo afirman Mejia y Burelli (2000,302) el requisito de congruencia:

> "tiene por fin asegurar el efectivo cumplimiento del principio dispositivo –*nemo iudex sine actore*- contenido en el artículo 11 del Código de Procedimiento Civil, que implica el deber del juez de atenerse a lo alegado y probado en autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, ni suplir excepciones o argumentos de hecho no alegados no probados, expresado en el artículo 12 del mismo Código".

En efecto, tal y como lo hemos sostenido, tampoco nos inclinamos por la relajación de este principio-deber; por el contrario, consideramos que en la actualidad el deber de congruencia igual debe entenderse como un límite a la actuación del juez, que de no tenerlo, implicaría otorgar un excesivo poder a ese funcionario, que ya de por sí, ostenta nada mas y nada menos que la facultad dimanante de los ciudadanos y conferida a él por órgano del Estado, de hacer justicia, e imponer, por fuerza de ley, entre sus iguales, las decisiones producto de su convicción; por ende, el juez tiene necesariamente que atenerse a los alegatos y probanzas que hayan aportado las partes al proceso, sin poder sacar elementos de convicción fuera de estos, no pudiendo además aportar hechos distintos a los que las

propias partes hayan llevado al juicio; pero lo que sí puede hacer el juez, es atribuir a estos hechos que las partes alegaron, las consecuencias jurídicas que la ley prevé para ellos, y en consecuencia tutelar los intereses de ambas partes, lo cual, insistimos, no implica necesariamente darle la razón a quién pretende tenerla, sino que por el contrario, implica dictar una sentencia que resuelva el conflicto ateniéndose a lo que las partes le han planteado, otorgando tutela a los intereses de ambas, y en definitiva, poniendo fin al conflicto intersubjetivo de intereses.

En relación con lo anteriormente dicho, los autores anteriormente citados, al comentar el artículo 12 del Código de Procedimiento Civil sostienen que:

> "El rigor del principio dispositivo que esta norma consagra, pudiera ser considerado contrario a la obtención de la justicia material, fin último del proceso; pero dentro de la actividad procesal, humana y, por tanto, imperfecta, las partes deben vigilar sus propios intereses, que harán valer utilizando los medios previstos en la ley" (Mejia y Burelli, 2000,302)

En definitiva, es el deber de congruencia un límite que se le coloca al juez, para que no se exceda en el ejercicio de sus funciones y en el ejercicio del poder jurisdiccional, mas sin

embargo, en la actualidad no puede el deber de congruencia, constituirse en un obstáculo para la obtención de la justicia material y para la resolución del conflicto, debe ser en todo caso, una herramienta y al propio tiempo una manifestación del derecho a la tutela judicial, que siempre debe ser efectiva.

CAPÍTULO IV

LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

A. Elementos integradores de la tutela judicial efectiva

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, establece expresamente en su artículo 26 que "toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos; a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente".

En tal sentido, todo habitante de la república, que necesite hacer valer para sí o bien frente a otro, sus derechos e intereses, tiene, en primer término, el derecho de acudir a los órganos especializados que el Estado ha creado para ello, esto es, los tribunales de justicia, en sus diversas ramas y competencias; a través de los cuales puede incluso hacer valer intereses colectivos o difusos, debiendo, por su parte el Estado,

dar respuesta a las peticiones del ciudadano, mediante una decisión pronta, sin dilaciones indebidas, que proporcione tutela efectiva a esos intereses.

Ahora bien, la tutela efectiva de los derechos e intereses de los ciudadanos que acuden a la jurisdicción, no se agota con la obtención de una decisión de manera rápida, expedita, sin dilaciones indebidas; de hecho el concepto es mucho más completo y complejo a la vez.

Por lo tanto, es necesario determinar su contenido, y distinguir los elementos teóricos que la integran para así poder comprender su verdadera dimensión.

Al respecto, Dr. Picó i Junoy (1997, 40), expresa que:

> "el derecho a la tutela judicial efectiva tiene, en palabras del T.C., (Tribunal Constitucional de España) un *contenido complejo* que incluye, a modo resumen, los siguientes aspectos: El derecho de acceso a los Tribunales; El derecho a obtener una sentencia fundada en derecho congruente; El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales; y El derecho al recurso legalmente previsto".

Con relación a lo que el autor citado denomina derecho de acceso a los Tribunales, nos hemos referido en el primer capitulo de este Trabajo; en cuanto al derecho del ciudadano a obtener una decisión fundada en derecho y congruente, igualmente nos hemos referido en el capitulo tercero; y en lo que respecta al denominado derecho al recurso legalmente previsto, si bien, forma parte de los elementos integradores del derecho a la tutela judicial efectiva, no forma parte del objeto de estudio de este trabajo, por lo cual, su mención es solo referencial y a modo ilustrativo.

Ahora bien, lo que sí es relevante a los fines de alcanzar las metas fijadas, es el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, y con respecto a esa denominada efectividad de las resoluciones judiciales, Picó i Junoy (1997,69), expresa que "en este punto, podemos distinguir tres grandes materias que inciden directamente sobre dicha efectividad, a saber, la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales; las medidas cautelares; y la ejecución de las resoluciones judiciales firmes".

En este orden y dirección, resulta claro que la inmodificabilidad de las decisiones judiciales constituye, sin lugar a dudas, parte de la tutela judicial efectiva, puesto que no es posible sostener que en determinado país impera la seguridad jurídica, cuando dentro de ese Estado las decisiones judiciales que han adquirido la fuerza de la cosa juzgada, puedan posteriormente revisarse de forma caprichosa o peor aún, sistemática, dado que ello eternizaría los conflictos, desnaturalizando de esa forma la esencia misma del Estado, contraviniendo su propia razón de ser, puesto que el poder de la jurisdicción que ostenta y ejerce el Estado, es, en palabras de Longo (2002,99) "consecuencia de la supresión de la violencia privada", por lo tanto, si la cosa juzgada no gozara de ese atributo de inmutabilidad, entonces podrían generarse situaciones de violencia privada, despojando así de toda razón de existencia al Estado mismo.

Por lo tanto, la inmutabilidad e inmodificabilidad de las decisiones judiciales le otorgan a los justiciables elevados niveles de seguridad, según los cuales, una vez resuelto un conflicto, ya puede el interesado dar por descontado que ese mismo conflicto no podrá ser objeto de otro proceso judicial.

Igualmente, las medidas cautelares forman parte, de la tutela judicial efectiva, de hecho, consideramos que éstas constituyen una de las expresiones más genuinas del derecho al que nos hemos venido refiriendo, pues ningún beneficio práctico existiría, si el sujeto que interpone una pretensión, no tuviera la posibilidad de asegurar que la decisión eventual que reconozca su derecho y tutele su interés, pueda ser ejecutada, es decir, materializado su contenido en la vida real.

En efecto, las medida cautelares están dirigidas a evitar que, el perdidoso en un proceso judicial ejecute actos tendientes a burlarse de la justicia y del ganador del proceso, realizando conductas evasivas y malintencionadas, mediante las cuales impida que se materialicen en su esfera jurídico patrimonial, los actos que deban llevarse a cabo para la puesta en práctica de la determinación tomada por el órgano jurisdiccional; de tal manera que no se concibe a la tutela judicial efectiva, sin la existencia de estas medidas, pues como lo señala Picó i Junoy (1997,73), "la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso".

Otro aspecto determinante que configura la tutela judicial efectiva es la posibilidad de ejecución de las resoluciones judiciales, que implica según Picó y Junoy (1997, 76) que:

> "el fallo judicial se cumpla en sus propios términos, pues sólo de esta manera el derecho al proceso se hace real y efectivo, y se garantiza el pleno respeto a la paz y a la seguridad jurídica de quién se vio protegido judicialmente por una sentencia dictada en un proceso anterior entre las mismas partes".

Ya que de lo contrario, afirma el autor citado anteriormente, "las resoluciones judiciales se convertirían en meras declaraciones de intenciones, relegándose la efectividad de la tutela judicial a la voluntad caprichosa de la parte condenada. Por ello, ante la falta de cumplimiento voluntario de un determinado fallo judicial procede su imposición forzosa a la parte vencida" (Picó i Junoy, 1997, 76).

Sin embargo, cabe agregar que los elementos anteriormente considerados no son los únicos que integran, lo que el Dr. Picó y Junoy ha denominado el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

En este sentido, creemos que, la efectividad de las resoluciones judiciales, debe buscarse en la naturaleza misma de la actividad decisoria del juez.

Es decir, para qué existe la jurisdicción, el proceso, los jueces, y el Estado? definitivamente para evitar, en primer lugar, que los ciudadanos se hagan justicia por mano propia, para erradicar la violencia privada, lo cual genera, entre otras cosas, paz social, seguridad jurídica y orden colectivo.

Por lo tanto, la sentencia dictada en un proceso judicial, no sólo debe ser inmodificable, ejecutable, y susceptible de ser garantizada, en lo que respecta al cumplimiento real de sus particulares disposiciones, mediante la existencia de las medidas cautelares, sino que, además, tiene que solucionar de raíz el conflicto que existe entre las partes confrontadas, o bien conceder tutela al interés del particular, aunque la solicitud de tutela no implique conflicto.

En tal sentido, no nos parece suficiente afirmar que, se logró la tutela judicial efectiva de los intereses de las partes en un caso concreto, cuando por ejemplo, la sentencia definitiva es

desestimatoria de la pretensión, por considerarla mal planteada en términos técnicos, no creemos que ni la falta de técnica procesal, ni las formalidades procesales no esenciales a la naturaleza del proceso, deban erigirse como obstáculos para que el juez, pueda en definitiva, resolver el problema de orden social que se le ha planteado.

Y decimos problema de orden social, por cuanto, al existir una disputa entre dos o más individuos, existe de hecho una anomalía en el orden social, un conflicto, que de no encontrar cauce mediante el cual drene y consiga feliz solución, dará lugar a otra forma de solución, puesto que es inmanente a la naturaleza del ser humano, resolver, acabar y poner fin a las situaciones que le resulten incomodas, lo cual implica satisfacer sus necesidades, aún cuando estas necesidades sean vanales, o de poca importancia para algunos o para el conglomerado social, pero ciertamente, para el sujeto que experimenta su particular necesidad, ella comporta quizás el problema más grande del mundo.

Razón por la cual, cada problema, cada necesidad, cada solicitud de tutela de intereses debe entenderse como un

verdadero asunto de importancia para la persona que lo plantea, de tal modo que, el Estado tiene necesariamente que disponer de los medios para lograr la solución a ese asunto-necesidad del ciudadano, máxime cuando la necesidad se manifiesta en forma de conflicto, porque es allí cuando existe un peligro potencial de alteración del orden social.

Por ello, creemos que la actividad del juez, como director del proceso, y funcionario especializado a cargo de los órganos de la jurisdicción, debe dirigirse siempre, a la búsqueda de una forma de solución que resuelva el problema o conflicto surgido entre los ciudadanos, devolviéndoles la paz a sus almas, la razón a sus mentes y haciéndoles ver, en todo caso, que independientemente de quien tenga razón, esa decisión del juez, es la formula más adecuada socialmente para dar respuesta a su particular solicitud de tutela de intereses, de allí que sea tan importante la motivación de los fallos judiciales.

Es por eso, que nuestra carta magna ha consagrado en su artículo 2 que Venezuela se constituye en un Estado social de derecho y de justicia, en el cual, las reglas que rigen la vida de todos están escritas, preestablecidas, dictadas por entes

legítimamente constituidos, y en donde un valor que nos es común a todos, es la justicia en sus diversas expresiones.

Igualmente, el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, expresa que "el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia" y ello tiene que ser necesariamente así, puesto que no es posible concebir una solución, cualquiera sea, sin que los afectados por esa determinación ciertamente perciban en su fuero interno que la misma es justa, es buena, es conveniente para sus vidas.

Con relación a lo anteriormente expuesto se ha pronunciado la Sala Constitucional de Tribunal Supremo de Justicia, en la sentencia No. 708, de fecha 10 de mayo de 2001, mediante la cual interpretó lo que debe entenderse como tutela judicial efectiva, expresando en dicho fallo el alcance de este principio rector de la actividad de todos los órganos jurisdiccionales de la República, y así expresó textualmente lo siguiente:

Observa esta Sala, que el artículo 26 de la Constitución vigente, consagra de manera expresa el derecho a la tutela judicial efectiva, conocido también como la garantía jurisdiccional, el cual encuentra su razón de ser en que la

justicia es, y debe ser, tal como lo consagran los artículos 2 y 3 eiusdem, uno de los valores fundamentales presente en todos los aspectos de la vida social, por lo cual debe impregnar todo el ordenamiento jurídico y constituir uno de los objetivos de la actividad del Estado, en garantía de la paz social. Es así como el Estado asume la administración de justicia, esto es, la solución de los conflictos que puedan surgir entre los administrados o con la Administración misma, para lo que se compromete a organizarse de tal manera que los mínimos imperativos de la justicia sean garantizados y que el acceso a los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, en cumplimiento de su objeto, sea expedito para los administrados.

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido, de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaura.

La conjugación de artículos como el 2, 26 ò 257 de la Constitución de 1999, obliga al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.

Resulta evidente entonces que, el juez está en la obligación de interpretar las instituciones procesales, teniendo como norte de su actuación, la resolución del conflicto de fondo, lo cual implica, dar respuesta oportuna a los planteamientos que

hayan elevado a su conocimiento los ciudadanos, mediante el proferimiento de una decisión, expedita, sin dilaciones indebidas, congruente, es decir, que decida con respecto a los asuntos que fueron objeto del debate y no con respecto a otros no traídos por las partes al proceso; que conceda tutela a los intereses que se hayan planteado, lo cual no implica acoger la posición de uno u otro interesado necesariamente, pero tendiendo siempre a lograr una forma expresa y precisa de solucionar el conflicto que haya surgido entre las partes.

De no lograrse este objetivo, se le está dejando libre el camino a la violencia privada, a la insatisfacción ciudadana, al desorden, al caos, a la desesperanza y la injusticia.

B. Lo que implica el principio Iura Novit Curia

De acuerdo a los comentarios que el Dr. Henriquez. (1995, 56), hace del artículo 12 del Código de Procedimiento Civil, en su obra Código de Procedimiento Civil, Tomo I:

> "según el principio iura novit curia (la curia, el tribunal, conoce el derecho), el magistrado puede aplicar una norma jurídica aún cuando no haya sido invocada por los litigantes debiendo señalarla en la motivación, pues según el

> artículo 254 el juez deberá indicar en la sentencia la ley aplicable al caso".

Según se ha citado, lo primero que se entiende por iura novit curia, es que el tribunal, el juez, conoce el derecho y por ende, está en la obligación de aplicar la ley al caso concreto, aún cuando las partes litigantes no la hayan invocado, o cuando habiendo solicitado erróneamente la aplicación de una norma jurídica en concreto, el juez debe, aplicar la norma correcta.

De hecho, la aplicación de la ley al caso concreto es una obligación que le impone al juez, el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, cuando expresamente dispone que "siempre deberá indicarse la ley aplicable al caso" en la respectiva decisión, sin que pueda el juez abstenerse de dictar su sentencia, "so pretexto de silencio, contradicción o deficiencia de la Ley, o de oscuridad o ambigüedad en su términos", tal y como expresamente lo consagra el artículo 19 del Código de Procedimiento Civil venezolano.

Así las cosas, la ley procesal da por descontado que el juez debe necesariamente resolver el conflicto que se le ha planteado, sin que pueda, bajo ningún pretexto, excusarse o

abstenerse de dictar su sentencia, so pena de incurrir en denegación de justicia; asumiendo igualmente el Código Adjetivo que, ni la oscuridad, ambigüedad o silencio de la ley son excusas aceptables para justificar el incumplimiento por parte del juez, de la que es su principal obligación dentro del proceso.

En sintonía con lo que se ha venido expresando, señala el Dr. Picó i Junoy (1997,68), que:

> "Los tribunales no tienen necesidad, ni tampoco obligación, de ajustarse en los razonamientos jurídicos que les sirven para motivar sus fallos a las normas aducidas por las partes y pueden basar sus decisiones en fundamentos jurídicos distintos, siempre que no se altere la acción ejercitada, pues la tradicional regla encarnada en el aforismo "iura novit curia" les autoriza para ello".

No sólo se trata entonces de que, el juez debe aplicar la ley al caso concreto, sin que pueda excusarse en el silencio, oscuridad o ambigüedad de ella, sino que además, el juez no está atado, a la hora de sentenciar, a las invocaciones jurídicas que las partes hayan formulado, puesto que, tiene plena facultad para apoyar su decisión en fundamentos jurídicos distintos a los escogidos por las partes.

En este mismo sentido, Rengel (2003, 279,280), nos enseña lo siguiente:

> "si bien el juez está vinculado al derecho, en cambio, en cuanto al conocimiento del mismo, y a los medios para procurárselo, el juez no tiene limitación alguna, pues el principio iura novit curia no significa sólo que el juez conoce el derecho, aunque las partes lo ignoren, sino también que tiene el poder de servirse de todos los medios de investigación necesarios para procurarse el conocimiento del derecho aplicable a la solución de la controversia".

Según lo ha expresado el autor citado, se presume que el juez, no sólo conoce el derecho, y no tiene atadura alguna con respecto a las alegaciones que en el orden jurídico hayan efectuado las partes, sino que además, el juez no tiene límites en cuanto a la procura de los medios de investigación que fueren necesarios para lograr el conocimiento del derecho aplicable a un caso concreto; esto es, no está limitado el juez al derecho expuesto en el expediente respectivo, sino que por el contrario, puede servirse de todos los medios de que disponga para lograr su fin.

En la misma corriente de opinión se han expresado Guasp y Aragoneses (1998,299), señalando que:

> "ningún inconveniente existe, y legal y teóricamente se admite, que, con respecto a las

> normas de derecho el Juzgador pueda desempeñar un papel activo, es decir, utilizar como instrumento de su fallo, en cuanto a motivación jurídica, preceptos que ninguna de las partes haya invocado o que hayan sido manejados errónea o defectuosamente por las mismas: *iura novit curia; narra mihi factum,dabo tibi ius*".

Por tanto, observamos que en la doctrina procesal, la concepción del principio es bastante clara y uniforme, dándose por sentado que el juez conoce el derecho, y por lo tanto, lo aplica al caso concreto, indistintamente de si las partes lo alegaron o no, o si la alegación por ellas efectuada fue correcta o errónea.

No obstante, el principio de que estamos tratando, no se agota en la sola consideración de que el juez conoce el derecho, y por lo tanto debe aplicarlo, teniendo libertad para escoger cual es la norma aplicable al caso concreto, gozando igualmente de libertad para procurarse los medios necesarios, a los fines de conocer el derecho; por el contrario, este principio es aún mucho más amplio en su contenido, y al efecto, Ezquiaga (2000,18), afirma que "bajo el aforismo iura novit curia se esconden dos usos del conocimiento judicial del Derecho diversos: como *presunción* y como *principio*".

Con relación a esta concepción dual del principio, el autor anteriormente citado expresa lo siguiente:

> "En el ámbito del proceso la distribución de tareas entre las partes y el órgano jurisdiccional se sustenta, en buena medida, en la *presunción* de que este último conoce el Derecho aplicable al litigio, circunstancia que exime a las primeras de alegar y probar los materiales jurídicos y que justifica, además, que el juez no se encuentre vinculado a las consideraciones de Derecho que eventualmente aquéllas efectúen. No obstante su formulación descriptiva (el Juez "conoce" el Derecho), junto a esa función puramente procesal, el aforismo actúa también como un *principio* normativo, como un deber impuesto a los Jueces de resolver los litigios utilizando el derecho, es decir, sujetarse a éste, lo que implica conocerlo (el Juez "debe conocer" el Derecho)" Ezquiaga (2000,18).

Lo primer que llama la atención es que, según el criterio del autor, el principio iura novit curia, conlleva una distribución en las tareas que corresponde ejecutar a cada uno de los integrantes de la relación procesal, es decir, que este principio de alguna manera determina, como lo señala el propio autor citado un "reparto de la actividad procesal" (p. 25) desarrolladas por las partes y por el juez.

Pero, al propio tiempo, se concibe al iura novit curia como un principio normativo, que impone el deber a los jueces de

resolver el conflicto que se les somete a su conocimiento, utilizando el derecho, para lo cual, es necesario conocerlo.

Ahora bien, este deber de conocimiento del derecho por parte del juez, y la posibilidad de su aplicación al caso concreto, apartándose incluso el juzgador, de las alegaciones jurídicas efectuadas por las partes, tiene sus consecuencias; y con referencia a este punto, el Dr. Ezquiaga (2000, 27,28) expresa que:

> "aparezcan o no en la demanda o en la contestación los fundamentos jurídicos en los que las partes sustentan su posición, la no vinculación del Juez a los mismos implica, al menos, estas tres consecuencias: a) Aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en admitir la existencia de una norma que realmente no existe, el Juez no podrá tenerlas en cuenta. B) Aunque las dos partes del proceso estén de acuerdo en silenciar la existencia de una norma que realmente existe, el Juez no podrá por ello dejar de aplicarla. C) El juez puede alterar la calificación jurídica de los hechos efectuadas por las partes siempre que, como será analizado más adelante, ese cambio no implique una mutación de los elementos objetivos de la demanda".

De las consecuencias que se derivan de la no vinculación del juez a los fundamentos jurídicos que sirven a las partes para fundamentar su respectiva posición, la que nos parece resaltante a los fines de este Trabajo, es la referida a que el juez puede

alterar la calificación jurídica que de los hechos han efectuado las partes, siempre y cuando no modifique sustancialmente los elementos objetivos de la demanda.

Ciertamente, si las partes han efectuado en su libelo de demanda y en el escrito de contestación a la misma, una serie de alegaciones, de orden fáctico y jurídico, el juez, como conocedor del derecho, puede, en determinadas circunstancias decir en su sentencia que, la calificación que las partes le dieron a esos hechos no encuadra dentro de las normas que ellos invocaron, y por el contrario, aplicar al caso concreto la norma jurídica correcta y en consecuencia modificar la calificación que las partes le hayan dado a sus argumentos.

En efecto, creemos que, la facultad del juez para escoger cuál es la norma aplicable al caso concreto, implica que éste puede señalar que los hechos presentados para su conocimiento, deben denominarse de tal o cual forma, para que así la sentencia misma tenga correspondencia lógica con el objeto de debate intraprocesal, puesto que, sería descabellado pensar, por ejemplo, que el juez determine que la norma aplicable a los hechos del caso concreto, es la que consagra la nulidad del

contrato, pero como las partes solicitaron la resolución del mismo, entonces en la sentencia se decrete la resolución, cuando lo procedente y tutelable era la nulidad, pero constituir éste fenómeno el punto final de nuestro y trabajo, lo abordaremos con mayor detenimiento más adelante.

C. Relación entre el principio iura novit curia, el principio dispositivo y el deber de congruencia de la sentencia definitiva

Así como la acción, la jurisdicción y el proceso, son conceptos que no pueden entenderse desvinculados los unos de los otros, creemos que sucede lo mismo con el principio dispositivo, el principio iura novit curia y el deber de congruencia del fallo, y especialmente del fallo definitivo, ya que por virtud del principio dispositivo, el proceso se inicia a solicitud de parte; al propio tiempo son éstas quienes tienen la facultad de alegar dentro del proceso, todos los elementos de hecho sobre los cuales sustentan sus aspiraciones de tutela; adicionalmente, pueden las partes disponer del objeto del litigio; igualmente, el juez como funcionario que en definitiva recibe estos alegatos, dirige todo el proceso y finalmente dicta una decisión definitiva,

teniendo la facultad de escoger y determinar cual es la norma jurídica aplicable al caso concreto, en virtud de la cual se le otorga tutela a esos intereses controvertidos, sin que exista obligación por parte del juez de atenerse a las alegaciones jurídicas efectuadas por las partes; debiendo además el juez, atenerse a lo alegado y probado en los autos, sin poder sacar elementos de convicción fuera del expediente, lo cual implica resolver sobre todas las peticiones formuladas por las partes, y ello se traduce en que la sentencia sea congruente con lo debatido en el juicio.

Por ello, estamos convencidos que estos tres principios se encuentran estrechamente vinculados y no podría concebirse la actividad del juez civil, si no se articulan estas reglas de proceder.

Con respecto a la vinculación a la que nos hemos referido, el maestro Couture (1981,188) dijo lo siguiente:

> "El juez no puede fallar más allá de lo pedido por las partes ni puede omitir pronunciamiento respecto de lo pedido por las partes. La sentencia que no se pronuncia sobre algunos de los puntos propuestos, es omisa; la que se pronuncia más allá de lo pedido es ultrapetita. El precepto dispositivo, en este orden de cosas,

> es *ne eat judex ultra petita partium (no se puede juzgar más allá de las peticiones de las partes).* Las limitaciones a este punto consisten en que el juez no está obligado a seguir a los litigantes en sus planteamientos jurídicos; puede apartarse de ellos cuando los considere erróneos: iura novit curia. Son objeto de decisión los petitorios, no las razones".

Las enseñanzas del maestro son claras en cuanto a que estos principios se encuentran estrechamente vinculados y orientan de manera determinante la actividad del juez.

Por lo tanto, resulta necesario comprender en qué medida deben vincularse estos principios rectores de la actividad jurisdiccional; cuál es el límite de cada uno de ellos, cuándo se rebasa el uno en detrimento del otro, y en fin, cuál es su maleabilidad práctica, en aras de lograr los objetivos para los cuales se les ha creado y para que sirvan fielmente a la causa para la que se les ha concebido, que nos es otra, sino la consecución de justicia en cada caso concreto que resuelva un juez.

D. Aspectos a considerar para cambiar la calificación jurídica de la pretensión procesal en la sentencia definitiva

El estudio que los seres humanos realizamos, con respecto a ciertas y determinadas áreas de conocimiento, tiene lugar, por virtud de esa necesidad constante de saber más y comprender mejor, los fenómenos que rodean toda nuestra existencia.

Esa necesidad no surgiría, si todo lo existente a nuestro alrededor funcionara perfectamente, lo cual incluye, las propias reglas de conducta que las sociedades se han dado. En efecto, cuando las personas asumen el cumplimiento de sus deberes y obligaciones, así como el disfrute respetuoso y considerado de sus derechos, sin que ello implique dañar o afectar la esfera de jurídica de otras personas, no sería necesaria la existencia de la jurisdicción, de la acción ni del proceso, por lo cual, no revestiría importancia alguna estudiar estos fenómenos, delimitarlos conceptualmente, comprenderlos, darles aplicación en la vida real y en fin, emprender la tarea de estudio que sobre ellos hacemos a diario.

Pero ciertamente, esta no es la realidad, lo que verdaderamente ocurre, es que los seres humanos aspiramos vivir en paz, en sosiego y perfecta convivencia, pero la propia conducta nuestra, muchas veces rompe ese equilibrio perfecto que todos anhelamos, y es por ello que surgen las instituciones que hemos venido estudiando, para ir poniendo correctivos a esas conductas que se salen de los parámetros ideales de desarrollo de la actividad humana.

Por lo tanto, en este momento en que emprendemos la tarea de analizar los aspectos que el juez civil debe considerar a la hora de cambiar la calificación jurídica de la pretensión procesal, partimos de dos escenarios jurídico procesales.

El primero, tiene lugar cuando el ciudadano, movido por una necesidad de tutela de un interés, acude ante el órgano jurisdiccional para pedir esa tutela, lo cual hace en virtud que tiene la posibilidad de acceso a los órganos de administración de justicia, quienes reciben su solicitud de tutela, la tramitan ofreciendo al demandante y al demandado, todas las garantías que la Constitución establece, y finalmente se toma una decisión, sobre la base de argumentaciones fácticas y jurídicas que las

partes han realizado, de forma coherente, técnicamente correctas, eligiendo las normas jurídicas adecuadas al caso en concreto, pero sosteniendo como es lógico, dos opiniones distintas, respecto de una misma realidad, por lo cual, es al juez a quién, en ese caso, le corresponde como conocedor del derecho, decir cual de esas opiniones, repetimos, bien sustentadas y enmarcadas jurídica y facticamente, es la que merece ser tutelada. En este supuesto, nuestro estudio no tiene cabida, y cabe recalcar que esta situación no es un ideal irrealizable, todo lo contrario, en la práctica, hemos observado que muchos procesos judiciales se han desenvuelto con las características que hemos apuntado.

Sin embargo, también hay que reconocer que en muchos casos la situación real no es tan feliz.

En efecto, hay otro supuesto, en el cual, una persona igualmente motivada por la necesidad de satisfacción de un interés, acude a la jurisdicción a plantear los hechos y el derecho del caso, pero lo hace de tal manera engorrosa, oscura, ambigua, confusa, desprovista técnica argumentativa y jurídica, no escogiendo los preceptos legales adecuados, en los cuales

amparar sus peticiones; que ciertamente presenta confusión, situación esta que se agrava, cuando la parte demandada, en caso de conflicto, presenta su resistencia en igual o hasta en perores condiciones que las argumentaciones y alegatos de la parte demandante.

Luego entonces, cuando el juez va a dictar su sentencia definitiva, para así darle una solución a aquel problema social, se encuentra, por un lado, ante ese escenario, pero al mismo tiempo, sabe el juez que tiene la obligación de sentenciar, so pena de que se le acuse de denegación de justicia, no pudiendo abstenerse de cumplir con su función, por virtud de la oscuridad, error o ambigüedad de los alegatos y argumentos fácticos y jurídicos presentados por los litigantes, teniendo además como norte, el buscar la verdad en ese caso concreto, aplicar la ley y hacerlo de la manera más justa posible, para así resolver de raíz un conflicto que se ha presentado entre dos o más sujetos.

Esta es la hipótesis en la que, generalmente, deben tomarse en cuenta ciertos aspectos, ciertas circunstancias, para que el juez pueda cumplir con su deber, sin lesionar los principios rectores de su actividad.

Entonces, cuando puede el Juez cambiar la calificación jurídica de la pretensión procesal?

Veamos. La parte que acude al órgano jurisdiccional a demandar, necesariamente tiene que comunicar al tribunal su aspiración, su petición, a la cual denominamos pretensión procesal, que puede ser resistida por el demandado.

Una vez que tiene lugar la interposición de la demanda, documento continente de la pretensión del actor, así como la resistencia del demandado, queda configurada la pretensión procesal, es este el objeto del proceso, el objeto de debate, de pruebas y de decisión.

Pero la pretensión procesal es una aspiración toda que se construye a base de argumentos, los cuales están diseminados a lo largo de todo el escrito que denominamos libelo de la demanda.

Igualmente, debe recordarse que en nuestro sistema procesal no se privilegian los formalismos inútiles, y ello se traduce en que no se haya establecido en la práctica forense un

orden para esgrimir los argumentos, mas allá de las formas propias derivadas de la estructura lógica que toda construcción argumentativa debe respetar, al punto que no existe una regla legal según la cual todas las demandas deban hacerse de una misma forma; por el contrario, lo que importa es que el accionante pueda exponer libremente, los hechos en virtud de los cuales considera que es acreedor de tutela de determinado interés jurídico, sin importar el orden que para ello utilice.

Por otro lado, estos argumentos, generalmente se concretizan en el petitum o petitorio de la demanda, el cual viene a ser la expresión concreta de lo que se pide y es allí donde generalmente el actor califica la pretensión que está interponiendo, es decir, le da nombre y con ello determina las categorías jurídicas en que debe contextualizarse o incluirse su pretensión y como consecuencia de ello, el juez, debería, por principio dispositivo, atenerse a esa ubicación abstracta dada por el demandante y sobre esa base resolver el asunto.

Ahora bien, a los fines planteados, resulta necesario determinar si, los alegatos y los argumentos son la pretensión

misma, o si por el contrario el petitum o petitorio constituye *per se* la pretensión procesal.

Al respecto, Guasp y Aragoneses (1998,293) señalan que por alegación se entiende:

> "aquel acto procesal que lleva un dato al proceso, bien, como luego se verá, para introducirlo, bien para fijarlo definitivamente, bien parta enjuiciar su valor, formulando una postrera crítica en torno al mismo. Mediante la alegación, el material lógico que el juez tiene que servirse figura actualmente en el proceso, y, a través de la depuración ulterior que supone su prueba, se convierte en el instrumento indispensable sobre el que ha de apoyarse la sentencia".

Los autores citados, establecen claramente que la alegación es un acto procesal, que tiene como finalidad llevar un dato al proceso, y constituye al propio tiempo, el material lógico del cual se sirve al juez, para que una vez depurada ella, por virtud de la prueba, sirva de base para la sentencia.

Es decir, por un lado encontramos que las alegaciones de las partes son la base de la decisión definitiva.

Pero, son las alegaciones de las partes la pretensión procesal? al respecto los autores antes citados señalan lo siguiente:

> "Por la misma razón ha de distinguirse, cuidadosamente, entre pretensión procesal y alegaciones: el hecho que constituye el fundamento de una pretensión procesal, es decir, que la delimita en cuanto título o causa de pedir, no es técnicamente una alegación, y la diferencia tiene especial importancia respecto al papel que los distintos sujetos procesales pueden desempeñar en cada caso" (Guasp y Aragoneses, 1998,294).

Cabe decir entonces que, la diferenciación entre alegaciones y pretensión procesal, sí reviste suma importancia, para poder determinar en cada caso, el papel que van a jugar los distintos actores o sujetos procesales, entiéndase, partes o juez.

Por lo tanto, creemos que, las razones, causas y motivos que llevan a un sujeto, por ejemplo, a solicitar la extinción judicial de un contrato de arrendamiento, no pueden equipararse a la forma de expresión concreta e individualizada que ese individuo haya manifestado, respecto de su intención fundamental (extinción del vínculo contractual), dado que, el demandante puede alegar la existencia del contrato de arrendamiento, señalar igualmente que su inquilino no cumple

con sus obligaciones, y que por tanto considera procedente que se extinga ese vínculo contractual, al cual considera 'nulo', y en consecuencia, ese demandante pide la nulidad del contrato.

En ese caso, los argumentos van en una dirección y el pedido concreto en otra, pero ciertamente la aspiración del sujeto es clara, la extinción judicial del vínculo contractual, llámesela como se la llame.

Por ello, creemos que, tal y como lo sostienen los autores citados, la distinción entre alegaciones y pretensión procesal, van a determinar la actividad a desplegar por cada uno de los sujetos que compone la relación procesal.

En ese mismo orden de ideas, el Dr. Picó y Junoy (1997, 66) expresa que:

> "debe distinguirse entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas: respecto a las primeras, no sería necesario una contestación explicita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales. Más rigurosa es la exigencia de congruencia respecto a las pretensiones".

Pareciera entonces que, el deber de congruencia, viene dado por la adecuación lógica que necesariamente tiene que existir entre la pretensión procesal y el fallo definitivo, lo cual implica, en principio que, no se vulneraria el deber de congruencia si el fallo definitivo, no acoge la calificación o denominación jurídica que la parte ha manifestado de forma concreta e individualizada en su petitorio.

Así las cosas, también consideramos importante entender qué es el petitorio, para diferenciarlo de las alegaciones o argumentos y de la pretensión procesal, puesto que, por confundirse el *petitum* o petitorio con la pretensión procesal y las alegaciones que le sirven de sustento, es por lo que, algunos jueces no logran determinar cuando pueden cambiar o no, la calificación jurídica de la pretensión procesal.

Incluso, en la doctrina encontramos ejemplos de cómo se asimila la pretensión procesal al petitum o petitorio, así por ejemplo, Ramírez. A (2001, 257), señala lo siguiente:

> "Pero cuando contemplamos la demanda en su entidad propia, aparece inevitablemente la pretensión como el fin concreto que el demandante persigue, es decir, las declaraciones que pretende se hagan en la

> sentencia; esa pretensión es, por lo tanto, el petitum de la demanda, lo que se pide en ella sea reconocido o declarado en la sentencia a favor del demandante".

Resulta evidente que el autor citado, confunde el petitorio de la demanda con la pretensión, lo cual, de ser así, impediría que el juez pudiera, eventualmente, modificar la calificación que se le ha dado a la pretensión procesal, puesto que, si la petición concreta es la pretensión misma, entonces, si el juez cambia la calificación de lo que se pidió, pudiera estar alterando la pretensión, lo cual implica una lesión flagrante al deber de congruencia y al principio dispositivo, puesto que el juez no puede, por ejemplo, conceder algo que no ha sido planteado por las partes al proceso, y que se aparte, en consecuencia, del objeto de ese específico debate judicial.

Por lo tanto, consideramos que la manifestación concreta que se haga de la pretensión misma, no puede ser la pretensión; que los argumentos utilizados para hacerle ver al tribunal que se tiene derecho a la tutela y satisfacción de una determinada pretensión, tampoco pueden ser la pretensión misma, y esto podemos visualizarlo mejor a través de un símil.

Al decir a alguien 'te amo' esa expresión no es el amor mismo; los argumentos y razones para expresar a una persona que se le ama, no son el amor mismo; el pedirle a alguien que nos ame, no es el amor mismo, por lo tanto, si se confunde al amor, con la forma en que se le haya expresado concreta e individualizadamente en un caso particular y específico, con las razones que se tienen para sentirlo y expresarlo, pudiera eventualmente calificárselo erradamente, o confundirse el sentimiento amor, con otros sentimientos distintos.

De allí la importancia de distinguir entre, los argumentos o alegaciones, el petitorio y la pretensión procesal, puesto que, la pretensión procesal, como dijimos en capítulos anteriores, es toda aspiración concreta, planteada al órgano jurisdiccional, postulada en algunos casos frente a uno o varios sujetos (cuando surge conflicto de intereses), pero en otros casos simplemente ante el Estado (cuando hay ausencia de conflicto de intereses), con el objeto de que el órgano especializado dictamine, si el interés producto de la necesidad del individuo, encuentra tutela en el ordenamiento jurídico vigente; y no la expresión concreta que de esa aspiración se haya hecho, ni los

argumentos o alegaciones que sirven para sustentarla y exteriorizarla.

Incluso, para distinguir todos estos elementos de la pretensión procesal, habría que ser más exhaustivos en el análisis, y por ende, es importante traer a colación las enseñanzas de V. Gimeno Sendra (citado por Ezquiaga 2000,55), quién, respecto al tema de la individualización de la pretensión, ha señalado lo siguiente:

"Lo decisivo a los efectos de la individualización de la pretensión, son los hechos empíricos, tal y como acontecieron en la realidad o curso de la historia o, dicho en otras palabras, el fundamento de la pretensión es el acontecimiento real (el 'estado de cosas' o Sachverhalt) con el que el actor funda su petición o conjunto de hechos al que la norma material Tatbestand) asocia el surgimiento de los efectos jurídicos instados en la petición, sin que constituya, por tanto, fundamento de la pretensión los tales efectos o consecuencias jurídicas pretendidas o la relación jurídica solicitada y que se deriva de tales hechos. Ahora bien, no todos los hechos o acontecimientos anteriores y externos al proceso, afirmados en la demanda, constituyen el fundamento de la pretensión, sino tan sólo aquellos que, por ser subsumibles en las normas materiales que asocian los efectos pretendidos en la petición, se erigen en el auténtico substrato fáctico del objeto inmediato de la pretensión. Dicho en otras palabras, al igual que en la sentencia, también en la pretensión conviene diferenciar la ratio petendi de los obiter dicta: tan sólo los hechos que, por su significación jurídica, constituyen el fundamento de la pretensión, integran el objeto del proceso.

De esta exposición, Ezquiaga (2000,55), deriva lo siguiente:

> "En definitiva, en la fundamentación fáctica de la demanda puede distinguirse la alegación de dos tipos de hechos: los hechos constitutivos, es decir, los jurídicamente relevantes para conformar el supuesto de hecho de la norma jurídica alegada por el actor como base de la consecuencia jurídica que pide, y los hechos que sirven para identificar su concreta pretensión y distinguirla de otras próximas. Esta distinción suele ser considerada importante porque sólo el primer tipo de hechos es el fundamento de la pretensión y objeto del proceso, por lo que sólo a ellos está vinculado el juez en su decisión para que ésta sea congruente".

Es decir, que las alegaciones están compuestas por hechos constitutivos y hechos identificativos, sirviendo los primeros para expresar los acontecimientos que son relevantes, inmanentes y constituyentes de la realidad que se plantea como protegida por el derecho, que es, en el plano teórico, la descripción que el legislador ha hecho, respecto de los acontecimientos que deben configurarse para determinar la tutela jurídica de una determinada situación real; siendo los segundos, los hechos mediante los cuales se identifica de forma concreta e individualizada a cada particular pretensión.

Por lo tanto, creemos que si los hechos constitutivos de los acontecimientos que el legislador ha considerado y descrito en la norma como acreedores de tutela, son expresados de tal manera que no se relacionan de forma congruente con los hechos identificativos de la pretensión, expuestos en el petitorio de la demanda, ello no obliga al juez, como lo aducen algunos, a tener que permanecer atado a la singular individualización, errónea o inadecuadamente expresada por el actor de tales hechos identificativos, sino que por el contrario, el juez tiene que inmiscuirse en el análisis de los hechos constitutivos que se han planteado en el proceso, tanto por el actor, como por el demandado y ubicarlos en una específica categoría jurídico normativa, para así finalmente determinar si esas circunstancias que han quedado probadas en el proceso, son tuteladas o no por el ordenamiento jurídico, y de serlo, es una obligación del juez, en aras de la tutela judicial efectiva, la de aplicar la norma correspondiente al caso concreto, cambiando la calificación inadecuada que las partes pudieran haber dado al objeto del proceso, si fuere necesario, para así mantener el orden jurídico y la correcta aplicación del derecho, el alcance de la justicia y la existencia de una correspondencia lógica y congruente entre la pretensión procesal y la sentencia definitiva.

En otras palabras, no puede el juez, por virtud de la errónea calificación que se le haya dado a la pretensión procesal (la cual se configura y se expresa por virtud de los hechos que la constituyen), limitarse a fallar teniendo en cuenta esta errada denominación, como elemento vinculante en su sentencia, por el contrario, los elementos vinculantes para el juez son, los hechos constitutivos de la pretensión y las normas jurídicas que han previsto esos hechos constitutivos como tutelables, y que ahora se presentan materializados en una específica y particular situación.

Lo contrario sería permitir que se privilegie el formalismo, la aplicación errada y mal entendida del principio dispositivo y del deber de congruencia, por sobre un actuar del juez orientado a la resolución del conflicto, a la aplicación del derecho, y a la tutela judicial efectiva de los intereses que le han sido elevados a su conocimiento.

Sin embargo, resulta claro que, admitir la posibilidad de que el juez, se aparte de la calificación jurídica que de la pretensión procesal ha efectuado el actor, quién es la parte que

generalmente manifiesta la expresión concreta mediante la cual se pretende calificar a la pretensión, les parece a algunos, permitirle a este funcionario, ya de por sí dotado de bastante poder, unas funciones que, mal utilizadas y concebidas, podían convertirlo en un verdadero tirano dentro del proceso.

Al respecto de este problema, que según lo expresaba Montero Aroca, es un problema de límites, se han pronunciado algunos autores, señalando que este fenómeno puede considerarse como la emisión de una "tercera opinión".

En efecto, Montero. A (1988, 241), refiriéndose al principio *iura novita curia* señala que "esta facultad no está sujeta a discusión; sí lo están, en cambio, las condiciones en que el juez puede apartarse de las calificaciones jurídicas realizadas por las partes, para basar su resolución en la calificación jurídica propia, en lo que se ha llamado tercera opinión".

Con relación al mismo punto, Ezquiaga (2000,36), sostiene lo siguiente:

"Cuando como suele ser frecuente, el litigio se desarrolla y es resuelto por el órgano jurisdiccional en torno a las alegaciones jurídicas y calificaciones realizadas por las partes en sus

escritos o por el juez instructor en la acusación, no surge conflicto alguno entre los principios *iura novit curia* y contradicción, ya que todos los intervinientes en el proceso poseen permanente información acerca de los materiales de Derecho alrededor de los cuales gira el litigio. Sin embargo, cuando el órgano jurisdiccional ejerce los poderes que le confiere el principio *iura novit curia* y altera la calificación jurídica realizada por las partes o la acusación y/o las normas consideradas aplicables por aquéllas, el principio de contradicción se convierte en un límite para el juez. Su intervención no conlleva, sin embargo, un recorte de la capacidad del órgano jurisdiccional para dar a los hechos que considere probados la calificación jurídica que estime adecuada y, en consecuencia, para decidir las normas jurídicas que son aplicables al litigio. Pero sí impone al juez la obligación de motivar el rechazo de la selección normativa o de la calificación jurídica efectuada por las partes y de otorgarles la posibilidad de alegar lo que estimen conveniente si el órgano jurisdiccional formula una "tercera opinión" modificando la expresada por aquéllas en relación con el derecho aplicable".

Es evidente entonces que, por parte de algunos doctrinarios existe cautela, en cuanto a la determinación de las condiciones en las cuales el juez puede apartarse de la calificación jurídica de la pretensión efectuada por las partes, y por el contrario, calificarla él.

En particular, consideramos que, estás condiciones surgen cuando, las partes al expresar los argumentos que constituyen la esencia de su invocación de tutela, no logran individualizarlos o expresarlos de forma adecuada y correcta, en sus respectivos petitorios, lo cual no reduce el tema, a la simple discordancia

entre concretización expresamente manifestada de la pretensión y los hechos constitutivos de la misma, sino que, por el contrario, es necesario que el juzgador se dedique al análisis de todos los elementos que constituyen la pretensión, sujetos, objetos y causa petendi, para que pueda este funcionario, tener una idea clara respecto de cual es el alcance, límites y contenido de la pretensión procesal, para que, luego, calificada correctamente como haya sido la pretensión procesal, proceda el juez a aplicar al caso concreto la norma jurídica adecuada, lo que en palabras de Couture (1981, 283), implica que "reconstruidos los hechos, el magistrado se ve en la necesidad de realizar un diagnostico concreto: ya no se trata de la mera descripción de los sucesos sino de su calificación jurídica".

Así las cosas, podemos señalar categóricamente que, el juez civil, sí tiene la potestad de cambiar la calificación jurídica de la pretensión procesal, en virtud de la habilitación que para ello le conceden, el principio iura novit curia, el deber de conceder a los ciudadanos la tutela efectiva de sus derechos e intereses, que implica, entre otras cosas, resolver el conflicto que subyace en las frías actas procesales, para así lograr la tan anhelada paz social, seguridad jurídica y la pacífica convivencia.

En este sentido, creemos que las disposiciones constitucionales que orientan la actividad del juez, y que contemplan como principio rector, que el proceso es un mecanismo para el alcance de la justicia, así como una concepción de los principios dispositivo, iura novit curia, y el deber de congruencia de la sentencia definitiva, adecuados a los postulados constitucionales, y adminiculados con el derecho a la tutela efectiva, tienen necesariamente que aplicarse en la vida diaria, para que de esa forma, nuestro sistema de justicia no sea como lo percibió en algún momento el maestro Cuenca (1994,115), quién expresó que nuestra justicia "es una justicia estrictamente de expediente en la que la razón procesal está casi siempre de parte del más hábil".

Finalmente, consideramos que el juez no puede ser un convidado de piedra, que se limite a observar fríamente como dos o más personas luchan entre sí para imponerse su voluntad y franquearse la tutelas de sus particulares intereses, y que al momento final de esa lucha, le corresponde conceder la victoria al más hábil de los contendores; tampoco podemos concebir a un juez todo poderoso, con atribuciones ilimitadas, que lo hagan ir

más allá de las barreras del arbitrio, para llevarlo hasta los terrenos de la arbitrariedad.

Como lo señala el maestro Couture (citado por Rengel 2003,295) "los jueces sin autoridad, son fantoches en manos de las partes. Pero en un sentido opuesto, no es menos cierto que los jueces con excesiva autoridad son déspotas de la justicia".

CONCLUSIONES

Podemos concluir que la acción, la jurisdicción y el proceso no pueden desvincularse las unas de las otras; son instituciones que funcionan de manera interdependiente y en el medio de ellas se desarrolla la labor del juez, quién recibe de los ciudadanos las peticiones y solicitudes de tutela de sus intereses, incluidos los colectivos y difusos.

En consecuencia, el objeto del proceso y de la actividad decisoria del juez, lo constituye la pretensión procesal, a la cual se ha definido en este trabajo como toda aspiración concreta, planteada al órgano jurisdiccional, postulada ante el Estado y dirigida en algunos casos frente a uno o varios sujetos (cuando surge conflicto de intereses), pero en otros casos simplemente ante el Estado (cuando hay ausencia de conflicto de intereses), con el objeto de que el órgano especializado dictamine, si el interés producto de la necesidad del individuo, encuentra tutela en el ordenamiento jurídico vigente.

Igualmente se concluye que, si bien el proceso judicial sólo puede iniciarse por solicitud de los particulares, quienes pueden incluso disponer del proceso y de su objeto, en los casos permitidos por la Ley; ello no implica que las partes son sus únicas dueñas y por ende, el juez deba hacer exclusivamente lo que las partes le piden. En efecto, la denominada justicia rogada, en la cual las partes son las que piden al juez lo que quieran, son dueñas de lo que piden, de la forma en que lo piden, etc, no es justamente la forma de realización de justicia que se concibe en la actualidad.

Por el contrario, la tutela judicial de los derechos e intereses de los ciudadanos, tiene que ser efectiva, lo cual implica que el juez debe proveer una solución para el caso que se le somete a su conocimiento y decisión, y dicha solución tiene que ser justa y buena, no para el juez, sino para los ciudadanos que han intervenido en ese proceso judicial.

En consecuencia, al momento en que se dicta una decisión judicial, el juez tiene que ser coherente con los argumentos que se han debatido el proceso, y ello implica que su decisión resuelva sobre todos los puntos objeto del debate, por lo cual no

puede el juez aportar al proceso circunstancias de hecho no alegadas por los interesados; prohibición que de ninguna manera puede entenderse como una limitante para que el juez haga justicia en cada caso.

Así, cuando el juez se dispone a tomar su decisión, tiene que examinar cuidadosamente los alegatos jurídicos y fácticos aportados por las partes, determinar cuáles son los hechos constitutivos de la pretensión procesal, es decir, los hechos que configuran la situación jurídica que el legislador ha previsto como tutelable, para establecer de esa forma, si los hechos que se han alegado y probado en el juicio, se adecuan o no a la descripción normativa efectuada por el legislador.

Todo ello genera como consecuencia, que el juez pueda finalmente delimitar el alcance y extensión de la pretensión procesal, lo cual implica que la conoce, y una vez conocida la pretensión procesal, el juez debe incluir esa pretensión en una específica categoría jurídico-fáctica que encuentra correspondencia con determinadas normas jurídicas que debe aplicar.

Por lo tanto, si el juez concluye que los interesados efectuaron una errada calificación de la pretensión procesal, y por consiguiente solicitaron al juez la actuación de normas jurídicas distintas a las idóneas para resolver el caso, o si por el contrario, las partes solicitaron al juez la aplicación de la norma jurídica correcta, pero el error estuvo en la formulación concreta y expresa que de la pretensión se plasmó en el libelo de la demanda, entonces el juez tiene la potestad de cambiar la calificación jurídica que las partes le hayan dado a la pretensión procesal, para poder establecer claramente el objeto de su decisión, así como la categoría jurídica en la que se ubica la pretensión procesal, y por consiguiente determinar las normas aplicables al caso concreto; en tal sentido, la calificación jurídica de la pretensión procesal no sólo es una potestad que tiene el juez civil, sino que además, constituye, el paso inicial y necesario para que pueda aplicarse correctamente el principio *iura novit curia.*

Igualmente, concluimos que esa potestad del juez civil para cambiar la calificación jurídica de la pretensión procesal, es una manifestación clara del deber de congruencia del fallo definitivo, por cuanto, al resolver la sentencia un conflicto en

particular, de una manera específica, tiene que existir en esa decisión toda una motivación y una expresión de las razones, fundamentos y motivos en virtud de las cuales el juez adopta una calificación jurídica distinta a la efectuada por las partes, y de por qué esa calificación se adecua a las disposiciones expresas que el juez escoja para resolver el caso concreto, lo cual se traduce en la realización de una sentencia lógica y coherente.

Finalmente, no cabe duda alguna que la potestad del juez civil para calificar la pretensión procesal, apartándose cuando sea necesario de la propia calificación efectuada por las partes, constituye una herramienta que le permite lograr la resolución adecuada y justa del conflicto que se le ha sometido a su consideración, otorgando por consiguiente, tutela judicial efectiva a los intereses planteados por los ciudadanos.

BIBLIOGRAFÍA

Aragoneses, P. (1958). **Técnica procesal**. Madrid: Aguilar.

Burelli, A. y Mejia, L. (2000). **La casación civil**. Caracas: Jurídica Alva.

Código de Procedimiento Civil. (1987). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela** No. 3.694 (Extraordinario). Enero 22, 1986.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela** No. 5.453. (Extraordinario). Marzo 24, 2000.

Couture, E. (1981). **Fundamentos del derecho procesal civil**. (11ª reimp.). Buenos Aires: Depalma.

Cuenca, H. (1981). **Derecho procesal civil**. (4ª ed.) Caracas: Ediciones de la biblioteca de la Universidad Central de Venezuela. (Tomo I)

Ezquiaga, F. (2000). **"Iura novit curia" y aplicación judicial del derecho.** Valladolid: Lex Nova. (Colección derecho público).

Guasp, J. y Aragoneses, P. (1998). **Derecho procesal civil** (4ª ed.). Madrid: Civitas (Colección Derecho procesal civil Tomo I)

Guimaraes, D. (2004). **La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva: hacia una teoría procesal del derecho.** Barcelona: Bosch Editor.

Liebman, E. (1980). **Manual de derecho procesal civil** (3ª ed, Trad. S. Sentis).Buenos Aires: Europa-América (Colección ciencia del proceso 68).

Longo, P. (2002). La jurisdicción y la competencia en la nueva constitución. **Memorias del congreso latinoamericano de derecho procesal**.(pp. 98-141). Mérida: Asociación Civiol de Abogados para el mejoramiento integral del profesional del derecho.

Montero, J. (1988). **Trabajos de derecho procesal**. Zaragoza: Librería Bosch.

Nieto, A. (2000). **El arbitrio judicial**. Barcelona: Ariel.

Ortiz, R. (2001). **Tutela constitucional preventiva y anticipativa**. Caracas: Frónesis.

Ortiz, R. (2004). **Teoría general de la acción procesal en la tutela de los intereses jurídicos**. Caracas: Frónesis.

Picó, J. (1997). **Las garantías constitucionales del proceso**. Barcelona: Bosch Editor.

Ramírez, C. (2001). **Derecho procesal: Teoría de la acción legitimación pretensión procesal acumulaciones**. Bogota: Librería del Profesional.

Rengel-Romberg, A. (2003). **Tratado de derecho procesal civil venezolano**. (10ª ed.). Caracas: Gráficas capriles. (Colección teoría general del proceso tomo I y II).