AAS2226

TESIS
DP2010
M34

UNIVERSIDAD CATOLICA ANDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

ANALISIS DE LA ACCION Y LA PRETENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

Trabajo Especial de Grado, presentado como requisito parcial para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal

Autora: Marta Maneiro Pérez

Asesora: Claudia Campins

Caracas, Junio de 2010

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

ANALISIS DE LA ACCION Y LA PRETENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

Autora: Marta Maneiro Pérez

Caracas, Junio 2010

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

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana **Abogada MARTA DEL CARMEN MANEIRO PÉREZ**, **C.I. V – 10.758.182**, para optar al Grado de **Especialista en Derecho Procesal**, cuyo título es: **ANÁLISIS DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS**; 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 Cuatro (04) días del mes de Junio de Dos Mil Diez (2010).

DRA. CLAUDIA CAMPINS
C.I.: V – 9.648.783

DEDICATORIA

A Dios, Nuestro Señor, que por Amor misterioso nos Creó e infunde en nosotros el Don de la Sabiduría. A mis hijos, por ser la luz de mis ojos. A mi esposo, por su paciencia. A mis padres, por traerme a este mundo a aprender y a servir. A mis tutoras, por su empeño y dedicación. A Lysander por hacer esto posible.

ÍNDICE GENERAL

	p.p.
DEDICATORIA	v
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES INHERENTES A LAS PERSONAS	10
Concepto de Acción	13
Polemica Windscheid – Muther	16
La Acción Como Pretensión de la Tutela Jurídica	20
La Acción Como Derecho Potestativo	23
La Acción Como Derecho Abstracto de Obrar	25
La Acción Como Forma Típica del Derecho de Petición	27
La Relatividad del Concepto de Acción	28
Concepto de la Acción	31
Clasificación de las Acciones	32
La Pretensión Procesal	34
Concepto de la Pretensión	37
Tipos de Pretensiones	38
Requisitos de la Pretensión	42
Efectos de la Pretensión	47
La Pluralidad de Pretensiones	48
CAPÍTULO II	
SIMILITUDES Y DIVERGENCIAS DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN FRENTE A LA JURISDICCIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	55
La Jurisdicción	55
Origen de la Jurisdicción	56
Posición de la Jurisdicción Dentro del Orden Jurídico	58
Concepto de la Jurisdicción	59
Naturaleza de la Jurisdicción	66
Clases de Jurisdicción	68
La Jurisdicción de Equidad	73
La Inderogabilidad Convencional de la Jurisdicción	77
La Acción y la Pretensión en la Legislación Venezolana	78
Tutela Judicial Efectiva	91

CAPÍTULO III

CRITERIOS DOCTRINARIOS, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN EN VENEZUELA 100

CONCLUSIONES 131
RECOMENDACIONES 136

MATERIALES DE REFERENCIA 137

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

ANALISIS DE LA ACCION Y LA PRETENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PERSONAS

Autora: Marta Maneiro Pérez
Asesora: Claudia Campins
Año: 2010

RESUMEN

El presente trabajo tiene como propósito analizar la acción y la pretensión como derechos fundamentales de las personas, con base a la doctrina, la legislación y la jurisprudencia. La metodología utilizada consistió en una revisión bibliográfica correspondiente a la temática planteada, el método a emplearse en la presente investigación monográfica, es documental, sustentándose principalmente en fuentes bibliográficas, siendo analítica y de desarrollo conceptual. Es una investigación de tipo jurídico, donde hace un seguimiento de la investigación jurídica planteada desde sus inicios hasta el presente, pues aplica de manera pura el método analítico a un tema, descomponiéndolo en tantas partes como sea posible; y, finalmente documental, con la posibilidad de confrontar el análisis propia de la autora con la de la doctrina. El aporte otorgado con ésta investigación es la determinación, mediante el análisis, de la importancia e injerencia para las personas de poseer medios como la acción y la pretensión como derechos fundamentales, básicos para obtener garantías de carácter especialmente constitucional, para poder acudir ante el Estado –órgano jurisdiccional-, y así hacer valer los derechos.

Descriptores: Acción, Pretensión, Derechos Fundamentales, Tutela Judicial Efectiva, Estado, Sujetos, Jurisdicción.

INTRODUCCIÓN

La acción y la pretensión constituyen un tema de interés en cualquier ordenamiento jurídico en los países del mundo, tanto es así que, variando la denominación y alcance que le da cada país, en su mayoría son contemplados a nivel constitucional, constituyendo así una gran tendencia de considerarlos derechos fundamentales de las personas y, en aquellos países en los cuales no se ha establecido como norma constitucional, la jurisprudencia ha interpretado que es una finalidad del Estado.

Desde siglos pasados las personas trataban de evitar por sus propios medios no muy ajustados con la realidad legal actual- que otro particular respetara los derechos propios e individuales, lo cual creaba una total anarquía en los pueblos, es allí es cuando entra el Estado a poner orden y decide tomar las riendas de la situación, para permitir que las personas que se vieren afectadas o vulneradas en sus derechos, ante la necesidad de buscar justicia, puedan hacer su solicitud ante él (Estado) para que, luego de analizados los hechos, los resolviese de la manera más equitativa y justa posible; es en ese momento que es posible y factible para los ciudadanos tener un arma, un poder jurídico, llamado acción, con el cual puedan solicitar o exigir la satisfacción de sus pretensiones como consecuencia de la violación de sus derechos individuales.

Por acción se entiende como lo expresa Rengel Römberg (1991) "el poder jurídico concedido a todo ciudadano para solicitar del juez, la composición de la litis" (p. 45), mediante la actuación de la pretensión que hace valer el demandante contra el demandado; al respecto, Couture (1997) señala 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" (p. 78)

Por otra parte, se define a la pretensión como lo señala Guasp (1998)- como una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración. Para Rengel Römberg la pretensión es el acto por el cual un sujeto se afirma titular de un interés jurídico frente a otro y pide al juez que dicte una resolución con autoridad de cosa juzgada que lo reconozca.

En Venezuela se le otorga rango constitucional a la acción y a la pretensión, donde se reflejan como derechos de las personas de acceder a los órganos de la Administración de Justicia para lograr la satisfacción de sus pretensiones.

La doctrina, a lo largo del tiempo, se ha volcado a estudiar y analizar los conceptos de acción y de pretensión, así como otros puntos de importancia, tales como la jurisdicción y la tutela judicial efectiva, estudios que no son más que los criterios y opiniones emitidos por juristas prestigiosos (como Celso, Savigny, Couture, Guasp, Rengel Römberg, entre otros), realizados según

las circunstancias y situaciones de la época en la que vivieron, con miras a entender de dónde y por qué existe la necesidad de otorgar a las personas el derecho de acción y de pretensión que conlleve a considerar su carácter de derechos fundamentales de las mismas.

Es importante destacar la participación fundamental que posee el Estado para hacer valer esos derechos ante la acción de los particulares, enervando la jurisdicción para realizar sus pretensiones aun cuando no se tenga la certeza de que estén o no investidos con el derecho a reclamarlos, o de que logren o no la satisfacción de los mismos. Y es precisamente a través de la jurisdicción que el Estado entra a conocer de la solicitud realizada mediante la acción y con destino a la satisfacción de la pretensión. La jurisdicción es, de acuerdo a Couture (1997), la función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto 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. Señala Rengel Römberg (1991) que 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.

Aunque ha sido positivo el aporte de los estudios acerca de acción y pretensión realizados en diferentes épocas por los juristas, puesto que nos ha permitido conocer su definición y su esencia, no lo ha sido el hecho que se ha prestado a la tergiversación y ambigüedad de los mismos, incluso en los ordenamientos jurídicos, es por ello que la doctrina se ha dedicado a aclarar estos términos, siendo infructuosos todos sus intentos desde siglos pasados hasta la actualidad. Se tiende a definir los términos de acción y de pretensión como derechos inherentes a las personas o como garantías de los mismos, lo cual trae como consecuencia que dichos términos, pero mayormente la acción, hayan sido equiparados y, se podría decir, hasta subsumidos con otros dos términos jurídicos íntima e inexorablemente vinculados a ellos como lo son *la jurisdicción y la tutela judicial efectiva*.

Es por ello que en Venezuela -como en otros países- se estile a hacer equivalencias entre el denominado derecho a la jurisdicción y el derecho a la acción, donde la acción se corresponde desde el punto de vista subjetivo con el derecho que tienen los particulares de solicitar a los órganos jurisdiccionales la tutela de sus derechos e intereses, quienes ejercen esta facultad según la naturaleza jurídica de la pretensión y que concluya con una sentencia favorable que proteja y produzca una tutela judicial efectiva de los derechos de las personas, ya sea en el restablecimiento de una situación jurídica que le fue violada o quebrantada, o por la consecuente

indemnización de dichos derechos, ya que una vez violentados, sea imposible restablecerlos a su estado original.

El derecho a la jurisdicción no se agota con el acceso al órgano judicial, sino que debe brindar a los administrados una tutela judicial efectiva a sus derechos individuales, en orden de satisfacer un adecuado servicio de justicia. Al igual que la acción y la pretensión, la jurisdicción y la tutela judicial efectiva se encuentran consagradas en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y en las leyes, como garantía de los derechos de los ciudadanos y para lograr las metas que se propongan.

Resulta pertinente acotar que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra también consagrado en diversos tratados y ratificados por Venezuela, tales como La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Perozo y Montaner (2006) establecen que la tutela judicial efectiva es un derecho amplio, que garantiza el indiscutido carácter universal de la justicia y como institución jurídica constitucional engloba una serie de derechos, a saber: el acceso a los órganos de administración de justicia; una decisión ajustada a derecho; el derecho de recurrir de la decisión; el derecho a ejecutar la decisión y el derecho al debido proceso; por tanto, al verse

vulnerados uno de estos derechos se afecta insoslayablemente la tutela judicial efectiva.

Al igual que en Venezuela, otros países se han dedicado a realizar estudios al respecto. A manera de referencia, cabe mencionar que en la Constitución actual de España, establece que se debe hacer valer las pretensiones ante *la vía contenciosa* siempre que tenga como finalidad la de restablecer o preservar las libertades o derechos reconocidos. Por su parte, en los Estados Unidos protege los *derechos inalienables y la conservación de derechos naturales* e imprescriptibles del hombre, los cuales pueden ser protegidos por el Estado con el accionar de los ciudadanos americanos.

Igualmente en la actualidad, en países como Sudáfrica y Portugal, se mencionan los *derechos garantizados* en su Carta Magna, mientras que en la de Alemania se consagran unos artículos que especifican el derecho a las personas a dirigirse al órgano jurisdiccional y reclamar sus derechos, estableciéndolos como libertad de acción, libertad de la persona, derecho de petición (referida a la acción ante la jurisdicción – el Estado). Así mismo, en la Constitución vigente de México se establecen las *garantías individuales*, dividiéndolo en cuatro rubros, para abarcar mayor número de derechos de las personas y garantizar (valga la redundancia) la eficacia de las reclamaciones ante los poderes públicos. Pero ellos no serán la prioridad ni el objeto del presente estudio el cual está enfocado al tiempo y la realidad venezolana.

Es por ello que sea necesario realizar una retrospectiva del origen de la acción y la pretensión, una breve descripción de su evolución, sus conceptos e interpretaciones que han generado confusión, de tal manera que la doctrina (a través de la Historia) nos aclare ese problema, y así comprender los distintos puntos de vista a través de los cuales Venezuela y otros países los han estipulado en sus ordenamientos jurídicos y/o en la jurisprudencia, todo ello por el alto grado de necesidad e importancia que la acción y la pretensión poseen para las personas para lograr la satisfacción de sus derechos e intereses, al punto de ser considerados como derechos fundamentales de las mismas, y así poder comparar las similitudes y determinar las divergencias de dichos términos, en concordancia con los de jurisdicción y tutela judicial efectiva, entre otros, los cuales están principal e íntimamente vinculados a la acción y la pretensión.

Atendiendo a la problemática anterior se plantea como objetivo general: Analizar las razones por las cuales se considera que la acción y la pretensión son derechos fundamentales e inherentes a las personas, derivándose de él los siguientes objetivos específicos: (a) Identificar la acción y la pretensión como derechos fundamentales de las personas, (b) Señalar los criterios doctrinarios, legales y jurisprudenciales de la acción y la pretensión en Venezuela y (c) Identificar las similitudes y divergencias que caracterizan a la acción y la pretensión respecto a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva.

En este sentido, es importante demostrar que el presente estudio tiene como punto de partida el análisis sistemático de la multiplicidad de criterios a nivel doctrinario, jurisprudencial y legal con referencia a la consideración de la acción y la pretensión como derechos fundamentales de las personas, siendo este el interés primordial de la autora, por lo que resulta claro que los beneficiarios serán, las personas comunes de la sociedad, ya que los resultados que se obtendrán permitirán vislumbrar las carencias de conocimientos al respecto, seguidamente, se pretende motivar a otros autores a reflexionar acerca del tópico objeto de ella, por quienes de manera directa se encuentran en un constante análisis y estudio, creando una opinión y criterio propio.

Por su parte en relación al alcance metodológico, el estudio proporcionará un amplio enfoque de los conocimientos, conceptualizaciones y análisis teórico y legal por el cual se limitará a una investigación de carácter documental por lo que se recopilará información de las diferentes fuentes bibliográficas relacionadas con el tema de la investigación.

En virtud de lo anteriormente expuesto, se establece que el presente estudio corresponde con una investigación documental bajo un diseño dogmático-jurídico; desde esta perspectiva, la investigación pretende realizar una reflexión y un estudio crítico de la información relevante del fenómeno jurídico estudiado, de documentos bibliográficos y electrónicos de autores reconocidos de la comunidad nacional e internacional, expertos en materia

procesal. Además, está concebida para estudiar las diferentes fuentes formales del derecho, a través de los diversos instrumentos jurídicos tales como: la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los Códigos y leyes para otorgar el sustento jurídico-legal que requiere la investigación, con el objeto de analizar la importancia de la acción y la pretensión como derechos fundamentales inherentes a las personas, por consiguiente, se utilizó la observación documental para la recolección de la información, y la técnica de Análisis Documental, para la presentación e interpretación de los datos recolectados.

Por último, se estructura la investigación en tres capítulos, descriptos a continuación:

El Capítulo I, establece todo lo relacionado a la acción y la pretensión como derechos fundamentales de las personas.

El Capítulo II, hace una exposición específica sobre los criterios doctrinarios, legales y jurisprudenciales de la acción y la pretensión en Venezuela.

El Capítulo III, realiza una presentación detallada de las similitudes y divergencias que caracterizan a la acción y la pretensión respecto a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva

Por último, se exponen las conclusiones y recomendaciones pertinentes.

CAPÍTULO I

LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN COMO DERECHOS FUNDAMENTALES INHERENTES A LAS PERSONAS

La acción constituye uno de los conceptos más difíciles de ser definido en el derecho contemporáneo, para ello es importante describir la evolución de los estudios del derecho de acción, pues no permitirá determinar la naturaleza jurídica de una de las instituciones más importante del derecho procesal, que conforme igualmente una de las manifestaciones del derecho a la tutela jurisdiccional, si bien es cierto que el derecho de acción no tiene una naturaleza eminentemente procesal, aunque ésta sea su expresión más concreta se trata de un derecho vinculado al sujeto de derecho, cuya naturaleza es constitucional y forma parte de los derecho humano básico.

El vocablo acción aparece como un significado diferente en todos los campos del derecho, en el campo del derecho procesal su significado variar en el tiempo y el espacio, puede comprobarse, tal y como lo expresa de que con su Couture (1997) "que el sentido del vocablo ha evolucionado en el tiempo; no en el mismo el significa actual (p. 45) el que el de Actio Romano; tampoco igual, aun en nuestro tiempo, el concepto de acción entre los países de cultura latina y los de cultura angloamericana.

En tal sentido el primer interés que se tienen el de determinar con la mayor precisión a que nos referimos cuando hablamos de acción, la palabra

acción dentro del campo actual tiene varias acepciones, lo que se repita dentro del ámbito jurídico, entre las cuales podemos mencionar las descritas por Couture (1997) en un sentido procesal.

Como sinónimo de derecho en el sentido que tiene el vocablo cuando se dice "el actor carece de acción" (p. 43) el actor carece de un derecho efectivo el juicio deba tutelar.

Como sinónimo de pretensión; éste el sentido más usual del vocablo en doctrina y en legislación, se habla entonces de *acción fundada y acción infundada* en de acción real y acción personal de acción civil y acción penal de acción triunfante acción desechada, en estos vocablos, la acción en la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva en; esta acepción de la acción, pretensión, se proyecta sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo " demanda fundada e infundada.

Como sinónimo de facultad de provocar la actividad de la jurisdicción; se habla entonces, de un poder jurídico que tiene todo individuo como tal, y en nombre del cual le es posible acudir ante los jueces en demanda de amparo a su pretensión, el hecho de que la pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellas que erróneamente se consideran sentido de razón.

Existe una última acepción del vocablo acción la cual es incorporada por Gálvez (1996) y que lo coloca como sinónimo o referencia a la vía procedimental, pues se refiere a la acción del hábeas corpus, acción de amparo, acción de inconstitucionalidad , etc.

El derecho a reclamar ante el estado (acción) aparece en cierto momento confundido con el derecho de si (material o subjetivo). El derecho la acción se presenta en una unión no siempre fácil de separar. La misma información histórica del derecho romano ofrece un claro ejemplo de un sistema jurídico sin derecho subjetivo. El derecho no existe sólo existe la acción. Durante una larga etapa de este proceso, la actio considerada el derecho mismo.

Es por tal razón que resulte pertinente mencionar que, vistas las diversas acepciones que se le ha dado a la acción lo cual ha llevado a su confrontación por otras situaciones de ventaja en existente en el ordenamiento jurídico y, en particular, aquella que se designa por el término derechos subjetivo, existen diversas teoría que se han dedicado al estudio de la acción frente a distintas figuras jurídicas que corresponden a las interrogantes de los procesalistas han tratado a responder al respecto desde el inicio de la polémica, las cuales se describirán de seguida.

Concepto de Acción

Compartiendo ciertos puntos similares a los de Rengel Römberg en relación al concepto de acción se encuentran procesalista Eduardo. Couture (1997), establece que "la acción en el poder jurídico que tienen todo sujeto de derecho, de de acudir a los órganos jurisdiccionales para reclamarle la satisfacción de una pretensión "(p. 78), este mismo autor señala que este poder jurídico compete al individuo en cuanto tal como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter de la vigorosamente en privado, pero al mismo tiempo en la efectividad de ese decisión está interesa la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, vale decir se realizará efectivamente el derecho, ya que por tradición al principio se ríe materia civil, la jurisdicción no actúan sin la iniciativa individual "nemo iudex sine actore (no hay juicio sin actor).

Es por estas circunstancias que en tanto el individuo de la acción una tutela de su propia personalidad, la comunidad ven en ella en el cumplimiento de uno de sus más altos fines, es decir la realización efectiva de las garantías de justicia de paz, de seguridad, de orden, de libertad, consagrada en la constitución.

La clasificación siempre se ha hecho en función de criterio muy diversos, La acción comprende no sólo la capacidad de acceder a lo órgano de la administración de justicia para reclamar o solicitar ante ellos que se haga valer una pretensión, sino que además para que ello sea posible en

necesario que se posea interés procesal en otras palabras que no tengan defecto de legitimación ente (demanda ímproponible) más veces de carácter procesal otra de carácter material otra de carácter propio de una rama particular del derecho. No existe unidad de criterio que orientará clasificación.

Para Couture (1997), el concepto de acción no se avienen a estas denominación y clasificaciones tradicional, fue al cancelar la acción un derecho a la jurisdicción,, concretamente en a someter el conflicto o controversia a la decisión de lo órgano de la jurisdicción, lo elemento que lo circundan (pretensión, competencia, proceso) en carecen de importancia pero pese a tener este criterio del acto realizar la tarea crítica de establecer modelo de clasificación frente a las clasificaciones tradicional.

Siguiendo este orden de ideas, en el Derecho Romano, según el célebre pasaje de Celso (Nihil aliud est actio Quam ius quod sibi deleatur indicio persequendi), se dice que la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe, continuando con esta definición romana, la escuela francesa de derecho civil se sostenía que no hay diferencia alguna entre la acción y el derecho subjetivo sustancial, por lo que la acción no es más que el mismo derecho subjetivo en su tendencia a la actuación: el derecho subjetivo en movimiento. Expresándolo con una metáfora más literaria que científica, decían que la acción era le droit casqué et armé en guerre (el derecho con casco armado para la guerra).

necesario que se posea interés procesal en otras palabras que no tengan defecto de legitimación ente (demanda ímproponible) más veces de carácter procesal otra de carácter material otra de carácter propio de una rama particular del derecho. No existe unidad de criterio que orientará clasificación.

Para Couture (1997), el concepto de acción no se avienen a estas denominación y clasificaciones tradicional, fue al cancelar la acción un derecho a la jurisdicción,, concretamente en a someter el conflicto o controversia a la decisión de lo órgano de la jurisdicción, lo elemento que lo circundan (pretensión, competencia, proceso) en carecen de importancia pero pese a tener este criterio del acto realizar la tarea crítica de establecer modelo de clasificación frente a las clasificaciones tradicional.

Siguiendo este orden de ideas, en el Derecho Romano, según el célebre pasaje de Celso (Nihil aliud est actio Quam ius quod sibi deleatur indicio persequendi), se dice que la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que se nos debe, continuando con esta definición romana, la escuela francesa de derecho civil se sostenía que no hay diferencia alguna entre la acción y el derecho subjetivo sustancial, por lo que la acción no es más que el mismo derecho subjetivo en su tendencia a la actuación: el derecho subjetivo en movimiento. Expresándolo con una metáfora más literaria que científica, decían que la acción era le droit casqué et armé en guerre (el derecho con casco armado para la guerra).

Hubo una variante de esta posición civilista sostenida por Savigny (1917), quien considera que

> La acción como el aspecto particular que asume todo derecho como consecuencia de una lesión, este autor señala que "La violación de nuestro derecho nos hace entrar en una nueva relación jurídica con el violador, la cual tiene por contenido la exigencia o pretensión de reparación de la lesión. Esta pretensión contra una persona determinada y a un acto determinado, tiene la misma naturaleza que la obligación. El ofendido y el ofensor se encuentra en ella en la misma posición en que están el acreedor y el deudor en la relación de obligación. (p. 78)

Como consecuencia de esta nueva relación que nace de la lesión del derecho, la misma puede permanecer en los límites de una simple posibilidad, sin llevar al ofendido a una determinada actividad contra el ofensor, o bien de la simple posibilidad de obrar puede conducir a una efectiva actividad del ofendido contra el ofensor y transformarse en el hecho mismo de obrar.

Sólo es posible de acción en aquel primer sentido (sustancial) de derecho de obrar; porque en el segundo sentido (formal), o sea, el acto por el cual se hace valer el derecho, con sus condiciones y formas, corresponde a la teoría del procedimiento y se llama demanda. De allí que sean necesarias dos condiciones en cualquier acción: un derecho en sí, y una lesión de él. Si el primero falta, es inconcebible una lesión del derecho; y si falta la segunda, el derecho no puede asumir el particular aspecto de acción.

Polemica Windscheid – Muther

En 1856 un trabajo de Bernard Windscheid sobre La Actio del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del derecho actual, provocó la crítica de Theodor Muther con su escrito Sobre la doctrina de actio romana, del actual derecho de acción, de la litis contestatio y de la sucesión singular en las obligaciones, con lo que se inicia una gran polémica que dio origen en el campo procesal a la revisión de las ideas imperantes sobre la acción.

Al momento de surgir la polémica era dominante en Alemania la concepción de Savigny que concebía la acción como aquel derecho en el cual se transforma otro derecho como consecuencia de su lesión. Y la doctrina se debatía también frente a una doble terminología: La Actio romana y la Klage germánica, entendida ésta como derecho de querella (Klagrecht).

En el derecho moderno señala Windscheid el ordenamiento jurídico es el ordenamiento de los derechos; el derecho aparece como el prius y la acción como el posterius, esto es, el derecho es aquello que produce y la acción aquello que es producido. En el derecho moderno, derecho y acción coinciden, en cuanto que la acción no es más que la sombra del derecho. La acción no tiene una existencia autónoma. Esta idea de la acción es completamente extraña a la idea de la Actio romana; es algo que pertenece a la conciencia jurídica actual, pero que no tiene realidad alguna en el Derecho Romano."

Este mismo autor, agrega que en el Derecho Romano la palabra Actio es usada no tanto para indicar un derecho procesal sino un derecho substancial y, sin embargo, en nuestros actuales tratados se la presenta como sistema de los derechos de obrar, o sea, de las acciones. En el Derecho Romano el ordenamiento jurídico es el ordenamiento de las pretensiones perseguibles judicialmente. La Actio no tiene necesidad de ningún derecho sobre el cual apoyarse, esta palabra significa aquello que puede exigirse de otro, esto es, la pretensión; Actio es la pretensión perseguible en juicio; Derecho y Actio no coinciden; se puede tener un Actio sin tener un derecho y no tener una Actio aun teniendo un derecho. La Actio es un elemento autónomo del ordenamiento jurídico; el ordenamiento jurídico reconoce la legitimidad de una pretensión, prometiendo para ella un juicio. La Actio o acción (Klage) está al puesto del derecho, ella es la expresión del derecho."

Todo Ello viene como consecuencia de la independencia que entre los romanos, al tiempo de la República, y también más tarde, en la época imperial, tenía la regla judicial frente a la regla jurídica, independencia que se venía afirmando desde el período de las legis acciones, cuando no tanto la lex sino la fórmula judicial decidía acerca de lo justo y de lo injusto, de tal modo que Ulpiano no tenía escrúpulos en hablar de un usufructo que no existe "de iure" sino "tuitione praetoris"

Muther reaccionó contra esta concepción de la Actio romana expuesta por Windscheid y también contra la concepción de Savigny dominante en Alemania en su tiempo, expresando que:

> En el antiguo procedimiento de las legis actio sacramento la Actio significa el acto bilateral con el cual el proceso era introducido, porque el agüere, que significaba proceder, hablar, obrar, no podía realizarse unilateralmente, sino sólo en unión con el adversario. (p. 85)

De allí la expresión agere cum aliquo tan frecuente en ese período histórico, posteriormente en el período formulario la palabra Actio viene a significar no sólo aquel acto en sí, sino el rito que lo acompaña y concretamente la fórmula de la acción y así debe entenderse el término cuando se dice que el Pretor actionem dat, tribuit, indulget, accomodat, denegat, entre otros, cuando el Pretor había prometido en el edicto una fórmula para determinados casos, se puede decir que el actor ya antes de la expedición de la fórmula tenía una pretensión a su expedición, siempre que las condiciones generales bajo las cuales la Actio había sido prometida se hubiese cumplido"

La pretensión a la fórmula existe, pues, antes de la litis contestatio, y cuando los juristas dicen del actor que "actio ei competit", quieren significar con ello la pretensión a la emisión de la fórmula por el Pretor. Pero cuando discuten en sus escritos si a uno corresponde en un caso particular una pretensión, preguntan sólo si existen los presupuestos de hecho y de

derecho de esta fórmula especial, los cuales son indicadores precisamente en ella, esto es, en la orden que debe dar el Pretor al juez de condenar al demandado, orden por lo demás condicionada a la necesaria indagación sobre la veracidad de los hechos, así, pues, cuando el jurista romano dice:

> Actio corresponde en este caso la actio empti", esto significa que él tiene una pretensión a la expedición de la fórmula de la actio empti, si el demandado se niega a satisfacerlo; o, en otras palabras: que él tiene una concesión de aquella tutela judicial que, según el derecho positivo romano es acordada a quien es lesionado en su derecho (p. 85)

Por tanto en el Derecho Romano, lo mismo que en el derecho moderno, el ordenamiento jurídico era el ordenamiento de los derechos y no, como piensa Windscheid, el ordenamiento de las pretensiones perseguibles judicialmente, pues sólo los derechos a la expedición de la fórmula correspondía solamente a aquel a quien correspondía un derecho, que era el presupuesto de la Actio. Tenemos, pues, dos derechos distintos, de los cuales uno es el presupuesto del otro, pero que pertenecen a dos esferas diversas; el derecho subjetivo originario es un derecho privado, y la Actio un derecho de naturaleza pública.

El derecho subjetivo implica un poder o señorío sobre la otra persona, en fuerza del cual puede exigir que ésta reconozca y respete de hecho su derecho, pero no le es dado, cuando este poder o señorío no basten, otro poder o señorío de solicitar que cese la violación de su derecho; esto

significaría poner una impotencia en el lugar de otra impotencia, el primer poder o señorío perdura aún después de la lesión. Más habiéndose mostrado insuficiente, debe ahora intervenir otro poder más fuerte para reestablecer el estado de derecho violado.

Este es el poder de sus conciudadanos, si él no lo hace, entonces el Estado tiene el poder de exigir la cesación de la violación es un derecho del Estado contra el ciudadano, se tiene así dos derechos correspondientes el uno al otro y los dos de naturaleza pública: el derecho del lesionado contra el Estado a la concesión de la tutela jurídica (la acción) y el derecho del Estado contra el autor de la lesión a eliminación de la lesión misma.

La Acción Como Pretensión de la Tutela Jurídica

Continuando en la dirección señalada por Muther, la doctrina alemana llegó a distinguir la acción del derecho subjetivo, y desde entonces el Derecho Procesal Civil comenzó a afirmar su autonomía científica. En la mayoría de los casos la acción presupone la violación de un derecho subjetivo sustancial, y puede aparecer como un aspecto secundario del originario derecho a la prestación, esto no ocurre en todos los casos, y se dan numerosas situaciones en que el derecho del ciudadano de invocar la protección jurisdiccional del Estado no tiene como presupuesto una violación

de su derecho, como ocurre en la acción que trata de obtener una mera declaración negativa de certeza (acción merodeclarativa).

Esta posición la desarrolla fundamentalmente Adolfo Wach, con su teoría que concibe la acción como derecho del ciudadano a obtener del Estado la tutela jurídica (Rechtsschutzanspruch), la pretensión de la tutela jurídica señala este autor "no es una función del derecho subjetivo; la pretensión de la tutela jurídica es el medio que permite hacer valer el derecho, pero no es el derecho mismo" (p. 77), es decir, no es su función, ni el lado público del derecho objetivo; no es la coacción inmanente a éste, que significamos cuando decimos puede hacerse valer ante los tribunales; es la pretensión que se tiene frente al Estado a la tutela jurídica"

La acción sólo puede satisfacerse por el Estado; no puede serlo por la contraparte, la cual solamente puede privarle de objeto, es decir, La la contraparte sólo ha de sufrir la tutela jurídica, pero no la presta. La acción se satisface con la ejecución de los actos procesales de tutela, especialmente con la sentencia favorable; esta concepción la acción aparece ahora dentro del campo del derecho público, como una relación que se da entre el ciudadano y el Estado.

Contra la doctrina de Wach han surgido diversas críticas, Calamandrei (año), las resume al observar que el esquema utilizado por Wach de un titular del derecho (ciudadano) y un obligado a la tutela jurídica (Estado), no se presta a encuadrar la situación en que realmente se encuentra el ciudadano

que pide justicia frente al Estado que le administra, en la relación de derecho privado hay siempre, como necesaria contrapartida al interés predominante del titular del derecho, un interés sacrificado que es el del obligado, y el cumplimiento es siempre un sacrificio de interés destinado a satisfacer el interés predominante del titular del derecho.

Cuando el Estado hace justicia, se mueve no para prestar con sacrificio propio un servicio a quien se lo pide, sino para cumplir con ello uno de sus fines propios esenciales, el fin público de mantener la observancia del derecho objetivo.

En este sentido, algunos autores han negado la existencia misma de un derecho subjetivo del individuo a la tutela jurídica frente al Estado y han sostenido que el Estado, al tutelar el derecho, no hace mas que cumplir su función natural, como cuando castiga (Kohler); que la tutela del derecho pertenece a la esencia del Estado (Bunsen); que el derecho a la tutela jurídica no es un derecho particular del individuo respecto del Estado, sino un derecho de todo ciudadano, similar, por ejemplo, al derecho de que el funcionario concurra a hacerle contraer matrimonio y que no se debe confundir tal derecho con el derecho de acción (Regelsberger)

Por su parte, Chiovenda expresa sus dudas sobre si el derecho de acción puede concebirse como un derecho subjetivo del individuo, y si se puede contraponerlo, como un derecho individual, al derecho,

correspondiente a todos los ciudadanos, a la sentencia; y se pregunta: ¿es posible concebir el derecho o una sentencia.

La Acción Como Derecho Potestativo

Como consecuencia de las críticas realizadas a la doctrina de Wach de la acción como pretensión a la tutela jurídica, trata de superarlas Chiovenda intenta superarlas con su teoría de la acción como derecho potestativo, fundamentalmente, Chiovenda sostiene que el contenido del llamado derecho de acción es un puro poder jurídico y no un deber ajeno.

Los derechos del poder jurídico o potestativo fueron especialmente estudiados por Zitelmann (año), se trata de un poder del titular del derecho de producir, mediante una manifestación de voluntad, un efecto jurídico en el cual tiene interés, o la cesación de un estado jurídico desventajoso; y esto frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación respecto a él, sino que están sujetas, de manera que no pueden sustraerse al efecto jurídico producido.

El lado prácticamente importante de estas figuras, según comenta Chiovenda (ob. Cit), es la sujeción de las personas frente a las cuales el poder corresponde en cuanto no pueden querer que el efecto no se produzca, de modo que no son derechos subjetivos en el sentido tradicional de señorío de la voluntad o interés jurídicamente defendido, sino un poder

jurídico que se agota con su ejercicio, en esta categoría de derechos potestativos entra, la acción, que es concebido como el poder jurídico de determinar el nacimiento de la condición para la actuación de la voluntad de la ley.

Este derecho del particular, de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley, es la acción y es un verdadero derecho potestativo, es el derecho potestativo por excelencia, porque hasta la manifestación de voluntad del particular al ejercitar la acción par que entre en operación la actividad jurisdiccional del Estado y quede así el adversario sujeto a sufrir los efectos de la misma en su esfera jurídica y patrimonial.

Por otra parte, este derecho de acción es autónomo, distinto del derecho subjetivo sustancial, ya que mientras el derecho subjetivo substancial tiende a la obtención del bien mediante la prestación del obligado, la acción tiende a la obtención de ese mismo bien a través de todos los otros posibles medios que predispone la jurisdicción para el caso de falta de cumplimiento voluntario.

Para Calamandrei, que es el más fiel seguidor y expositor de la doctrina chiovendana, esta teoría de la acción como derecho potestativo, logra la natural sistematización de aquella relación de colaboración que se da en el proceso entre el interés individual y el interés público, que en la teoría de Wach llevaba a la absurda construcción de un titular de derecho que

exigiendo una prestación hace un servicio al obligado, y de un obligado que, al cumplir la obligación, satisface ante todo el interés propio.

La Acción Como Derecho Abstracto de Obrar

Frente a estas concepciones concretas de la acción, surgió también en Alemania la concepción abstracta, según la cual este derecho no depende necesariamente de la pertenencia efectiva de un derecho subjetivo material, sino que corresponde a cualquiera que se dirija al juez para obtener de él una decisión sobre su pretensión, aún cuando sea infundada.

Esta concepción de la acción, como derecho abstracto de obrar, fue inicialmente expuesta por Degenkolb, quien definió la acción como "un derecho subjetivo público correspondiente a cualquiera que de buena fe crea tener razón para ser oído en juicio y constreñir al adversario o entrar en él"

Los aspectos más importantes de esta teoría los resume Calamandrei del modo siguiente:

Cuando el actor presenta al juez su demanda no se sabe todavía si esta demanda es fundada o no, y es precisamente para saber si la demanda es fundada o no para lo que es necesaria la decisión del juez.

Aun cuando la demanda sea infundada, el juez no puede eximirse de tomarla en examen y debe igualmente pronunciar su sentencia; si se negare a ellos, faltaría al deber de su cargo (denegación de justicia)

Al deber del juez de decidir en cuanto al mérito de la demanda, cualquiera que se su fundamento, corresponde, en la parte que ha propuesto la demanda, el derecho a obtener una decisión sobre la misma aun cuando sea infundada.

La acción corresponde, pues, también a quien no tiene razón en el mérito, haciendo abstracción (y por ello se habla de acción en sentido abstracto) del fundamento de la demanda.

Esta acción en sentido abstracto es verdaderamente un derecho, porque está garantizado por la responsabilidad civil y penal en que el juez incurriría si denegase injustamente un acto de oficio.

Las principales objeciones que se formulan a la teoría del derecho abstracto de obrar se resumen así: que el derecho del reclamante de ver acogida su demanda fundada presupone el deber del juez de tomar en examen indistintamente todas las demandas, para decidir cuáles son fundadas y cuáles no; que la acción en sentido abstracto no basta para procurar aquella satisfacción del concreto interés individual al cual el reclamante aspira cuando se dirige a la justicia por tener razón y no por no tenerla; que en la acción en sentido abstracto concebida no ya como garantía de un concreto interés substancial.

Sino como poder correspondiente a cualquiera , uti civis, que se dirija al Estado para provocar la jurisdicción, no existiría ya la coordinación de dos distintos intereses: el individual y el público, convergentes al mismo fin, sino

que se tendría una total disolución del interés individual en el interés público; y que de este modo todos los puentes entre el derecho subjetivo y la acción quedarían rotos, en tal forma que el derecho subjetivo, del cual en un tiempo la acción aparecía como escolta vigilante y armada, quedaría, según esta teoría, apartado e inerme, puesto que la acción no sería ya concebida como un instrumento al servicio de quien tiene razón, sino puesta por igual al servicio de quien tiene razón y de quien no la tiene, de forma que la misma más bien que garantía del interés individual, se reduciría a ser el derecho de no tener razón, con el cual el ciudadano podría darse el gusto, de hacer constatar el derecho objetivo en contra suya.

La Acción Como Forma Típica del Derecho de Petición

Entre los autores que conciben a la acción como un derecho *abstracto* que compete a todo ciudadano, uti civis, se encuentra Couture, con su teoría de la acción como una forma típica del derecho de petición.

El derecho de petición selaña Couture (ob. Cit), configurado como garantía individual en la mayoría de las constituciones escritas, se ejerce indistintamente ante todas y cualesquiera autoridades, el Poder Judicial no tiene por qué ser excluido de los órganos y autoridades ante los cuales los particulares pueden ejercer el derecho de petición, por tanto concluye este autor que hoy poder afirmar que un derecho de acudir al Tribunal pidiendo

algo contra un demandado, es un derecho de petición en el sentido que se da a este derecho en los textos constitucionales, se llega así a la idea fundamental de que el derecho de acción o acción en justicia, es una especie dentro del género del derecho de petición; un derecho de petición particularmente configurado.

En contra de esta teoría se dice fundamentalmente que ese derecho de petición no es la acción, en el sentido en que esta figura tiene relevancia en el sistema del proceso, sino su base, su presupuesto de derecho constitucional, el derecho de petición, en sí mismo, es un puro poder de derecho público, genérico e indeterminado sin relación con un supuesto de hecho concreto, y por tanto, inagotable e inextinguible, y es la manifestación inmediata y directa de la capacidad jurídica general.

La Relatividad del Concepto de Acción

Calamandrei (Ob. Cit), sostiene la relatividad del concepto de acción y observa que el problema no puede plantearse en términos absolutos, preguntándose cuál de las diversas teorías expuestas es la verdadera, como si no hubiera más que una que pudiera considerarse absolutamente exacta frente a todas las otras que habrían de considerarse equivocadas., como premisa de su desarrollo, destaca la observación recogida en la exposición de motivos (Rel Grandi) del nuevo código italiano de Procedimiento Civil,

según la cual el Derecho Procesal, si quiere evitar tanto ser superado por los tiempos como adelantarse a ellos, debe producir en las relaciones entre el juez y las partes el mismo equilibrio que en el momento histórico en cuestión se encuentre alcanzado en el derecho sustancial entre la intervención del Estado y la iniciativa privada.

Quien parte de esta premisa se da cuenta dice Calamandrei de que en la teoría que considera la acción como un momento inseparable del derecho subjetivo sustancial, preordenado a realizar el predominio del interés individual protegido, sobre el sacrificado, la parte reservada al Estado en esta relación es la de un personaje de tercer plano, que a petición del acreedor interviene sólo como auxiliar a objeto de ayudarle a alcanzar sus fines individuales. Aquí el momento de la libertad predomina sobre el de la autoridad; el interés privado predomina sobre el interés público.

En el extremo opuesto a esas concepciones de la acción, está la del derecho abstracto de obrar, según la cual se desvincula totalmente la acción del derecho subjetivo, y la acción aparece al servicio del interés público en la observancia de la ley. El sujeto agente, según esta concepción, al ejercitar la acción presta al Estado el servicio de proporcionarle la ocasión para confirmar su autoridad, y aparece así el sujeto agente, como investido de una función pública, que el mismo ejercita, no en interés propio, sino en interés del Estado.

Finalmente, entre estas dos posiciones, la una correspondiente a la concepción llamada liberal e individualista del Estado, y la otra correspondiente a una concepción rígidamente autoritaria y colectivista, Calamandrei coloca a la teoría de la acción como derecho potestativo, formulada por Chiovenda, que es considerada como la que mejor se adapta al actual momento histórico-político de Occidente, en donde no se da un predominio absoluto de la libertad sobre la autoridad, ni un predominio absoluto de la autoridad sobre el individuo, sino más bien una relación de equilibrio entre ambos intereses.

Entre la acción, entendida como sometimiento de la justicia al interés privado y la acción entendida como sometimiento de la iniciativa privada al interés público, la acción como derecho potestativo –concluye Calamandrei- significa convergencia de dos intereses, en cuanto el particular, que busca en el proceso la satisfacción de su interés privado, da así ocasión al Estado de satisfacer, al administrar justicia, el interés colectivo.

No cabe duda de que la formulación del concepto de acción depende estrechamente del momento histórico, político y jurídico existente al tiempo y en el espacio en que esa formulación se hace, en este sentido, el concepto de acción es relativo.

Concepto de la Acción

La acción puede definirse como 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, en esta definición se destacan los siguientes elementos:

La acción es un poder jurídico perteneciente a la categoría de los derechos subjetivos, frente al poder del particular de ejercitar el derecho de acción, está el deber del juez de proveer sobre la demanda en la cual la acción se ejercita, deber cuya omisión está penada como denegación de justicia.

Ese derecho subjetivo o poder jurídico en que consiste la acción, pertenece a todo ciudadano, y es por tanto, un derecho subjetivo público o colectivo, porque tiene su origen en el interés colectivo y público en la solución jurisdiccional de los conflictos.

Con la acción se pide también al juez que actúe la pretensión, porque la no satisfacción de ésta o su resistencia por parte del demandado, origina el conflicto cuya solución es un interés de la colectividad y su satisfacción un interés privado del demandante. Por tanto, no se trata de un poder jurídico desconectado de todo interés, sino fundado en el interés público en la solución jurisdiccional de los conflictos y al servicio del interés privado en la satisfacción de las pretensiones.

Al lado del interés colectivo y público que mueve a la acción, existe en todo proceso, el interés individual y privado en que se funda la pretensión. La satisfacción de este interés privado, mediante la actuación jurisdiccional de la pretensión, o su denegación por el juez con el rechazo de la demanda, satisface o rechaza, según el caso, la pretensión, pero siempre da satisfacción al derecho de acción.

Clasificación de las Acciones

Para Römberg (1991), tradicionalmente, la doctrina clasifica las acciones en personales, reales y mixtas, atendiendo al derecho que se hace valer en el juicio, y también en mobiliarias e inmobiliarias, principales y accesorias, de estado, posesorias, petitorias, etc., tomando en cuenta que el derecho que se hace valer sea sobre una cosa mueble o inmueble, sea principal o accesorio, se refiera al estado y capacidad de las personas, o a la posesión o la propiedad, etc.

Dichas clasificaciones arrancan del derecho romano, que distinguían las acciones en reales (in rem) y personales (in personam) según que con ellas se pretendiese el señorío jurídico sobre un objeto o el cumplimiento de una prestación a que está obligado un sujeto, igualmente en la doctrina, existe una clasificación que atiende a la naturaleza del fallo que se dicta para satisfacer la acción, y se habla de acciones mero declarativas, constitutivas,

de condena y determinativas, o de acciones declarativas y ejecutivas según se solicite la mera declaración de un derecho, o la constitución, supresión o modificación de un estado, o la condena a una prestación, o la ejecución, etc.

Es claro, que aquella clasificación tradicional carece de sentido y de utilidad en relación a la acción y es más propia para la clasificación de las pretensiones, pues el derecho de acción, entendido en el sentido definido más arriba, no cambia porque la sentencia reconozca o niegue una determinada clase de derecho, y en cambio, suponiendo la pretensión un derecho que se hace valer con la misma, es más propio referir aquellas clasificaciones a la pretensión y no a la acción.

Lo mismo podría decirse en esencia de la clasificación doctrinaria más reciente, de Chiovenda y sus seguidores, la cual representa más bien una clasificación de las sentencias y no de las acciones, por lo cual la doctrina más reciente la estudia al referirse a la naturaleza y contenido de las sentencias, la clasificación tradicional de los derechos y bienes en reales y personales, muebles e inmuebles, es la tenida en cuenta para la determinación de la competencia territorial del juez, cuyas disposiciones serán estudiadas más adelante en el lugar correspondiente.

La Pretensión Procesal

Entendiendo por objeto no ya el principio o causa de que el proceso parte, ni el fin, más o menos inmediato, que tiende a obtener sino la materia sobre que recae el complejote elementos que lo integran, parece evidente que, puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión, es esta pretensión misma, que cada uno de los sujetos procesales, desde su peculiar punto de vista, trata de satisfacer, la que determina el verdadero objeto procesal.

No hay más que un elemento objetivo básico que sea lógicamente posible: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el Juez y como esta reclamación no es jurídicamente sino la pretensión procesal, que figura en el concepto del proceso mismo, es inevitable extraer de ellos la consecuencia de que el inequívoco objeto del proceso lo constituye la pretensión procesal.

La relación jurídica material y el bien de la vida son, pues, sólo instrumentos o soportes que juegan en el proceso sirviendo o apoyando al verdadero elemento objetivo, que es la pretensión, sin embargo, no es frecuente encontrar en la doctrina procesal dominante la limpia y sencilla tesis de que el objeto de un proceso lo proporciona la pretensión que en él se deduce. La razón de esta desorientación es doble: de un lado, que se ha querido construir el concepto del objeto del proceso a base de la idea del

derecho fundamental que en el proceso hacen valer las partes, más que la del acto que lo delimita objetivamente; de otro, que se han querido referir las consecuencias esenciales del elemento objetivo al puro trámite o momento procedimental en que suele formularse tal objeto.

La teoría de la acción se propone, averiguar la esencia jurídica del poder en virtud del cual las partes engendran objetivamente un proceso, el derecho que justifica la actuación de estas partes, el porqué jurídico de que un particular pueda poner en marcha, válidamente, a los Tribunales de Justicia, planteada en esta forma, la acción se revela como una premisa esencial de toda la institución, el pilar que, junto con la Jurisdicción, sostiene todo el edificio del sistema.

Ni tampoco fijándose en la demanda, esto es, en el acto típico de iniciación del proceso, desde un punto de vista procedimental, se puede hallar la verdadera determinación del objeto del proceso, en la vida real del proceso, la pretensión procesal se deduce, efectivamente, las más de las veces, en el trámite inicial, esto es, en el de la demanda, con lo cual la atribución a ésta de la determinación objetiva del proceso venía a aparecer como indiscutible. Pero, en realidad, la demanda no es la pretensión procesal, aunque puede procedimentalmente albergarla. Es, meramente, el acto de iniciación del proceso, y por ello confundir uno y otro concepto no puede llevar sino a resultados sensiblemente equívocos; así cuando, por excepción en el proceso civil, la demanda no contenga la pretensión procesal

no se sabría cómo resolver el problema de la fijación del objeto del proceso, pues entonces habría que atribuir este objeto a lo que es meramente iniciación del proceso o habría que llamar demanda a la pretensión, dejando sin ningún nombre ni explicación adecuada aquella actividad iniciadora.

La rectificación de conceptos es aquí, no obstante, más sencilla que en el caso anterior, la demanda es un acto de iniciación procesal y como tal habrá de ser estudiada más adelante, la pretensión, fundada o no, en cuanto al trámite, con la demanda, es el auténtico objeto del proceso, el concepto que establece el ámbito dentro del cual el proceso vive, la materia procesal por antonomasia.

La concepción expuesta anteriormente que obedece toda la exposición anterior puede resumirse en la siguiente fórmula, que condensa las verdaderas relaciones que los tres conceptos de acción, pretensión y demanda mantienen entre sí:

Concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones: derecho de acción, el particular puede reclamar cualquier bien de la vida, frente a otro sujeto distinto de un órgano jurisdiccional: pretensión procesal, iniciando para ello, mediante un acto específico: demanda, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión.

Concepto de la Pretensión

La pretensión procesal es una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración, analizando esta definición se deduce que:

La pretensión es una declaración de voluntad, porque en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente, se trata de una declaración de voluntad afín a las que conoce el derecho civil, es decir, de un negocio jurídico, sino de una declaración petitoria que, en oposición a las resolutorias, son categorías fundamentales del derecho público, aunque también puedan darse, acaso, en el derecho privado. La significación jurídica de la pretensión la proporciona la referencia que en ella se contiene al derecho, por sostener su autor que lo reclamado coincide con lo establecido en el ordenamiento jurídico.

Se reclama en la pretensión una cierta actuación del órgano jurisdiccional; ello la pretensión procesal se distingue de la pretensión civil, que tiene siempre por destinatario a un particular. La pretensión queda, sin embargo, procesalmente satisfecha tanto si es efectivamente actuada como si, por las razones que se den, se rechaza su actuación. Los tipos de actuación que se exigen pueden variar grandemente, y precisamente esta

variación es la que crea las distintas clases de pretensiones que más tarde se estudian.

Es indispensable al concepto de pretensión procesal el que se interponga siempre frente a persona determinada y distinta del autor de la reclamación, pues, en otro caso, carecería de la dimensión social que el derecho exige para concederle el tratamiento procesal adecuado, de todo ello se deduce con facilidad la tesis, muy importante, de que la pretensión es, en realidad, no un derecho, sino un acto: algo que se hace, pero que no se tiene, ello no quiere decir que el acto no suponga la manifestación de un poder (a veces, incluso, de un deber) atribuido a una persona, pero sí que este poder es previo y distinto de la actividad por la que se pretende.

Tipos de Pretensiones

Corresponde estudiar los principales tipos de pretensiones que puede presentar la realidad jurídica de un proceso, lo que caracteriza sustancialmente a una pretensión es el reclamar una cierta actuación del órgano jurisdiccional, es lógico que la clase de la pretensión varíe según la naturaleza de la actuación pretendida. En efecto, de un órgano jurisdiccional puede solicitarse: bien la emisión de una declaración de voluntad, bien la práctica de una operación física, que ya no tenga carácter ideal sino real. En el primer caso, como la formación de esa voluntad exige el conocimiento

previo de las razones en que se apoya, la pretensión recibe el nombre de pretensión de cognición; en el segundo caso, como la realización de la operación física aparece exteriormente como la ejecución o cumplimiento de una voluntad ya formada, la pretensión recibe el nombre de pretensión de ejecución.

En este sentido, la Pretensión de Cognición es, por lo tanto, aquella en que se solicita del órgano jurisdiccional la emisión de una declaración de voluntad. Esta declaración de voluntad que, recogiendo el contenido de la pretensión, la actúa o rechaza su actuación, satisfaciéndola en todo caso, recibe el nombre de sentencia. Ahora bien, dentro del género de las pretensiones de cognición, existen diversas especies según que la declaración de voluntad que se pide del órgano jurisdiccional recaiga sobre la declaración, la constitución o la imposición de una situación jurídica frente a la parte que figura como sujeto pasivo de la pretensión.

Cuando lo que se solicita del 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, según que lo pedido sea la declaración de la existencia o inexistencia de una situación jurídica, cabe hablar de pretensiones de declaración positiva.

Cuando lo que se reclama al órgano jurisdiccional es la imposición de dicha situación jurídica al sujeto pasivo de la pretensión, ésta se llama

pretensión de condena, la imposición de la situación jurídica se verifica haciendo pesar sobre el sujeto pasivo de la pretensión una obligación, que pronuncia frente a él el órgano jurisdiccional; como el objeto de la obligación es siempre una prestación, de aquí que se llame también a este tipo de pretensiones, pretensiones de prestación.

Si la obligación impuesta por la condena es incumplida, como la obligación jurídica material anterior, queda abierta la vía de la ejecución forzosa, lo que se expresa diciendo que la sentencia de condena, a diferencia de la declarativa y constitutiva, es un título ejecutivo, no es necesario para que exista pretensión de condena que la obligación que se impone nazca simultáneamente con la decisión que actúa la pretensión: puede imponerse para un tiempo posterior, recibiendo entonces el nombre de condena de futuro.

La Pretensión de ejecución es, distintamente, aquella en que lo que se pide al órgano jurisdiccional no es la emisión de una declaración de voluntad, sino una manifestación de voluntad, esto es, la realización de una conducta, no ideal, sino material o física, dentro de ella, cabe señalar diversas manifestaciones, que se reflejan en una distinta clasificación de las pretensiones procesales de ejecución.

Puede pedirse al órgano jurisdiccional que entregue al titular un objeto determinado por éste, bien dinero u otra cosa diferente: tenemos en este caso el tipo de pretensión ejecutiva de dación, en segundo lugar, que el

órgano de la jurisdicción desarrolle una conducta distinta de la de dar: así, cuando se pide que ejecute una obra a costa de una persona o que deshaga lo hecho indebidamente: en este caso cabe hablar de pretensión ejecutiva de transformación.

Las restantes clasificaciones que pueden proponerse de las pretensiones procesales tienen una importancia mucho menor que la ya apuntada.

Las pretensiones son susceptibles de ordenarse también, en efecto, a base de sus caracteres generales, especialmente por la relación que guardan entre sí, y por ello cabe hablar de pretensiones principales y accesorias, simples y múltiples, independientes, conexas e idénticas, ordinarias y especiales.

Y, asimismo, se pueden clasificar por sus notas específicas, fijándose en las que hace referencia a su significado material o al procesal estricto.

En menester de hablar de pretensiones reales y personales y, dentro de las primeras, de mobiliarias e inmobiliarias, términos a los que el derecho positivo añade el de mixtas, que en realidad carece de existencia teórica y trascendencia práctica; y aún más específicamente, en esta misma dirección, puede hablarse de pretensiones reivindicatorias, petitorias, posesorias, confesorias, negatorias, contractuales, sucesorias y demás, sin que estas diferencias jueguen de ordinario ningún papel de relieve en el tratamiento del proceso.

Requisitos de la Pretensión

Como todo acto procesal, la pretensión está sometida a requisitos, esto es, a exigencias que el ordenamiento jurídico le impone, para que produzca todos y solos los efectos a que normalmente tiende, los requisitos de la pretensión procesal pueden tocar, en primer término, a los distintos sujetos que en la misma figuran, y por ello:

Al órgano jurisdiccional. El órgano jurisdiccional ante quien se formula una pretensión ha de pertenecer al orden de la Jurisdicción de que se trate, es decir, gozar de potestad jurisdiccional efectiva; tener competencia, tanto jerárquica como territorial, para conocer de ella, y ser compatible con la misma.

Al sujeto activo de la pretensión. Este habrá de contar por fuerza con la necesaria capacidad, tanta capacidad para ser parte como capacidad procesal; con la precisa legitimación en causa, y con la obligada postulación procesal, que exigirá normalmente que la pretensión se interponga por medio de Procurador y dirigida por Abogado.

Al sujeto pasivo de la pretensión. El sujeto pasivo de la pretensión, es decir, la persona frente a quien ésta se dirija, habrá de contar con capacidad para ser parte y con legitimación, así como su capacidad procesal.

En segundo lugar, los requisitos de la pretensión procesal afectan al objeto que en ella se deduce, como todos los objetos de los actos procesales, éste habrá de ser posible, idóneo y con causa justificativa.

Posible, tanto física como moralmente, porque la imposibilidad de uno u otro orden, no podrá producir la eficacia normal de los actos de esta clase.

Idónea, porque la pretensión procesal que se dedujera en un proceso concretamente no apto para recibir reclamaciones de la clase de la formulada, carecería igualmente de eficacia.

Con causa, porque, a falta de justificación objetiva, la pretensión procesal vendría, a proponerse inútilmente; debiendo entenderse que existe causa de la pretensión cuando hay un fundamento legal, o motivo, que la justifica o cuando hay, por lo menos, un interés personal, legítimo y directo en el que la plantea.

En tercero y último lugar, los requisitos de la pretensión procesal gravitan sobre la actividad que la misma encierra, en sus tres dimensiones esenciales de lugar, tiempo y forma.

El lugar será el del proceso al que la pretensión se incorpora: concretamente, la circunscripción, sede y local del órgano jurisdiccional que ha de conocer del mismo.

El tiempo será, el del proceso a que la pretensión pertenece, es decir, el del trámite que en dicho proceso esté destinado al planteamiento del objeto básico del litigio.

La forma será, asimismo, la del proceso de que se trate, la cual decidirá, en concreto, si, por el seguimiento del principio de la oralidad o de la escritura.

Para Guap (1998), la pretensión procesal está compuesta por una serie de elementos que, con su reunión, determinan el contenido sustancial de la figura. En lo fundamental, tales elementos son sujetos, objeto y actividad conviene fijarse más despacio en ellos, precisando el contenido de la pretensión en términos generales que sean aplicables, en principio, a todas sus manifestaciones.

Este análisis del contenido de la pretensión procesal puede hacerse en dos direcciones distintas: una que traza su dimensión cualitativa y otra que establece su dimensión cuantitativa; fijándose, en definitiva, con una y otra, la materia y el valor de aquel contenido.

La dimensión cualitativa del contenido de la pretensión procesal, radica en lo siguiente:

De un lado, en la específica consistencia de los sujetos que en ella intervienen.

Por lo que toca al órgano jurisdiccional, la pretensión procesal, aunque precisa desde luego formularse ante él, no necesita fijarlo, de aquí que sea admisible teóricamente, y frecuente en la práctica, que la pretensión se limite a contener, a este respecto, una innovación genérica al órgano jurisdiccional

Por lo que toca a las partes, hay que distinguir entre el titular activo y el titular pasivo de la pretensión procesal.

El titular activo tiene que estar forzosamente individualizado. Su individualización se obtiene a través de la fijación de su identidad, es decir, mediante la expresión de su nombre y de sus dos apellidos, firma o razón social, en su caso, detallando no sólo los de él, sino los de las personas que por él actúan.

El titular pasivo de la pretensión tiene que ser, por definición, una persona distinta y determinada del autor de la reclamación, normalmente, en la pretensión procesal ha de figurar, por lo tanto, el nombre y apellido, firma o razón social de este sujeto pasivo, así como el resto de sus circunstancias personales que sean conocidas al titular activo.

Una indicación incompleta o falsa (por malicia o error) de las partes no vicia la pretensión procesal, siempre que queden datos suficientes para obtener su individualización.

De otro lado, en la pretensión procesal se ha de contener el objeto sobre que recae.

Tal objeto es, un ente transpersonal, material o ideal, que por su aptitud para satisfacer ciertos intereses de las partes cabe denominar, en términos amplios, bien de la vida, en la pretensión procesal habrá que detallar consiguientemente dicha cosa o dicha prestación. Lo primero se consigue enunciando los caracteres específicos de la cosa misma: su clase (mueble o

inmueble), situación (linderos, para los inmuebles; paradero, para los muebles), calidad y cantidad, peso o medida y extensión; lo segundo, verificando análogas indicaciones respecto a la prestación de que se trate: sujeto de que ha de proceder, contenido, tiempo, lugar y modalidades de la misma, aparte del resto de circunstancias descriptivas que, en cada caso, sea necesario o conveniente adicionar.

Por último, la pretensión procesal ha de encerrar la indicación de la actividad en que ella se traduce, esta actividad consiste esencialmente en una petición jurídicamente significativa, es decir, una reclamación de algo, que se pide porque el pretendiente afirma su coincidencia con el ordenamiento jurídico, tiene que haber en toda pretensión procesal la formulación de una exigencia que se sostiene como fundada en derecho, este elemento es el que se denomina fundamento, título o causa de pedir: causa petendi de la misma.

El fundamento de la pretensión procesal no es su motivación, invocada o no, sino los acaecimientos de la vida en que se apoya, no para justificarla, sino para acotarla, esto es, para delimitar de un modo exacto el trozo concreto de la realidad al que la pretensión se refiere, la invocación del fundamento no opera como justificante, sino como determinante de la pretensión misma.

Las razones justificativas, que también existen y son necesarias, pero se sitúan más allá del título de la pretensión, no forman un elemento esencial de ésta; no son, en realidad, fundamentos, sino argumentos.

La dimensión cuantitativa del contenido de la pretensión procesal esto es, el valor de la misma, suscita igualmente problemas de gran interés, porque en realidad, el valor de la pretensión procesal determina el valor del proceso correspondiente, lo cual arroja consecuencias importantes sobre diversos puntos procesales.

El valor de una pretensión procesal lo constituye el interés pecuniario de la reclamación en que consiste, en el lugar y en el tiempo en que la pretensión es deducida; las reglas de valoración de una pretensión procesal deben clasificarse en dos grandes grupos, según se trate de computar una unidad de pretensiones o una pluralidad de las mismas; naturalmente, una pluralidad reunida en un solo proceso, pues las pretensiones procesalmente independientes se calculan por separado.

Efectos de la Pretensión

Por lo que respecta a los efectos de la pretensión procesal, muy breves líneas pueden servir para describirlos, puesto que la idea esencial que ha de presidir en este punto viene dada por el concepto mismo de la pretensión, ya que ésta, como objeto del proceso, es realmente aquella actividad que los

origina, mantiene y concluye con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión.

Primeramente se ha de observar, pues, que la pretensión engendra un proceso, una vez que ha engendrado un proceso, la pretensión procesal determina su mantenimiento, es decir, su subsistencia, hasta que el tratamiento que a la pretensión procesal deba darse haya alcanzado su finalidad. La pretensión procesal mantiene funcionalmente en vida al proceso, cabe hablar, pues, de un efecto de la pretensión conservatorio del proceso, sin perjuicio del principio de transformabilidad, que lleva consigo, por la misma razón, una modificación del proceso en que la pretensión se educe.

Por último, también es innegable la observación de que la pretensión determina la conclusión de un proceso allí donde esta reclamación de parte deja de existir por algún acaecimiento que jurídicamente tenga asignada tal eficacia, cuando la pretensión desaparece, el proceso queda eliminado, si la pretensión se satisface, entonces el proceso ha llegado a su fin normal, y concluye mediante la decisión judicial, en otras palabras satisfacción de una pretensión.

La Pluralidad de Pretensiones

Un mismo proceso puede tener un solo objeto o varios, según que las pretensiones que en él se hacen valer sean una o más de una: el primer

caso es el que cabe considerar ordinario o normal; el segundo plantea el problema de la pluralidad de objetos en el proceso, como dicha pluralidad se produce en virtud de la actividad de uno o varios sujetos que reúnen o acumulan así sus pretensiones, la ley llama acumulación al fenómeno que entonces se produce, pues acumulación procesal no es sino reunión de dos o más pretensiones con objeto de que sean satisfechas dentro de un solo proceso, el cual puede llamarse, a base de esta misma circunstancia, proceso cumulativo o por acumulación. Ahora bien, en esta figura, más que la actividad de acumulación estricta, interesa el resultado que con ella se produce: la pluralidad de objetos procesales, resultado que justifica el emplazamiento sistemático del problema.

La pluralidad de objetos procesales está admitida legal y doctrinalmente por dos series de razones: la armonía procesal, que impone evitar decisiones contradictorias, lo que podría ocurrir si, ventilándose cada una de las pretensiones que tienen elementos comunes en procesos diferentes, llegara el órgano jurisdiccional a resultados distintos y opuestos entre sí, y la economía procesal, que aconseja unificar el tratamiento de dos o más pretensiones entre las que existe una comunidad de elementos para reducir el coste de tiempo, esfuerzo y dinero que supondría decidirlas por separado

En todo caso es, pues, esta comunidad de elementos lo que justifica el fenómeno de la pluralidad de pretensiones. En efecto, cuando una pretensión es conexa a otra, es decir, cuando tiene en común con ella alguno de sus

elementos definidores: sujetos, objeto o título, es cuando aparece la necesidad o conveniencia de su acumulación. El problema de la conexión está, por lo tanto, estrechamente ligado al de la acumulación procesal, ya que la conexión es siempre la causante de la pluralidad de objetos procesales: bien sea conexión simple, que se limita a engendrar esta reunión objetiva con la eventual modificación de la competencia del Juez, bien sea conexión cualificada, que origina, además, otras consecuencias más importantes, como las de atracción de una pretensión por otra o el juego de la litispendencia o de la cosa juzgada.

Hay varios tipos de pluralidad de pretensiones. Prescindiendo de la extendida distinción entre la llamada acumulación subjetiva y la objetiva, errónea, pues no hay acumulación procesal verdadera que no asuma este último carácter, los criterios útiles de clasificación de la pluralidad de pretensiones son los que se fijan en la forma y en el tiempo en que se produce la acumulación.

Por razón de la forma, hay tres tipos fundamentales de pluralidad de pretensiones: la simple, la alternativa y la eventual o subsidiaria.

Pluralidad simple es aquella en que las diversas pretensiones reunidas se reclaman todas de modo concurrente, o sea que, para satisfacer al titular de la pretensión, debería el órgano jurisdiccional actuarlas todas frente al sujeto pasivo de la misma.

Pluralidad alternativa es, por el contrario, aquella en que el titular, si bien reclama dos o más actuaciones distintas, no pide que sean realizadas una y otra, sino que la verificación de cualquiera de ellas basta para satisfacerle, el Juez o Tribunal no podrá entonces, por lo tanto, sin incurrir en incongruencia, condenar al demandado a la realización de todas las prestaciones pedidas.

Pluralidad eventual o subsidiaria es, finalmente, aquella en que el actor pide al órgano jurisdiccional, en primer término, una sola actuación; pero en segundo lugar, subordinadamente, para el caso de que la primera petición sea denegada, fórmula otra pretensión. Por la aparente contradicción de este planteamiento, ya que es el mismo pretendiente el que comienza imaginando su propio vencimiento, se comprenden las dudas abrigadas en torno a este caso de pluralidad, pero realmente debe ser admitido sin vacilación, como un correctivo al principio de la preclusión procesal, que obliga a formular dentro de un momento determinado las pretensiones sobre las que haya de decidir el órgano jurisdiccional, sin posibilidades utilizables de rectificación ulterior.

Por razón del tiempo hay dos tipos fundamentales de pluralidad de pretenciones: la inicial y la sucesiva.

Pluralidad inicial es, como su nombre lo indica, la que se produce desde la iniciación de un proceso, introduciéndose las diversas pretensiones acumuladas en la misma demanda primitiva. Pluralidad sucesiva es aquella que se origina después de haber comenzado un proceso, si bien aquí cabe

todavía distinguir dos posibles subgrupos. Uno, cuando una pretensión que todavía no se ha hecho valer procesalmente se añade a otra que ha originado ya un proceso pendiente: lo que puede denominarse acumulación por inserción. Otro, cuando dos o más pretensiones, que se han hecho valer anteriormente en procesos distintos, se unen, fundiéndose, por tanto, estos procesos, lo que puede llamarse acumulación por reunión.

Respecto al régimen jurídico de la pluralidad de pretensiones, conviene observar que su producción es normalmente un acto de parte, ya que la aportación de la pretensión del órgano jurisdiccional; si bien, excepcionalmente, cuando se trata de reunión de pretensiones formuladas ya por separado, no habría inconveniente teórico, aunque prácticamente no se admita por lo común entre nosotros, en que sea el órgano jurisdiccional quien la lleve a cabo. Ahora bien, la pluralidad concebida como acto de parte puede proceder de cualquiera de ellas, no sólo del actor, caso, v.gr., de la llamada acumulación de acciones, sino también del demandado, caso, v.gr., de la reconvención; e incluso de un tercero que, mediante su presentación en el proceso, perdería precisamente el carácter de tal.

El objeto de la acumulación ha de ser siempre pretensiones procesales por definición. No es un caso de pluralidad de pretensiones el que a una reclamación de fondo se añadan simples solicitudes instrumentales, es decir, meras peticiones; ni tampoco el que se maneje diversos fundamentos jurídicos de una sola pretensión. Sin embargo, las pretensiones acumuladas

procedimiento. Más, aparte esta consecuencia genérica y común, hay otros posibles efectos, diversos según que se trate de pretensiones simple y calificadamente conexas, de acuerdo con la doctrina antes propuesta y que más tarde se desenvuelve.

CAPÍTULO II

SIMILITUDES Y DIVERGENCIAS DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN FRENTE A LA JURISDICCIÓN Y LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

La Jurisdicción

Para Rengel Römberg (1991), la noción de la jurisdicción ha adquirido en el Derecho Procesal Civil moderno el rango de noción fundamental, asociada a las nociones de acción y del proceso, sin embargo Calamandrei (Ob. Cit), lo expresa de la siguiente manera el "Trinomio sistemático fundamental" del derecho procesal, o como dice Podetti, la "Trilogía estructural de la ciencia del proceso civil" (p. 101).

Sin embargo, a pesar del acuerdo de la doctrina en comenzar el estudio del Derecho Procesal Civil con el examen de las tres nociones sistemáticas nombradas y en el orden enunciado, no puede decirse que se haya logrado todavía una elaboración científica definitiva de las tres nociones, lo que ha llevado a Alcalá, Zamora y Castillo (año), al caracterizar el estado actual de las investigaciones acerca de tales conceptos, a calificar de Trípode desvencijado a la mencionada trilogía, finaliza Römberg (Ob. Cit), cuando señala que:

> Jugando con los verbos ser y estar, podríamos afirmar que del proceso sabemos dónde está, pero no lo que es (si una relación o una situación jurídica, etc.); de la jurisdicción, sabemos lo que es, pero no dónde está (si en el Derecho Procesal o en el

> Constitucional) y de la acción no sabemos ni lo que es (pugna entre las teorías abstractas y las concretas) ni dónde está (si en el campo del derecho material o en el del procesal) (p. 102)

Para conocer y entender el concepto de Jurisdicción, se debe hacer una revisión del Origen de la misma, observando su evolución y bajo que criterios y circunstancias nace.

Origen de la Jurisdicción

Históricamente enseña Calamandrei (Ob. Cit), la jurisdicción nace con el nacimiento del Estado en la civilización humana, en las épocas primitivas, cuando la sociedad no había logrado) organizarse jurídicamente, la solución de los conflictos surgidos entre los coasociados, quedaba entregada a la fuerza privada de los contendientes (autodefensa), y cada cual perseguía su cosa o su derecho con sus propios medios, recurriendo, si era necesario, a la ayuda de sus familiares y vecinos.

Por ello, desde que por encima de los individuos se fue afirmando un principio de autoridad, y la sociedad comenzó a organizarse lentamente, comenzó a imponerse también la restricción gradual de la autodefensa, hasta sacar completamente la justicia del ámbito privado, para atribuirla a la autoridad pública, encargada exclusivamente de administrarla, el derecho individual se encuentra protegido y asegurado por la fuerza del Estado y no por la fuerza privada de su titular concreto, en tal forma, que si bien el Estado

ha asumido y tiene efectivamente el monopolio de la justicia (jurisdicción), los particulares tienen por su parte el derecho, facultad o poder de exigir del Estado la protección de su derecho violado o amenazado (acción).

Explica Calamandrei que para alcanzar una pacífica solución del conflicto, es necesario sustraerlo a las partes (las cuales, estando ligadas cada una al propio interés, serían incapaces de valorar serenamente las razones de la parte adversa: nemo iudex in re sua) y confiar su decisión a un tercero extraño al conflicto, que, por estar desinteresado, puede ser imparcial.

No debe creerse que este tercero imparcial que se interpone entre los sujetos del conflicto sea, originariamente, el mismo Estado, esto es, un órgano suyo con carácter de juez público, en un principio, el Estado se limita a favorecer y a disciplinar el uso del arbitraje, la primera forma de justicia es la arbitral: del arbitraje facultativo, al cual los contendientes recurren solamente si están de acuerdo en preferir la solución arbitral al uso de la fuerza privada, y en el que la decisión del árbitro es obligatoria sólo en cuanto es aceptada por las partes, se pasa al arbitraje obligatorio, en el sentido de que los contendientes están obligados por la autoridad a recurrir a él, y que la obligatoriedad de la decisión se impone también con la fuerza del Estado.

En el Derecho Romano, primeramente una *Lex Iulia de vi privata*, dictada bajo Augusto, impuso penas contra los que con armas o sin ellas forzasen o maltratasen a otro por razones particulares, posteriormente, un Decreto de Marco Aurelio, prohibió al acreedor tomar por la fuerza la cosa debida, y más tarde, prohibiciones de Dioclesiano y de Valentiniano colocaron la autodefensa dentro de límites cada vez más estrechos.

En Venezuela, es de la competencia del Poder Nacional la administración de justicia y la creación, organización y competencia de los Tribunales (artículo 156, ord. 31); y el Código Penal tipifica como delito contra la administración de justicia, el hacerse justicia por sí mismo y establece una sanción (artículo 271) para el que con objeto sólo de ejercer un pretendido derecho, se haga justicia por sí mismo, haciendo uso de violencia sobre las cosas o sobre las personas, cuando podía haber ocurrido a la autoridad.

Posición de la Jurisdicción Dentro del Orden Jurídico

En Venezuela, el Poder Judicial se ejerce por el Tribunal Supremo de Justicia y por los demás Tribunales que determina la ley orgánica (artículo 253 CRBV) de modo que la jurisdicción es considerada como una parte del Poder del Estado, esto es, la soberanía en referencia a la función de justicia, frente al poder absoluto del Monarca, que reunía en sus manos todas las manifestaciones del poder estatal, la idea democrática revolucionaria

estableció la doctrina de la división del poder en una pluralidad de titulares para evitar que pudiera concentrarse en una sola persona.

El examen de los órganos que ejercen los poderes en que se divide el Poder Público, de sus atribuciones y relaciones, definiendo en general sus funciones, corresponde al campo del Derecho Constitucional, pero sería incurrir en una hipertrofia inadmisible del objeto propio del Derecho Constitucional y en la disolución del Derecho Procesal en aquel Derecho, con desconocimiento de la autonomía científica de ambos, considerar comprendido en el objeto propio del Derecho Constitucional, el estudio de los diversos aspectos de la jurisdicción.

El criterio distintivo debe basarse, según una reciente interpretación, en la diferencia entre la función y la actuación. La jurisdicción pertenece al ámbito de la Constitución sólo en cuanto función, como atribución de una función pública. En cambio, actuar jurisdiccionalmente, es llevar a cabo actos proyectivos procesales.

Concepto de la Jurisdicción

Para Guasp (1998), el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, que han de verificar órganos específicos del Estado, por lo que resulta evidente que es básica en todo proceso la intervención de un cierto órgano estatal, dicha intervención se

conoce, con el nombre de Jurisdicción, la jurisdicción puede concebirse tanto desde un punto de vista subjetivo (conjunto de los órganos estatales que intervienen en el proceso) como desde un punto de vista objetivo (conjunto de materias procesales en las que intervienen los órganos del Estado), como desde un punto de vista de actividad (conjunto de actos realizados por los órganos estatales al intervenir en el proceso). Pero, al fijar el concepto de Jurisdicción, conviene superar estas acepciones parciales y referirse a una idea más amplia, la idea de función, en virtud de la cual la Jurisdicción, o administración de justicia en sentido estricto, se define como la función específica estatal por la cual el Poder público satisface pretensiones.

Complementa Römberg (1991) expresando que, sin la función jurisdiccional, sustitutiva de la autodefensa en el Estado moderno, no puede darse la sentencia; y a la vez, ésta no podría existir como acto de tutela jurídica sin el desenvolvimiento de los actos propios de la función jurisdiccional, de los cuales la sentencia es el acto final. La función jurisdiccional se encarga de la garantía del derecho mediante la resolución de los conflictos de intereses y la determinación de lo que es derecho en el caso individual y concreto.

En tal sentido, la Jurisdicción puede definirse como 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.

Es preciso detenerse en este punto y analizar dicha definición bajo el criterio de su autor:

La jurisdicción es, ante todo, una función. No solamente una potestad o poder, como algunos la conciben, sino más bien un conjunto de facultades y deberes del órgano que la ejerce.

Frente al poder del órgano está su propio deber de ejercerlo; deber cuya omisión está sancionada como denegación de justicia (Art. 19 CPC) Frente al deber del órgano está a su vez el derecho del particular interesado en su ejercicio.

Es una función estatal, vale decir, pública o del Estado; manifestación de la soberanía en referencia a la justicia, la cual se administra en nombre de la República y por autoridad de la Ley (artículo 242 CPC) y sustitutiva de la justicia privada o autodefensa.

Crea una norma jurídica individual y concreta, en el Estado moderno, para captar la significación jurídica de las conductas, es necesario acudir a las normas jurídicas generales que sirven para valorar las conductas.

Cuando voy a la tienda y pido el sombrero que está en la vitrina y entrego al propietario del negocio el precio correspondiente, marcado en la etiqueta, he observado una conducta lícita, porque ella se adapta a la norma general contenida en el artículo 1.527 del Código Civil, que establece el

deber del comprador de pagar el precio, en esto consiste la llamada observancia espontánea del derecho.

La creación de las normas generales y abstractas, no la realiza el legislador sin un fin, el cual, en esencia, consiste en asegurar la paz y el orden en las relaciones humanas, declarando a ciertas conductas dignas de protección y tutelando así unos intereses, considerados preeminentes, frente a otros, considerados sacrificados o subordinados a los anteriores.

Para realizar la tutela del interés y la defensa de la paz social, es necesario acudir al juez, porque la auto-defensa está prohibida y el Estado ha asumido la función de juzgar, y al juzgar, el juez no hace más que crear una norma jurídica individual y concreta que le da significación jurídica a la conducta de los sujetos que intervienen en el proceso, colocándose así el juez en el último plano de la creación normativa.

La creación por el juez de tales normas individuales y concretas no se realiza discrecionalmente, como ocurría en las épocas primitivas de la sociedad.

El principio de legalidad, según la concepción generalmente aceptada, representa pues, la solución que encarna el valor de la seguridad jurídica, frente a la otra disyuntiva que afronta el juzgador en el desempeño.de su cargo, esto es, la decisión discrecional del caso, en aras de una mejor realización del valor justicia.

Rengel Römberg (1991), expresa que con un ejemplo se aclararán estas nociones:

Pedro García, aprendiendo a conducir su automóvil, chocó con la vidriera del comercio de Juan González, que tenía un valor de Bs. 2.000 y la destrozó. Juan González reclama a Pedro García el pago de la expresada cantidad en concepto de reparación del daño, pero éste se niega a hacer el pago, por lo cual se inicia un proceso que el juez debe sentenciar.

En la sentencia el juez concluye que conforme al artículo 1.185 del Código Civil, Pedro García debe pagar a Juan González la cantidad de Bs. 2.000 como reparación del daño y en consecuencia lo condena al pago.

Se puede deducir de este artículo 1.185 que: "El que con intención o por negligencia, o por imprudencia ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo", y ha concluido que Pedro García debe pagar Bs. 2,000 a Juan González (sentencia).

Aquí es necesario hacerse cargo de dos cuestiones: a) El juez ha creado con su fallo una norma individual que antes no existía, y que ahora es la que da significación jurídica a la conducta de Pedro García, obligado al pago de Bs. 2.000 y a la de Juan González acreedor a ese pago. b) Esta norma concreta está basada en otra superior creada previamente por el legislador, contenida en el artículo 1.185 del Código Civil.

La significación jurídica de la conducta de Pedro García (obligado a hacer el pago) y la significación jurídica de la conducta de Juan González

(acreedor a ese pago) están dadas por la norma individual y concreta creada por el juez en su fallo, y por tanto, la jurisdicción como función del Estado, se resuelve en la creación de una norma jurídica individual, esto constituye una etapa diferente del proceso de creación jurídica que se caracteriza en su unidad, por la subordinación a la etapa superior, en cuanto que la norma de rango inferior (sentencia) está subordinada y determinada por la norma de rango superior (norma general y abstracta).

La doctrina procesal Clásica, inspirada en Chiovenda y en Calamandrei Sostiene uniformemente que el juez no puede crear derecho con su fallo y que la jurisdicción es solamente declarativa de derecho pero no creadora de nuevas situaciones legales.

Esta doctrina distingue entre la voluntad abstracta dé la ley, contenida en la norma general, y la voluntad concreta de la ley que deriva de aquélla y es declarada existente en la sentencia y actuada en la ejecución.

En el fenómeno jurisdiccional, las únicas realidades objetivas con las cuales opera el juez son dos: la norma general y abstracta, dictada por el legislador, y la conducta concreta observada por el sujeto en la realidad. Ambas realidades son expresamente declaradas por el juez en la sentencia, quien no las crea, sino que se limita a constatar su existencia y su modo de ser antes del proceso.

La creación de la norma individual y concreta la realiza el juez cada vez que surgen conflictos de intereses entre los particulares.

Si se tiene la necesidad de hacer un traje y también existe la necesidad de curar una enfermedad, pero no se podee dinero suficiente sino para conseguir una de esas dos cosas, surge un conflicto entre esos dos intereses, el cual en este caso es menos peligroso que en otro casos, porque él se resuelve normalmente con el sacrificio de uno de esos intereses en aras de la satisfacción del otro.

Pero cuando aquel conflicto no surge entre dos intereses de una misma persona, sino entre intereses de dos personas o sujetos distintos, de tal modo que la satisfacción de una de las necesidades implique el sacrificio del interés del otro, la hipótesis es de mayor importancia, porque hay peligro de que sea resuelto el conflicto con la violencia.

He aquí para Carnelutti, el origen de todo el fenómeno jurídico. Si la paz social o la tranquilidad pública no pudiesen estar amenazadas por esos conflictos entre sujetos distintos, el Derecho tal vez no habría nacido.

Cuando los hombres se ven en la necesidad de acudir al juez para que éste dicte en concreto la regla para resolver mediante ella los conflictos de intereses, imponiéndola a los sujetos del conflicto, la jurisdicción entra en operación y su destino normal es la normal individual en que consiste la sentencia.

Finalmente la jurisdicción asegura con la fuerza, si es necesario, la ejecución de la norma creada.

Una vez dictada por el juez la norma individual que regula el conflicto de intereses surgido entre las partes y define lo que es el derecho del caso concreto, es todavía posible que el mandato del juez quede sin observancia porque el obligado no adapte su conducta al precepto concreto contenido en el fallo.

Si la jurisdicción no dispusiese de los medios prácticos de hacer efectiva la norma creada, toda la finalidad del derecho y la de la jurisdicción misma quedarían frustradas. La etapa de ejecución forzada, que sigue a la condena, hace posible que el mandato concreto contenido en el fallo, pueda ser prácticamente operativo en el mundo sensible, aun contra la voluntad del condenado.

El Código de Procedimiento Civil venezolano, ha establecido un procedimiento para la ejecución de la sentencia, del cual trata en el Título IV del Libro Segundo. En este Título se atribuye la ejecución forzada de la sentencia al mismo juez que conoció de la causa en primera instancia (artículo 523 CPC)

Naturaleza de la Jurisdicción

Definida la Jurisdicción dice Guasp (1998) como una función estatal de satisfacción de pretensiones, la fijación de su naturaleza ha de verificarse en dos distintos ámbitos: el del derecho político, y el de derecho procesal.

Para el derecho político, la Jurisdicción ha sido, durante largo tiempo, uno de los poderes básicos del Estado, el llamado Poder Judicial, teóricamente equiparado a los restantes, pero prácticamente inferior a ellos, porque, entre otros rasgos, carece de la potestad de ponerse en marcha espontáneamente y de paralizar el ejercicio de los otros. Al margen o partiendo de la doctrina de la división de poderes, la Jurisdicción pasa a considerarse como una función pública, atribuida normalmente al Estado (aunque pueda haber también jurisdicciones supra, extra e infraestatales), lo que explica la inclusión de las normas básicas a ella referentes en los textos constitucionales de cada país.

Suele considerarse a la función jurisdiccional como independiente en el sentido de que su ejercicio se halla sometido tan sólo a la ley. Más esta nota de independencia, reflejo de la teoría de la separación de poderes, no hace más que traducir en un término equívoco la naturaleza de la Jurisdicción como institución específica, esto es, no dedicada típicamente, sino a la realización del fin que le es propio. La especificidad de la Jurisdicción supone, de un lado, que la potestad de juzgar y ejecutar lo juzgado corresponde privativamente a los órganos jurisdiccionales.

Para el derecho procesal, la jurisdicción constituye un verdadero requisito del proceso, cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada. Dada la importancia de este requisito, su existencia o inexistencia puede, y debe, ser tenida en cuenta de oficio al comenzar el

proceso o después de comenzado, con ineficacia, en este caso, de todos los actos anteriores. Al litigante, por su parte, le cabe denunciar el defecto de Jurisdicción en el trámite destinado normalmente a la invocación de la falta de requisitos procesales.

Entre los requisitos del proceso, la Jurisdicción ocupa el primer puesto y debe examinarse, por ello, en primer lugar, artículo 538; faltando la Jurisdicción, no puede practicarse válidamente ninguna de las restantes actividades procesales.

Clases de Jurisdicción

La función jurisdiccional es una, puesto que se trata de un concepto que, como el de proceso, no puede escindirse en nociones distintas sin poner en riesgo su propia esencia. Pero esta unidad no impide que, cuando la misión de la Administración de Justicia se confía a diversos conjuntos de funcionarios a los que se atribuyen materias distintas objetivamente y se marcan reglas varias de actividad, que pueda hablarse, no de diferentes clases de Jurisdicción, sino de competencias.

De la jurisdicción verdadera y propia, que acabamos de definir, llamada también jurisdicción contenciosa, se distingue desde antiguo la jurisdicción voluntaria, expresión usada para comprender en ella los actos que los jueces

realizan en presencia de una sola persona, sin contradictor, o por acuerdo de muchas, "inter volentes".

La distinción arranca del Derecho Romano, en el cual un pasaje del Digesto atribuido a Marciano, decía: "'Todos los Procónsules luego que salen de la ciudad, tienen jurisdicción; pero no contenciosa, sino voluntaria; de forma que ante ellos se pueden manumitir y adoptar los libres y los siervos.

Modernamente son muy diversos los criterios sustentados para caracterizar la jurisdicción voluntaria.

Una doctrina muy difundida sostiene que la distinción entre la jurisdicción contenciosa y la voluntaria, debe basarse en el fin a que tienden ambas: la voluntaria tiende siempre a un fin constitutivo: a constituir estados jurídicos nuevos y a cooperar al desarrollo de relaciones existentes; mientras que la jurisdicción contenciosa tiende a actuar relaciones ya existentes.

Para distinguir los actos de jurisdicción contenciosa de los de jurisdicción voluntaria concluye esta teoría es preciso mirar más a la sustancia que a la forma.

Actualmente es dominante la teoría que considera a la jurisdicción voluntaria como actividad administrativa y no jurisdiccional, y la define como "la administración pública del derecho privado ejercida por órganos judiciales".

Se sostiene que la jurisdicción voluntaria, por su contenido, entra en aquella rama de la función administrativa que se suele llamar administración

pública del derecho privado, que comprende todas aquellas actividades con las cuales, a través de órganos diversos, y en variadas formas, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de las relaciones jurídicas.

A esta doctrina objetan algunos autores, que la jurisdicción voluntaria no es una actividad administrativa. Que el Estado actúa en vía administrativa cuando tiende a satisfacer un interés propio o asumido como tal por el Estado y que el fin de la jurisdicción voluntaria no se identifica con el de la administración, porque la administración está dirigida a la satisfacción de aquellos intereses a los cuales el derecho provee en modo primario e inmediato, regulando relaciones en las cuales es parte el Estado, personificado en el mismo órgano que actúa.

La jurisdicción voluntaria concluye esta doctrina se ejercita siempre en relación a intereses individuales y a situaciones jurídicas individuales, aunque sean consideradas como intereses generales por la norma.

Entre los autores que consideran a la jurisdicción voluntaria en el campo de la jurisdicción y no de la administración, está Carnelutti, quien encuadra la jurisdicción voluntaria en el campo de la jurisdicción verdadera y propia bajo el nombre de "proceso voluntario", al lado del proceso contencioso.

Así como el proceso contencioso sirve para la composición de la litis, el proceso voluntario explica Carnelutti tiene por función la prevención de la litis, haciendo imposible el conflicto de intereses. La prevención de la litis es el fin del proceso voluntario, el cual es para el proceso contencioso lo que la higiene para la curación de las enfermedades.

Se piensa que las dudas y divergencias que plantean las distintas doctrinas examinadas, se deben principalmente al planteamiento erróneo que se hace de la cuestión, al considerar que solamente la contenciosa participa de la esencia de la jurisdicción y que la voluntaria es administración porque no se encuentran en ella ciertas notas propias de la jurisdicción contenciosa.

Los actos de jurisdicción voluntaria constituyen una parte importante en el sistema del nuevo Código de Procedimiento Civil, el cual dedica toda la Parte Segunda del Libro Cuarto a establecer una normativa completa de la jurisdicción voluntaria, sin precedentes en la legislación procesal venezolana. Está consagrada en el artículo 895, el cual expresa que: "el juez actuando en sede de jurisdicción voluntaria, interviene en la formación y desarrollo de situaciones jurídicas de conformidad con las disposiciones de la ley y del presente código", definición ésta que destaca dos de los rasgos más característicos de la jurisdicción voluntaria: su finalidad constitutiva y la naturaleza propiamente jurídica de la actividad que realiza el juez.

Un examen de los elementos que intervienen en la jurisdicción contenciosa y en la voluntaria, nos revela que entre ellas existen elementos comunes que son suficientes, a nuestro parecer, para caracterizar ambas actividades del juez como dos formas distintas del mismo fenómeno jurisdiccional y ensayar una definición de la jurisdicción voluntaria capaz de superar las incertidumbres de las diversas teorías examinadas.

Ambas funciones coinciden:

1. En que se inician a petición de interesados.

2. En que son realizadas por el juez y. por tanto, orgánicamente son jurisdiccionales.

3. La competencia del órgano está atribuida legalmente.

4. Requieren un procedimiento legal para su realización.

5. Hay en ellas un juicio del juez acerca de una situación de hecho.

6. Se toma una resolución de tipo jurídico.

7. La resolución del juez está referida a un interés privado.

8. El juez resuelve imparcialmente, como extraño que es a la cuestión y desinteresado en ella.

9. La resolución produce efectos en la esfera jurídica y patrimonial del interesado.

En cambio, difieren ambas actividades:

1. La jurisdicción contenciosa resuelve o compone un litigio. En la voluntaria no hay litigio sino un negocio (affaire).

2. En la jurisdicción contenciosa por existir litigio hay partes contrapuestas que funcionan como legítimos contradictores. En la voluntaria, por no haber litigio, no hay partes, sino interesados o participantes.

3. En la jurisdicción contenciosa la resolución del juez produce efectos de cosa juzgada, material y formal. En la voluntaria, la resolución tiene entre las partes el efecto de una presunción juris tantum de la situación jurídica declarada o constituida (artículo 898) y también es formalmente inmutable por constituir un estado preclusivo, que mantiene la autoridad de la resolución en tanto no cambien los supuestos que le dieron origen.

Por tanto, la jurisdicción voluntaria puede definirse siguiendo la línea de pensamiento expresada para definir la jurisdicción, como aquella función del juez por la cual crea condicionamientos concretos que le dan significación jurídica a la conducta de los solicitantes y que están destinados a mantenerse con validez en tanto no cambien las circunstancias que los originaron y no sean revocados expresamente por el juez.

La Jurisdicción de Equidad

De la jurisdicción de derecho, que rige en el sistema de la legalidad, imperante en la mayoría de los Estados civilizados contemporáneos, se distingue la jurisdicción de equidad, que predomina en las épocas primitivas,

cuando imperaba el sistema de formulación del derecho para el caso singular, y en los períodos revolucionarios.

En esencia, la novedad de esta clase de jurisdicción consiste en que el juez, para crear los condicionamientos concretos que le den significación jurídica a las conductas de los sujetos que intervienen en el proceso, no tiene que basarse en otros condicionamientos superiores, generales y abstractos contenidos en normas previamente creadas por el legislador, sino que debe basarse en su conciencia o, como se dice, en su sentimiento de equidad.

Sin embargo, la decisión que debe dictar el juez según la equidad, no lo autoriza para obrar a su arbitrio, o según su capricho. La equidad no significa el capricho o arbitrio del juez, la equidad a que se refiere la ley, dice Satta (año), tiene una existencia objetiva, si bien no manifestada exteriormente antes que el juez la declare.

Así como el juez de equidad está vinculado en su decisión por las normas o criterios generales de equidad vigentes en el momento histórico en que dicta su sentencia, también el juez de equidad está vinculado por las disposiciones procesales que dan normas de conducta al juez en el ejercicio de su función.

En Venezuela no existen propiamente jurisdicciones especiales de equidad, pero en algunos casos la ley concede al juez cierto margen de discrecionalidad que le permite precisar en la cantidad o en la calidad la consecuencia jurídica del supuesto de hecho de la norma, o bien deja al juez

árbitro de suspender o limitar la producción de la consecuencia o de escoger entre dos efectos diversos, o finalmente de adoptar las providencias que considere más convenientes a las circunstancias del caso.

Son ejemplos de esta especie, entre nosotros, la facultad que conceden los artículos 289 y 290 del Código Civil al juez, para fijar los alimentos y para la cesación, reducción o aumento de los mismos, según las circunstancias.

En todos estos casos, se encuentra en esencia con lo que la doctrina ha calificado de "concepto indeterminado", al cual acude el legislador en ciertos casos para "vigorizar las bases éticas del ordenamiento jurídico, equilibrar tensiones sociales y contribuir a domeñar una impetuosa y turbulenta evolución técnica y social. "Todos los giros lingüísticos de nuestras leyes que indican. una referencia a "la naturaleza del negocio" o de la cosa, al "uso o a la costumbre del tráfico", a "las buenas costumbres" que no deben conculcarse, a "la buena fe" y "equidad", al "orden debido" y a conceptos similares, pueden reducirse a esta fórmula: "lo que el juez, basándose en su conocimiento de las circunstancias de la vida, considere como contenido normal, típico, obtenido por inducción a partir de numerosas observaciones, eso será Derecho". Es decir, que el juez, para realizar esta delicada función que le asigna la ley, se sirve con gran frecuencia y provecho, de las máximas de experiencia.

El código prevé en el artículo 12 que el juez debe atenerse en sus decisiones a las normas de derecho (jurisdicción de derecho), a menos que

la ley lo faculte para decidir con arreglo a la equidad (jurisdicción de equidad) y el artículo 13 le autoriza a decidir el fondo de la causa con arreglo a la equidad, cuando las partes, de común acuerdo, así lo soliciten, y la controversia se refiera a derechos disponibles.

En conclusión, expresa Rengel Römberg (1991), de todo lo expuesto se sigue que el poder del juez de decidir según la equidad, tiene dos manifestaciones principales: una, limitada, cuando el legislador no expresa con precisión en el precepto jurídico el supuesto de hecho o la consecuencia jurídica, sino que remite al juez al concepto indeterminado de la equidad, caso en el cual el juez completa o integra la norma basándose en lo que según su conocimiento de las circunstancias de la vida y del sentimiento común de la equidad, responde mejor a la resolución del caso concreto, La otra, más amplia e intensa, cuando la ley, o la voluntad de las partes, autorizan al juez a decidir según la equidad (Artículos 12 y 13 CPC), esto es, aplicando una regla que no está escrita en ningún código, pero que está expresa y es sentida por el hombre medio en un determinado momento histórico, caso en el cual, el juez prosigue la obra del legislador, realizando en el caso concreto la tutela jurídica con la valoración más libre pero no arbitraria de aquellos elementos que en general el legislador tiene en consideración al dictar la norma jurídica.

La Inderogabilidad Convencional de la Jurisdicción

El establece en su artículo 2° el principio de que la jurisdicción venezolana no puede derogarse convencionalmente en favor de una jurisdicción extranjera ni de árbitro que resuelvan en el exterior, cuando se trate de controversia sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República o sobre otras materias que interesan al orden público a las buenas costumbres, en todos los demás casos, se aplicarán los Tratados y Convenciones Internacionales suscritas por Venezuela.

Desde el punto de vista metodológico, la disposición del artículo 2 que prohíbe la derogación de la jurisdicción venezolana en los casos en ella contemplados, ha sido incluida en el Título Preliminar del nuevo código, junto con las disposiciones de los artículos 1, 3 y 4 por tratarse de normas fundamentales relativas a la jurisdicción, que es la institución que encabeza el código.

La norma del artículo 2 tiene esta característica: determina la jurisdicción del Estado Venezolano y la inderogabilidad de la misma frente a los demás Estados Extranjeros, cuando se trata de controversias sobre bienes inmuebles situados en el territorio de la República, o sobre otras materias que interesan al orden público o a las buenas costumbres. El principio fundamental que recoge el artículo 2, corresponde pues, al sistema de normas que constituyen el Derecho Procesal Civil Internacional, y por ello

se relaciona con el artículo 53, ordinal 1º (competencia procesal internacional); con el artículo 851 (exequátur), con el artículo 6º del Código Civil, según el cual no pueden renunciarse ni relajarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden público o las buenas costumbres, y con el artículo 85 de la Constitución (irrenunciabilidad de las leyes que establezcan beneficios y protección a los trabajadores). En todo lo demás, la norma deja a las partes interesadas en libertad de someterse a la jurisdicción de los Estados Extranjeros, que es un principio universalmente aceptado y acogido por Venezuela en el artículo 318 del Código Bustamante, que trata de las reglas generales de competencia en lo civil y mercantil.

En concordancia con el artículo 2 se encuentra el artículo 4, según el cual: "La jurisdicción venezolana no queda excluida por la pendencia ante un juez extranjero de la misma causa o de otra conexa con ella, salvo en los casos previstos en el artículo 2", la materia objeto de este punto no debe confundirse con llamada "Inmunidad de Jurisdicción", que se refiere a los Estados, a sus jefes y a los funcionarios diplomáticos acreditados en ellos.

La Acción y la Pretensión en la Legislación Venezolana

En Venezuela a la acción y la pretensión se les ha otorgado el mayor rango que se le puede dar a cualquier figura jurídica, el rango constitucional.

Es por ello que es necesario no sólo conocer los criterios y opiniones de los juristas sobre este punto a través de la doctrina, si no que es importante ver cómo ello se ha reflejado en la legislación que es, al final, la que va a regir todas las conductas y acciones de las personas y el Estado, con dos fines primordiales: la Paz y la Justicia.

En cuanto a la acción, ella se encuentra regulada principalmente en los artículos 26 y 51 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y al efecto en la primera de las normas expresa: "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".

Este artículo es el de mayor trascendencia y significación por que engloba el concepto de acción, lo define de manera clara y precisa, que es un derecho de toda persona para garantizar sus derechos e intereses, dicha norma se complementa con lo estipulado en los artículos 51 y 257 ejusdem, los cuales se refieren al derecho de petición y oportuna respuesta:

> Toda persona tiene el derecho de representar o dirigir peticiones ante cualquier autoridad, funcionario público o funcionaria pública sobre los asuntos que sean de la competencia de éstos o éstas, y de obtener oportuna y adecuada respuesta. Quienes violen este derecho serán sancionados o sancionadas conforme a la ley, pudiendo ser destituidos o destituidas del cargo respectivo.

Y a la valoración del proceso como instrumento fundamental para la Justicia, cuando estipula:

> El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Las leyes procesales establecerán la simplificación, uniformidad y eficacia de los trámites y adoptarán un procedimiento breve, oral y público. No se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales.

Pero el derecho de acción consagrada en la Constitución de la República no sólo se limita al ámbito nacional, sino que por el contrario, la ley fundamental extiende el mismo al ámbito internacional, en relación con los derechos humanos por lo que al efecto el artículo 31 señala:

> Toda persona tiene derecho, en los términos establecidos por los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos ratificados por la República, a dirigir peticiones o quejas ante los órganos internacionales creados para tales fines, con el objeto de solicitar el amparo a sus derechos humanos. El Estado adoptará, conforme a procedimientos establecidos en esta Constitución y la ley, las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a las decisiones emanadas de los órganos internacionales previstos en este artículo.

Como ya se ha mencionado, la acción ha sido objeto de confusiones y tergiversaciones en relación con la pretensión, la jurisdicción, la tutela judicial, la demanda, entre otras. Tales confusiones y tergiversaciones obedecen a la clasificación de la acción tradicional que los juristas han realizado por lo que, con base a ella, unas veces la clasificación responde al derecho: como la acción real y personal, consagradas en los artículos 40 al 42 del Código de Procedimiento Civil; otras, a la pretensión: como la acción

reivindicatoria contemplada en el artículos en el artículo 548 del Código Civil venezolano; la acción pauliana establecida en los artículo 1279 y 1280 y ejusdem; otras en relación al proceso: como la acción ejecutiva; otras con base a la jurisdicción, en la cual se menciona, por ejemplo, la acción penal (lo que le enfoca un poco más que es hacia la competencia por la materia); otras en relación al fin procurado, tales como la acción de divorcio (artículo 185 CCV); otras por extinción de la acción, como la prescripción de la acción en materia penal; otras en relación a la perención del proceso, en la que no perece la acción, es decir, el derecho a volver a proponer la demanda, como lo estipula el artículo 270 Código de Procedimiento Civil.

Son múltiples los artículos que a lo largo de la legislación contemplan y protegen el derecho de acción, lo cual sería extenso mencionar. Pero hay algunos que son de vital importancia, pues sin ellos, el resto no tiene sentido. Uno de los artículos que revierte interés señalar en relación a la acción es el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, pues en él se consagra el Interés Procesal que debe poseer el accionante o actor que propone la demanda, ya que de lo contrario dicha demanda no prosperaría. Como complemento de este artículo, el ordenamiento jurídico venezolano establece que para poder poner en funcionamiento a la jurisdicción, el accionante se debe valer de un acto procesal con el cual impulse el proceso, y eso no es otra cosa que la demanda, contemplada en el artículo 339 del CPC que señala "El procedimiento ordinario comenzará por demanda, que se

propondrá por escrito en cualquier día y hora, ante el Secretario del Tribunal o ante el Juez", dicha demanda debe cumplir unos requisitos mínimos para que la acción prospere, los cuales se consagran en el artículo 340 del CPC, entre los que se señala a la pretensión en su ordinal 4°, el cual reza:

> El objeto de la pretensión, el cual deberá determinarse con precisión, indicando su situación y linderos, si fuere inmueble; las marcas, colores, o distintivos si fuere semoviente; los signos, señales y particularidades que puedan determinar su identidad, si fuere mueble; y los datos, títulos y explicaciones necesarios si se tratare de derechos u objetos incorporales.

Del mismo modo en el cual se establece cómo y cuándo puede una persona hacer uso del derecho de acción, hay otros en lo que se ha estipulado lo contrario, es decir, cuando hay carencia de acción, tal y como lo señala el artículo 346 del CPC, específicamente en sus ordinales 10° y 11° esto es en relación con la caducidad de la acción y la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, pues sería ilógico accionar al órgano jurisdiccional siendo que ha transcurrido un tiempo largo y prudencial para el reclamo de las pretensiones; así como, es ilógico solicitar al Estado la protección de un derecho o reclamar su violación si el objeto del proceso (la pretensión está expresamente prohibida por la Constitución y las leyes, tanto por su improponibilidad como por su ilegalidad.

Al entrar a conocer el derecho de acción es imperioso realizar un estudio especial de los sujetos que la conforman, quienes en definitiva son los que la ponen en movimiento y la hacen efectiva, en aras de la

satisfacción de la pretensión y la protección de los derechos individuales mediante una tutela judicial efectiva, en tal sentido, los sujetos de la acción, a diferencia de la pretensión, son el Accionante (o Demandante) y el Estado, los cuales deben cumplir unos parámetros o requisitos necesarios para que sea válida su actuación. En cuanto al accionante, se estipulan primordialmente en el artículo 340 del CPC, numerales 2 y 3, que señalan la identificación del mismo como persona natural o jurídica:

> "...2. El nombre, apellido y domicilio del demandante y del demandado y el carácter que tiene, 3. Si el demandante o el demandado fuere una persona jurídica, la demanda deberá contener la denominación o razón social y los datos relativos a su creación o registro."

Sin esa identificación se le haría imposible al Estado garantizar los derechos e intereses consagrados en la Constitución y en las leyes. Dichas formalidades son complementadas por las que señale la legislación según el derecho vulnerado que se invoque al momento de proponer el libelo de demanda, en cuanto al Estado, su participación se realiza a través de la Jurisdicción, tal y como lo consagra el artículo 3 de la Constitución de la República, cuando hace mención a los Fines del Estado, el cual debe garantizar el cumplimiento de los derechos y deberes consagrados en la misma, cuando señala que:

> El Estado tiene como fines esenciales la defensa y el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular, la construcción de una sociedad justa y

> amante de la paz, la promoción de la prosperidad y bienestar del pueblo y la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes reconocidos y consagrados en esta Constitución.

Ello es ratificado en el artículo 334 de la Constitución de la República, al establecer la obligatoriedad judicial de asegurar la integridad de la Constitución, lo que hace que dicha Jurisdicción sea necesaria para determinar la significación jurídica de la conducta de los particulares por conflicto de intereses, estipulada en los artículos 1° al 5° del CPC, y de la cual no puede excusarse -bajo ninguna circunstancia, incluso debe establecer que no la posee), ya que es un deber del Juez (sujeto a través del cual se ejerce la jurisdicción), cuya omisión se sanciona con la llamada denegación de justicia, estipulado en el artículo 19 del CPC, es una función pública en la que se manifiesta la soberanía del Estado, es decir, se administra en nombre de la República por autoridad de la Ley, a tenor de lo estipulado en el artículo 242 del CPC.

Esa jurisdicción puede ser contenciosa, la cual se activa mediante la norma jurídica contemplada en la legislación que fundamenta el derecho vulnerado o violado, legislación extensa por demás en el ordenamiento jurídico venezolano y puede ser también voluntaria, a tenor de lo consagrado en el artículo 895 del CPC, lo cual tiene relación con las llamadas acciones mero declarativas constitutivas o extintivas.

Esta jurisdicción no sólo depende de la acción, como poder jurídico para exigir al Estado la tutela jurisdiccional para un caso concreto, sino de la

pretensión que haga el accionante frente al accionado, para que de tal forma el Estado satisfaga, favorablemente o no, dicha pretensión (la cual es plasmada en el acto procesal por excelencia denominado Demanda, punto de trascendencia en el desarrollo de la acción y la pretensión).

En cuanto a la pretensión, ella se reconoce y contempla como un deber del accionante, al igual que la acción, el expresar: primero, el objeto de la pretensión (ordinal 4°, artículo 340 del CPC), es decir, determinarlo con precisión (indicaciones, signos, señales, etc.); y segundo, la relación sucinta de los hechos y del derecho en y los fundamentos del derecho en las cuales está basada la pretensión (ordinal 5°, artículo 340 del CPC); y sin la cual se sanciona al interesado con la no admisión del libelo, hasta tanto ello se produzca con la subsanación, hay momentos en que se manifiesta lo que se puede denominar la resistencia a la pretensión, la cual se presenta de dos formas: la primera, por convenimiento de la pretensión por parte del accionado o demandado, como lo señala el artículo 363 del CPC, acto por el cual culmina el proceso y se procede como en cosa juzgada; o, al contradecirla en todo o en parte mediante el acto de la contestación, permitiéndosele incluso reconvenir al accionante o demandante, siempre con la mayor precisión y claridad posible, pues de lo contrario solo se verá favorable aquellos hechos y derechos (si procede en ese caso) aquellos puntos que fueron debidamente contradichos, quedando como convenidos o aceptados aquellos que no lo fueron, todo ello ampliamente regulado en el

artículo 361 del CPC, todo ello sin desmedro de lo que pudiese alegar el demandado con respecto a la Confesión Ficta, establecida en el artículo 362 del ejusdem, con respecto a la pretensión en los términos descritos en el citado artículo, toda vez que, aunque la norma sanciona al demandado en este punto con la admisión de los hechos por la no comparecencia del mismo, si demuestra que dicha petición es contraria a derecho, hecho por el cual puede fenecer el proceso no viéndose satisfecha la pretensión, como sí lo fue la acción.

De igual manera, se puede mencionar respecto a la pretensión los artículos 33 y 34 del CPC, que regulan todo lo concerniente a la acumulación objetiva de pretensiones (artículo 33), en la cual la demanda contenga dos o más pretensiones provenientes de un mismo título; y norma, en el artículo 34 ejusdem, todo lo referente sobre la acumulación subjetiva de pretensiones, esto es, cuando varias personas demanden, en un mismo juicio, el pago de cada una basado en un mismo crédito; o que varias personas propongan varias pretensiones en el libelo de demanda. ello se ve complementado tanto por el decir de lo consagrado en los artículos 77 al 81 del CPC, referente a la acumulación de pretensiones, sus tipos y casos en que procede, como por lo que al respecto señalan los artículos 48 al 52 ejusdem, sobre la acumulación por accesoriedad, conexión o continencia, que le da jerarquía y preminencia a los órganos de la administración judicial (tribunales o juzgados) con base a

las pretensiones que en cada juicio se presenten y la mayor importancia que unas pueden representar por encima de las otras, según el caso concreto.

Por último, y no menos importante, hay que hacer mención a la tutela judicial efectiva, la cual es en definitiva, por la que se solicita la protección de los derechos individuales vulnerados a través a de la acción, por intervención de la jurisdicción, con base a unas pretensiones plasmadas el libelo de la demanda, a esta tutela judicial efectiva se le otorga igualmente rango constitucional conforme lo establece antes mencionado artículo 26 CRBV.

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles, lo cual tiene concordancia con el artículo 49 ejusdem, se refiere al debido proceso y el derecho a ser oído, entre otros, cuando señala:

> 1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley. 2. Toda persona se presume inocente mientras no se pruebe lo contrario. 3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete. 4. Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o

> especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto. 5. Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 6. Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes. 7. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente. 8. Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o de la magistrada, del juez o de la jueza; y el derecho del Estado de actuar contra éstos o éstas.

Ello no sólo se ve reflejado en la norma nacional, sino también en la norma internacional, consagrada en diversos tratados aprobados y ratificados por Venezuela, entre los que cabe mencionar

Desde la perspectiva del derecho internacional el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en diversos tratados aprobados y ratificados por Venezuela, señalados a continuación:

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Esta declaración aprobada por la Novena Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia en 1948, expresa en su artículo XVIII:

> "Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo, debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por la cual la justicia la ampare contra actos de la

autoridad que viole, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

En este artículo se observa claramente el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia que tiene cualquier persona, el cual se encuentra consagrado en el art. 26 de la CRBV.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Esta declaración adoptada por la resolución 217A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 10 de Diciembre de 1948, establece un sistema de derecho y garantías judiciales entre las que cabe citar el Artículo 8 "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes que la ampare contra actos que viole sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley" , el Artículo 10: Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, o para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

De los artículos de la Declaración Universal de Derechos Humanos anteriormente citados, se observa la consagración del derecho a recurrir de una decisión y el derecho a ser oída públicamente y con justicia en condiciones de plena igualdad. Tales derechos se encuentran reflejados en el derecho positivo venezolano en el art. 49 de la CRBV.

Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Capítulo II sobre Derechos Civiles y Políticos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de Noviembre de 1969, se integra con una serie de disposiciones de relevante trascendencia en materia de tutela jurisdiccional, entre las que cabe destacar el Artículo 8:

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En el artículo trascrito se hace referencia a las garantías judiciales de las cuales goza toda persona ante cualquier acusación formulada contra ella; es decir, el derecho al debido proceso, mientras que el Artículo 25:

> Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención aún cuando tal violación sea cometido por personas que actúen en ejercicio de funciones oficiales.

Se aprecia en el artículo anterior la referencia a la protección judicial por medio del derecho que tiene toda persona contra actos que violen sus garantías a ejercer un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales competentes.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos suscrito en Nueva York el 19 de Diciembre de 1966, establece en su parte II que los Estados se comprometen a garantizar en el Artículo 2: "Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente pacto hayan sido violados, podrá interponer un recurso efectivo, aún cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales", en la norma transcrita se reitera el derecho que tiene toda persona a recurrir de la sentencia cuando se violan sus derechos sin menoscabo de que tal violación sea cometida por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones.

Tutela Judicial Efectiva

Tras la Segunda Guerra Mundial se produjo el fenómeno de la constitucionalización de las garantías mínimas que debía reunir todo proceso judicial, como consecuencia del régimen político totalitario nazista, donde el irrespeto de los principios y garantías constitucionales de los ciudadanos fue el elemento característico del sistema alemán, lo que motivó y originó la inclusión de los derechos fundamentales tradicionales y procesales dentro de la Ley fundamental de la República Federal Alemana del 23 de mayo de 1949.

Luego de los procesos Nazis ordenados por el Reich, que se caracterizaron por la trasgresión de los derechos humanos; especialmente, en el genocidio a los judíos, sin un debido proceso previo, se comenzó a garantizar los derechos no sólo humanos sino procesales, y nace en Europa el conocimiento de tales derechos y principios en los textos constitucionales.

En tal sentido, la constitucionalización del derecho para Rivera (2002) es el proceso de incorporación a la ley suprema o fundamental de las normas de derecho que limitan el poder del Estado y que establecen parámetros superiores a las leyes; especialmente, a la ley procesal, para que sea efectiva la realización de las libertades y la tutela de los derechos de las personas.

Para Bello (2004) es al sujeto o ciudadano -particular- a quien le corresponde ejercitar su derecho a las garantías constitucionales procesales, cuando es lesionado o violado su derecho, pudiendo en todo momento renunciar al ejercicio de su derecho, no así al contenido del derecho constitucional.

Obviamente, se entiende que los derechos fundamentales en su contenido son irrenunciables no así el ejercicio de esos derechos, los cuales quedan a la voluntad de los ciudadanos; por ello, uno de los derechos esenciales de los individuos es el derecho a la jurisdicción, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional de fecha 10-05-2001 Nº 708, define como "el derecho de ocurrir ante un órgano

judicial en procura de justicia", en orden a posibilitar el ejercicio efectivo de ese derecho el Estado debe establecer tribunales, asignarles jurisdicción y competencia y dictar normas de procedimiento.

Así mismo, el derecho a la jurisdicción no se agota con el acceso al órgano judicial, sino que debe brindar a los administrados una tutela judicial efectiva a sus derechos individuales, en orden a satisfacer un adecuado servicio de justicia, para ello, es necesario que se cumpla la garantía del debido proceso, cuyo problema radica en el respeto del derecho de defensa y que la pretensión se resuelva mediante una sentencia que debe ser oportuna, fundada y justa.

Conviene destacar que para Pico (1997) una cosa son los derechos del hombre y otra cosa sus garantías, "siendo que las garantías constitucionales procesales, son medios procesales a través de los cuales se hace posible la realización y eficacia de los derechos constitucionales" (p. 98), esto es, que las garantías hacen posible los derechos constitucionales por lo que el fin de la constitucionalización de las garantías procesales no es otro que la realización de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico.

También resulta pertinente acotar que el derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra consagrado en diversos tratados aprobados y ratificados por Venezuela, tales como: La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, La Declaración Universal de Derechos

Humanos, La Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Una corriente ha señalado que la tutela judicial efectiva se limita a lo establecido en el art. 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (CRBV, 1999), que establece:

> Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, e incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente..."

Por su parte, Pico (Ob. Cit) argumenta que el derecho a la tutela judicial efectiva comprende un contenido complejo que incluye 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.

En el mismo orden de ideas, Carroca (1998) expresa que la tutela judicial efectiva garantiza: la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales iniciando un proceso; la obtención de una sentencia motivada que declare el derecho de cada una de las partes; la posibilidad de las partes de poder interponer los recursos que la ley provea; y la posibilidad de obtener el cumplimiento efectivo de la sentencia.

También es partidario de esta corriente Rivera (2002), para quien la tutela judicial efectiva no solo supone el derecho de acceso a la justicia y a

obtener con prontitud la decisión correspondiente, sino que comporta de igual forma la obligación que tiene la Administración de justicia, en respeto del derecho constitucional a la igualdad prevista en el artículo 21 de la CRBV y a decidir una controversia de una manera imparcial y equitativa.

El derecho a la tutela judicial efectiva apunta a garantizar un mecanismo eficaz que permita a los particulares restablecer una situación jurídica vulnerada y está integrado por el derecho de acceso; el derecho a la gratuidad de la justicia; el derecho a una sentencia sin dilaciones indebidas, oportuna, fundamentada en derecho y congruente; a la tutela cautelar y a la garantía de la ejecución de la sentencia (CRBV, 1999: art. 26).

Igualmente, Escovar (2001) se inclina por la corriente que se enmarca en el artículo 26 de la CRBV, y al analizar la tutela judicial efectiva ha expresado que el concepto es de raigambre española y se encuentra estrechamente vinculado con la indefensión, involucrando a otros principios como son: el derecho al acceso a los tribunales; el derecho a la efectividad de las decisiones judiciales; y el derecho al ejercicio del recurso previsto en la ley.

Al comentar el principio del debido proceso señala que es el concepto aglutinador de lo que se ha llamado el derecho constitucional procesal, que como principio constitucional alude a la suma de los derechos y garantías procesales consagrados en la Constitución venezolana, en todo caso, este criterio evidencia una clara distinción del derecho constitucional procesal del

debido proceso, y el derecho a la tutela judicial efectiva, hasta el punto de considerar, que dentro del derecho al debido proceso, se encuentra el derecho a la tutela judicial efectiva.

Puede observarse que, para los autores previamente citados el derecho a la tutela judicial efectiva se circunscribe únicamente a lo establecido en el artículo 26 de la CRBV, sin involucrar la suma de las garantías procesales consagradas en el artículo 49 de la CRBV. En contraparte, otra corriente considera que la tutela judicial efectiva es la suma de todos los derechos constitucionales procesales plasmados en el artículo 49 de la CRBV; es decir, que por tutela judicial efectiva se entiende el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa, expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos, sin reposiciones inútiles, derecho al debido proceso, derecho a la defensa, derecho a ser notificados de los cargos que se imputan, derecho a la presunción de inocencia, derecho de acceso a las pruebas, derecho a ser oído en toda clase de proceso, derecho a un tribunal competente, derecho a intérprete, derecho a ser juzgado por jueces naturales y derecho a no confesarse culpable, entre otros.

Esta corriente encuentra sustento en la Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de abril de 2001, Nº 576, expediente Nº 00-2794, que ha expresado: La Constitución de

la República en su artículo 26 consagra la garantía jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquel, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía ...es, pues, la garantía jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano ... para conseguir una decisión dictada conforme el derecho....

Puede apreciarse de la precedente sentencia que no basta con el hecho de que el ciudadano acceda a los tribunales, sino que se requiere la sustanciación de un juicio apegado al debido proceso, que se dicte una sentencia ajustada a derecho, y finalmente, que sea efectiva; es decir, que la decisión se pueda ejecutar.

Según Bello (2004) puede apreciarse que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia considera la tutela judicial efectiva como un derecho bastante amplio que involucra no sólo el acceso a la justicia y a obtener una decisión razonada y justa, sino que también incluye las garantías constitucionales procesales que se encuentran en el artículo 49 de la Constitución.

En este sentido, Molina (2002) considera que la tutela judicial efectiva es una garantía constitucional procesal que debe estar presente desde el momento en que se accede al aparato jurisdiccional, hasta que se ejecuta de forma definitiva la sentencia dictada en el caso concreto, es decir, que una

vez garantizado el acceso a la justicia, cada uno de los demás principios y garantías constitucionales que informan al proceso, tales como el debido proceso, la celeridad, la defensa y la gratuidad deben ser protegidos en el entendido de que el menoscabo de alguna de esas garantías, estaría al mismo tiempo vulnerando el principio a la tutela judicial efectiva.

Dentro de esta corriente también se enmarca Díaz (2004) para quien la tutela judicial efectiva se materializa a través del proceso constituido por: el libre acceso de los ciudadanos de los órganos jurisdiccionales, la plena protección cautelar, la sustanciación de un proceso debido conforme a las garantías procesales fundamentales, la correcta aplicación del derecho al caso concreto y una efectiva ejecución de lo sentenciado.

Tomando en cuenta los conceptos emitidos por tan reconocidos juristas se identifican dos corrientes claramente diferenciadas, la primera que limita el alcance de la tutela judicial efectiva a lo establecido en el art. 26 de la CRBV que engloba los siguientes derechos: el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia., el derecho a obtener una sentencia motivada, justa, correcta y congruente, el derecho a recurrir de la sentencia y el derecho a ejecutar las decisiones judiciales. Esta corriente no involucra los derechos o garantías constitucionales procesales establecidas en el artículo 49 de la Constitución, las cuales se refieren al debido proceso legal.

Por otra parte, se tiene una segunda corriente que plantea que la tutela judicial efectiva está conformada por los artículos 26 y 49 de la CRBV, lo cual

convierte a la tutela judicial efectiva en un amplio derecho protector del ciudadano.

CAPÍTULO III

CRITERIOS DOCTRINARIOS, LEGALES Y JURISPRUDENCIALES DE LA ACCIÓN Y LA PRETENSIÓN EN VENEZUELA

La Doctrina estudia los manantiales de donde brota el Derecho, la legislación lo regula y la Jurisprudencia (a través del órgano jurisdiccional) aplica dicha regulación. Es por ello que, una vez estudiada la doctrina, es menester entrar a conocer cómo el legislador le otorga rango constitucional y legal a la misma, regulando (mediante el ordenamiento jurídico) con base a los distintos y múltiples criterios y opiniones de prestigiosos juristas, las conductas del hombre y delimitando el libre albedrío de las personas dentro la sociedad dentro del marco de la legislación.

Todo ese estudio realizado por la Doctrina y la regulación de ella por intermedio del ordenamiento jurídico o legislación, no tendría ningún sentido si no rinden sus frutos en la práctica y sólo se quedaría en la teoría. Es allí donde entra un factor importante en el ámbito jurídico el cual es la Jurisprudencia, la que termina de darle sentido a cualquier estudio o investigación jurídica realizada o por realizar, pues complementan y permite visualizar, con caso concretos, todos aquellos conceptos y normas señaladas anteriormente.

Para completar las exposiciones realizadas anteriormente, es importante señalar casos particulares en los cuales se describan la influencia

de la doctrina y la imposición de la legislación para la resolución de los casos que afectan día a día a lo venezolanos y a los ciudadanos en general.

En ellos se refleja la necesidad de las personas de acudir ante el Estado (por intermedio del órgano judicial) para hacer uso de ese poder jurídico llamado ACCIÓN; solicitando la satisfacción de los derechos individuales fundamentales alegados a través de sus PRETENSIONES, y la garantía del derecho a la tutela judicial efectiva; así no se vean vulnerados esos derechos fundamentales. Así lo expresa la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 1939 de fecha 18 de junio 2009, expediente N° 09 -0034, en la cual menciona:

"...ha sentado suficientemente esta Sala, que toda persona tiene derecho a disponer de un medio que lo ampare contra actos u omisiones que vulneren sus derechos fundamentales..."

Obviamente entiende que los derechos fundamentales en su contenido son irrenunciables, no así el ejercicio de esos derechos, los cuales quedan a la voluntad de los ciudadanos. Por ello, uno de los derechos esenciales es el derecho a la Jurisdicción, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Constitucional de fecha 10-05-2001, N° 708, define como "el derecho de ocurrir ante un órgano judicial en procura de justicia".

La Jurisprudencia refleja no sólo los derechos invocados por quien ejercer la acción ante el Estado para ver satisfechas sus pretensiones, sino que el Estado (a través del órgano jurisdiccional) le recuerda cómo, cuándo y

por qué puede hacer uso de ese poder, y así evitar la típica confusión entre acción, pretensión y demanda. Así se señala en Sentencia del Expediente N° 15.592 del Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Portuguesa, de fecha 27-10-2009:

"El Tribunal para decidir lo hace previo a las siguientes consideraciones: El Procesalista Venezolano Rafael Ortiz Ortiz, preocupado por la confusión que existe entre los abogados en ejercicio y los jueces en la identificación de la demanda, la acción y la pretensión, escribió una obra que se denomina Teoría General del Proceso, en la cual nos define que la demanda viene a ser el acto por el cual se da inicio al proceso y además es un documento que transporta la pretensión que se hace valer en la misma. La acción procesal la define como la posibilidad jurídica constitucional que tiene todo ciudadano o persona natural o jurídica de acudir ante los órganos jurisdiccionales, para que mediante los procedimientos le tutelen un determinado interés individual, colectivo o difuso. Esa acción se ejerce en forma abstracta y la tiene todo ciudadano tenga o no tenga razón o derecho, porque es la sentencia de mérito quien va a resolver esa situación jurídica. En cambio la pretensión procesal no es la demanda, ni tampoco es la acción, viene a ser un conjunto de intereses sustanciales que se hacen valer en el proceso y cuya tutela se exige al órgano jurisdiccional. Tanta pretensión tiene el demandante como el demandado y ésta también va hacer resuelta en la sentencia, pero puede

suceder que la pretensión sea inadmisible porque de plano es contraria a derecho, al orden público o a las buenas costumbres, inmediatamente el juez la debe declarar inadmisible. La pretensión tiene varios elementos como son los sujetos que la integran, el actor que es el sujeto activo y es quien la ejerce frente al demandado que es el sujeto pasivo. El actor es el titular de un interés material que hace valer en el proceso, este interés esta dirigido normalmente contra otra persona quien puede satisfacerlo o rechazarlo. El demandado también tiene interés que va hacer valer en el proceso, también tiene acción y pretensión procesal. El objeto de la pretensión o petitum es el segundo elemento, éste está constituido por lo que se persigue, el cual debe individualizarse para aspirar una sentencia, la cual puede ser de condena, mero declarativa o constitutiva. La pretensión puede ser jurídica y se refiere a lo pedido por cada parte en particular y la cual está sustentada en un interés sustancial. Que se convierte en controvertido cuando existe el conflicto o la controversia, es lo que se conoce como la pretensión material. La pretensión procesal viene a ser la delimitación procesal de actuación del juez y es el thema decidendum, lo cual va versar la sentencia de mérito, así lo consagra los artículos 12, 28, 77, 243 ordinal 5, 340 ordinales 5 y 6 del Código de Procedimiento Civil. La causa patendi o titulo de la pretensión se refiere al motivo que dio nacimiento a la acción, esto es que el hecho jurídico que el actor propone como fundamento de su demanda. De todo lo anteriormente expuesto puede afirmarse que el interés sustancial define la pretensión

material, mientras que el interés procesal determina la satisfacción de la pretensión procesal. Ese interés procesal permite el desenvolvimiento del proceso, ya que se insta al órgano jurisdiccional a resolver la controversia. Es importante destacar la diferencia que hay entre la pretensión procesal y del interés en el proceso, ya que es posible que si se pierde el interés no se resuelve la pretensión procesal por falta de interés procesal, tal como sucede en el caso de marras, donde el postulante de la pretensión, se le ordenó desde hace bastante tiempo según sentencia interlocutoria dictada el 02/12/2.008, mediante un despacho saneador que corrigiera los defectos de forma que contenía esa demanda y no cumplía con los requisitos del 340 del Código de Procedimiento Civil, es decir, han transcurrido 329 días sin que la parte actora realizara algún impulso procesal sobre esta causa, lo que evidencia falta de interés procesal que es una condición de derecho, para que el juez pueda examinar la pretensión procesal incoada por la parte actora, lo que conlleva a la extinción de esta causa por perdida del interés procesal por esa larga inactividad. Así se decide..."

De igual forma, se debe establecer y explicar de manera clara y concisa a quien ejerza la acción y realice una pretensión, que las mismas deben estar contenidas en un marco de legalidad, cumpliendo unos parámetros o requisitos para su existencia o validez. En tal sentido, establece en Sentencia del Exp. N° 1852 del Juzgado Séptimo de los Municipios Maracaibo, Jesús

Enrique Lossada y San Francisco de la Circunscripción Judicial del Estado Zulia de fecha 02-02-2010 que:

"Ahora bien, el derecho subjetivo procesal, abstracto y público de acudir al órgano jurisdiccional y obtener de él oportuna respuesta, en sentido favorable o no, es lo que se denomina acción y la misma está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos parar su existencia o validez, que en caso de incumplimiento la hacen rechazable, el Juez está obligado a examinar ab initio la demanda y la respectiva reconvención si hubiere lugar a ello, pues se trata de constatar si cumplen los presupuestos procesales de acceso a la jurisdicción, que en el caso de nuestro derecho positivo se encuentra consagrado en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, y sobre este particular este Juzgador Transcribe extracto interesante de la sentencia de fecha dieciocho (18) de mayo del año dos mil uno (2001), proferida por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia:

La acción está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos de existencia y validez, que al constatarse su incumplimiento, la hacen rechazable, algunos de ellos los señala la ley, mientras que otros provienen de los principios generales del Derecho. En sentido general la acción es inadmisible:

1.- Cuando la Ley expresamente lo prohíbe, tal como lo prevé el artículo 346, ordinal 11 del Código de procedimiento Civil.

2.- Cuando la ley expresamente exige determinadas causales para su ejercicio, y éstas no se alegan (Artículo 346, ordinal 11 del Código de Procedimiento Civil, ya señalado).

3.- Cuando la acción no cumple con los requisitos establecidos en la Ley o los principios generales del Derecho Procesal lo exigen, ante estos incumplimientos, la acción debe ser rechazada. Ello sucede por ejemplo, cuando el demandante o el demandado no tienen interés procesa, y por lo tanto, no hay necesidad de acudir a la vía judicial, para que mediante la sentencia se reconozca un derecho o para evitar un daño injusto, personal o colectivo, o cuando la decisión judicial no puede variar la situación jurídica que tenían las partes antes del proceso...

4.- Dentro de la clasificación anterior (la del número 3), puede aislarse otra categoría más específica de causales de inadmisibilidad de la acción, y es que ella se utilice para violar el orden público o infringir las buenas costumbres..."

No solamente el órgano judicial aclara conceptos y establece diferencias entre un término u otro, sino que también profundiza en situaciones como la determinar correctamente las acepciones conferidas a la acción y a la pretensión, que inducen de caer en errores a nivel de la clasificación de los mismos, lo cual puede conllevar al hecho de que la persona no perciba su falta de interés procesal en el juicio, siendo sancionada con la inadmisión de la demanda. Ello se observa en Sentencia

de fecha 13-08-2009, caso: AP31-V-2009-002790, del Juzgado Segundo del Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, el cual expone lo siguiente:

"La situación procesal precedentemente expuesta, conlleva a referir que diferente de la acción es la pretensión, que es la que se propone al Juez pero dentro de la parte petitoria de la demanda (Enrico Redenti, Derecho Procesal Civil, Tomo I, Buenos Aires, Egea, 1.957, pág 50). En este mismo sentido, el procesalista español JAIME GUASP (Derecho Procesal Civil, Tomo I, Madrid, Institutos de Estudios Políticos, 1.968, pág 215), considera que la acción es el derecho de acudir ante los tribunales, ya sea en forma concreta o abstracta, frente al particular o frente al Estado; mientras que la pretensión procesal, es un acto específico, como lo es en efecto la demanda, el correspondiente proceso, el cual tendrá como objeto aquella pretensión. Por consiguiente, mediante la pretensión exigimos del demandado la satisfacción de nuestro derecho; vale decir, pedimos que se le reconozca. Parafraseando al maestro Arístides Rengel-Romberg, (Tratado de Derecho Procesal Civil, Tomo I, página 170), la clasificación tradicional de la acción en declarativa, constitutiva y de condena carece de sentido y es más propia para la clasificación de las pretensiones, pues el derecho de acción no cambia porque la sentencia reconozca o niegue determinada clase de derecho y, en cambio, suponiendo la pretensión un derecho que se hace valer con la misma, es más propio referir aquellas clasificaciones a la pretensión y no a la

acción.

Por otra parte, el maestro Humberto Cuenta, en su obra Derecho Procesal Civil, Tomo I, página 158, sostiene que "la acción es una sola. Es el derecho que otorga la CN de acudir a los tribunales para reclamar en justicia. Es indudable que este derecho no tiene clasificaciones, grados ni matices, es un poder político que está al alcance de todos los particulares para que el Estado, dirima los conflictos y evite la defensa privada". Ahora bien, según dispone el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil, "para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual. Además de los casos previstos en la Ley, el interés puede estar limitado a la mera declaración de la existencia o inexistencia de un derecho o de una relación jurídica. No es admisible la demanda de mera declaración cuando el demandante puede obtener la satisfacción completa de su interés mediante una acción diferente". (subrayado del tribunal)

La norma jurídica in comento se refiere al interés procesal, a la necesidad del proceso como único medio para obtener con la intervención del órgano jurisdiccional, el reconocimiento o satisfacción de un derecho que no ha sido reconocido o satisfecho libremente por el titular de la obligación jurídico. En otras palabras, las llamadas acciones mero declarativas o de mera certeza, consisten en la activación de la función jurisdiccional del Estado en la búsqueda de un pronunciamiento de ley, que permita despejar la duda o incertidumbre acerca de si se está o no en presencia de una relación o

situación jurídica determinada o de un derecho. Expresamente establece la norma que la demanda es inadmisible cuando el interesado pueda conseguir que su interés sea satisfecho íntegramente a través de una acción diferente. (ver sentencia de la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de julio de 2006, expediente 05-1951). De igual manera, resulta importante destacar que en una sentencia de vieja data, la Sala de Casación Civil de la extinguida Corte Suprema de Justicia, hoy día Tribunal Supremo de Justicia, se pronunció de la siguiente manera:

"Entre las condiciones requeridas para que pueda darse la acción de declaración, aparte dela voluntad de la ley de la cual se pide la declaración; y de la legitimatio ad causam, debe destacarse el interés en obrar. Este interés en obrar consiste en una condición de hecho tal, que el actor sufriría un daño sin la declaración judicial (...) Esta incertidumbre debe ser también objetiva en el sentido de que no basta que el titular de un derecho esté incierto acerca del propio derecho, sino que es necesario un hecho exterior objetivo que haga incierta la voluntad de la ley en la conciencia del titular o de los terceros..." (Sentencia del 11-12-1991, Pierre Tapia, O., Nº 12, página 324 y ss.)."

Si bien es cierto que la acción en la figura jurídica que obtiene la atención en primer plano al momento de introducirse un libelo de demanda, para determinar si existe o no la acción y las condiciones para que exista bajo parámetros cerrados los cuales hacen mención a otras figuras jurídicas,

también lo es el hecho que la pretensión procesal reciba su dosis de estudio y se establezcan unos límites para que la misma sea o no admitida por el órgano de la administración de justicia. A tal efecto, se menciona en Sentencia del caso N° AP31-V-2009-001443 de fecha 01-06-2009, emanada del Juzgado Décimo Octavo de Municipio de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, lo que sigue a continuación:

"El proceso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 257 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, constituye el instrumento fundamental para la realización de la Justicia, la cual ha sido concebida como un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico y de la actuación de los órganos que conforman el poder público, según lo preceptuado en el artículo 2 ejúsdem. Por su parte, la acción comprende la posibilidad jurídico constitucional que tiene toda persona de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus pretendidos derechos e intereses en tutela de los mismos, como así lo garantiza el artículo 26 constitucional. Por lo tanto, la acción es conferida por la Constitución y la ley a los particulares en consideración de una pretensión preexistente y simplemente afirmada, independientemente de la circunstancia de que la reclamación invocada sea reconocida con posterioridad como realmente existente o no por el órgano de administración de justicia, ya que la acción siempre existirá cuando se alegue un interés

jurídicamente tutelado y afirmado como existente, siendo la pretensión la que fenece cuando se origina la determinación que impone la autoridad judicial al momento de emitir su dictamen, en cuanto a su reconocimiento o rechazo, la cual se pone de manifiesto en la demanda, donde se expresan todos aquellos alegatos tanto fácticos como jurídicos que justifican la reclamación invocada y con la cual se ejercita la acción. Así pues, la demanda constituye "...un acto de declaración de voluntad introductivo y de postulación, que sirve de instrumento para el ejercicio de la acción y la afirmación de la pretensión, con el fin de obtener la aplicación de la voluntad concreta de la Ley, por una sentencia favorable y mediante un juicio, en un acto determinado...". (Devis Echandía, Hernando. Acción y Pretensión. Separata de la Revista de Derecho Procesal, Madrid, abril-junio de 1.996).

En tal virtud, una vez presentada la demanda, se requiere que el demandante dilucide la pretensión allí contenida conforme a los mecanismos idóneos y eficaces legalmente establecidos, toda vez que a tenor de lo dispuesto en el artículo 341 del Código de Procedimiento Civil, el Tribunal admitirá la pretensión (i) si no es contraria al orden público, (ii) a las buenas costumbres o (iii) a alguna disposición expresa de la Ley.

En cuanto a la noción de orden público, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia N° 2137, dictada en fecha 29.08.2002, con ponencia del Magistrado Antonio García García (†), expediente N° 02-0088, caso: José Rafael Echeverría, apuntó lo siguiente:

"...es menester indicar que el orden público es un concepto jurídico indeterminado acerca de lo que es fundamental para la subsistencia del Estado de Derecho y de la convivencia social, cuyos límites son trazados por la apreciación del colectivo y concretados a través del juez. Es por ello, que dicha noción no puede ser dividida en absoluta o relativa, dado que es el último punto de referencia a la que acude el Juez para determinar lo ajustado a derecho de una actuación. Por tanto, el orden público se encuentra en todo aquello que trascienda al interés particular y afecte el colectivo o las instituciones sociales...". (Subrayado y negrillas del Tribunal). Al unísono, en lo que respecta a la noción de buenas costumbres, la misma Sala Constitucional, en sentencia N° 85, dictada en fecha 24.01.2002, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, Expediente N° 01-1274, caso: Asodeviprilara, determinó lo siguiente:

"...Así como la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, señala una serie de normas para salvaguardar al consumidor (latu sensu), las cuales a veces regulan hasta las menciones de los contratos (artículos 19, 20 y 21); igualmente, normas que establecen con claridad la manera de actuar, pueden ser entendidas como protectivas de los seres humanos, de la convivencia, y ellas atienden mas a la protección de las buenas costumbres que a la del orden público. Las buenas costumbres, atienden a un concepto jurídico indeterminado ligado a la realidad social, y por ello el concepto varia

en el tiempo y en el espacio, y con relación a determinados tipos de negocios o actos públicos...". (Subrayado y negrillas del Tribunal).

Y, en relación con el supuesto concerniente a que la pretensión no sea contraria a alguna disposición expresa de la ley, la Sala Constitucional, en sentencia N° 776, dictada en fecha 18.05.2001, con ponencia del Magistrado Jesús Eduardo Cabrera Romero, expediente N° 00-2055, caso: Rafael Enrique Montserrat Prato, sostuvo:

"...El artículo 26 de la vigente Constitución establece como derecho constitucional el acceso de las personas a la justicia. Tal acceso, conforme a la letra del mismo artículo, se hace mediante el proceso (lo que se denota de la frase de la norma sin formalismos o reposiciones inútiles), por lo que se trata de un acceso doble, ya que él no sólo corresponde a los demandantes sino a los demandados. Siendo el camino el proceso, las personas ejercerán su derecho mediante la acción, por lo que si ésta no existe o es inadmisible, el acceso efectivamente tiene lugar, pero el órgano jurisdiccional inadmite la acción, por lo que no toca el fondo de la pretensión. En consecuencia, tal rechazo de la acción no significa una negativa al derecho de acceso a la justicia, ya que es el resultado de una declaración jurisdiccional, y se trata de un juzgamiento sobre la existencia del derecho de acción. La acción está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos de existencia y validez, que al constatarse su incumplimiento, la hacen rechazable. Algunos de ellos los señala la ley, mientras que otros provienen de los principios generales del

derecho.

En sentido general, la acción es inadmisible:

1) Cuando la ley expresamente la prohíbe, tal como lo prevé el artículo 346, ordinal 11° del Código de Procedimiento Civil.

2) Cuando la ley expresamente exige determinadas causales para su ejercicio, y éstas no se alegan (artículo 346 ordinal 11° ya señalado).

3) Cuando la acción no cumple con los requisitos de existencia o validez que la ley o los principios generales del derecho procesal le exigen. Ante estos incumplimientos, la acción debe ser rechazada. Ello sucede, por ejemplo, cuando en el demandante o en el demandado no existe interés procesal, y por tanto, no hay necesidad de acudir a la vía judicial, para que mediante la sentencia se reconozca un derecho; o para evitar un daño injusto, personal o colectivo; o cuando la decisión judicial no puede variar la situación jurídica que tenían las partes antes del proceso...". (Subrayado y negrillas del Tribunal)..."

Cuando se habla de acción se tiene la idea de que, así sea favorable o no la decisión con respecto a la pretensión, ella siempre puede ser ejercida y queda satisfecha con el solo hecho de dirigirse a un tribunal e incoar una demanda. Lo cierto es que para el legislador venezolano ello no se concentra allí, sino que va más allá y, a pesar que al final sí se encuentra satisfecha la acción al introducir ese escrito libelar, para poder darle entrada al mismo y lograr su admisión, el juez competente hace un estudio un poco más

minucioso y determina si la persona que acciona la jurisdicción posee ese poder jurídico o está carente de ella. Es por ello que la jurisprudencia de la antigua Corte Suprema de Justicia (hoy Tribunal Supremo de Justicia), ha considerado que existe carencia de acción en diversos casos relativos a la Cosa Juzgada, a la Caducidad de la Acción y la Prohibición de la Ley de admitir la Acción así:

"a) Ha sentenciado que por mandato del artículo 8° de la Ley de Expropiación por Causa de Utilidad Pública, según el "cual no puede intentarse ninguna acción, después de dictada la sentencia que acordó la expropiación", es indudable que reconocido por sentencia emanada del Alto Tribunal, el título que asiste a la Nación sobre el terreno en cuestión, la excepción de cosa juzgada opuesta a la nueva demanda, conduce a "desechar la acción que ha motivado la excepción". Sin embargo, nos parece más exacto desechar la cción en este caso, no con fundamento en la cosa juzgada, sino en la prohibición de la ley de admitir la acción (...)

b) En materia de caducidad de la acción, la Corte Suprema ha deslindado claramente los efectos de la caducidad y los de la prescripción y considera que los de esta última, constituyen una defensa de fondo, mas no así los de caducidad, cuyo lapso es fatal, y que la acción caduca, carece de existencia y no puede discutirse en debate judicial.

c) Finalmente, en cuanto a la prohibición de la ley de admitir la acción propuesta, o cuando sólo permite admitirla por determinadas causales que

no sean de las alegadas en la demanda, la Corte ha seguido una posición objetiva, estricta. Ha decidido que "debe aparecer clara la voluntad de no permitir el ejercicio de tal acción". No es que se requieran palabras sacramentales (...) o que se emplee invariablemente la expresión "no se admitirá", sino que sea cual fuere la forma de decirlo el legislador, debe aparecer clara su voluntad de no permitir el ejercicio de tal acción.

Con fundamento en esta doctrina, la Corte ha rechazado la alegación de la prohibición de la acción de reivindicación entre comuneros, por considerar que dicha prohibición se basa en un principio doctrinario y el sistema de casación venezolana no admite casar por error de doctrina sino por violación de ley expresa y ninguna disposición de la ley niega expresamente aquella acción:

(...) la carencia de acción puede definirse 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..."

Lo propio se ha analizado con respecto a las consecuencias que trae para el demandado el no comparecer al acto de la Contestación de la Demanda, que conlleva a un análisis del libelo de Demanda, la Acción y la Pretensión cuando señala en Sentencia del caso N° DP31-L-2009-000187, de fecha 09-07-2009, emanada del Juzgado Séptimo de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución tanto del Nuevo Régimen como del

Régimen Procesal Transitorio del Trabajo de la Circunscripción Judicial del Estado Aragua- Con Sede En La Victoria:

".. Así las cosas, la Sala de Casación Social en sentencia N° 1.300, de fecha quince (15) de octubre del año 2004, con ponencia del Magistrado Alfonso Valbuena Cordero, con respecto a la interpretación del artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, estableció lo siguiente:

"... 1°) Si la incomparecencia del demandado surge en el llamado primitivo para la audiencia preliminar, la admisión de los hechos por efecto de dicha incomparecencia (confesión ficta), revestirá carácter absoluto por lo tanto no desvirtuable por prueba en contrario (presunción juris et de jure). Es decir, la potestad del contumaz no representará la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino la de enervar la acción por no estar ésta amparada por la ley o la de enervar la pretensión del actor bajo la afirmación de que ésta es contraria a derecho. En este caso, el sentenciador de sustanciación, mediación y ejecución decidirá la causa conforme a lo señalado en el artículo 131 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, es decir, sentenciará inmediatamente en forma oral conforme a dicha confesión, en cuanto no sea contraria a derecho la petición del demandante, reduciendo la sentencia a un acta que elaborará el mismo día, contra la cual el demandado podrá apelar, apelación que se oirá en dos efectos, dentro de un lapso de cinco (5) días hábiles a partir de la publicación del fallo. El tribunal superior que conozca la apelación, sólo decidirá con

respecto a los motivos que le impidieron al demandado a comparecer al llamado primitivo para la audiencia preliminar, es decir, el caso fortuito o fuerza mayor que originó la incomparecencia, y si ésta resultara improcedente, proseguirá el juez entonces a decidir verificando, obviamente, que la acción no sea ilegal o que la pretensión del actor no sea contraria a derecho, como así se dejó establecido por esta Sala en sentencia de fecha 17 de febrero del año 2004. (Caso: Arnaldo Salazar Otamendi contra Publicidad Vepaco, C.A...."

Sin embargo, aun cuando la presunción de admisión de los hechos reviste carácter absoluto, tal admisión opera esencialmente sobre los hechos alegados por el demandante en su demanda y no con relación a la legalidad de la acción o pretensión. La ilegalidad de la acción supone que la misma se encuentra prohibida por la ley, no tutelada por el ordenamiento jurídico, mientras que la contrariedad de la pretensión con el derecho, se orienta a la desestimación de la demanda por no atribuir la ley a los hechos alegados, la consecuencia jurídica peticionada.

Es justo destacar, que la norma adjetiva del Trabajo señala que la inasistencia de la demandada a la Audiencia Preliminar conlleva para esta la admisión de los hechos alegados por el actor, pero el Juez de Sustanciación, Mediación y Ejecución, aún, ateniéndose a la confesión del demandado, esta obligado a analizar la pretensión y los hechos expuestos por el actor en el libelo a los fines de determinar si esos hechos le acarrean las consecuencias

jurídicas que atribuye el actor, ya que lo que debe tenerse por aceptado, son los hechos alegados, más no el derecho incoado por la parte actora, obviamente, la apreciación del derecho corresponde al Juez, toda vez que la confesión solo se extiende sobre los hechos alegados y no sobre el derecho que ha de regularlos, todo de conformidad con doctrina sentada en sentencia No. 866 de fecha 17 de febrero de 2004, emanada de la Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia, en juicio incoado por Arnaldo Salazar contra VEPACO, C.A..."

Existen casos en lo que se pone de manifiesto o está en tela de juicio la legalidad o ilegalidad de la acción, y la contrariedad al derecho de pretensión. Así se establece en Sentencia del caso N° UP11-R-2006-000031 del Juzgado Superior del Trabajo de la Coordinación Laboral del Estado Yaracuy, San Felipe, de fecha Dos (02) de Junio de Dos Mil Seis (2006), cuando señala que:

"...La Sala de Casación social ha establecido reiteradamente a partir de las sentencias del 17-02-04 (Arnaldo Salazar Vs. Publicidad Vepaco C.A.) y del 15-10-04 (Ricardo Pinto Vs. Coca cola Femsa de Venezuela) que la presunción de admisión de los hechos establecida en el artículo 131 de La Ley Orgánica Procesal del Trabajo no tiene carácter absoluto sino que se refiere sólo sobre los hechos establecidos por el actor en su demanda, pero no tiene relación con la ilegalidad de la acción o contrariedad a derecho de la pretensión, según criterio que para mejor ilustración transcribimos:

"....Sin embargo, aun cuando se pueda afirmar que la presunción de admisión de los hechos antes comentada reviste carácter absoluto, tal admisión opera esencialmente sobre los hechos ponderados por el demandante en su demanda y no con relación a la legalidad de la acción o del petitum (rectius: pretensión). Ciertamente, la ilegalidad de la acción supone que la misma se encuentra prohibida por la ley, no tutelada por el ordenamiento jurídico, mientras que la segunda proposición (contrariedad de la pretensión con el derecho) se orienta a la desestimación de la demanda por no atribuir la ley a los hechos alegados, la consecuencia jurídica peticionada, todo con prescindencia a la virtualidad de los mismos, bien sea por haber sido formalmente probados o por refutarse como admitidos por ley (presunción)..."omissis.

Ahora, tal potestad del contumaz no representa la posibilidad de desvirtuar la confesión de admisión por prueba en contrario, sino en la de enervar una acción no amparada por el estamento legal patrio, o de enervar la pretensión del actor por cuanto pese a que la acción está tutelada jurídicamente, los hechos acreditados y admitidos por consecuencia de ley no guardan relación o entidad alguna con el supuesto de hecho abstracto de la norma jurídica peticionada.

En cuanto a la defensa de prescripción, esta Alzada no entra a valorarla por considerar que es una defensa de fondo que ha debido ser opuesta por la

demandada en la oportunidad de la Audiencia Preliminar, la cual a tenor del artículo 1.956 del Código Civil no puede ser declarada de oficio por el juez.
En cuanto a la improcedencia de la condena de pago de Indemnización del Artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo, esta alzada en virtud de constar en autos original de la Resolución Administrativa del Inspector del Trabajo de este Estado, de fecha 15 de septiembre de 2004, en la que intervienen las mismas partes del presente proceso de Cobro de prestaciones sociales y que tiene valor probatorio de documento administrativo, como evidencia de que el actor incurrió en falta justificada de despido por parte de la empresa demandada, circunstancia que no puede pasar por alto de acuerdo a los Principios de Primacía de Realidad de los Hechos y Equidad consagrados en el artículo 2 de la Ley Orgánica Procesal del Trabajo, ASIMILA el presente alegato a la causal de contrariedad a derecho de la pretensión establecida en la jurisprudencia citada, por lo que se ANULA la decisión del a-quo tan sólo en lo que respecta a la condena por Indemnización del artículo 125 de la Ley Orgánica del Trabajo..."

No sólo es importante para el órgano de administración de justicia resolver lo conducente como consecuencia de las conductas o actitudes y a las omisiones de las partes involucradas en un litigio, sino también aquellas que se evidencian de los representantes o apoderados de las partes, pues ello podría tener consecuencias graves en relación con el propósito que manifiesta la parte afectada por dicha actitud, en sus pretensiones e incluso,

y más grave aún, con respecto a los derechos alegados en el libelo de la demanda. Así pues se señala en Sentencia de fecha 04-08-2008, del caso invocado por los ciudadanos Luis Enrique Avilera Flores, Rafael Antonio Avilera y Carmen Onemio Álvarez, a través de su apoderada Amparo Campos Silva, por ante el Tribunal Quinto (5º) de Primera Instancia de Sustanciación, Mediación y Ejecución del Trabajo del Estado Guárico. Extensión Valle de la Pascua, lo siguiente:

"... el desistimiento es definido por Ricardo Henríquez La Roche como el acto por el cual el actor retira la demanda, es decir, abandona la petición de otorgamiento de tutela jurídica, lo cual conlleva, sin mediar aceptación del demandado, la extinción de la relación procesal por falta de impulso y la omisión de la consiguiente sentencia de fondo.

En el caso que nos ocupa es el desistimiento de la parte actora a través de su coapoderada judicial de la acción, manteniendo la acción y procedimiento exclusivamente, contra la sociedad mercantil "INVERSIONES A & J 3000, C.A.", debe este Tribunal verificar los extremos legales para la validez de dicho desistimiento y previa revisión de los autos, la representante del trabajador se encuentra facultada expresamente para desistir, conforme lo establece el artículo 154 del Código de Procedimiento Civil, lo que se evidencia del asunto, por lo cual se cumple este requisito.

La Sala de Casación Social del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido en sentencia de fecha 10 de mayo de 2005, con ponencia del Magistrado

Alfonso Valbuena Cordero (Caso: Miguel Olivares Vs. Alcaldía del Municipio Sucre del Estado Trujillo), criterio sostenido en su fecha por la Sala de Casación Civil en sentencia del 11 de agosto de 1993, ratificada el 24 abril de 1998, considerando que puede el trabajador desistir del proceso mediante el cual reclama derechos que éste pretende, pero que resulta inadmisible que el trabajador desista de su acción, y al mismo tiempo de su pretensión, pues ello se constituye en una renuncia evidente a sus derechos, y por tanto equivale a ignorar la protección en su favor, y la cual se destina a resguardar los derechos del trabajador, frente a los actos del patrono. En efecto, dicho criterio jurisprudencial se estableció lo siguiente:

"...Observa esta Sala de Casación Social, como así quedó sentado en la decisión anteriormente transcrita, la cual acoge, que puede el trabajador desistir del proceso, pero no de la acción y de su pretensión, pues esto implicaría una renuncia a sus derechos y por ende constituye una desmejora en cuanto a los derechos adquiridos. En el presente caso, el actor en fecha 27 de septiembre del año 2001 desistió del procedimiento, así como de la acción, e igualmente renunció a realizar cualquier tipo de cobro relacionado con alguna incidencia producida en el transcurso del proceso, alegando posteriormente, en fecha 1° de octubre del mismo año, que sus derechos laborales eran irrenunciables, en atención a la Constitución y Ley Orgánica del Trabajo y por tanto solicitó se declarara sin lugar el desistimiento. Ahora bien, considera esta Sala de Casación Social, que al estar los derechos

laborales amparados en normas constitucionales..., y al ser los mismos irrenunciables, la homologación del desistimiento de la acción en la presente causa por parte del sentenciador superior no está ajustado a derecho, pues como antes se indicó, en el mismo se está desistiendo además de la acción, del procedimiento. Por tanto, al haberse efectuado en estos términos dicho acto de auto composición procesal, y haberlo homologado el Juzgador de alzada, no debe tenerse como válido, pues, no puede el trabajador reclamar sus derechos laborales a posteriori, lo que a todas luces atenta contra el principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales que benefician y protegen a todo trabajador. Siendo así, al haber homologado la sentencia recurrida el referido desistimiento efectuado en los términos antes expuestos, infringió los artículos 3 (primer aparte) de la Ley Orgánica del Trabajo y 9 del Reglamento de la referida Ley, que son disposiciones de eminente orden público, ambos por falta de aplicación, declaratoria ésta que hace la Sala de oficio. Así se resuelve...". (Subrayado del Tribunal).

El autor A. RENGEL ROMBERG. En su texto sobre la Teoría General del Proceso. Acción, pretensión y demanda, dejó sentado: "...el interés que constituye el contenido del derecho de acción es un interés colectivo, común a las dos partes y a todos los demás ciudadanos...la acción de las partes no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público...Al lado del interés colectivo y público que mueve a la acción, existe en todo proceso, el interés individual y privado en que se funda la pretensión. La satisfacción

de este interés privado, mediante la actuación jurisdiccional...satisface...la pretensión...pero siempre da satisfacción al derecho de acción...".

En el presente caso, la profesional del derecho, ... al desistir de la acción conlleva a la imposibilidad para los ciudadanos LUIS ENRIQUE AVILERA FLORES, RAFAEL ANTONIO AVILERA y CARMEN ONEMIO ÁLVAREZ, ... de intentar nuevamente una demanda, lo cual se traduce en una renuncia de sus derechos laborales, y al ser esta renuncia un acto contrario a la Ley y al precepto Constitucional, conforme al criterio jurisprudencial antes expuesto, este Tribunal se abstiene de homologar el desistimiento de la acción efectuado por la representación judicial de la parte actora y ASI SE DECIDE.

Contrario a lo antes expuesto, al no mantener el procedimiento en contra de las empresas ASOCIACIÓN COOPERATIVA SERVICIOS MULTIPLES FAPEMA, R.L. (ASOCOFAPEMA) y ASOCIACIÓN COOPERATIVA INVERSIONES RAMAGRANDE, C.A., no renuncia a sus derechos laborales, sino que decide voluntariamente no seguir, por falta de interés procesal o por cualquier otro motivo, con el presente proceso; sin perjudicar ni limitar sus derechos laborales de los que es titular, aunado a la circunstancia que no hay un pronunciamiento jurisdiccional definitivamente firme que por efecto de la cosa juzgada, impida ni limite ejercer nuevamente su derecho de acción, toda vez que lo que se extingue es el proceso más no se resuelve el fondo de sus pretensiones laborales..."

Es importante hacer mención también a jurisprudencia que con relación de la tutela judicial efectiva se ha dictado, más aún si se piensa que ha sido afectada por el rechazo o inadmisión de una demanda con base al rechazo (valga la redundancia) de la acción. Es repetido el criterio de la doctrina académica y la jurisprudencial que el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface.

Continuando con la tutela judicial efectiva, existen casos tan interesantes en el que no sólo se garantiza el acceso al órgano de la administración de justicia (acción) para proteger dicha tutela, sino que además se garantice el derecho a obtener una decisión ajustado a derecho, efectiva y ejecutoria, tal y como se observa en Sentencia N° 0262-2005-I (sentencia interlocutoria), del Expediente N° 08950 de fecha 28-09-2005, emanada del Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario, del Tránsito, y Bancario del Primer Circuito Judicial del Estado Sucre, que señala lo siguiente:

"La tutela judicial efectiva ha sido asimilada, al igual que la pretensión, con la acción. En tal sentido, en Sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 27 de abril de 2001, N° 576, Exp. N° 00-2794, se ha expresado que:

"La Constitución de la República en su artículo 26 consagra la garantía jurisdiccional también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquel atribuido a toda persona de acceder a lo órgano de

administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca una mínima garantía (...). Es pues, la garantía jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano (...) para conseguir una decisión dictada conforme el derecho (...)".

De igual manera y con base precisamente a la tutela judicial efectiva consagrada en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, existe la posibilidad de incurrir en una decisión en puntos contradictorios en relación con la admisibilidad o no, y a la procedencia o no, tanto de la acción como de la pretensión, como se observa en Sentencia N° 09-0470 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de fecha 05-10- 2009, que expresa lo siguiente:

"... Así pues, con ese modo de proceder el a quo constitucional generó una evidente contradicción en la fundamentación del fallo in commento, que rompió la coherencia lógica que debe existir a lo interno de toda decisión judicial, al pretender conciliar dos argumentos enfrentados y excluyentes entre sí, como lo son, por una parte, el referido a la inadmisibilidad de la acción y, por otra, el inherente a la improcedencia del mismo, circunstancia que vicia por inconstitucional la sentencia dictada, al quebrantar la garantía de la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha reconocido expresamente esta Sala, entre otras, en sentencia N° 1862 del 28 de noviembre de 2008 (caso: Luis Francisco Rodríguez), en la cual resolvió lo siguiente:

"...llama poderosamente la atención de esta Sala, que la Corte de Apelaciones del Circuito Judicial Penal del Estado Nueva Esparta, al resolver la pretensión de amparo dirigida a enervar la declaratoria sin lugar de la solicitud de nulidad absoluta planteada por el accionante en la audiencia de presentación (decisión que es inimpugnable según el artículo 196 del Código Orgánico Procesal Penal), articuló, en la motivación de su sentencia, un análisis sobre la admisibilidad de dicha demanda de amparo, concluyendo que en el caso de autos operó la causal de inadmisibilidad prevista en el artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, y acto seguido, en ese mismo capítulo, juzgó sobre el mérito de esa misma pretensión, declarándola improcedente in limine litis, siendo este último el resultado decisorio plasmado en la parte dispositiva.

> ... En efecto, la pretensión es admisible, cuando se cumplen los requisitos legales (generalmente de orden público) que permiten la tramitación de una causa, pero su declaratoria no implica en modo alguno un pronunciamiento sobre el mérito del asunto debatido en el proceso. Por interpretación en contrario, la inadmisibilidad de la pretensión tiene lugar por la insatisfacción de esas exigencias que -sin que sea vista la causa- impiden la constitución del proceso.

Por su parte, la procedencia o improcedencia de la pretensión, es propia de un pronunciamiento de fondo (incidental o definitivo) y está necesariamente vinculada al mérito del asunto debatido en la incidencia o en el proceso, según el caso; es decir, a la aceptación que de un pedimento determinado

hace el órgano jurisdiccional. En caso contrario, el órgano jurisdiccional declarará 'sin lugar' o 'improcedente' la pretensión.

> ... Visto entonces que la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones que conoció en primera instancia la presente acción de amparo, adolece de un palpable vicio de contradicción en su motivación, que irremediablemente compromete su coherencia interna por haberse articulado con fundamentos jurídicos que se destruyen mutuamente (razonamientos de inadmisibilidad e improcedencia), impidiendo individualizar con claridad la ratio decidendi, esta Sala considera que tal acto jurisdiccional no resiste, en este primer aspecto, el análisis de su constitucionalidad, ya que la incoherencia interna en ella detectada vulnera manifiestamente, por falta de motivación, el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, y tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional español, vulnera la tutela judicial efectiva, por falta de motivación, una sentencia que incurre en contradicciones internas o errores lógicos que la hagan manifiestamente irrazonable por contradictoria, ya que una aplicación de la legalidad que sea arbitraria o manifiestamente irrazonable no puede considerarse fundada en Derecho (STC 184/1992, del 16 de noviembre), hipótesis esta que se ha verificado, sin lugar a dudas, en el caso de autos, ya que el a quo pretendió aplicar conjuntamente, a los fines de desestimar una misma pretensión de amparo, el artículo 6.1 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el cual establece la causal de inadmisibilidad por cesación de la violación o amenaza constitucional, y el

artículo 4 eiusdem, referido a los requisitos de procedencia del amparo contra decisiones judiciales, siendo que, tal como se señaló supra, se trata de fundamentos jurídicos antitéticos, respecto a la improcedencia in limine litis..."

Este Supremo Tribunal, en Sala Político Administrativa, reconoce expresamente - y así lo declara formalmente: "... la preferente aplicación del artículo 68 de la Constitución sobre los artículos 137 de la Ley Orgánica de Aduanas y 462 de su Reglamento; textos – legal y reglamentario – que, en cuanto condiciona económicamente el acceso de los particulares al Poder Judicial, constituyen una violación flagrante del derecho a la defensa, garantizado por la transcrita norma constitucional. En virtud de lo cual, se abstiene la Sala de aplicar los señalados al caso de autos, y así lo declara igualmente..."

Con todo lo aquí expuesto se refleja de buena y gran manera alguna de las miles de jurisprudencias que sobre el tema se han dictado, en donde se manifiestan la doctrina y la legislación en su más alta expresión.

La Suprema Corte de los Estados Unidos ha dicho que la idea de gobierno republicano implica la posibilidad de que los ciudadanos se puedan reunir pacíficamente para pedir al poder público la reparación de los agravios. Pero en realidad el derecho de los ciudadanos es más amplio. No se trata sólo de la tutela efectiva frente al agravio recibido, sino del derecho a exponer cualquier petición.

CONCLUSIONES

En primer lugar, al identificar la acción y la pretensión como derechos fundamentales de las personas, se constató la importancia que en el ámbito jurídico ellas poseen, no solo por la multiplicidad de criterios y opiniones que sobre ellas existen, sino con base a la relevancia que representan para las personas, quienes son, en definitiva, las interesadas directa e intrínsecamente con la existencia, desarrollo y desenvolvimiento de la acción y la pretensión, según la época y las circunstancias en que ellas se presenten.

Se observó que en épocas pasadas los ciudadanos hacían justicia por su propia mano, sin parámetros que permitieran que dichos medios de resolución de conflictos de intereses no vulneraran otros derechos ni produjeran un sin fin de pleitos entre los mismos.

Es por tal motivo que nace el Estado, no solo por efecto de la anarquía que se presenta entre los particulares, que buscan un tercero imparcial, sino que además nace por la circunstancia de la creación de disposiciones, en el caso particular, jurídicas y como consecuencia de ellas el ordenamiento jurídico, quien le da un carácter formal y superior ante los ciudadanos, quienes se sujetarán a sus decisiones

Es el Estado quien le da vida a ese poder jurídico llamado acción, por intermedio del cual se puede activar la jurisdicción (Estado) para solicitar la protección de los derechos de los derechos individuales de las personas. Y

es ese mismo Estado quien crea los mecanismos y formas necesarios para que los ciudadanos expongan sus intereses, bajo una declaración de voluntad llamada pretensión, el cual es el propio objeto del proceso, es la causa petendi, donde se ven reflejados todos los derechos que los particulares consideran vulnerados.

En segundo lugar, al señalar los criterios doctrinarios, legales y jurisprudenciales de la acción y la pretensión en Venezuela, se puedo conocer que es evidente que la Acción y la Pretensión, a pesar de todos los tropiezos y vicisitudes que han sufrido a lo largo del tiempo, por las asimilaciones, confusiones y tergiversaciones que de ellos ha hecho, han superado todo ello, siendo que aún hay mucho camino por recorrer para lograr algo cercano a la verdad. Y en definitiva, es posible que nunca sea así, pues no es el mismo Derecho el de Roma que el actual, no se presentan las mismas circunstancias, no hay los mismos valores que, en definitiva, determinan el alcance del Derecho, basados en los Derechos Fundamentales inherentes a las personas, donde se ubican especial, categórica y estratégicamente la Acción y la Pretensión. Basta con el hecho de la importancia que se le otorga en el ordenamiento jurídico venezolano para comprender lo importante y necesario que ellos representan a los particulares.

La acción es un derecho fundamental puesto que sin ese Poder Jurídico, las personas están desprovistas de protección a sus derechos,

protección que se logra a través de la Constitución y las Leyes por medio de la Tutela Judicial Efectiva, solicitada ante el Estado (a través de la Jurisdicción), por intermedio de loa órganos de la administración de Justicia, cuyo objeto es la pretensión procesal, declaración de voluntad para requerir la protección de esos derechos individuales fundamentales. Todo ello se complementa con 3 elementos importantes para que la acción y la pretensión cobren vida: a) La Constitución y las leyes, sin las cuales reinaría una anarquía frente al libre albedrío que asuman las personas en relación a sus conductas y actitudes, las cuales pueden caer en el campo de la Inconstitucionalidad e Ilegalidad; b) La Demanda, que constituye el acto procesal por excelencia en donde se plasman tanto la acción como la pretensión; y, pero no menos importante, c) La Jurisprudencia, actos jurídicos que realiza el juez (en representación del Estado), para crear una norma jurídica concreta a un caso específico, que satisfaga a la acción, con el solo hecho de ponerla en movimiento, así lo logre o no en relación con la pretensión.

Y finalmente al identificar las similitudes y divergencias que caracterizan a la acción y la pretensión respecto a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva se observó que la acción y la pretensión se asimilan y diferencian a la jurisdicción y a la tutela judicial efectiva, partiendo de criterios erróneos en los que se considera, principalmente, como parte de una de ellas, perteneciendo en realidad a la otra. Esto significa que se estableció como

parte de la naturaleza jurídica de la acción y su clasificación, elementos que no le pertenecen y no le son propios a la acción, sino que forman parte de la naturaleza jurídica, características y tipos tanto de la pretensión, de la jurisdicción, como de la tutela judicial efectiva.

La acción es ese poder jurídico que faculta a los particulares a enervar al órgano de administración de justicia, por lo que frente a la jurisdicción se percibió que no puede haber acción sin jurisdicción, es decir, se encuentran en una íntima relación de dependencia, no llegando a ser una sola porque una emana de los particulares (acción) y la otra del Estado (jurisdicción).

La acción frente a la pretensión conllevó a concluir que entre ellas existe una complementación, pues los particulares ponen en funcionamiento ese poder jurídico, el cual busca su justificación en unos hechos y con fundamento a unos derechos, lo cual se plasma mediante una declaración de voluntad llamada pretensión, que a su vez es garantizada por el Estado.

Es precisamente esa garantía de los derechos fundamentales individuales de las personas la que busca proteger, tanto la facultad de accionar al Estado, como las pretensiones que de ese accionar se derivan, lo que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva. La misma forma parte dentro del desarrollo y desenvolvimiento de la acción, la pretensión y, por ende, de la jurisdicción, pues es gracias a la tutela judicial efectiva que se cubre con un manto especial la efectividad de la aplicación del Derecho ante las violaciones e infracciones que se presentan.

Es por tal motivo que surgió el interés de la autora al estudio y análisis de la investigación realizada, sobre la acción y la pretensión como derechos fundamentales de las personas.

RECOMENDACIONES

Es necesario canalizar y enfocar los métodos de estudio de una materia en particular bajo unos parámetros generales mínimos, que permitan conocer con relativa precisión, la esencia del objeto de la investigación para que, aún siendo un trabajo arduo y complicado, se establezca una certeza de que se ha logrado conocer la verdad de la materia analizada, en cualquier época y circunstancia que se presente.

Ello permite evitar polémicas, confusiones y tergiversaciones con otras figuras del ámbito explorado, tal y como se presentó en el caso concreto de estudio de la presente investigación.

No es sino a través de una veraz organización de los elementos que se poseen, que se pueda lograr las metas trazadas ante cualquier situación o hechos que se deseen conocer y analizar.

MATERIALES DE REFERENCIA

Bello, H. (2004). **Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales**. Primera Edición. Caracas, Venezuela. Ediciones Paredes.

Camacho, H. (2002). **Tutela Judicial Efectiva y otras Garantías Constitucionales Procesales**. Primera Edición. Caracas: Paredes.

Carroca, P. (1998). **Garantía Constitucional de la Defensa Procesal**. Barcelona.

Couture, E. (1997). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** (3ª ed.) Buenos Aires: Ediciones De Palma.

Código Civil (1982). **República de Venezuela. Gaceta Nº 2.990 Extraordinaria**. Julio 26, 1982

Código de Procedimiento Civil (1986). **Congreso de la República de Venezuela Gaceta Oficial No. 3.694** Extraordinario del 22 de enero

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999). Gaceta Oficial de La República Bolivariana de Venezuela N° 37.022 (Extraordinario). Agosto 22, 2000.

Constitución Española (1978). Reino de España. Sancionada por S. M. el Rey, Diciembre 27, 1978.

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969). IX Conferencia Internacional Americana realizada en Bogotá. Resolución XXX, Noviembre 22.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Aprobada por la Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos.

Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU. Resolución 217 A (III), Diciembre 10, 1948)

Díaz, R. (2004). **Reflexiones Sobre una Visión Constitucional del Proceso, y sus Tendencias Jurisprudenciales: Hacia un Gobierno Judicial**. Caracas: Paredes.

Díaz, V. (2004). **La Garantía Constitucional de la Tutela Judicial Efectiva y las Prerrogativas Fiscales de Índole Procesal en el Contencioso Tributario Venezolano**. Ponencia presentada en la Séptimas Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario. Editorial de la Asociación Venezolana de Derecho Tributario (AVDT). Caracas. Noviembre.

Escovar, R. (2001). **La Motivación de la Sentencia y su Argumentación Jurídica.** Caracas. Editado por la Academia de Ciencias Políticas y Sociales.

Guasp, J. (1998). **Derecho Procesal Civil**. (4ª ed.) Madrid: Editorial Civitas, S.A.

Molina, R. (2002). **Reflexiones sobre una Visión Constitucional del Proceso, y sus Tendencias Jurisprudenciales: Hacia un Gobierno Judicial**. Ediciones Paredes.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966). Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de la ONU. Resolución 2200 A (XXI), Diciembre 16, 1966.

Pico I. (1998). **Las Garantías Constitucionales del Proceso. Barcelona**. 1997.

Rivera, R. (2002). **Aspectos Constitucionales del Proceso**. Tribunal Supremo de Justicia. Libro Homenaje a José Andrés Fuenmayor. Tomo II. Caracas.

Rômberg, A. (1991). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano (Según el Nuevo Código de 1987).** (Vol. I). Caracas: ExLibris.