

TESIS
DP 2002
S'6

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

**NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION A
LA LUZ DE LA CONSTITUCION DE 1999**

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

Autora: Abog. Rosángela M. Sorondo G.

Tutor: Dr. Paolo Longo

Barquisimeto, Noviembre del 2002

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

APROBACION DEL ASESOR

En mi carácter de asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la Ciudadana Abogado Rosángela M. Sorondo G, para optar al Grado de Especialista en Derecho Procesal, cuyo título es: Naturaleza Jurídica de la Acción a la luz de la Constitución de 1999; 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 Barquisimeto, a los 06 días del mes de Noviembre, de 2002.

Dr. Paolo Longo

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

**NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION A
LA LUZ DE LA CONSTITUCION DE 1999**

Por: Rosángela M. Sorondo G.

Trabajo Especial de Grado de Especialización en Derecho Procesal,
aprobado en nombre de la Universidad Católica "Andrés Bello", por el
Jurado abajo firmante, en la ciudad de _____, a los _____ días del
mes de _____ del _____.

Dedicatoria

A Dios Todopoderoso
y a la Santísima Virgen,
por ayudarme a alcanzar esta nueva meta.

A mis Padres,
por su amor e incondicional apoyo
a lo largo de todos mis estudios.

A Harold,
por ser pilar fundamental de mi vida.

Rosángela

AGRADECIMIENTOS

A la Universidad Católica “Andrés Bello”, por permitirme realizar esta Especialización y a sus profesores por dedicarnos su tiempo y brindarnos sus conocimientos.

A mi Tutor, Dr. Paolo Longo, por su gran apoyo y orientación en la realización de esta investigación, por su gran calidad humana, y su admirable dedicación al estudio. Gracias por todas las jornadas de enseñanza recibidas.

Al Colegio de Abogados del Estado Lara y al Instituto de Estudios Jurídicos, por la oportunidad de realizar esta Especialización.

A todas las personas, que de una u otra manera, me ayudaron a lograr esta meta en mi carrera profesional.

A todos, infinitas Gracias.

INDICE

	pp.
DEDICATORIA	v
AGRADECIMIENTOS	vi
RESUMEN	ix
INTRODUCCION	1
CAPITULO	
I NOCIONES GENERALES DE LA ACCION	5
1.1. Nacimiento de la Acción	5
1.2. Concepto de Acción	11
1.3. Clasificación de la Acción	17
1.3.1. De acuerdo a la clase de pronunciamiento que se pretende	18
1.3.2. En razón del derecho que protegen	21
1.3.3. Otras clasificaciones	24
1.4. Condiciones de la Acción	26
1.4.1. Interés para accionar	27
1.4.2. Legitimación para accionar	29
1.5. Elementos de la Acción	34
1.6. Bilateralidad de la Acción	39
1.7. Acción y Pretensión	40
II TEORIAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION	45
2.1. La Acción en el Derecho Romano	45
2.2. La Polémica Windscheid-Muther	49
2.3. La Acción como Pretensión de la Tutela Jurídica	56
2.4. La Acción como Derecho Potestativo	61
2.5. La Acción como Derecho Público	66
2.6. La Acción como Derecho Abstracto de Obrar	67
2.7. La Acción como Derecho de Forma Típica del Derecho de Petición	72
2.8. Relatividad de la Acción	73

III LA ACCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO A LA LUZ DE LA CONSTITUCION DE 1999	79
3.1. Visión Legal	79
3.2. Visión Doctrinal	83
3.2.1. La Soberanía Popular y el Régimen Democrático	90
3.2.2. El Poder Ciudadano	98
3.2.3. El Poder Electoral	112
3.3. Visión Jurisdiccional	115
 IV CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	 128
4.1. Conclusiones	128
4.2. Recomendaciones	130
 BIBLIOGRAFIA	 131

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

**NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION A
LA LUZ DE LA CONSTITUCION DE 1999**

Autora: Rosángela M. Sorondo G
Asesor: Paolo Longo
Año: 2002

RESUMEN

Al asumir el Estado la tutela del Ordenamiento Jurídico en su función jurisdiccional le atribuye a los individuos una facultad designada en doctrina con el nombre de Acción. Facultad esta que junto con la jurisdicción y el Proceso integran los capítulos fundamentales del Derecho Procesal. Este trabajo analizará los diferentes intentos explicativos de la doctrina en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de la Acción y cómo a partir de esos intentos se ha visto afectada la legislación positiva venezolana su diferencia con otras instituciones procesales, condiciones de ejercicio, formas que debe revestir y relaciones. Todo ello visto a través de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, bajo el Principio de la Autonomía Científica del Derecho Procesal moderno que reconoce la determinación de la naturaleza de la Acción como una categoría de problema fundamental, así como basándose en el ordenamiento jurídico vigente se establecerá si los legisladores le han otorgado esa categoría con el fin de delimitar dicho instituto y establecer su espíritu, propósito y razón. En razón de esto este estudio de tipo documental mediante una investigación analítica apoyado en la revisión bibliográfica y el uso de técnicas documentales. Este estudio se ha dividido en el estudio de la Doctrina, Jurisprudencia y Cuerpos Legislativos. Una vez analizada la información se concluye que todo ciudadano para defender sus derechos individuales o ajenos (colectivos) puede hacer uso de las instituciones que la nueva Carta Magna le ofrece como la Defensoría del Pueblo, buscando que la acción se realice de la mejor manera posible

Descriptores: Estado, Tutela, Acción, Jurisdicción, Proceso, Naturaleza Jurídica, Ordenamiento Jurídico, Doctrina y Jurisprudencia.

INTRODUCCION

Los primeros intentos de la Doctrina Romana definían la Acción como *nihil aliud est actio, quam jus quos sibi debeatur iudicio persequendi*, es decir la acción no es sino el derecho de pedir en juicio lo que a uno de le debe. Pero esta concepción es insuficiente al pretender aplicarla a la solución de múltiples cuestiones que el examen del proceso suscita. En efecto, el proceso tiene la decisión de una *litis* conforme a las normas del derecho sustancial y en él intervienen al menos tres sujetos: el actor, el demandado y el juez; este último en ejercicio del poder jurisdiccional del Estado.

Entonces, la situación que se presenta es saber si ese medio para obtener la tutela jurídica que se llama *Acción*, no es más que el mismo derecho que se pretende, considerado en su fase activa, o por el contrario es un derecho que subsiste con independencia del derecho sustancial.

Acertadamente Calamandrei (1962) destaca, que la presencia en el proceso de dos litigantes frente al juez plantea el dilema por un lado, de que si es en el proceso donde se observa un servicio que el Estado presta al

individuo proporcionándole el medio para actuar, y por el contrario que si es un servicio que el ciudadano presta al Estado proporcionándole la oportunidad de actuar en el derecho objetivo. Entonces, se comprende fácilmente que la potestad del juez varía según la posición en que se le coloque.

Ahora bien, en el supuesto que considera la acción desde el punto de vista de las partes (concepción privatista), ellas no sólo determinan la cuestión a decidir, sino que fijan el material de conocimiento y aquí el juez se convierte solamente en un *espectador* de la contienda. En otro, que considera la acción desde el punto de vista de la jurisdicción (concepción publicística), las partes sólo actúan como auxiliares del juez, el cual se convierte en un *dictador* del proceso.

Es así que éstas distintas soluciones se hallan vinculadas a un problema más general llevado al terreno procesal, el de las relaciones entre el interés individual y el Estado, entre libertad y autoridad, el cual aflora hoy día en el campo del pensamiento. Por eso, con un exacto sentido del equilibrio Alcalá Zamora y Castillo (1974), completa la fórmula expresando que el juez no es ni espectador ni dictador, sino *director* del proceso, porque toda exaltación del interés público se hace siempre a costa del derecho subjetivo privado.

Por otra parte, el estudio de las teorías de las acciones en el régimen jurídico venezolano tiene particular importancia práctica desde diversos puntos de vista, como es el de establecer en un caso concreto la naturaleza de la acción concebida en la Constitución de 1999, deducida en la pretensión con relación al derecho substancial, sus condiciones de ejercicio, las formas que debe revestir, resultando indispensable para determinar la función de los otros institutos del proceso, a los cuales se halla estrechamente vinculada. Así, la ley distribuye la competencia de los jueces de acuerdo a la naturaleza de las pretensiones, una acción deducida ante el juez incompetente puede ser rechazada de oficio por el tribunal o hacer incurrir en el pago de las costas si la incompetencia se opone por el demandado mediante una excepción.

En materia de pruebas, es importante conocer cuál debe ofrecerse por las partes y ser admitida por el juez según la acción deducida. Es así, que en una acción posesoria (llamada así por el código procesal venezolano), sería inútil la prueba del dominio porque no es éste lo que se discute sino el hecho de la disposición. La admisibilidad de la prueba no depende del árbitro judicial, sino que está regida por textos expresos, que no sólo establecen limitaciones en ciertos casos, sino que en otros la prohíbe.

En cuanto a la sentencia, ella debe estar de acuerdo, bajo pena de nulidad, con las acciones o pretensiones deducidas en la demanda y en la contestación, por lo que respecta al principal efecto de la misma, es decir, de la cosa juzgada. Sólo el examen de los elementos de la acción o de la pretensión va a permitir conocer en un caso concreto, cuando la excepción que de ella deriva puede ser opuesta válidamente. Es natural que el concepto de acción para la ley difiera del que hoy le asigna la doctrina y es frecuente referirse con ella a la pretensión o a la demanda.

NOCIONES GENERALES DE LA ACCION

1.1. Nacimiento de la Acción.

La iniciativa del proceso corresponde a la parte interesada, o por vía de excepción al Ministerio Público; porque el juez no procede de oficio y no toma un examen de la controversia si no lo pide el interesado. En opinión de Tullio Liebman (1980), esta iniciativa, que se ejercita proponiendo en las debidas formas la demanda del juicio representa, por tanto, para la parte ante todo, una carga, el acto necesario para dar inicio a un procedimiento mediante el cual cuenta con obtener la protección de su derecho.

Pero, la iniciativa del proceso representa al mismo tiempo también el ejercicio de un derecho de la parte, es decir, el derecho de provocar ejercicio de la jurisdicción con respecto a una situación jurídica en la que precisamente está interesada, con la finalidad de obtener del juez protección de un interés propio amenazado o desconocido, la satisfacción de un derecho propio que se afirma estar insatisfecho.

Naturalmente, la naturaleza jurisdiccional corresponde en efecto sólo a quien tiene razón, no a quien alega un derecho inexistente. Pero, el único modo de asegurar a quien tiene razón la posibilidad de hacerla valer en juicio es el de permitir a *todos* dirigir sus demandas a los tribunales, a quienes corresponde el cometido de examinarlas y de acogerlas o rechazarlas, según sean fundadas o infundadas.

En este aspecto Couture (1972), refiere que históricamente este derecho ha sido confundido con otros poderes jurídicos o facultades a los que se confiere el mismo nombre. La doctrina, luego de una tarea de más de un siglo, ha logrado aislarlo y determinar su esencia, habiendo sido objeto de una formulación especial en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

En opinión del autor antes mencionado, este poder compete al individuo en cuanto tal, como un atributo de su personalidad. Tiene en este aspecto un carácter rigurosamente privado. Pero al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, lo que le asigna carácter público. Mediante la acción se cumple la jurisdicción, es decir, se realiza efectivamente el derecho, ya que, por tradicional principio que rige en

materia civil, la jurisdicción no actúa sin la iniciativa individual: *nemo iudex sine actore*.

Este derecho de accionar, goza de la garantía constitucional, sancionada en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), al disponer que: “Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, ... El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad ...”. Inseparable de esta garantía de la acción es la correlativa garantía de la defensa, consagrada en el numeral 1° del artículo 49: “... La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso ...”.

Es así, que en opinión de Tullio Liebman (Op. cit.), esto asegura el principio del contradictorio, es decir, el derecho para todas las partes de comparecer ante el juez, uno en carácter de actor y otro de demandado, para defender las propias razones, por ser el principio animador fundamental del proceso.

Ahora bien, en el lenguaje jurídico *accionar* tiene el significado de perseguir en juicio la tutela del propio derecho y el término *acción*, designa

el correspondiente derecho. Es la *actio* de los juristas romanos, cuya definición todavía es válida y significativa.

Sin embargo, a los juristas romanos les era desconocido el concepto del derecho subjetivo, tal como fue elaborado en tiempos más recientes; ellos conocían, en cambio, la *actio*, que era el medio jurídico para pedir la satisfacción de las propias razones. Por ello, para que cualquier persona solicitara un derecho, se decía que le correspondía la *actio*. Toda la evolución del derecho clásico se ha desarrollado a través de la ampliación y el enriquecimiento de las figuras de las acciones.

Actualmente, las cosas se muestran de un modo totalmente diverso, porque el aparato jurisdiccional estatal ha asumido un relieve tan importante y una destacada autonomía, que no puede ser simplemente disimulado entre los pliegues del derecho privado.

Por tanto, el orden jurídico está constituido por dos sistemas de normas distintas y coordinadas, que se integran y contemplan recíprocamente: el de las relaciones jurídicas sustanciales, representadas por los derechos y por las obligaciones correspondientes, a tenor de las diversas situaciones en que las partes vienen a encontrarse; y del proceso, que proporciona los medios jurídicos para tutelar y actuar el sistema de los derechos.

Es por ello que según Tullio Liebman (Op. cit.), sería contrario a la realidad pretender hoy absorber el uno en el otro; pero sería también poco concluyente el discutir cuál de los dos sistemas, desde el punto de vista lógico, es prioritario. Este autor lo ve en situación paritaria, necesarios y complementarios el uno del otro. Sin el proceso, el derecho quedaría abandonado a la sola buena voluntad de los hombres y correría el riesgo de permanecer inadecuado muy a menudo; y el proceso sin el derecho sería un mecanismo constreñido a girar en vacío, carente de contenido y de finalidad.

En este orden de ideas, el autor antes mencionado considera que la misma relación existe entre las situaciones subjetivas propias de los dos sistemas, esto es entre el derecho subjetivo sustancial y la acción, ya que por mucho tiempo se consideró la acción como parte integrante del derecho subjetivo sustancial, o como el mismo derecho en su fase activa y agresiva. Pero, se ha demostrado la autonomía y propiamente encaminada a individualizar en ella el derecho subjetivo procesal.

La distinción entre el derecho subjetivo sustancial y la acción nace bajo múltiples aspectos. En efecto, el primero tiene por objeto una prestación de la contraparte, la acción tiende en cambio a provocar una actividad de los órganos judiciales; por ello el derecho se dirige hacia la contraparte y tiene, de acuerdo al caso, naturaleza privada o pública y un contenido que varía en

dependencia del singular hecho específico, mientras que la acción se dirige hacia el Estado y tiene por eso siempre naturaleza pública y contenido uniforme como es la demanda de la tutela jurisdiccional del propio derecho.

En segundo lugar, Tullio Liebman (Op. cit.), propone que como el derecho de accionar está dado para la tutela de un derecho o interés legítimo, es claro que corresponde solamente cuando hay necesidad de la tutela, es decir, cuando el derecho o interés legítimo no ha sido satisfecho o ha sido insidiado y hecho incierto y por eso gravemente amenazado, de allí el interés de accionar.

Por tanto, el derecho de acción adquiere así una fisonomía suficientemente precisa, es un derecho subjetivo diverso de los del derecho sustancial, porque está orientado hacia el Estado, sin estar dirigido a una prestación suya; es más bien un derecho de iniciativa y de impulso, con el cual el individuo pone en movimiento el ejercicio de una función pública, de la cual espera obtener la protección de las propias razones, disponiendo a este objeto de los medios aprestados por la ley para hacerlas valer, aún sabiendo que el resultado también podría serle adverso.

Entonces, es un derecho fundamental del individuo, que califica en el ordenamiento jurídico y frente al Estado, conferido y regulado por la ley procesal, pero al mismo tiempo reforzado por una garantía constitucional en

la que se encuentran esculpidos sus datos esenciales. El mismo encuentra, por eso, su regulación en el derecho vigente en el momento en que viene propuesto, aún cuando la relación sustancial a la que se refiere está regulada por alguna ley. De igual forma, la admisibilidad de la acción, así como sus condiciones de ejercicio están reguladas por la *lex fori* cualquiera que sea la ley reguladora de la relación sustancial deducida en juicio.

1.2. Concepto de Acción.

En este punto es bueno aclarar lo que propone Couture (1972), y es el ambiguo sentido que ha tenido el vocablo *acción*, ya que la polémica muchas veces es de palabras, por lo que lograr un acuerdo del mismo es indispensable para entenderse.

Es así, que la palabra *acción* aparece con un significado diferente en todos los campos del derecho. Sólo en un derecho positivo determinado se le han fijado quince acepciones distintas. García Valdés, citado por Couture (Op. cit.), refiere que en el campo procesal, en particular, . Su significado varía en el tiempo y en el espacio, llegando a enunciarse hasta veinte definiciones.

Igualmente Colinet, citado por Couture (Op. cit.), propone que puede comprobarse, además, que el sentido del vocablo ha evolucionado en el

tiempo; no es el mismo del significado actual de la acción civil que el de la *actio* romana; así como tampoco es igual, aún en nuestros días, el concepto de acción entre los países de cultura latina y los de cultura anglosajona, en terrenos tan próximos como el de la jurisdicción y de la administración, el concepto del mismo vocablo es diverso.

Pallares, citado por Couture (Op. cit.), expresa que frente a esa complejidad, la primera preocupación era la de determinar con la mayor precisión posible, qué es lo que se quiere decir cuando se habla de acción. Sin este acuerdo acerca del vocablo no se podría entender.

Entonces, la acción, en sentido procesal acoge al menos tres acepciones:

- a. Como sinónimo de *derecho*; es el sentido que tiene el vocablo cuando se dice *el actor carece de acción*, o se hace valer la *exceptio sine actione agit*, lo que significa que el actor carece de un derecho efectivo que el juicio deba tutelar.
- b. Como sinónimo de *pretensión*; Estévez, citado por Couture (Op. cit.), afirma que es éste el sentido más usual del vocablo, en doctrina y en la legislación, se halla recogido con frecuencia en los textos legislativos del siglo XIX que mantienen su vigencia aún hoy día; se

habla, entonces, se *acción fundada y acción infundada*, de *acción real y acción personal*, de *acción civil y acción penal*, de *acción triunfante y acción desechada*.

En estos vocablos, la acción es la pretensión de que se tiene un derecho válido y en nombre del cual se promueve la demanda respectiva. En cierto modo, esta acepción de la acción, como pretensión, se proyecta sobre la de demanda en sentido sustancial y se podría utilizar indistintamente diciendo *demanda fundada e infundada*, *demanda (de tutela) de un derecho real o personal*, entre otros. Este es un lenguaje habitual del foro y de la escuela de muchos países.

- c. Como sinónimo de *facultad de provocar la actividad de la jurisdicción*, Prieto Castro, citado por Couture (Op. cit.), explica que se habla 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 esta pretensión sea fundada o infundada no afecta la naturaleza del poder jurídico de accionar; pueden promover sus acciones en justicia aun aquellos que equivocadamente se consideran asistidos de razón.

En este sentido, Alsina (1956), considera que como consecuencia de haber asumido el Estado, a través de un largo proceso histórico, la tutela del ordenamiento jurídico, prohibiendo el empleo de la violencia en la defensa privada del derecho. lo cual constituye su función jurisdiccional, se reconoce en los individuos la facultad de requerirle su intervención para la protección de un derecho que se considera lesionado, cuando no fuere posible la solución pacífica.

Según Pekelis, citado por Alsina (Op. cit.), a esta facultad se le designa en doctrina con el nombre de *acción* y ella se ejerce en un instrumento adecuado al efecto que se denomina *proceso*. Jurisdicción, acción y proceso son así conceptos correlativos, que integran los tres pilares fundamentales del Derecho Procesal, cuyo contenido no es otro que el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado.

Para el autor antes mencionado, sólo se habla de acción cuando se refiere a la actividad procesal del Estado. Esto nos lleva a la constatación de que sólo puede hablarse de acción cuando hay proceso, es decir, que el concepto técnico jurídico de acción se resuelve en una contradicción con el significado común de la palabra, o sea, la acción corresponde a aquel a quien se le prohíbe obrar por sí mismo. Originariamente, la acción se refería a una actividad privada. Por un fenómeno lingüístico ha alcanzado la actual

aceptación: el poder de actuar se convirtió en el poder de provocar la actuación.

Por consiguiente Chiovenda y Pekelis, citados por Alsina (Op. cit., p. 301), consideran que la acción podría definirse como "el derecho del acreedor a obtener mediante el órgano judicial un bien jurídico que la ley le reconoce y que le es negado o desconocido por su deudor".

Pero, esta concepción, que inspiró los primeros intentos explicativos de la doctrina, resulta insuficiente a poco que se pretenda aplicarla a la solución de las múltiples cuestiones que el examen del proceso suscita, después de haberse puesto de manifiesto aspectos antes inadvertidos.

En este orden de ideas, Goldschmidt (1979, p. 96), refiere que la acción o el derecho de obrar procesal, "es un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable".

Por tanto, la acción procesal, como objeto del proceso, es un derecho justiciario de carácter material, no de carácter procesal. No es una *pretensión* (acción o derecho) preprocesal o supraprocesal más que desde el punto de vista de la concepción civilista corriente, que supone la existencia de sus presupuestos. Para la concepción procesalista, según la

cual el fin del proceso es hacer evidente el derecho discutido, es, antes y durante el proceso, la posibilidad de obtener una sentencia favorable, y después de terminados los debates, la expectativa de la misma.

1.3. Clasificación de la Acción.

En este punto Alsina (1956), deja en claro que al tomar en cuenta la definición de acción, parece que ésta no podría ser sino una sola, en cuyo caso sería superfluo hablar de clasificaciones. En efecto, el derecho de reclamar la intervención del Estado en presencia de una lesión, es siempre de igual naturaleza, pero no en todos los casos su objeto es el mismo, ni el derecho cuya protección se requiere es necesariamente igual, ni la acción se ejercita de un solo modo.

Por ser el objeto inmediato de la acción la sentencia, ésta puede ser de distintas clases, y la acción variará según la sentencia que se pretenda. El no poder ejercitarse todas las acciones del mismo modo, ni al mismo tiempo hacen que estas circunstancias den paso a una clasificación.

De igual manera Couture (1972), refiere que la clasificación de la acción siempre se ha hecho en función de criterios muy variados. Una veces de carácter procesal, otras de carácter material, y algunas de carácter propio de una rama en particular del derecho. Pero, en todas estas

clasificaciones está más o menos implícito el concepto de que acción y derecho material van unidos.

1.3.1. De acuerdo a la clase de pronunciamiento que se pretende.

1. Acción de condena.

Según Alsina (Op. cit.), esta es la más común, y por ella el actor persigue una sentencia que condene al demandado a una determinada prestación, bien sea dar o hacer; o que se deshaga lo hecho si la obligación fuere de no hacer.

Para lograrla debe cumplir las siguientes condiciones: 1) un hecho que importe la violación de derecho, 2) que sea susceptible de prestación, porque nadie está obligado al cumplimiento de un hecho imposible, lo cual se resuelve por las reglas referentes al objeto de los actos jurídicos.

Por tanto, para la satisfacción de la pretensión jurídica deducida en la acción, la sentencia de condena debe contener: 1) la declaración de legitimidad de esa pretensión, y 2) la posibilidad de su ejecución aún contra la voluntad del obligado.

2. Acción Declarativa.

Propone Alsina (Op. cit.), que toda sentencia, aun la condenatoria, es declarativa, porque contiene un reconocimiento del derecho del actor; y con mayor razón lo es la absolutoria, en cuanto niega fundamento a su pretensión. Pero la acción de condena requiere un hecho contrario al derecho, y por eso la sentencia condenatoria tiene una doble función, no sólo declara el derecho, sino que también prepara la vía para obtener, aun contra la voluntad del obligado, el cumplimiento de una pretensión.

En cambio, la sentencia meramente declarativa no requiere un estado de hecho contrario al derecho, sino que basta un estado de incertidumbre sobre el derecho, y por eso no obliga a nada, sino que se limita a declarar o negar la existencia de una situación jurídica. Vale decir que no es susceptible de ejecución, porque la declaración judicial basta para satisfacer el interés del actor, por eso su campo de aplicación es más reducido.

Por eso para que una acción declarativa prospere, sólo es necesario que: 1) Un estado de incertidumbre sobre la existencia o interpretación de una relación jurídica, 2) que esa incertidumbre pueda ocasionar un perjuicio al actor, y 3) que éste no tenga otro medio legal para hacer cesar la incertidumbre.

3. Acción constitutiva.

Chiovenda, citado por Alsina (Op. cit.), refiere que existen otras sentencias que producen un nuevo estado jurídico, que por sus efectos se extienden hacia el futuro, por eso se dice de ellas que son constitutivas, y la acción tendiente a obtenerla se llama también constitutiva.

Las sentencias constitutivas se caracterizan, en primer lugar, porque con ellas nace una nueva situación jurídica, que determina, por consiguiente, la aplicación de nuevas normas de derecho. En segundo lugar, esa nueva situación jurídica sólo se obtiene mediante una sentencia jurídica, es decir, que es indispensable la intervención del juez.

4. Acción ejecutiva.

Chiovenda, citado por Alsina (Op. cit.), explica que esta tiene por objeto el cumplimiento mediante el auxilio de la fuerza pública, de una obligación impuesta en la sentencia de condena (ejecución de condena), o reconocida por el mismo obligado en un título que la ley presume legítimo.

La acción entonces se convierte en ejecutiva por oposición a la declarativa y de condena, que son de conocimiento, y su examen corresponde a la teoría de ejecución forzada.

5. Acción Precautoria.

Chiovenda, citado por Alsina (Op. cit.), opina que entre el momento en que la acción se inicia y aquel en que la sentencia la admite, media un espacio de tiempo durante el cual el demandado puede variar su situación respecto de la cosa litigiosa, y la garantía jurisdiccional sería una ilusión si no se procuraran las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de la situación inicial.

Por ello, es deber del Estado reconocer, bajo ciertas condiciones, como la presunción de veracidad de un hecho; el derecho a exigir intervención a ese efecto, y la acción mediante la cual ese derecho se ejercita se denomina acción precautoria, como es el caso del embargo preventivo, inhibición, entre otros.

1.3.2. En razón del derecho que protegen.

1. Acciones Personalísimas, de estado y patrimoniales.

Díaz de Guijarro, citado por Alsina (Op. cit.), expresa que el conjunto de derechos que constituyen la personalidad del individuo comprende dos categorías: derechos que tienen su fundamento en la existencia del sujeto mismo, y los que nacen de su relación con los bienes destinados a satisfacer sus necesidades.

Los primeros son considerados desde diversos puntos de vista. De manera aislada, es objeto del derecho en cuanto se protege su integridad física, moral e intelectual, dando lugar a los llamados derechos personalísimos.

Además, una división substancial de las acciones en materia civil: las que protegen los derechos de la personalidad, como el derecho al nombre, que se llaman personalísimas; las que se refieren a los derechos de familia, como la filiación, se denominan de estado, y las de contenido económico, son las llamadas patrimoniales.

Las acciones personalísimas como las de estado, están equiparadas desde el punto de vista procesal, a las acciones personales del grupo patrimonial, por lo que se refiere a su ejecución, así como a la determinación de la competencia, salvo las disposiciones especiales de las leyes de fondo, como en los casos de incesibilidad, extinción y otros.

2. Acciones personales, reales y mixtas.

Chiovenda, citado por Alsina (Op. cit.), expone que esta es una de las divisiones más importantes, porque el legislador la ha tomado como base para la distribución de la competencia de los jueces.

En este aspecto es importante tomar en cuenta el tipo de derecho que protegen para así lograr entender con mayor claridad la naturaleza de la acción.

En cuanto a los derechos personales, son los que autorizan a exigir de una persona determinada el cumplimiento de una obligación de dar, hacer, o no hacer, sus elementos son el sujeto activo, el pasivo y el objeto. Los derechos reales son los que permiten usar, gozar y disponer de una cosa propia o ajena, sus elementos son el sujeto activo y el objeto, el sujeto pasivo en este caso, aparece sólo en caso de violación de un derecho, quedando sometido entonces a la pretensión jurídica titular.

Los derechos personales son relativos, porque desde su nacimiento queda individualizado el sujeto pasivo, en cambio los derechos reales son absolutos, porque se pueden ejercer contra cualquiera que se convierta en sujeto pasivo por el hecho de la violación. Además, los personales tienen por objeto una prestación, es decir, una actividad del individuo; y los reales se ejercen sobre las cosas, con prescindencia de la actividad de las personas.

Asimismo, Quinteros , citado por Alsina (Op. cit.), refiere que la doctrina menciona también las acciones mixtas, considerando aquellas que reúnen los siguientes caracteres: 1) que el actor tenga un derecho real y un

derecho personal que puede ejercitar simultáneamente, y 2) que haya vinculación entre ambos derechos.

Sin embargo Alsina (Op. cit.), explica que no existen acciones mixtas, si no en realidad, dos acciones, de las cuales una es, necesariamente, accesoria de la otra.

3. Acciones mobiliarias e inmobiliarias.

Esta clasificación está centrada en razón de la cosa que constituye el objeto, bien sea mueble o inmueble. En este aspecto hay que tener en cuenta que las cosas son muebles o inmuebles no sólo por su naturaleza, sino también por accesión y por su carácter representativo.

1.3.3. Otras clasificaciones.

1. Acción civil y acción penal.

Para Couture (1972, p. 82), la acción civil "es aquella en que se dirime un conflicto de intereses de carácter civil". Las acciones penales, "son aquellas en que el conflicto es de carácter penal".

Aclara Moretti, citado por Couture (Op. cit.), que es costumbre configurar como acciones civiles aquellas que abarcan no sólo los conflictos regidos por el Código Civil, sino también los regidos por el Código de

Comercio; mientras que las penales contienen una consideración participativa en materia no penal, cuando se debate ante los jueces del orden criminal todo lo relativo a la constitución de la parte civil, o cuando se ejecutan ante la jurisdicción penal las sentencias que condenan a la reparación de las consecuencias pecunarias de lo ilícito penal.

2. Acciones públicas o privadas.

Expone Couture (Op. cit.), que la distinción entre acciones públicas y privadas no corresponde ni al derecho, ni a la pretensión, ni al proceso. Corresponde a la iniciativa de la demanda.

Por acciones públicas se entienden aquellas que son promovidas por los órganos del Poder Público, generalmente los integrantes del Ministerio Público, en el caso de acciones penales en la mayoría de los casos, pero también algunas acciones de carácter civil, como las relativas al derecho de familia, se promueven por iniciativa de los órganos del Estado. No se excluye la posibilidad de que la acción promovida por un particular pueda ser llevada por el Ministerio Público.

Por acciones privadas puede comprenderse aquellas en las cuales la iniciativa corresponde a los particulares, y sólo éstos son los que pueden conducirla adelante.

1.4. Condiciones de la Acción.

Las condiciones de la acción son el interés para accionar y la legitimación. Estas son los requisitos de existencia de la acción, y deben por eso ser establecidas en juicio preliminarmente al examen de fondo. Sólo si concurren estas condiciones pueden considerarse existentes la acción y surge para el juez la necesidad de proveer sobre la demanda, para acogerla o rechazarla. Por ello Tullio Liebman (1980, p. 114), refiere que estas pueden definirse como “las condiciones de admisibilidad de la providencia sobre la demanda, o sea como condiciones esenciales para el ejercicio de la función jurisdiccional respecto de un concepto caso específico deducido en juicio”.

Es así, que la ausencia de una sola de ellas induce *carencia de acción* y puede ser puesta de relieve, aún de oficio, en cualquier grado del proceso. Además, es suficiente que las condiciones de la acción, eventualmente carentes en el momento de la proposición de la demanda, sobrevengan en el curso del proceso y existan en el momento en que la causa es decidida.

Por esto, la existencia de las condiciones de la acción tiene importancia sobre todo en el proceso de cognición, en que las mismas son las soluciones de un juicio sobre el fondo; en la ejecución el problema es en gran parte cubierto por el título ejecutivo.

1.4.1. Interés para accionar.

Atendiendo a lo expresado en el artículo 16 del Código de Procedimiento Civil Venezolano (CPC, 1986, p. 35), referente al principio del interés procesal, el cual consagra que: "Para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual ..."; Chiovenda, Attardi, Garbagnati y Allorio, citados por Tullio Liebman (1980), proponen que el interés de accionar es el elemento material del derecho de acción y consiste en el interés para obtener la providencia solicitada.

El mismo se distingue del interés sustancial, para cuya protección se intenta la acción, así como se distinguen los dos correspondientes derechos, el sustancial, que se afirma correspondiente al actor, y el procesal, que se ejercita para la tutela del primero.

El interés para accionar es por eso un interés procesal, secundario e instrumental, respecto del interés sustancial primario, y tiene por objeto la providencia que se pide al magistrado, como medio para obtener la satisfacción del interés primario, que ha quedado lesionado por el comportamiento de la contraparte, o más genéricamente por la situación de hecho objetivamente existente.

En este orden de ideas, Tullio Liebman (Op. cit.), expresa que el interés de accionar surge de la necesidad de obtener del proceso la protección del interés sustancial; presupone por eso la lesión de este interés y la idoneidad de la providencia demandada para protegerlo y satisfacerlo.

En efecto, sería inútil tomar en examen la demanda para conceder o negar la providencia pedida. En el caso de que en la situación de hecho que viene dibujada no se comprenda afirmada una lesión del derecho o interés que se alega frente a la contraparte, o si los efectos jurídicos que se esperan de la providencia sean, de cualquier modo ya adquiridos, o si la providencia es por sí misma inadecuada o no idónea para remover la lesión, o si la providencia no puede ser removida, por no admitirse por la ley.

Naturalmente, el reconocimiento de la existencia del interés en accionar no significa que el actor tenga razón, es decir, que su demandase presenta como merecedora de ser tomada en examen, y en el fondo, no al interés para accionar, pertenece toda cuestión de hecho y de derecho relativa al fundamento de la demanda, esto es a la conformidad al derecho de la protección jurídica que se pretende para el interés sustancias.

En síntesis, Tullio Liebman (Op. Cit.), propone que el interés para accionar está dado por la relación jurídica entre la situación antijurídica que se denuncia y la providencia que se pide para ponerlo remedio mediante la

aplicación del derecho, y esta relación debe consistir en la utilidad de la providencia, como medio para adquirir por parte del interés lesionado la protección acordada por el derecho.

Además, desaparecidas las acciones típicas, vinculadas a las relaciones jurídicas sustanciales singulares, el mismo es el elemento característico de la acción, aquel sobre el cual el orden jurídico mide la idoneidad del hecho específico deducido en juicio para constituir objeto de la actividad jurisdiccional y, por consiguiente, la demanda como conforme a los fines del derecho y, por eso, merecedora de ser tomada en examen.

Por tanto, el interés es un requisito no solamente de la acción sino de todos los derechos procesales: derecho de contradecir, esto es, de defenderse, derecho de impugnar una sentencia favorable, entre otros.

1.4.2. Legitimación para accionar.

La legitimación de la acción según Chiovenda, Garbagnati, Monacciani, Allorio y Carnelutti, citados por Tullio Liebman (Op. cit., p. 116), "es la titularidad (activa o pasiva) de la acción". El problema de la legitimación consiste en individualizar la persona a la cual corresponde el interés para accionar, y por consiguiente, la acción; y la persona frente a la cual el mismo corresponde. En otras palabras, el problema surge de la distinción entre la

cuestión sobre la existencia objetiva del interés para accionar y la cuestión sobre su pertenencia subjetiva.

Cuando el artículo 16 del CPC (Op. cit.) establece que “para proponer la demanda el actor debe tener interés jurídico actual ...”, indica claramente que el interés para accionar no sólo debe existir, sino que debe también existir precisamente en la persona de aquel que propone la demanda. Un extraño no puede hacer valer de manera válida el interés ajeno para accionar.

Asimismo, para la acción es válido el principio elemental de que sólo su titular puede ejercitarla válidamente y, al tratarse de un derecho que puede ejercitarse solamente frente a una contraparte, también ésta debe ser precisamente la persona que, respecto de la providencia demandada, se contempla como el derecho contra-interesado, aquel en cuya esfera jurídica debe operar la providencia pedida.

En este orden de ideas Tullio Liebman (Op. cit.), refiere que la legitimación, como requisito de la acción, es una condición de la providencia de fondo sobre la demanda; indica, pues, para cada proceso, las *justas partes*, las *partes legítimas*, esto es las personas que deben estar presentes a fin de que el juez pueda proveer sobre un determinado objeto.

Ahora bien, entre las dos cuestiones, la de la existencia del interés para accionar y la de su pertinencia subjetiva, es el segundo el que tiene jurídicamente la procedencia, porque sólo en presencia de dos derechos interesados puede el juez examinar si el interés que viene formulado por el actor existe efectivamente y presenta los requisitos necesarios. Estas premisas permiten establecer a quién corresponde en concreto la legitimación.

Tullio Liebman (Op. cit.), propone que como derecho de invocar la tutela jurisdiccional, la acción no puede corresponder a aquel que la invoca por sí, con referencia a una relación jurídica de la cual sea posible pretender una razón de tutela en favor propio. Por ello, se dice que el interés de accionar está dirigido a remover la lesión de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que se pretende insatisfecho o incierto; el mismo puede ser, pues, hecho valer solamente por aquel que se afirma titular del interés sustancial, del cual pide en juicio la tutela.

Es por ello que el artículo 140 del CPC (Op. cit.), dispone que: "Fuera de los casos previstos por la ley, no se puede hacer valer en juicio, en nombre propio, un derecho ajeno". Ampliando el contenido de este precepto, en modo de comprender también los casos en que los que no se haga valer un verdadero derecho subjetivo, puede decirse que la

legitimación activa corresponde a quien invoca la tutela jurisdiccional por un interés *propio*, independientemente de la efectiva correspondencia o pertenencia de la tutela invocada, que es el problema de fondo.

Pero, la acción corresponde al sujeto activamente legitimado sólo frente a aquel que está legitimado pasivamente, también la legitimación pasiva es elemento o aspecto de la legitimación para accionar. Además, la pasiva corresponde al contra-interesado, es decir, aquel frente al cual la providencia que se pide debe producir sus efectos, a aquel respecto del cual debe operar la tutela jurisdiccional invocada por el actor.

Entonces, la titularidad de la acción se presenta necesariamente como problema un problema con dos caras: el de la legitimación activa y el de la legitimación pasiva, o sea, como pertenencia al actor del interés para accionar y como pertenencia al demandado del interés para contradecir, porque la tutela invocada por el actor está destinada a incidir sobre su situación jurídica y práctica.

El problema adquiere particular relevancia en los casos en los que la legitimación pasiva corresponde colectivamente y conjuntamente a más de una persona, porque la decisión no puede pronunciarse más que frente a varias partes (CPC, Op. cit.).

Completamente distinta de la legitimación pasiva es la legitimación para contradecir, esto es, para defenderse, la cual corresponde al demandado por el solo hecho de haber sido llamado en juicio, y poder hacer valer eventualmente, de ser el caso, también su defecto de legitimación pasiva, esto es su carácter de extraño a la controversia que constituye objeto del proceso.

En este orden de ideas Chiovenda, Garbagnati y Andrioli, citados por Tullio Liebman (Op. cit.), expresan que todo esto vale en vía normal y se refiere a la legitimación ordinaria. Sin embargo, en casos determinados, expresamente indicados por la ley puede ser reconocida a un tercero una *legitimación extraordinaria*, la cual confiere el derecho de hacer valer en juicio *un derecho ajeno* (art. 140, CPC). La *sustitución procesal* no debe confundirse con la representación, ya que el representante ejercita la acción del representado en nombre y por cuenta de él y no es personalmente parte de la causa.

En cambio, el sustituto procesal ejercita *en nombre propio* una acción, aun correspondiendo según las reglas ordinarias a otro, le viene conferida o extendida excepcionalmente a él en vía de legitimación extraordinaria, en consideración de un particular *interés suyo personal*, que calificarse como interés legítimo que la ley reconoce precisamente al permitirle accionar para

la tutela de un derecho ajeno. También, el sustituto procesal acciona, pues, por un interés legítimo propio; y asimismo viene a ser parte en causa y sufre los efectos de la sentencia juntamente con el legitimado primario.

Una segunda figura de sustitución procesal es la sustitución *oficiosa*, que se da en los raros casos en los que la legitimación para accionar es conferida al Ministerio Público (art. 131 y 133, CPC), Op. cit.).

1.5. Elementos de la acción.

Alsina (1956), explica que la doctrina clásica enseña que la acción consta de cuatro elementos: capacidad, derecho, calidad e interés. Pero, esta clasificación estudiándola desde el concepto de que la acción es un elemento del derecho, es inexacta.

En primer lugar, la capacidad no es un elemento de la acción, sino una condición requerida en el sujeto para su ejercicio, si falta la capacidad no se constituye la relación procesal y el juez no tiene la obligación de pronunciarse sobre la acción misma, la cual permanece intacta y puede ser reproducida en otro proceso.

En cuanto al derecho, la calidad y el interés; son condiciones para la admisión de la acción en la sentencia, que es la oportunidad en que el juez debe apreciarlas, de tal manera que la ausencia de una de ellas determina

el rechazo de la acción por falta de mérito, y es así como puede haber un proceso válido, aunque ninguna norma legal proteja la pretensión del demandante.

En cambio, considerada la acción como un derecho autónomo, se advierte la presencia en ella de tres elementos: los sujetos, el objeto y la causa.

a. Los sujetos.

Para Alsina (Op. cit.), el problema de la determinación de los sujetos de la acción está vinculado al de su naturaleza jurídica. Si la acción es un elemento del derecho, el sujeto activo es el titular de la relación jurídica, y el sujeto pasivo el obligado contra el cual se pide su cumplimiento.

Así, se está dentro del campo del derecho privado, y entonces, no se ve cómo puede hablarse de un derecho contra el Estado. Por el contrario, si la acción es un derecho autónomo de carácter público, el sujeto activo es quien la ejerce y el sujeto pasivo es el Estado en la persona de sus órganos jurisdiccionales.

Entonces, no se ve qué razón hay para que una de las condiciones de su admisión en la sentencia sea la legitimidad de la calidad del obligado en

la relación jurídica substancial, ya que en todo caso no será éste sino el Estado el deudor de la prestación.

Pero, al tomar en cuenta que la acción como un derecho público contra el Estado para proteger una pretensión jurídica material, es fácil advertir que en la acción existen dos aspectos: uno de carácter procesal y otro de carácter substancial.

Desde el segundo punto de vista, el sujeto activo es el titular de la relación jurídica que se pretende amparada por una norma legal, por lo cual toma en el proceso el nombre de *actor*, y el sujeto pasivo es aquel frente al cual se pretende hacer valer esa relación jurídica, por lo cual se le llama *demandado*.

Pero, actor y demandado, son sujetos activos de la acción en su función procesal, en cuanto ambos pretenden que el juez, sujeto pasivo, haga actuar la ley en su favor, admitiendo o rechazando la pretensión jurídica.

Ahora bien, refiere como la jurisdicción no es una función primaria, dado que no tiene un fin en sí misma, sino en la realización del derecho material, con frecuencia el concepto de sujeto de la acción se confunde con el de sujeto de la relación jurídica substancial.

b. El Objeto.

Refiere Alsina (Op. cit.), que algo similar a lo anterior sucede con el objeto, o sea, el efecto al cual se tiende con el ejercicio de la acción (*petitum*). Para la escuela clásica, la acción no podía tener otro objeto que el cumplimiento de una obligación como dar, hacer, no hacer; es decir, la obtención de lo que el demandado debía al actor.

La doctrina moderna, sin desconocer que ése es su efecto mediato, demuestra que lo que el actor busca, en realidad, es una sentencia que declare si su pretensión es o no fundada. En el primer caso, cuenta de ser necesario, con la ayuda de la fuerza del Estado para el reintegro de su patrimonio; en el segundo, debe guardar perpetuo silencio.

Para el autor antes mencionado, en ambos casos el Estado, mediante la institución de la cosa juzgada que nace de la sentencia, habrá satisfecho el interés público restableciendo el orden jurídico, y habrá satisfecho el interés privado haciendo actuar la ley en favor de alguna de las partes, es decir, que en definitiva, la acción ha desempeñado su función social.

Por eso, el juez, cuando administra justicia en nombre del Estado, tiene en vista, desde luego, el interés particular, pero, por sobre todo, debe preocuparse por el interés de la sociedad. La sentencia no sólo tiene efecto

decisivo respecto de los que intervienen en la *litis*, sino que actúa en forma preventiva frente a los que se encuentran en análoga situación jurídica, ya que podrá deducir cuál será la actitud del juez en conflictos de la misma naturaleza.

c. La causa.

La causa es el fundamento del ejercicio de la acción, por ello de acuerdo según Alsina (Op. cit.), ordinariamente comprende dos elementos: un derecho y un hecho contrario al mismo, de cuya presencia nace la pretensión jurídica al reconocimiento del derecho, y ésta es la causa en la acción de condena.

Puede decirse, que en la acción declarativa falta esa relación contraria de hecho, pero supone la existencia de un obstáculo al ejercicio del derecho cuya remoción *pretende* quien la ejercita. En la acción constitutiva el fundamento está dado por la pretensión a un nuevo estado jurídico.

En definitiva, propone Alsina (Op. cit.), la pretensión jurídica viene a ser el fundamento único de la acción, pero, como ella, a su vez, tiene como antecedente un hecho constitutivo, es el análisis de éste lo que permite determinar la sentencia.

1.6. Bilateralidad de la Acción.

Tomando en cuenta que la acción no corresponde a una parte, sino a cada una de las dos, su bilateralidad es condición de su utilidad. Al respecto Carnelutti (1960) refiere que la actividad de cada parte en el proceso favorece la finalidad de éste, siempre que se integre y rectifique mediante el contradictorio.

Como la parte actúa en el proceso estimulada por su interés, a menos que su impulso no esté moderado por el sentimiento de justicia, lo que es teóricamente posible, pero raro en la práctica; no es por sí sola una buena mediadora entre el juez y los hechos del litigio, o al menos por sí sola no inspira esa confianza, como es natural, tiende a ocultar los hechos que pueden serle desfavorables, o a inventar hechos que pueden ayudarle; en suma, a ocultar la verdad.

Propone Carnelutti (Op. cit.), que la solución contra este peligro está en la acción de la otra parte, cuyo interés, por la naturaleza misma del litigio, se halla en conflicto con el del adversario, aun cuando esta otra trate, a su vez. De ocultar hechos adversos o de simular hechos favorables a su interés, llevando esto, naturalmente, a una corrección de los excesos o de las deficiencias de la acción del contradictorio, visto de manera más sencilla, al suponer que cada una de las partes no aporta al proceso más que los

hechos que le convienen y, por lo tanto, sólo la mitad del litigio, como quiera que los hechos que benefician a una perjudica a la otra, está claro que entre las dos llevan al proceso el litigio completo.

En virtud de la dirección contraria de los intereses de los litigantes, la bilateralidad de la acción se desenvuelve, pues, como contradicción recíproca; por ello, el contradictorio responde a uno de los principios fundamentales del proceso civil.

1.7. Acción y Pretensión.

En este punto Couture (1972, p. 72), explica que la pretensión, *Anspruch pretesa*, "es la afirmación de un sujeto de derecho de merecer la tutela jurídica y, por supuesto, la aspiración concreta de que ésta se haga efectiva". En otras palabras, "la autoatribución de un derecho por parte de un sujeto que invocándolo pide concretamente que se haga efectiva a su respecto la tutela jurídica".

Pero, la pretensión no es la acción. La acción es el poder jurídico de hacer valer la pretensión. En opinión de Pucliese y Milani, citados por Couture (Op. cit.), ese poder jurídico existe en el individuo, aún cuando la pretensión sea infundada, es por ello que esos autores prefieren ignorar el término acción y acudir directamente al vocablo pretensión, actitud lógica y

prudente, que puede ser seguida si no mediara la necesidad de dar contenido a un vocablo de uso secular.

Sin embargo para Estévez, citado por Couture (Op. cit.), tanto el lenguaje de la ley, como el de la doctrina están impregnados de la aparente sinonimia de ambos vocablos. En la mayoría de los casos, las teorías jurídicas elevadas sobre la acción lo han sido sobre la pretensión y, particularmente, sobre la pretensión fundada, pocas veces se abarca la pretensión infundada.

Asimismo, es frecuente equivocar el término de la acción con el llamado derecho de demandar.

Entonces según Estellita, citado por Couture (Op. cit.), la doctrina que configura la acción como un derecho genérico de obrar confunde aquélla, la acción, con el derecho de demandar, que es un derecho diferente.

Es así que para Pontes de Miranda, citado por Couture (Op. cit.), si la acción y el derecho a demandar son dos poderes jurídicos diferentes, entonces se tendrían tres aspectos del derecho: lo que se llama derecho material, como la propiedad; la acción, como es el caso de la reivindicación y el derecho a demandar en juicio, es decir, la facultad de interponer la demanda reivindicatoria.

Pero en opinión de Couture (Op. cit.), las cosas no son así. El derecho a demandar, o el derecho a promover y llevar adelante el proceso, es justamente la acción. Todo sujeto de derecho, como tal, junto con sus derechos materiales o sustanciales, como es el caso de la propiedad; tiene poder jurídico de acudir a la jurisdicción. Por tanto, puede denominarse acción a este poder jurídico, y el derecho de demandar no es sino el ejercicio concreto del derecho de acudir a la jurisdicción, ya que el proceso civil se encuentra regido por la máxima *nemo iudex sine actore*.

Además, el autor antes mencionado no considera que esté dentro de la estructura del derecho, ya que luego de haber distinguido entre el derecho material y el derecho procesal de la acción, sitio para un tercer derecho, que no es otra cosa que la acción puesta en ejercicio.

También, podría referirse un tercer poder jurídico intermedio, entre el derecho material y el derecho procesal, ya sea que se incluya en el primero, o en el segundo, constituye un innecesario desdoblamiento.

En este mismo orden de ideas Bello Lozano (1989), refiere al procesalista español Guasp, el cual ha creado una teoría acerca de la naturaleza de la acción, que denomina de la pretensión, en donde se considera que el estudio de la reclamaciones judiciales frente al Estado, o

frente a un particular, constituyen un derecho subjetivo que no entra en el campo del derecho procesal.

El problema está en el acto procesal, donde en verdad se tiene en cuenta al proceso, y en él podría denominarse acción lo que llama pretensión; la cual define como una “acción de voluntad frente a las personas determinadas y delante del autor” (Guasp, citado por Bello Lozano, Op. cit. p. 29).

En síntesis, puede expresarse la acción está integrada por tres elementos esenciales:

- a. La acción propiamente dicha, o sea, el derecho innato del hombre cuyo origen lo está implícito en las constituciones y declaraciones programáticas de los Estados, siendo indeterminada en su contenido y dirigida en potencia contra todas y cada una de las personas físicas y jurídicas componentes de la acción.
- b. La pretensión, que no es otra cosa sino una particular proyección de cada derecho subjetivo, y está regulada en el ordenamiento jurídico sustantivo de cada país, su contenido es de carácter concreto, se dirige contra el que ha violado la norma, y su apoyo o fuerza lo está en la acción ejercida por el perjudicado.

- c. La demanda, que no es otra cosa sino la forma especial de conseguir la intervención del órgano jurisdiccional, y la cual está regulada en su forma y modo en la consecuente ley procesal.

II

TEORIAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION

2.1. La Acción en el Derecho Romano.

En este aspecto, Alsina (1956), refiere que en el Derecho Romano el concepto de acción varió en los tres períodos de su evolución histórica. En el primero, las acciones de la ley eran una denominación genérica, el conjunto de formalidades debían cumplir ante el magistrado, independientemente del derecho que se reclamaba y que tenían un sentido religioso.

Accarias, citado por Alsina (Op. cit., p. 306), explica que en el segundo período, en el procedimiento formulario, la acción era la fórmula que el magistrado acordaba y por la cual se investía al juez de la facultad de condenar o de absolver según que la cuestión propuesta debiera resolverse afirmativa o negativamente. Por eso, Celso la definió como “el derecho de reclamar en justicia, ante el *iudex*, lo que debió ser”; es decir, el derecho

concedido por el magistrado para acudir ante el Juez haciendo valer la fórmula.

En este punto tampoco la acción estaba vinculada al derecho, sino por el contrario era un derecho autónomo, que tenía su origen en la fórmula misma y se regía por los preceptos de ésta, pudiendo el actor dejar de usarlo si así le convenía.

Pero, al desaparecer con el procedimiento extraordinario la división de la instancia entre el magistrado y el juez, lo que importó la supresión de la fórmula, desde que el mismo magistrado instruía el proceso y dictaba sentencia, la acción pasó a ser un elemento del derecho, en el sentido de que no era ya necesario que el magistrado la acordara, es decir, que su ejercicio no estaba sujeto a la previa autorización por aquél.

En este período la acción dejó de ser un concepto autónomo para confundirse con el derecho mismo, al punto de absorberlo, porque ya no se preguntaba si se tenía derecho a una cosa, sino si se tenía una acción para reclamarla; de allí que el Derecho Romano contuviera tres capítulos fundamentales: personas, cosas y acciones; y que existiera una acción para cada uno (reivindicación, nulidad, paulatina, entre otros).

Considera conveniente señalar Alsina (Op. cit.), que en esta evolución se advierte cómo la acción, de concepto autónomo e independiente del derecho, pasó a confundirse con éste hasta suplantarlo en el plano lógico. Si no había acción no había derecho.

Para entender el tercer período Savigny, citado por Alsina (Op. cit.), propone la escuela civilista inspirada en este, y además desarrollada por los juristas franceses y más tarde por los prácticos españoles. El autor referido comenzó por restituir al derecho su posición lógica: primero el derecho, luego la acción, y atribuyó a ésta una función de garantía: la acción es el derecho que se pone en movimiento como consecuencia de su violación; es el derecho en ejercicio, en pie de guerra, que tiende a remover los obstáculos que se oponen a su eficacia.

Además, la acción supone entonces un derecho y la violación del mismo, de donde se sigue que los elementos de la acción son necesariamente cuatro:

1. Un *derecho*, porque no se concibe una acción sin un derecho que le sirva de fundamento y a cuya protección se dirija.
2. Un *interés*, porque el derecho es un interés protegido por la ley y si el interés falta la protección desaparece.

3. La *calidad*, porque la acción corresponde al titular del derecho o a quien puede ejercerlo en su nombre (padre por el hijo, tutor por el menor, y otros).
4. La *capacidad*, es decir, la aptitud para actuar personalmente en juicio, la cual no la tienen los menores de edad, los dementes, entre otros.

Como consecuencia de esta identidad entre la acción y el derecho, Heinitz, citado por Alsina (Op. cit.), afirma que:

1. No hay derecho sin acción, ya que de lo contrario carecería prácticamente de eficacia; por excepción y fundada en razones de orden público, la ley priva de acción a algunos derechos (obligaciones naturales).
2. No hay acción si derecho, desde que aquélla no es sino un elemento de éste.
3. La acción participa de la naturaleza del derecho (personal, real, y otros).

Es decir, que para esta teoría, inspirada en el tercer período romano, en el derecho privado deben buscarse los elementos para concesión de la

tutela jurídica, mientras que el objeto del derecho procesal sería puramente formal y técnico. Con el pasar del tiempo y el progreso científico de esa época consistió más en el perfeccionamiento técnico del procedimiento, que en una teoría general del proceso y la acción.

2.2. La polémica Windscheid-Muther.

En el año 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 la Actio Romana, del actual derecho de acción, de la litis contestatio y dela sucesión singular en las Obligaciones*; iniciándose así una polémica que dio origen en el campo procesal a la revisión de las ideas imperantes sobre la acción.

Refiere Alsina (1956), que al momento de surgir la polémica era dominante en Alemania la concepción de Savigny, el cual 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 esta última como el derecho de querrela (*klagrecht*). Ambos términos coincidían en un sólo concepto, dándole como característica determinante el elemento de la perseguibilidad judicial del derecho.

El trabajo de Windscheid estaba dedicado exclusivamente a la *actio* romana, de modo que no puede decirse que haya contribuido a aclarar el concepto de acción como se entiende hoy y como los procesalistas lo consideran en el derecho actual, pero las ideas de Muther, expresadas en su crítica a Windscheid, tuvieron gran influencia en los procesalistas alemanes de la segunda mitad del siglo XIX, y por ello se señala esta famosa polémica como el origen histórico de todo movimiento doctrinal posterior en torno a la acción.

Es así, que Windscheid (1993, p. 18), reaccionó contra la concepción de Savigny en torno a la *actio* romana y señaló el peligro de introducir en el Derecho Romano una concepción de la *actio* que más bien corresponde a la actual conciencia jurídica. Al respecto expresaba:

En el derecho moderno, 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 no tiene realidad alguna en el Derecho Romano.

Además, agrega Windscheid (Op. cit., p. 19):

En el Derecho Romano, la palabra *actio* es usada no tanto para indicar un derecho procesal sino un derecho sustancial y, sin embargo, en nuestros actuales tratados se le 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. La palabra *actio* significa aquello que puede exigirse de otro, esto es, la pretensión. *Actio* es la pretensión perseguible del juicio. Derecho y *actio* no coinciden; se puede tener una *actio* sin tener un derecho y no tener una *actio* aún 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.

La razón de todo esto se encuentra en la independencia que entre los romanos, en los tiempos de la República, y también más tarde, en la época imperial, tenía la regla judicial frente a la regla jurídica. Esta independencia se venía afirmando desde el período de la *legis actiones*, cuando no tanto la *lex* sino la fórmula judicial decidía acerca de lo justo y de lo injusto, de modo tal que Ulpiano no tenía escrúpulos en hablar de un usufructo que no existe, *de iure*, sino *tuitione praetoris*.

Sin embargo, Muther reaccionó contra esta concepción de la *actio* romana expuesta por Windscheid, y también contra la concepción de Savigny en Alemania en su tiempo.

En este sentido Muther (1993, p. 20), propone:

En el antiguo procedimiento de la *legis actio* sacramento, la *actio*, significa el acto bilateral con el cual el proceso era introducido, porque el *agere*, que significaba proceder, hablar, obrar, no podía realizarse unilateralmente, sino sólo en unión con el adversario;

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 del rito puesta por escrito. En este período, pues, *actio* es la fórmula de la acción y así debe entenderse el término cuando se dice que el *Pretor actionem dat, tribuit, indulget, accomodat, denegat* y 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 hubiesen cumplido.

Es así que la pretensión existe, pues, antes de la *litis contestatio*, y cuando los juristas dicen del actor que *actio eicompetit*, 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, la interrogante es sólo si existen los presupuestos de hecho y de derecho de esta fórmula especial, los cuales son indicados precisamente con 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.

Es así que Muther (Op. cit.), explica que cuando el jurista dice a *Ticio* correponde 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, de acuerdo al derecho positivo romano, es acordada a quien es lesionado en su derecho.

Por tanto, los romanos no habrían comprendido en absoluto que el comprador no correspondiese la *actio empti* también antes de la negativa de cumplimiento por parte del vendedor.

Y no lo habrían comprendido porque no habrían creído a ningún hombre de buen sentido capaz de pensar en la petición de una fórmula, mientras el adversario está dispuesto a cumplir voluntariamente la pretensión; ni a pensar en un proceso cuando nada era controvertido. La *litis* es el presupuesto de todo proceso. Los juristas romanos no podían pensar en conceder a alguien una pretensión a la tutela judicial sin presuponer, aunque fuera implícitamente, la existencia de la *litis*.

Por tanto propone Muther (Op. cit., p. 22) que:

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 subjetivos podían ser perseguidos en juicio y el derecho a la expedición de la fórmula correspondía solamente a aquel a quien correspondía un derecho, que era el presupuesto de la *actio*. Se tiene, 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. Este no es un *annexum* de aquél, ni un agregado, sino un derecho condicionado que existe al lado de aquél para su protección. Pero se lo puede considerar también

como un derecho incondicionado, de modo que tenga su origen en seguida de la violación de aquel derecho originario, y ambas posibilidades se encuentran entre los romanos como aparece en la contraposición que hacían entre *actio* y *actio nata*.

Sin embargo, para Muther (Op. cit., p. 23), aún en este último sentido, esta concepción difiere profundamente de la idea de Savigny que concebía la *actio* como el derecho en el cual se transforma un derecho en seguida de su violación; o como la relación que nace de la violación de un derecho, mediante la cual puede solicitarse del adversario la eliminación de la lesión. Al respecto el autor mencionado propone:

La lesión del derecho no es más que una colisión del estado de hecho con estado de derecho. A causa de esto, el derecho no puede ser transformado. Es verdad que de la violación de un derecho pueden nacer también nuevos derechos del titular contra el autor de la violencia, como por ejemplo, obligaciones *ex delicto*, intereses por mora, entre otros; pero el derecho originario no cambia por eso, y continúa sin duda existiendo inalterado.

Asimismo, Muther (Op. cit.), explica que 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 significa 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 restablecer el estado de derecho violado. Este es el poder del Estado. Al ciudadano le está impuesto por el Estado respetar los derechos de sus conciudadanos. Si éste no la hace, entonces el Estado tiene el poder de exigir la cesación de la violación; y por tanto, el derecho a la cesación de la violación es un derecho del Estado contra el ciudadano.

Se tienen 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 la eliminación de la misma.

Entonces, el derecho originario (privado) del lesionado continúa existiendo con su fuerza y su eficacia originaria; bien se trate de un derecho relativo o absoluto, esto es, del señorío sobre la voluntad de una persona determinada o del señorío sobre la voluntad de todas las personas fuera del titular del derecho.

De todo lo expuesto Muther (Op. cit.), concluye que también entre todas las personas existe un derecho a la tutela estatal (acción-Klagrecht), que corresponde a quien sea lesionado de su propio derecho; y que también

entre todos, como entre los romanos, el presupuesto de este derecho es otro derecho y una lesión de ésta.

Además, propone que el derecho sustancial y la acción no son idénticos, porque es claro que al considerar que la persona del obligado es diversa en el derecho sustancial y en la acción, y asimismo resulta del hecho de que también ahora pueden haber pretensiones sin acción, a menos que no se quiera negar la posibilidad de las obligaciones naturales.

2.3. La Acción como Pretensión de la Tutela Jurídica.

Siguiendo los planteamientos de 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.

Se puso de manifiesto que si bien 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 pretensión 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 Wach (1985, p. 25), el cual concibe la acción como derecho del ciudadano a obtener del Estado la tutela jurídica. Según este autor:

La pretensión de la tutela jurídica 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; no es su función, ni el lado público del derecho objetivo; no es la coacción inmanente a éste, que se significa cuando se dice: *pueden hacerse valer ante los tribunales*, es la pretensión que se tiene frente al Estado a la Tutela Jurídica.

Además, propone el autor que la acción sólo puede satisfacerse por el Estado, no puede serlo por la contraparte, la cual solamente puede privarle de objeto, por desaparición del interés de tutela, por cumplir la prestación o satisfacción de la voluntad solicitada, entre otros. La contraparte sólo sufre 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.

En esta concepción la acción aparece ahora dentro del campo del derecho público, como la relación que se da entre el ciudadano y el Estado. Aquí, la relación no es ya entre los mismos sujetos de la relación privada y para lograr el mismo objeto (prestación) a que es acreedor el titular del derecho, sino entre el ciudadano y el Estado, para lograr un objeto distinto,

la tutela jurídica. La acción es así un medio al servicio material, pero no el derecho material mismo.

En este sentido Calamandrei (1962), refiere que las críticas que han surgido contra la doctrina de Wach pueden resumirse al observar el esquema utilizado por éste 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 la administra. En la relación de derecho privado, este autor considera que hay siempre como necesaria contrapartida el interés predominante del titular del derecho, un interés sacrificado que es el del obligado, y el cumplimiento es siempre un sacrificio de interés a satisfacer el interés predominante del titular del derecho.

Pero, esta posición de subordinación y de sacrificio del propio interés ajeno, no se compagina con la figura del Estado que ejerce la jurisdicción; en realidad, 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 realidad, la acción con que el ciudadano se dirige al Estado para pedirle la tutela de su interés amenazado o violado, ofrece al Estado la

ocasión para confirmar su autoridad, amenazada por la inobservancia de la ley; de este modo, el particular, al buscar la satisfacción de su interés individual, colabora en la actuación del derecho objetivo, mientras el Estado, al ocuparse de restaurar la ley, defiende, al mismo tiempo, el derecho subjetivo del particular.

En por esto, que según Calamandrei (Op. cit.), algunos autores han negado la existencia 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 más que cumplir su función natural, como cuando castiga; que la tutela del derecho pertenece a la esencia del Estado; que el derecho a la tutela jurídica no es un derecho particular del individuo respecto del Estado, sino un derecho de todo ciudadano, similar, como es el caso del derecho de que el funcionario concurra a hacerle contraer matrimonio, y que no se debe confundir tal derecho con el derecho de acción.

Por su parte Chiovenda (1950), expresa sus dudas sobre si el derecho de acción puede concebirse como un derecho subjetivo del individuo, y si puede contraponerlo, como un derecho individual, al derecho correspondiente a todos los ciudadanos, a la sentencia; y se pregunta si es posible concebir el derecho a una sentencia que no sea favorable a una de las partes, así como también de las partes correspondería, pues, sólo al

Estado contra su órgano. El derecho subjetivo del individuo no consistiría sólo en el poder de proponer la demanda judicial. Si se acepta este derecho a la tutela jurídica frente al Estado, puede existir este derecho antes del proceso.

Además, puesto que el derecho no tiene obligación de proceder, y hasta n puede proceder antes de la demanda, cabría preguntarse si el derecho de accionar puede proceder antes de la demanda, o si el derecho de accionar no debería por corrección de construcción concebirse exclusivamente como poder de constituirse el derecho a la tutela jurídica.

En este orden de ideas Bello Lozano (1989), al referirse a la acción como pretensión de la tutela jurídica propuesta por Wach, destaca que:

1. Es un derecho subjetivo, distinto del derecho material que ha de ventilarse en el proceso.
2. La acción existe con anterioridad al proceso, ya que nace cuando aparece la necesidad de protección.
3. Su naturaleza es de carácter público.
4. Su fin es obtener una sentencia favorable.

5. Su contenido es una prestación concreta y determinada según cada caso.

Para Bello Lozano (Op. cit.), Wach propone la acción frente al Estado para que la otorgue, y frente al particular obligado, para que la soporte y se someta a su tutela. La principal crítica que le hace es la de anticipar el resultado del proceso siendo su fin el obtener una sentencia favorable; además el proceso puede iniciarse tanto por quien tiene el derecho como por quien no lo tiene.

2.4. La Acción como Derecho Potestativo.

Las críticas que se hicieron a la doctrina de Wach de la acción como pretensión a la tutela jurídica, trata de superarlas Chiovenda con su Teoría de la Acción como Derecho Potestativo. Principalmente, sostiene que el contenido del llamado derecho de acción es puro poder jurídico y no un deber ajeno.

Los derechos del poder jurídico o potestativos fueron especialmente estudiados por Zitelmann. 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 eso frente a una persona, o varias, que no están obligadas a ninguna prestación

respecto de él, sino que están solamente sujetas, de manera que no pueden sustentarse al efecto jurídico producido.

Al respecto Chiovenda (1950, p. 30) refiere:

El lado prácticamente importante de estas figuras 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.

Puede hablarse de ellos en los casos de poderes de los derechos de impugnación de actos jurídicos, como contratos, testamentos, reconocimientos de hijos; la revocación de un mandato, de una donación, el derecho a la división, entre otros; en todos los cuales basta la manifestación de voluntad del titular del poder jurídico para que el efecto se produzca, sin necesidad de la intervención de la voluntad de otra persona y aún contra la voluntad de ésta.

Así, propone el autor antes mencionado, cuando se declara la voluntad, en las formas establecidas en la ley, de revocar el mandato conferido a un sujeto, el efecto jurídico deseado (revocación) se produce inmediatamente, sin contar con la voluntad del mandatario y aún contra la voluntad del éste. El contenido de este derecho no está en un deber ajeno, sino que es un puro poder jurídico que se agota en su ejercicio.

En esta categoría de derechos potestativos se encuentra la acción, la cual se concibe “como el poder jurídico de determinar el nacimiento de la condición para la actuación de la voluntad de la ley (Chiovenda, Op. cit., p. 31).

Aunque el Estado ha asumido la facultad de administrar justicia y ha prohibido la facultad de administrar justicia y ha prohibido la autodefensa o defensa privada del derecho, puede establecer una limitación, no por razones absolutas y necesarias, sino por consideraciones de utilidad social y subordinar este derecho suyo a la voluntad del particular. Encontrándose así, que la jurisdicción del Estado depende de una condición: la manifestación de voluntad de un particular (*Nemo iudex sine actore - En procedat iudex officio*).

Explica Chiovenda (Op. cit., p. 32):

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 por excelencia, porque basta la manifestación de voluntad del particular al ejercitar la acción para 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. La acción es, pues, un poder que corresponde frente al adversario respecto del cual se produce el efecto jurídico de la actuación de la ley. Este adversario no está obligado a hacer nada frente a este poder: él está simplemente sujeto a él. La acción se agota con su ejercicio sin que el adversario pueda hacer nada para impedir la ni para satisfacerla.

Por otra parte, este derecho de acción es autónomo, distinto del derecho subjetivo sustancial, aunque estén ambos conectados al mismo interés económico. Así, mientras el derecho subjetivo sustancial tiende a la obtención del bien mediante la prestación del obligado, la acción tiende a la obtención de ese mismo bien mediante todos los otros medios posibles que predispone la jurisdicción para el caso de falta de cumplimiento voluntario; y el proceso, donde deben realizarse estos medios, no sirve para obtener el cumplimiento de la obligación, sino la obtención del bien garantizado por la ley con otros medios posibles.

En síntesis, esta autonomía de la acción respecto del derecho subjetivo sustancial, se ve más clara todavía en aquellos casos en que la acción tiende a un bien que no puede ser dado voluntariamente por ningún obligado, sino que puede conseguirse solamente en el proceso (acciones merodeclarativas y acciones constitutivas), o bien en aquellos casos en que no hay o no se sabe si hay un derecho subjetivo en aquel que tiene la acción (medidas preventivas, denuncia de obra nueva o daño temido, entre otros).

Esta teoría de Chiovenda, llegó a ser dominante en Italia, y salvo algunas diferencias, puede decirse que es la seguida por la Escuela Sistemática, fundada por Chiovenda.

Para Calamandrei (1962), fiel seguidor y expositor de la doctrina de Chiovenda, 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 llevada 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.

Con la teoría de la acción como derecho potestativo, aquel absurdo se supera, porque ahora la acción no se configura como derecho contra el Estado, porque el Juez, al hacer justicia, no da cumplimiento a una pretensión suya específica respecto de la parte, sino que entra en función de un modo automático, para la actuación de su propio cometido institucional de órgano del Estado; y se la concibe más bien contra el adversario, en cuanto al derecho de una parte de provocar la actividad jurisdiccional correspondería, desde el punto de vista del sujeto pasivo, no un deber de prestación, sino la sujeción a los efectos jurídicos de tal actuación.

La crítica más fundada que se le hace a esta teoría ha sido emitida por Rocco (citado por Bello Lozano, 1989, p. 27), quien afirma: "que en ella se confunden dos relaciones diferentes: una de servicio, entre el Estado y su

órgano, regulada por las Leyes de Organización Judicial, y una procesal, entre las partes y el Estado, metodizada por las leyes de procedimiento”.

2.5. La acción como Derecho Público.

En este punto Alsina (1956), propone que para penetrar en esta concepción de acción propuesta por Goldschmidt, es necesario hacer referencia a su doctrina sobre el *derecho judicial material*, en donde se distingue entre derecho substancial, derecho judicial material y derecho procesal. Según el maestro berlinés, detrás de cada precepto del derecho privado se encuentra su proyección en el derecho judicial material, es decir, que detrás de casi todos los derechos subjetivos, están las acciones correspondientes.

Asimismo, el derecho procesal regula la actuación del juez en el proceso y determina las condiciones para dictar sentencia. Por consiguiente, el derecho judicial no es de derecho privado ni de derecho procesal, sino una relación de derecho político, que tiene su fundamento en la norma de derecho substancial y en virtud del cual puede exigir del Estado la tutela jurídica que en ella está implícita.

Sin embargo, el derecho privado establece lo que el particular debe a otro particular; el derecho judicial, como un fenómeno concomitante del

derecho privado, determina el contenido de la sentencia; el derecho procesal regula el modo de llegar al fallo.

En base a esta concepción, Goldschmidt, citado por Alsina (Op. cit., p. 332), concibe la acción “como un derecho público subjetivo dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica mediante una sentencia favorable”. Es un derecho contra el Estado, pero cuya carga recae sobre el demandado, porque éste tiene el deber de soportar la tutela jurídica del Estado.

Por tanto, la acción o derecho de obrar, con su contenido de pretensión de sentencia; no es de carácter procesal, sino que es un derecho judicial de carácter material.

En consecuencia, los presupuestos de la acción o requisitos para la tutela jurídica son: 1) un estado de hecho; 2) que ese estado de hecho sea susceptible de protección jurídica; 3) que haya necesidad o interés en la protección judicial.

2.6. La Acción como Derecho Abstracto de Obrar.

Las concepciones estudiadas hasta ahora tiene un aspecto en común: que conciben a la acción como derecho concreto, esto es, perteneciente a quien tiene razón; como derecho a obtener una sentencia favorable al accionante. Es así, que para los civilistas, que no distinguen el derecho

subjetivo sustancial de la acción, ésta no es otra cosa que aquel mismo derecho en su tendencia a la actuación, y por tanto, sólo tiene acción el que tiene un derecho y mediante la acción se busca la satisfacción de este.

Del mismo modo, para Wach la acción satisface por el Estado y concretamente con la sentencia favorable al accionante, de modo tal que la sentencia desestimatoria de la demanda es una sentencia que rechaza la acción.

Además, Chiovenda, al sostener que la acción es un derecho potestativo, la concibe como el poder jurídico de provocar con la acción la actuación de la voluntad concreta de la ley a favor del accionante y, por tanto, la acción no es más que el derecho a la sentencia favorable.

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

Calamandrei (Op. cit.), refiere que esta concepción de la acción, como derecho abstracto de obrar, fue inicialmente expuesta por Dagenkolb, 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 a entrar en él.

Bello Lozano (Op. cit.), propone que esta teoría fue apoyada por Rocco. Según estos teorizantes, la acción exige dos elementos: uno formal, la voluntad; otro sustancial, el interés. El primero tiene la virtualidad de excitar la actividad de los órganos jurisdiccionales; en el segundo, no se puede considerar al interés primario que protege el derecho subjetivo, sino uno secundario, referido a obtener de los órganos jurisdiccionales una declaración de la tutela jurídica.

Para Calamandrei (Op. cit.), los aspectos más importantes de esta teoría son los siguientes:

- a. 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.
- b. Aún cuando la demanda sea infundada, el juez no puede eximirse de tomarla en examen y debe igualmente pronunciar su sentencia; si se negare a ello, faltaría al deber de su cargo, es decir, denegación de justicia.

- c. Al deber del juez de decidir en cuanto al mérito de la demanda, cualquiera que sea su fundamento, en la parte que ha propuesto la demanda, el derecho a obtener una decisión sobre la misma aún cuando sea infundada.
- d. La acción puede corresponder 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.
- e. Esta acción en sentido abstracto es verdaderamente un derecho, porque está garantizada por la responsabilidad civil y penal en que el juez incurrirá si denegase injustamente un acto de oficio.

Según Calamandrei (Op. cit.), las principales objeciones que se formulan a la teoría del derecho abstracto de obrar se resumen en observar 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 describir 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.

Otras objeciones manifiestan 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, de 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 una garantía del interés individual, se reduciría a ser *el derecho de no tener razón*, con el cual el ciudadano podría darse el gusto, en realidad muy platónico, de hacer constatar el derecho objetivo en contra suya.

Aunado a estas, Bello Lozano (Op. cit.), agrega que concebir de esta forma la acción es una manifestación del derecho de libertad o una facultad contenida en este derecho; y, no se puede concebir una acción procesal, puesto que el juez no puede por sí solo iniciar el proceso.

2.7. La Acción como Derecho de Forma Típica del Derecho de Petición.

Entre los autores que consideran 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

En lo concerniente a este aspecto Couture (1972, p. 36), afirma que:

Si la acción es, a través del proceso histórico de su formación, un modo de sustituir el ejercicio de los derechos por acto propio, mediante la tutela por acto de la autoridad; y si esa sustitución sólo se realiza a requerimiento de la parte interesada, ¿no cabe admitir que ese requerimiento, o más correctamente, ese poder de requerir forma parte del poder jurídico de que se halla asistido todo individuo de acudir ante la autoridad a solicitar lo que considera justo?

Es por ello, que el autor refiere que el derecho de petición, 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, el 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” (Couture, Op. cit., p. 37).

El planteamiento en contra de esta teoría se centra fundamentalmente en que ese derecho de petición no es la acción, en el sentido de que esta figura tiene relevancia en el sistema del proceso, sino su base, su presupuesto de derecho constitucional, la vía siempre abierta sobre la cual el ciudadano puede conducir sus acciones singulares en los diversos casos concretos en que desea dirigirse a la autoridad judicial para la protección de su interés lesionado o amenazado.

El derecho de petición, en sí mismo, es un puro poder de derecho público, genérico e indeterminado sin relación con su supuesto de hecho concreto, y por tanto, inagotable e inextinguible, y es la manifestación inmediata y directa de la capacidad jurídica general.

2.8. Relatividad de la Acción.

Ante la diversidad de teorías formuladas para explicar el derecho de acción y la prolongada polémica que aún no se ha extinguido, después de más de cien años de iniciada, Calamandrei (Op. cit., p. 38), sostiene la relatividad del concepto de acción y hace notar 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. Según este autor:

La polémica en torno a la acción tiene un fondo esencialmente político, y no constituye más que un aspecto, históricamente paralelo, de la polémica más vasta sobre el problema del Estado. El ciclo de las teorías sobre la acción ha seguido la misma cronología que la historia política del siglo XIX, y traducido en términos de técnica procesal, se reduce al problema de las relaciones entre interés individual e interés público en el proceso civil; entre ciudadano y Estado, entre libertad y autoridad.

Por ello, antes de preguntarse cuál de las teorías es la verdadera, la pregunta debe ser más bien, cuál de las varias teorías sobre la acción es la que mejor corresponde a la concepción política sobre la cual se funda, en el presente momento histórico el Estado.

Como deducción de su desarrollo Calamandrei (Op. cit., p. 39), destaca la observación recogida en la exposición de motivos del nuevo Código Italiano de Procedimiento Civil, según el 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.

Según el autor, quien parte de la premisa 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 sacrificio, 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 ayudarlo 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.

Asimismo, en la teoría de Wach, la cual concibe a la acción como un derecho a la tutela jurídica del Estado, en donde este aparece como obligado hacia el ciudadano a la prestación jurisdiccional, se encuentra la expresión, acaso más perfecta, de aquella concepción esencialmente liberal, según la cual el interés público es considerado en función del interés privado, y la justicia aparece como un servicio que el Estado pone a disposición del ciudadano para ayudarlo a satisfacer el propio derecho subjetivo.

Ambas teorías son perfectamente válidas y aceptables en un Estado liberal, al estilo siglo XIX, que consagra el predominio de la libertad sobre la autoridad, del individuo sobre el Estado.

En el extremo opuesto a estas 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, de acuerdo a 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 un función pública, que el mismo ejercita, no en interés propio, sino en interés del Estado.

Esta teoría de la acción como derecho abstracto de obrar sería válida y perfectamente aceptable en un Estado autoritario y totalitario en donde se consagra el absoluto predominio del interés público, y en donde la jurisdicción antes que al servicio del particular está a servicio de la legalidad estatal y todo ciudadano, *uti civis*, aún sin estar directamente interesado, puede ejercer la función pública de accionar para que el Estado confirme su autoridad en interés de la ley.

En síntesis, 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 (Op. cit.), coloca a la teoría de la acción como un derecho potestativo, siguiendo a Chiovenda; que es considerada como la que mejor se adapta al actual momento histórico-político de occidente, en donde no se da ni 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 significa convergencia de dos intereses, en cuanto al 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, como lo sostiene Calamandrei. Pero, cuando un ordenamiento jurídico determinado, admite el derecho de acción, la cuestión de su relatividad pierde toda trascendencia, y se presentan de nuevo las dudas y vacilaciones acerca de su concepción en ese ordenamiento jurídico determinado y concreto.

Por esto, sin desconocer la validez de las observaciones de Calamandrei, se piensa que admitida la acción en un ordenamiento jurídico como el de Venezuela, y el de la generalidad de los países de occidente, que no son expresiones de un liberalismo recalcitrante, ni tampoco de un

colectivismo totalitario, la premisa a seguir es si la acción es un régimen jurídico-político en el cual existen un equilibrio entre el interés individual y el interés colectivo, entre libertad y autoridad, entre iniciativa privada e intervención del Estado.

III

LA ACCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO VENEZOLANO A LA LUZ DE LA CONSTITUCION DE 1999

3.1. Visión Legal.

Los fundamentos legales que aparecen en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, que permiten el estudio de la acción son los siguientes:

En el Título I de los Principios Fundamentales, el artículo 5, consagra que:

La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público.
Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

En el Título III De los Deberes, Derechos Humanos y Garantías, Capítulo I de las Disposiciones Generales, el artículo 26 sobre el derecho de acceso a la justicia, consagra que:

Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, a la tutela efectiva de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente. El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.

En el Capítulo IV De los Derechos Políticos y del Referendo Popular,

Sección Primera: de los Derechos Políticos, el artículo 62, cita que:

Todos los ciudadanos y ciudadanas tienen el derecho de participar libremente en los asuntos públicos, directamente o por medio de sus representantes elegidos o elegidas.

La participación del pueblo en la formación, ejecución y control de la gestión pública, es el medio necesario para lograr el protagonismo que garantice su completo desarrollo, tanto individual como colectivo. Es obligación del Estado y deber de la sociedad facilitar la generación de las condiciones más favorables para su práctica.

Además, el artículo 70, expresa que:

Son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas, cuyas decisiones serán de carácter vinculante, entre otros; y en lo social y económico, las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad.

La ley establecerá las condiciones para el efectivo funcionamiento de los medios de participación previstos en este artículo.

En el Título IV Del Poder Público, Capítulo I De las Disposiciones Fundamentales, Sección Primera: De las Disposiciones Generales, el artículo 136, consagra que:

El Poder Público se distribuye entre el Poder Municipal, el Poder Estatal y el Poder Nacional. El Poder Público Nacional se divide en Legislativo, Ejecutivo, Judicial, Ciudadano y Electoral. Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias, pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado.

En el Título V De la Organización del Poder Público Nacional, Capítulo IV Del Poder Ciudadano, Sección Primera: Disposiciones Generales, el artículo 274, consagra que:

Los órganos que ejercen el Poder Ciudadano tienen a su cargo, de conformidad con esta Constitución y la ley, prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de la legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, e igualmente, promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.

En el mismo orden de ideas, el artículo 275, consagra que:

Los representantes con Consejo Moral Republicano formularán a las autoridades, funcionarios o funcionarias de la Administración Pública, las advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales. De no acatarse estas advertencias, el Consejo Moral Republicano podrá imponer las sanciones establecidas en la ley. En caso de contumacia, el Presidente o Presidenta del Consejo Moral Republicano presentará un informe al órgano o dependencia al cual esté adscrito el funcionario o funcionaria públicos, para que esa instancia tome los correctivos

de acuerdo con el caso sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar en conformidad con la ley.

En la Sección Segunda: de la Defensoría del Pueblo, el artículo 280, expresa que:

La Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y garantías establecidos en esta Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos, además de los intereses legítimos, colectivos y difusos, de los ciudadanos y ciudadanas ...

En la Sección Tercera: del Ministerio Público, el artículo 284, consagra que: “El Ministerio Público estará bajo la dirección y responsabilidad del Fiscal o Fiscalía General de la República, quien ejercerá sus atribuciones directamente con el auxilio de los funcionarios o funcionarias que determine la ley ...”.

En la Sección Cuarta: de la Contraloría General de la República, el artículo 287, cita que:

La Contraloría General de la República es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales, así como de las operaciones relativas a los mismos. Goza de autonomía funcional, administrativa y organizativa, y orienta su actuación a las funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.

En el Capítulo V, Del Poder Electoral, el artículo 292, consagra que:

El Poder Electoral se ejerce por el Consejo Nacional Electoral como ente rector y, como organismo subordinado a éste la Junta Electoral Nacional, la Comisión de Registro Civil y Electoral y la Comisión de Participación Política y Financiamiento, con la

organización y el funcionamiento que establezca la ley orgánica respectiva.

En el Título IX De la Reforma Constitucional, Capítulo I De las Enmiendas, el artículo 347, consagra que: “El pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario. En ejercicio de dicho poder, puede convocar una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de transformar al Estado, crear un nuevo ordenamiento jurídico y redactar una nueva Constitución”.

3.2. Visión Doctrinal.

En primer término hay que recordar lo propuesto por Calamandrei (1962), quien sitúa la teoría de la acción como un derecho potestativo, formulada por Chiovenda, considerándola como la que mejor se adapta al actual momento histórico-político de occidente, donde no se da ni un predominio absoluto de la libertad sobre la autoridad, ni tampoco un predominio absoluto de la autoridad sobre el individuo, sino más bien se crea una relación de equilibrio entre ambos intereses.

Por tanto, 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 un derecho potestativo concluye Calamandrei (Op. cit.), significa la convergencia de dos intereses, en cuanto

al particular que busca en el proceso la satisfacción de su interés privado, dándole de esta manera al Estado la oportunidad de satisfacer el interés colectivo al administrar justicia.

Además, no cabe duda de que la formulación del concepto de acción depende estrechamente del momento histórico, político y jurídico que existe en el tiempo y en el espacio en que esa formulación se realiza. En este sentido, el concepto de acción es relativo, según la opinión de Calamandrei (Op. cit.). Pero, cuando un ordenamiento jurídico en particular admite el derecho de acción, la cuestión de su relevancia pierde toda trascendencia, presentándose de nuevo las dudas y vacilaciones acerca de su concepto en ese ordenamiento jurídico determinado y concreto.

Por lo tanto, sin desconocer la validez de las observaciones de Calamandrei, hay que pensar que admitida la acción en un ordenamiento jurídico como el de Venezuela y el de la generalidad de los países occidentales, que en su mayoría no son expresión de un liberalismo recalcitrante ni tampoco de un colectivismo totalitario, habría que tomar en cuenta la situación con respecto a cuál es la definición de la acción en un régimen jurídico-político en el cual existe un equilibrio entre el interés individual y el interés colectivo, entre la libertad y autoridad, entre iniciativa privada e intervención del Estado.

Tomando en cuenta lo anterior, en Venezuela la Constitución de 1999 surge a raíz de un proceso novedoso e innovador dentro del ámbito político y jurídico del país, como lo fue el Proceso Constituyente. Es preciso recordar que este camino para la elaboración del nuevo constituyente, abrió sendas de discusión entre distintos sectores, en donde la acción se ubica en diferentes estratos de discusión y decisión antes de poder llevar a cabo en proceso.

Es así, que luego de las elecciones de Diciembre de 1998, las discusiones sobre la reforma de la Constitución de 1961 para permitir la Constituyente, quedaron unidas bajo sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 19 de Enero de 1999, en la cual la Sala Político Administrativa admite la posibilidad de que mediante *Referéndum Consultivo*, el *pueblo* pudiera *crear* esta instancia política no prevista en la Constitución. En opinión de Brewer Carías (2000), en el Preámbulo de la Constitución del 99, los motivos que llevaron a proponer la necesidad de una consulta sobre la Constituyente fueron los mismos, que agravados, impulsaron en 1998 a pensar que esta era inevitable para la reconstrucción del sistema político y el Estado.

En este orden de ideas Rondón de Sansó (2000), expone que de acuerdo a la sentencia antes señalada, una vez analizada competencia de

dicha Sala Político Administrativa para conocer del recurso de interpretación, manifestó que se acogía a la moderna noción de que era posible para el organismo jurisdiccional dotado de poderes hermenéuticos efectuar la *interpretación del ordenamiento jurídico*, desechando la tesis predominante que se limitaba a reconocer tan solo la facultad de *interpretación de la ley*.

Con esta decisión la Sala asumió la postura de la interpretación constitucional, considerando que el alcance de la norma jurídica debe efectuarse a partir de los principios y valores constitucionales, incluso, más allá del texto positivo de la Constitución. Igualmente, la Sala reconoció la legitimación de los recurrentes, y pasó a determinar el alcance del artículo 4 de la Constitución, recordando al efecto que el Estado constitucional venezolano basa su estructura en dos principios fundamentales: por un lado, la tesis de la democracia o gobierno del pueblo para el pueblo y por el pueblo; y por otro, en el principio de la primacía de la Constitución, lo cual obliga tanto a gobernantes como a gobernados a someterse a ella.

Continua explicando Rondón de Sansó (Op. cit., p. 5), que después de examinar la situación de las posibles vías para la reforma constitucional, la Sala se pronunció sobre la interpretación del artículo 4 de la Constitución señalando que el mismo:

... según los criterios interpretativos tradicionalmente expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular

por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del Poder Público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también puede por sí mismo hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente que quien posee un poder y puede ejercerlo delegándolo, con ello no agota su potestad, sobre todo cuando la misma es originaria, al punto que la propia Constitución lo reconoce.

De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, no ha enumerado los casos en los cuales puede directamente manifestarse.

Con lo anterior la Sala Político Administrativa dilucidó asimismo la cuestión planteada de si era necesario o no un procedimiento previo de reforma constitucional, para la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, escogiendo la respuesta negativa. Estaba así despejada la vía para el cambio constitucional inmediato.

Entonces, el Presidente de la República, el día 02 de Febrero de 1999, dictó el Decreto N° 3 mediante el cual tomó la iniciativa de decretar la realización de un referendo para que el pueblo se pronunciara sobre la convocatoria a una Asamblea Nacional Constituyente. De esta forma, el primer aspecto de la discusión se había resuelto, además el Congreso no

tuvo tiempo de comenzar a discutir sobre el tema. Es decir, el Presidente electo asumió la iniciativa de convocar al referendo.

Pero, otro aspecto que se destacó, y que fue discutido y no resuelto, pues conforme al criterio de las sentencias de la extinta Corte Suprema de Justicia, el *Poder Constituyente Originario* (el *pueblo*) para crear una Asamblea Nacional Constituyente con el objeto de reformar la Constitución de 1961, mediante un *referéndum consultivo*, debía pronunciarse sobre los diversos aspectos que debían configurar el régimen de la Asamblea Constituyente.

Sin embargo, el Decreto N° 3 del 02 de febrero de 1999, no satisfizo estas exigencias, sino que por el contrario, omitió toda referencia al régimen de la Constituyente, sustituyendo este aspecto por una solicitud al pueblo de la delegación del propio Presidente de la República para regular, él solo, las bases del proceso comicial en el que se debían elegir los integrantes de la Asamblea Nacional Constituyente.

De esto, es que se deriva el primer llamado al pueblo para que a través de unas elecciones se decidiera sobre las bases comiciales, funcionamiento y todo lo concerniente a la Asamblea Nacional Constituyente, tomando especial importancia la consulta popular como acción para lograr una nueva Constitución. Lo innovador de este proceso constituyente en Venezuela es

que no surgió como resultado de ningún hecho fáctico, sino por el contrario, estuvo concebido como un Proceso Constituyente de *lure*, es decir enmarcado dentro del sistema jurídico venezolano vigente en ese momento.

Es entonces cuando la participación ciudadana tomó parte dentro de este proceso constituyente de manera directa y decisiva, al ser el ciudadano consultado sobre la forma cómo debería procederse para llevar a cabo el proceso para la elaboración de la nueva Constitución.

Sobre el primer referendo la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia expresó, en cuanto a la creación de un nuevo ordenamiento jurídico, que la Asamblea elegida por votación popular debería tener el propósito de consolidar el Estado de Derecho a través de mecanismos que permitan la Democracia Social y Participativa, por lo que es deber de la nueva Constitución satisfacer las expectativas del pueblo.

Es por ello, que en la primera sesión plenaria se planteó de nuevo la discusión sobre el supuesto carácter de poder originario de la Asamblea. Exponiendo Brewer Carías (Op. cit.) su criterio tanto por vía oral y escrita de acuerdo con la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema que había originado la propia Asamblea, en el sentido de que el único Poder Constituyente Originario en este proceso constituyente era la manifestación popular del Referéndum del 25 de Abril de 1999, por lo que la Asamblea

tenía los límites contenidos en las bases comiciales del mismo, que eran los que tenían carácter supraconstitucional, a los cuales estaba sometido.

Sin embargo, en la Asamblea prevaleció el criterio de la mayoría de los constituyentistas, el cual quedó plasmado contra toda la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, en el artículo 1° de los Estatutos referido a la Naturaleza y Misión de la Asamblea Nacional Constituyente.

3.2.1. La Soberanía Popular y el Régimen Democrático.

En este punto hay que recordar que la existencia del principio representativo como guía para el ejercicio de los poderes públicos, erigido en virtud de la elección popular, fue uno de los mayores impedimentos teóricos para la reforma de la Constitución de 1961.

La tesis predominante consideraba que no existía la posibilidad de llamar al pueblo a referéndum consultivo sobre la adopción de una nueva constitución mediante una Asamblea Nacional Constituyente, porque este llamado popular sólo era posible para las situaciones expresamente previstas en la Constitución, la cual no contenía ninguna al respecto, y al no estar consagrado en dicha normativa el principio de participación, no podía producirse la consulta popular sino en los casos en los cuales la Ley lo señalara.

Al respecto, Rondón de Sansó (2000, p. 52) expone, que la Sala Político Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, en sentencia de enero de 1999, al aceptar la posibilidad de referéndum consultivo en una materia no prevista expresamente en la Constitución de 1961, se fundamentó en el artículo 4° de ésta, considerando que el mismo no impedía la presencia del principio de participación, al establecer que:

El artículo 4° de la Constitución de la República de Venezuela, según los criterios interpretativos tradicionales expuestos, consagra exclusivamente el principio de la representación popular por estimar que la soberanía reside en el pueblo, pero que éste no puede ejercerla directamente sino que lo hace a través de los órganos del Poder Público a quienes elige, es decir, que el medio para depositar ese poder soberano es el sufragio. Un sistema participativo, por el contrario, consideraría que el pueblo retiene siempre la soberanía, ya que, si bien puede ejercerla a través de sus representantes, también es idóneo por sí mismo para hacer valer su voluntad frente al Estado. Indudablemente, con ello no agota su potestad.

De allí que el titular del poder (soberanía) tiene implícitamente la facultad de hacerla valer sobre aspectos para los cuales no haya efectuado su delegación. La Constitución ha previsto a través del sufragio la designación popular de los órganos de representación; pero, no ha enumerado los casos en los cuales esta potestad puede directamente manifestarse.

Ahora bien, no es correcto negar la posibilidad de tal manifestación si se estima que ella, por reconocimiento constitucional, radica en el ciudadano y sólo cuando la misma se destina a la realización de funciones del Estado, específicamente consagrados en el texto fundamental (funciones públicas) se ejerce a través de los delegatarios. De allí que, la posibilidad de delegar la soberanía mediante el sufragio en los representantes populares, no constituye un impedimento para su ejercicio directo en las materias en las cuales no existe previsión expresa de la norma, sobre el ejercicio de la soberanía a través de representantes. Conserva así el pueblo su potestad originaria

para casos como el de ser consultado en torno a materia objeto de referendo.

Independientemente de la interpretación de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, sobre la admisión del principio de participación en el sistema de la Constitución de 1961, la tesis predominante durante la vigencia de este texto, fue en el sentido de considerarlo como excluido del mismo, al no aparecer expresamente mencionado, salvo en los casos en que la propia norma hacía una exhortación al uso de alguna de las figuras en las cuales se manifiesta, como era el caso del referéndum consultivo para la reforma de la Constitución de 1961, consagrada en el artículo 246, ordinal 4°.

En efecto, hay que destacar que fue sólo en fecha reciente que el principio de participación, autónomamente formulado, se eleva a nivel constitucional y adquiere la divulgación que posee en la actualidad. De allí que su reconocimiento expreso sólo puede encontrarse en la nueva Constitución.

En sentido hay que resaltar que el artículo 5 de la Constitución de 1999 (Brewer Carías, 2000, p. 269), consagra que:

La soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, quien la ejerce directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley, e indirectamente, mediante el sufragio, por lo órganos que ejercen el Poder Público. Los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a ella están sometidos.

Al respecto Brewer Carías (Op. cit.), expone que con esta norma, que sigue la tradición republicana iniciada en 1811 y que se reflejaba en el artículo 4 de la Constitución de 1961, se consagran los principios fundamentales de la soberanía del pueblo y del régimen democrático, en particular, el concepto de representatividad política con el agregado de la participación.

Explica el autor antes mencionado, que el principio más importante del constitucionalismo, derivado de la Revolución Francesa y norteamericana de finales del siglo XVIII, es sin lugar a dudas, el principio que permitió el traslado efectivo de la soberanía, como suprema potestad de mando y gobierno de una Nación, de un monarca absoluto, al pueblo.

Es a partir de estas revoluciones que la soberanía comenzó a residir en el pueblo, influyendo notablemente en el constitucionalismo latinoamericano, el cual fue recogido en la Constitución de 1811, la cual en su artículo 143 consagraba: “Una sociedad de hombres reunidos bajo unas mismas leyes, costumbres y gobiernos forman una soberanía” (Brewer Carías, Op. cit. p. 57).

Precisando, el artículo 144 que:

La soberanía de un país, o supremo poder de regular o dirigir equitativamente los intereses de la comunidad, reside, pues, esencial y originalmente en la masa general de sus habitantes y

se ejercita por medio de apoderados y representantes de éstos, nombrados y establecidos conforme a la Constitución (Brewer Carías, Op. cit., p. 57).

Explica el autor citado, que el artículo 5 de la Constitución de 1999, agrega la expresión que la soberanía debe residir intransferiblemente en el pueblo, lo que recoge el espíritu de la norma del artículo 145 de la Constitución de 1811 (Brewer Carías, Op. cit., p. 57), la cual disponía que:

Ningún individuo, ninguna familia, ninguna porción o reunión de ciudadanos, ninguna corporación particular, ningún pueblo, ciudad o partido puede atribuirse la soberanía de la sociedad, que es imprescindible, inenajenable e indivisible en su esencia y origen, ni persona alguna podrá ejercer cualquier función pública del gobierno si no la ha obtenido por la Constitución.

Lo que viene a significar que la soberanía sólo y siempre reside en el pueblo y nadie puede asumirla, ni siquiera una Asamblea Constituyente, la cual, por supuesto, nunca podría ser *soberana* y menos aún *soberanísima*, como tantas veces e impropriamente se calificó a la Asamblea Nacional Constituyente de 1999. Inclusive, en la Constitución de 1999, se señala al regularse la Asamblea Nacional Constituyente, en su artículo 347, que “el pueblo de Venezuela es el depositario del poder constituyente originario”, el cual por tanto, no puede jamás ser transferido a ninguna Asamblea.

Por su parte Rondón de Sansó (Op. cit.), expone que el principio de participación no sólo está contenido en el artículo 5, sino que en ella se le

quiso expresamente distinguir del principio de representación, al señalarse que la participación implica el ejercicio directo de la soberanía por parte del pueblo, en cuanto que el principio de representación, es un ejercicio indirecto mediante el sufragio por los órganos que ejercen el Poder Público.

Este planteamiento es ratificado con el principio de que los órganos del Estado emanan de la soberanía popular y a la misma se someten. El artículo 5 señala así la coexistencia del principio de participación con el principio de representación, cuando el ejercicio de la soberanía es directo, se está ante el principio de participación; pero cuando es indirecto, el pueblo elige a sus representantes mediante el sufragio y son éstos los que ejercen el Poder Público.

Ahora bien, para Brewer Carías (Op. cit.), la consagración constitucional del principio de la soberanía popular y su carácter intransferible, condujo en el mundo moderno, al desarrollo del principio de la democracia representativa, en el sentido de que el pueblo, que es titular de la soberanía, normalmente la ejerce mediante representantes. Por tanto, soberanía popular y democracia representativa son principios consubstanciales e indisolubles, por lo que es imposible consagrar la soberanía popular, en un régimen democrático, sin el principio de la democracia representativa.

En este sentido Brewer Carías (Op. cit.), propone que la representatividad, en sí misma, es de la esencia de la democracia y los vicios de aquella lo que exigen es perfeccionarla, pero no eliminarla. Esto puede observarse en el gran problema derivado del sistema político de la democracia de partidos, en donde la representatividad democrática no ha correspondido realmente al pueblo, sino a los partidos políticos. La crisis que de ello deriva y que afecta la representatividad democrática, por lo tanto, no puede conducir a su eliminación, sino a su perfección.

Por el contrario, el perfeccionamiento de la democracia exige ampliar el radio de la representatividad, para permitir al pueblo, sus lugares y comunidades encuentren representación directa de las Asambleas representativas y ello sólo se logra con el sistema uninominal de elección, que conduce a la representatividad territorial.

El autor nombrado, explica que en el artículo 5 de la Constitución de 1999 queda claro que la soberanía que reside en el pueblo en forma intransferible, se ejerce "indirectamente, mediante el sufragio, por los órganos que ejercen el Poder Público", y el artículo 62 precisa aún más, el derecho de los ciudadanos de participar libremente en los asuntos públicos "por medio de sus representantes elegidos".

De esto se deriva que la representatividad democrática siempre tiene que tener su fuente en las elecciones populares (art. 70), y que éstas están destinadas a elegir los titulares de los órganos que ejercen el Poder Público que, por supuesto, son los que establece la Constitución conforme a los principios de distribución y separación del Poder Público (art. 136).

Sin embargo, las críticas a la democracia representativa, fundamentadas más por la forma y carácter de la representación, que en la representatividad misma, en todo caso ha provocado la introducción de reformas para fomentar la participación directa en la conducción de los asuntos públicos, son la intermediación o mediación de partidos o de asambleas. De allí las reformas que se han venido introduciendo en los regímenes democráticos contemporáneos, para consagrar vías de democracia directa.

En este orden de ideas, Brewer Carías (Op. cit.), refiere que en este esquema se inserta el agregado del artículo 5° de la Constitución de 1999, comparativamente con la tradición constitucional venezolana que reducía el ejercicio de la soberanía al concepto de representación, en el sentido de que la soberanía también la puede ejercer el pueblo “directamente en la forma prevista en esta Constitución y en la Ley”, regulándose a la vez, el derecho de participar en los asuntos públicos “directamente” (art. 62).

Estas formas, por demás, se enumeran en el artículo 70 de la Constitución de 1999, al describirse los medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, al consagrar: "... en lo político: la elección de cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, constitucional y constituyente, el cabildo abierto y la asamblea de ciudadanos y ciudadanas cuyas decisiones serán de carácter vinculante ..."

3.2.2. El Poder Ciudadano.

El Poder Ciudadano configura realmente la idea de un Poder Moral que opera en el ámbito de la tutela de los intereses públicos ya que está destinado, según la norma contenida en el artículo 274 de la Constitución de 1999; a prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública y moral administrativa; velar por la buena gestión y la legalidad en toda la actividad del Estado.

La naturaleza del Poder Ciudadano queda confirmada por el texto de la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 al señalar que:

Adaptando a nuestro tiempo las ideas inmortales del Libertador Simón Bolívar, la Constitución rompe con la clásica división de poder públicos y crea los poderes Ciudadanos y Electoral. El primero de ellos se inspira, en parte, en el Poder Moral propuesto por el Libertador en su Proyecto de Constitución presentado al Congreso de Angostura el 15 de febrero de 1819. El Libertador concibió el Poder Moral como la institución que tendría a su cargo

la conciencia nacional, velando por la formación de ciudadanos a fin de que pudiera purificarse lo que se haya corrompido en la República; que acuse la ingratitud, el egoísmo, la frialdad del amor a la patria, el ocio, la negligencia de los ciudadanos.

Con esto, Bolívar quería dejar fundado una República con base en un pueblo que amara la patria, a las leyes, a los magistrados, porque esas son las nobles pasiones que deben absorber exclusivamente el alma de un republicano.

El Poder Ciudadano se ejerce por el Consejo Moral Republicano, el cual a su vez está integrado por el Defensor del Pueblo, el Fiscal y el Contralor General de la República.

En opinión de Rondón de Sansó (2000), estos órganos que integran el Poder Ciudadano ya existían con anterioridad a su creación, eran órganos constitucionalmente dotados de autonomía funcional, en vista de que eran autónomos e independientes de cualquiera de los restantes poderes del Estado, aún cuando mantuviesen con alguno de ellos relaciones específicas, de allí que sus titulares no tenían vínculo alguno de dependencia con ningún otro.

Actualmente, esas entidades se someten conjuntamente con la que ha sido creada *ex novo* (Defensoría del Pueblo), a una organización mayor que

las engloba que, tal se denomina Consejo Moral Republicano, que es presidido uno de sus titulares.

Es importante destacar que no todas las funciones que se han atribuido al Poder Ciudadano en general, se consustancian con la naturaleza y fines de cada uno de los órganos que lo configuran. Así, en el caso de la Defensoría del Pueblo, esta no tiene una función acusadora ni inquisitiva, sino que es esencialmente, protectora de los derechos humanos y de la legitimidad de los actos de los poderes públicos. En este sentido, según Rondón de Sansó (Op. cit.), este organismo no encaja dentro de la noción de Poder Ciudadano, como entidad fiscalizadora de la moralidad pública.

Con respecto al Ministerio Público puede opinarse lo mismo, antes de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, por cuanto en el ámbito constitucional y legal, este órgano representaba el defensor de la legalidad del orden jurídico, y esa era su actuación en el penal.

Ahora bien, la mencionada normativa le da el carácter de acusador público en el proceso penal acusatorio que establece, con lo cual, al convertirlo en parte de dicho proceso, el mismo deja de ser una entidad imparcial frente a la jurisdicción, en su papel de acusador, el Ministerio Público sí encaja dentro de la noción del Poder Ciudadano.

A. El Ministerio Público.

El Ministerio Público, si bien forma parte del Sistema Judicial, pertenece igualmente al Poder Ciudadano, y como parte de este Rondón de Sansó (Op. cit.), explica que es independiente y goza de autonomía funcional, financiera y administrativa, asignándole una partida anual variable dentro del presupuesto general del Estado. Su organización y funcionamiento obedece a una ley orgánica, teniendo a su cargo prevenir, investigar y sancionar los hechos que atenten contra la ética pública.

Asimismo, el Ministerio Público es el encargado de velar por la buena gestión y racionalidad en el uso del patrimonio público, el cumplimiento y la aplicación del principio de legalidad en toda la actividad administrativa del Estado.

Como miembro del Consejo Moral Republicano deberá formular a las autoridades y funcionarios de la Administración Pública, la advertencias sobre las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales, y en caso de no ser acatadas, el organismo del cual forma parte, el Consejo Moral Republicano, podrá imponer las sanciones establecidas en la Ley.

Además de estas atribuciones y características que el Ministerio Público posee al ser parte del Poder Ciudadano, tomando en cuenta su

propia entidad y naturaleza que es el encargado de garantizar en los procesos judiciales el respeto de los derechos y garantías constitucionales, así como de los tratados y acuerdos internacionales firmados y ratificados por la República.

De igual forma debe garantizar la celeridad y la buena marcha de la administración de justicia, el juicio previo y el debido proceso; así como ordenar y dirigir la averiguación penal cuando existan elementos relativos a la perpetuación de los hechos punibles, para hacer constar su comisión con todas las circunstancias que puedan influir en la calificación y responsabilidad de los autores y demás participantes, así como el aseguramiento de los objetos activos relacionados con la misma.

Ahora bien, a partir de la entrada en vigencia del Código Orgánico Procesal Penal, la figura del Ministerio Público dejó de ser la de defensor de la Ley para convertirse en acusador público, es decir, el encargado de ejercer la acción penal en los casos en que para intentarla o proseguirla, no fuere necesario la instancia de parte.

En opinión de Rondón de Sansó (Op. cit.), la Constitución de 1999 recoge la modificación del Ministerio Público con el cambio del sistema procesal penal, y en consecuencia, lo califica como el acusador por excelencia en un sistema acusativo, como el adoptado actualmente, dejando

a la Defensoría del Pueblo lo que en inicialmente era su función de defensor de la legitimidad en el Estado.

B. La Contraloría General de la República.

Este órgano como parte del Poder Ciudadano presenta la misma dualidad del Ministerio Público en cuando a sus funciones como ente individual y como parte de otro.

En cuanto a las funciones que ejerce como órgano del Poder Ciudadano, éstas se encuentran numeradas en el artículo 274 de la Constitución, haciéndose referencia a la prevención, investigación y sanción de los hechos que atenten contra la ética pública y la moral administrativa; velar por la buena gestión y legalidad en el uso del patrimonio; cumplimiento y aplicación del principio de legalidad en toda la actividad administrativa del Estado, asimismo promover la educación como proceso creador de la ciudadanía, así como la solidaridad, la libertad, la democracia, la responsabilidad social y el trabajo.

Es de hacer notar que la Contraloría General de la República, como órgano del Poder Ciudadano, goza de autonomía funcional, administrativa y financiera, y en razón de ello, dentro del presupuesto general del Estado se le asignará una partida variable.

En su condición de representante del Consejo Moral Republicano, debe formular a las autoridades las advertencias a las faltas en el cumplimiento de sus obligaciones legales, que de acuerdo a los consagrado en el artículo 275 de la Constitución de 1999; de no ser acatadas puede proceder a imponer sanciones. En caso de contumacia, el Presidente del Consejo Moral Republicano presentará un informe al organismo del cual depende el funcionario público, a fin de éste proceda a la aplicar los correctivos propios del caso, sin perjuicio a las sanciones a las que hubiere lugar de conformidad con la Ley.

En lo concerniente a sus funciones propias, el artículo 287 de la Constitución de 1999 consagra que éste es el órgano de control, vigilancia y fiscalización de los ingresos, gastos, bienes públicos y bienes nacionales; así como de las operaciones relativas a los mismos, así como orientar su actuación a los funciones de inspección de los organismos y entidades sujetas a su control.

En este último aspecto Rondón de Sansó (Op. cit.), expone que éste no tiene efectivamente sentido alguno, tomando en cuenta el punto de a qué otros sujetos podría orientar su actuación. A criterio de la autora, esto no es otra cosa que una variación del artículo 1° de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República vigente.

Es importante resaltar que la Constitución de 1999 elimina la calificación de la Contraloría General de la República como órgano auxiliar del Congreso, en su función de control sobre la hacienda pública, obedeciendo al hecho de que el organismo contralor ya no es tan sólo un órgano constitucional dotado de autonomía funcional, sino que forma parte de un Poder Público, diferente del Poder Legislativo, es decir, el Poder Ciudadano, por el cual no puede ser interpretado como un órgano auxiliar del primero.

C. La Defensoría del Pueblo.

El Defensor del Pueblo no es otra cosa que la traslación al sistema venezolano de la figura del *ombudsman*. Este término que en sueco alude al *representante* de otra persona, fue utilizado por primera vez en un texto de derecho positivo en la Constitución sueca de 1809. En América Latina, es a partir de la década de los noventa que esta figura aparece reconocida en las distintas legislaciones con la denominación de *Defensor del Pueblo*, *Procurador de los Derechos Humanos*, *Defensor de los Habitantes*.

Rondón de Sansó (Op. cit.), explica que las características esenciales que el Defensor del Pueblo posee en el Derecho Comparado pueden ser resumidas de la siguiente manera: La tutela de los derechos humanos y el control de la administración estatal. Los medios para obtener esta tutela es

la recomendación y la sugerencia, en razón de lo cual se estima que la Defensoría del Pueblo es *una magistratura de simple persuasión*, permitiendo que sus acciones merezcan respeto por la autoridad moral de la cual está investida, aún cuando no está dotada de fuerza coercitiva para el cumplimiento de sus recomendaciones.

Otra característica del *Ombudsman* es su independencia de cualquier otro poder, órgano o institución pública, lo cual es establecido en forma expresa en la mayoría de las constituciones que lo consagran, haciendo énfasis en que el Defensor del Pueblo al ser nombrado por la Asamblea Nacional, no significa que éste deba estar subordinado al órgano elector. Por otra parte, la Defensoría del Pueblo sólo puede actuar para cumplir sus fines dentro de un régimen democrático que garantice la independencia de los distintos órganos constitucionales, y por esta razón es que su propia autonomía resulta indispensable para garantizar sus objetivos.

Un punto importante en la noción del Defensor del Pueblo, es la consideración de que la labor del mismo no puede ser un obstáculo o entorpecimiento a la de los restantes poderes públicos y es por ello que ha de tener un régimen que coordine las funciones de los diferentes órganos del Estado vinculados a la tutela de los derechos de los ciudadanos, con el propósito de impedir su duplicidad.

De igual forma, puede hablarse que la Defensoría del Pueblo busca el establecimiento de una cooperación con la misma parte de las autoridades y funcionarios que actúan en la esfera de la Administración Pública, señalándose que el Defensor del Pueblo está facultado para requerir de las autoridades las informaciones necesarias para el ejercicio de sus funciones, sin que pueda aducirse reserva alguna.

El Defensor del Pueblo tiene bajo su cargo esencialmente la defensa de los derechos humanos y dentro de ellos la correspondiente al derecho a la vida, a la integridad de las personas, a la libertad de los ciudadanos, a la no discriminación y al debido proceso. Otra de sus tareas es la promoción y difusión de los derechos humanos, así como también la supervisión de los deberes de la Administración Pública por cuanto es sabido que la labor de ésta debe realizarse en el marco del principio de la legalidad, por lo que no es posible la actuación administrativa sin la autorización de una norma expresa.

Continua explicando Rondón de Sansó (Op. cit.), que la Defensoría del Pueblo controla la legalidad de la actuación de la Administración Pública sin que le sea dado anular actor pero sí hacer recomendaciones. Una de sus labores más importantes es la de obtener de las administraciones públicas una información adecuada de sus tareas con respecto a los particulares,

quienes generalmente carecen de guía en el intrincado mundo de las competencias administrativas.

Un punto de especial atención que la autora propone es el de si la Defensoría del Pueblo debe ser llamada de comparecer en todos los procesos de amparo constitucional, o si este llamado debe hacerse sólo al Ministerio Público, tal como lo prevé la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, o si bien, ambos organismos deben estar presentes por igual.

Esto es motivado porque una de las críticas que se hicieron a la creación de la Defensoría del Pueblo estuvo fundada en la consideración de que si no se hacía una delimitación severa de la misma con el Ministerio Público, podía correrse el riesgo de fomentar la penetración de alguno de dichos organismos en la esfera e competencia del otro.

En este sentido, al revisar la exigencia de la Ley Orgánica de Amparos sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en sus artículos 14 y 15 alude a la intervención del Ministerio Público, señalando en el último de los artículos que: "Se entenderá a derecho en el proceso de amparo el representante del Ministerio Público a quien el juez competente le hubiere participado por oficio o por telegrama la apertura del procedimiento".

Visto así, es indudable que en el procedimiento de amparo es de suma importancia la presencia del Ministerio Público y la práctica ha hecho que el mismo esté presente en la audiencia pública constitucional y que interrogué a las partes y haga conclusiones escritas en defensa de alguna de ellas. De allí que no cabe duda que el Ministerio Público es llamado por Ley, es decir, por la ley especial que rige la materia a comparecer en el juicio de amparo por lo cual, desde este punto de vista, la lógica conduce a considerar que al existir una exhortación legal, habría que atender a la misma, y ésta sería excluyente de cualquier otro organismo de buena fe.

De lo anterior se deduce que al seguir la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales sólo el Ministerio Público ha de ser llamado en un juicio ya entablado para que actúe como parte de buena fe, no encontrándose sentido alguno que otros organismos con funciones similares quede facultado para hacerlo.

Ahora bien, como la Defensoría del Pueblo tiene sus atribuciones en la Constitución de 1999, hay que revisar si en la normativa que la regula hay alguna exhortación a su presencia en los procedimientos de amparo constitucional ya entablados. Como se ha dicho anteriormente, entre sus facultades está la promoción, defensa y vigilancia de los derechos y

garantías contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos, así como en los intereses de los ciudadanos.

Aunque este es el enunciado general, el mismo se realiza, es decir, se pone en acto, a través de atribuciones específicas enunciadas en el artículo 281, *ejusdem*, las cuales pueden ser analizadas de la siguiente manera:

En principio, controlar el respeto de los derechos humanos “investigando de oficio o a instancia de parte las denuncias que lleguen a su conocimiento. Esta facultad alude a una potestad de investigación de las violaciones de los derechos humanos de las cuales el organismo tenga conocimiento. En consecuencia, se trata de una labor activa, con iniciativa propia y parcializada del Defensor, no de la presencia de una parte de buena fe en un proceso, que es lo que se requiere en el juicio de amparo.

Otra de las atribuciones del Defensor es velar por el funcionamiento de los servicios públicos y amparar a los ciudadanos contra las arbitrariedades cometidas en su prestación. Es obvio que esta facultad puede llevar al Defensor del Pueblo a interponer por sí mismo, a nombre de un sujeto presuntamente lesionado, una acción de amparo, pero como tal no justifica su llamamiento en un juicio ya trabado.

Asimismo, el ordinal tercero ratifica la facultad del Defensor de interponer acciones de inconstitucionalidad y de amparo en todas sus modalidades, así como los recursos necesarios para el ejercicio de las funciones que le han sido asignadas. También se trata de una función activa de iniciativa propia y no del llamamiento a la defensa de la legitimidad, como es su actuación en el juicio de amparo ya trabado.

En el ordinal cuarto, la atribución que se le asigna al Defensor del Pueblo es la de instar al fiscal para que intente las acciones para hacer efectiva la responsabilidad contra los funcionarios que vulneren los derechos humanos.

Los ordinales 5° y 6° hacen alusión a las atribuciones del Defensor como denunciante para obtener la aplicación de sanciones y de responsabilidades. El ordinal 7° se presenta como una actividad colegisladora al darle iniciativa legislativa en materia de derechos humanos. En el ordinal 8°, se refiere a la tutela de los pueblos indígenas.

Los restantes ordinales 9, 10 y 11, se refieren a su labor de tutelaje de los establecimientos y las instituciones para impedir la violación de los derechos humanos.

En lo concerniente al Ministerio Público, su actuación en el juicio de amparo constitucional deriva en forma expresa del señalamiento de la ley específica que regula la materia, en razón de lo cual tal actuación se subsume en lo dispuesto en el ordinal 6° del artículo 285 de la Constitución de 1999.

En síntesis, propone Rondón de Sansó (Op. cit.), que si el Defensor del Pueblo no está actuando en representación de los intereses del presunto agraviante, debe omitirse su llamamiento en el proceso de amparo constitucional, por cuanto es el mismo no le será dado cumplir con la función de parte de buena fe y de tutor de la legitimidad, en ayuda del juzgador, sino que su presencia, podría implicar bien sea la duplicidad, o bien, el contraste de criterios con el Ministerio Público, es decir, la inútil petición de atribuciones a organismos diferentes.

3.2.3. El Poder Electoral.

Una de las novedades de la Constitución de 1999, es la forma como se separó de la división tripartita de los Poderes Públicos, para incluir el Poder Legislativo, del Ejecutivo y del Judicial, al Poder Electoral y al Poder Ciudadano, que en sí es el resurgimiento de la tesis del llamado Poder Moral.

La inclusión del Poder Electoral se justifica en la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 como “la expresión del salto cualitativo de la democracia representativa a la democracia participativa y protagónica”. Lo que puede ser entendido de la redacción característica del constituyente, es que se estimó que al aumentar las formas de participación en el desempeño de las funciones públicas y en el control sobre su ejercicio, era necesario establecer un conjunto de órganos para atender a esta mayor demanda de actuaciones, dotándolo de jerarquía y entidad análogas a la de los restantes poderes, a través del cual los mismos se conforman.

Este sistema está constituido por un organismo nacional capaz de llevar a cabo, por una parte los procedimientos preventivos que son manifestación del principio de participación (referéndum e iniciativa legislativa), así como de la concepción del sufragio como derecho, y por otra, surge la necesidad de tener un órgano capaz de dirigir las estructuras necesarias para el cumplimiento de las nuevas tareas, este último se refiere al caso del Registro Civil y Electoral destinado a conformar y depurar de manera automática el control de los electores.

Para Rondón de Sansó (2000), en la definición que la Exposición de Motivos hace del Poder Electoral no puede apartarse de concentrar la entidad y fuerza del Poder Electoral en un organismo que se denomina

Consejo Nacional Electoral, que inicialmente se denominó Consejo de Coordinación Nacional Electoral; sobre cuya designación y competencia gira toda la mecánica del Poder Electoral.

La existencia de un poder propio para la materia del sufragio y del referéndum, obliga a la conformación de una jurisdicción contencioso administrativo especial, que es la jurisdicción contencioso electoral, ejercida por la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia.

En este sentido, el constituyente considera como emergente de la citada Exposición de Motivos, que se ha producido una modificación sustancial en la práctica electoral, sobre la cual se edificó el anterior modelo político, hasta la consagración de nuevas formas de participación, como en el caso de la elección de los cargos públicos, el referendo, la consulta popular, la revocatoria del mandato, la iniciativa legislativa, el cabildo abierto y las asambleas cuyas decisiones revisten el carácter de vinculantes.

Además, la participación ciudadana está presente como principio esencial de la estructura de los órganos del Poder Electoral, y ejemplo de ello es el caso de las postulaciones que corresponden a la sociedad civil para designar a los cinco miembros del Consejo Nacional Electoral..

Es así, que para hacer cumplir las condiciones establecidas con respecto a las elecciones de los miembros del Consejo Nacional Electoral, la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999 señala que fue creado un Comité de Postulaciones Electorales, integrado por representantes de diferentes sectores de la sociedad, el cual debe ser configurado por la Ley según el artículo 295, con lo cual pareciera sobredimensionarse el haberle otorgado rango constitucional.

3.3. Visión Jurisdiccional.

En lo concerniente a la jurisprudencia, Chavero (2001), expone que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1999 han comenzado a aparecer los primeros fallos que han tratado de precisar quien dispone de legitimación activa ante la protección de derechos colectivos e intereses difusos.

Así, en la decisión dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 30 de junio del 2000, en el caso *Defensoría del Pueblo*, citado por Chavero (Op. cit.), dicha Sala precisó lo siguiente:

Planteado así lo relativo a estas acciones, tiene también esta Sala que determinar quiénes son los legitimados para intentarlas, siendo claro que el interés procesal -en principio- cualquier miembro de la sociedad que necesite de la declaración jurisdiccional, en beneficio del común ...

Pero, en cuanto a la legitimación del actor, no se está ante una acción popular donde cualquier ciudadano para incoarla, ya que como dice Montero Aroca, citado por Chavero (Op. cit., p. 111):

... la acción por intereses difusos o colectivos no implica conceder a los ciudadanos un derecho material (lo que sería discutible en Venezuela), sino sólo un derecho procesal, por lo que es necesario que el actor esgrima su derecho subjetivo, no individual, sino común, por tratarse de incidencia colectiva en el sentido amplio de la palabra.

De allí que Bidart Campos, citado por Chavero (Op. cit., p. 111), en su obra *El Acceso a la Justicia*, explica:

... Solamente en materia de intereses difusos o colectivos no se exige interés concreto, propio, inmediato y diferente al de cualquier otro sujeto. El interés es compartido, pero hay invocación de una porción subjetiva del interés común o colectivo, o de un derecho de incidencia colectiva ...

Mientras que Peyrano, citado por Chavero (Op. cit., p. 111), en su obra *Legitimaciones Atípicas*, señala que:

... Estamos asistiendo, ya desde hace algún tiempo, a un evidente ensanchamiento del concepto de legitimación procesal. Sus nuevos límites son más dilatados por los anteriores, pero en modo alguno invalidan los valiosos desarrollos efectuados por la procesalística clásica que resultan, en rigor de verdad, simplemente enriquecidos con los aportes estimulados por la aparición de nuevas realidades (la de intereses difusos, por ejemplo) que, precisamente, reclaman solución y cauce ...

Pero, el gran problema surge en que quien demanda por derechos o intereses difusos, lo debe hacer a nombre de la sociedad, y lo hace atendiendo al derecho subjetivo indivisible que comparte con el resto de las

personas, o a su interés compartido con la población y, ¿cómo sin recibir representación de ese resto, puede obrar en nombre de ellos y de sus intereses?, ¿quién es el legitimado para actuar? Ante esta realidad, se entiende el por qué en algunas legislaciones se otorga la representación a un ente específico y se le niega a los ciudadanos en particular.

En este sentido, continua expresando la sentencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia que:

... Si se atiende a la letra del artículo 46 del Código Orgánico Procesal Penal, en los delitos que afecten intereses colectivos y difusos, la acción civil la ejercerá el Ministerio Público, y no cualquiera de los lesionados por la conducta delictual, lo que podría hacer pensar que la acción específica es exclusiva del Ministerio Público, o de la Defensoría del Pueblo, que también, en beneficio de la sociedad, puede ejercer la acción en los supuestos del artículo 281 de la vigente Constitución; y que de no tratarse de estos entes u otros señalados en la ley, como los Consejos Estadales o Municipales de Derecho, y el propio Ministerio Público en los casos previstos en los artículos 143, literal g); 147, literal f); y 170 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; sus titulares deberían ser las organizaciones sociales, cuyo objeto por mandato legal sea el ejercicio de estas acciones, ya que se han creado a esos fines (una podrían ser las Asociaciones de Vecinos, previstas para ello, por ejemplo, en el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, o en el artículo 170 de la Ley Orgánica de Régimen Municipal, o las Asociaciones de Consumidores y Usuarios prevenidas en el artículo 10 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario) ...

Explica la sentencia, que las acciones provenientes de derechos e intereses difusos y colectivos, son siempre acciones de condena, o restablecedoras de situaciones, y nunca mero declarativas o constitutivas.

La posibilidad de una indemnización a favor de las víctimas, en principio no individualizada, como parte de la pretensión fundada en estos derechos e intereses, la contempla el numeral 2 del artículo 281 de la vigente Constitución; pero ello no excluye que puedan existir demandas que no pretendan indemnización alguna, sino el cese de una actividad, la supresión de un producto o de una publicidad, la demolición de una construcción, entre otras.

De allí que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, continua exponiendo que:

... el artículo 46, primer aparte, del Código Orgánico Procesal Penal, debe interpretarse en el sentido que sólo es la pretensión indemnizadora, proveniente de lesiones a la población, la que corresponde a un ente público: el Ministerio Público, al igual que el cobro de indemnizaciones que por igual causa, puede ser demandada por la Defensoría del Pueblo, pero estas legitimaciones puntuales, no impiden que las acciones que no pretendan indemnizaciones para el pueblo o la comunidad, sean incoadas por personas naturales o jurídicas, tal como lo previene el artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, aunque dicha Ley exige en el actor un interés individual, legítimo, personal y directo. Entiende esta Sala, que la obtención de una indemnización para ser repartida entre quienes no la demandan, no puede ser solicitada por una persona individual, sino que por un ente dotado de la legitimación para obrar por la sociedad en general, quien será el que distribuya la indemnización conforme a derecho. La obtención de una indemnización, responde a un derecho subjetivo y personal en obtenerla; de allí la imposibilidad de que cualquier particular la pida en beneficio del grupo social indeterminado, pero ese es un interés (el indemnizatorio), distinto al que utiliza el demandante que trata de detener o revertir la lesión que se causa a la población en general ...

En este sentido, la Sala consideró que si el artículo 26 de la Constitución de 1999 contempla, sin distinción de personas la posibilidad de acceso a la justicia para hacer valer derechos e intereses, incluso los colectivos y difusos, tal acceso debe interpretarse en forma amplia, a pesar del rechazo que en otras partes y en algunas leyes venezolanas, exista contra el ejercicio individual de acciones en defensa de intereses o derechos difusos o colectivos.

En consecuencia, la Sala Constitucional consideró que:

... cualquier persona procesalmente capaz, que va a impedir el daño a la población o a sectores de ella a la cual pertenece, puede intentar una acción por intereses difusos o colectivos, y si ha sufrido daños personales, pedir sólo para sí (acumulativamente) la indemnización de los mismos. Esta interpretación fundada en el artículo 26, hace extensible la legitimación activa a las asociaciones, sociedades, fundaciones, cámaras, sindicatos, y demás entes objetivos, cuyo objeto sea la defensa de la sociedad, siempre que obren dentro de los límites de sus objetivos societarios, destinados a velar por los intereses de sus miembros en cuanto a lo que es su objeto. El artículo 102 de la Ley Orgánica de Ordenación Urbanística, sigue esta orientación ...

Sin embargo, lo que si difiere del estado actual de la legislación venezolana, es que un particular no puede demandar una indemnización para el colectivo dañado, cuando acciona por intereses difusos, correspondiendo esta petición a entes como el Ministerio Público o la Defensoría del Pueblo.

Asimismo, cuando los daños o lesiones atentan contra grupos de personas vinculadas jurídicamente entre sí, o pertenecientes a la misma actividad, la acción por intereses colectivos, cuya finalidad es idéntica a la de los intereses difusos, podrá ser incoada por las personas jurídicas que reúnan a los sectores o grupos lesionados, y aún por cualquier miembro de ese sector o grupo, siempre que obre en defensa de dicho segmento social.

Por tanto, refiriendo lo planteado en la sentencia, resulta absurdo que alguien obtenga un fallo favorable que evite o elimine la lesión a la situación jurídica colectiva en que se encuentra, y que a pesar de ese fallo, las personas del sector que están en igual situación, tengan que sufrir la lesión o la amenaza.

En este aspecto, la Sala Constitucional, en materia de indemnizaciones por intereses colectivos, expone en la sentencia que:

... ellas sólo pueden ser pedidas por las personas jurídicas para sus miembros constituidos conforme a derecho, y los particulares para ellos mismos, al patentizar su derecho subjetivo, sin que otras personas puedan beneficiarse de ellas; pero en lo referente a la condena sin indemnización, al restablecimiento de una situación común lesionada, los otros miembros del colectivo pueden aprovecharse de lo judicialmente declarado, si así lo manifiestan ...

Interpretando la sentencia, es incomprensible que una persona en razón de que pertenezca a una determinada profesión o categoría, obtenga

por decisión judicial una ventaja, como el uso de placas identificatorias para su vehículo, o la supresión de un concurso para acceder a un cargo u otra circunstancia semejante; y que las otras personas de la profesión o la categoría en igual situación, tengan que acudir ante los órganos jurisdiccionales mediante acción individual para que se les reconozca el mismo derecho, atentando así contra la economía y celeridad del proceso.

Por ello, en esta materia suele hablarse de sentencias de condena abierta, donde los otros que se encuentran en la situación colectiva se adhieren al fallo, sin haber sido partes en el proceso.

Este tipo de sentencias no está aún legalmente contemplado en el país, pero como desarrollo de la implantación constitucional de las acciones por derechos e intereses colectivos o difusos, y los efectos hacia la comunidad que sus decisiones tienen, si el juzgador al admitir la demanda individual, considera que ella afecta derechos e intereses difusos, debe ordenar la comparecencia de la Defensoría del Pueblo y de los interesados, así quien demande lo haga en razón de su interés directo y personal, y escuchar sus alegatos al respecto, ya que así como hay otras personas que podrían gozar de los efectos del fallo, es posible que un sector de la sociedad, del género o del grupo, se oponga a los efectos sociales supuestamente beneficiosos que se derivan del fallo.

La Sala Constitucional propone que: "... En el futuro, las bases que tomaría en cuenta el legislador para legislar sobre las indemnizaciones a la colectividad y su reparto surja de estas condenas abiertas ...".

De lo expuesto, dicha Sala sigue exponiendo que:

... quien incoa una acción por intereses difusos o colectivos, no se requiere, si es difuso, que tenga un vínculo establecido previamente con el defensor, pero sí que obra como miembro de la sociedad, o de sus categorías generales (consumidores, usuarios, etc.) y que invoque su derecho o interés compartido con la ciudadanía, porque participa con ella de la situación fáctica lesionada por el incumplimiento o desmejoramiento de los Derechos Fundamentales que atañen a todos, y que genera un derecho subjetivo comunal, que a pesar de ser indivisible, es accionable por cualquiera que se encuentre dentro de la situación infringida, ya que en el ordenamiento jurídico están reconocidos esos derechos en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Se trata de un interés jurídico garantizado por la Constitución, que no es susceptible de apropiación individual y exclusiva por nadie, ya que cualquiera de los lesionados puede ejercerlo, a menos que la ley lo restrinja, y que se le exige a quien debe prestación de objeto determinado.

Entonces, en bueno destacar que, a pesar de tratarse de un derecho o un interés general, del cual goza el accionante, permitiendo amplitud de demandantes, él personalmente debe temer la lesión o haberla sufrido o estarla sufriendo como parte de la ciudadanía, por lo que carecerá de legitimación quien no esté domiciliado en el país, o no pueda ser alcanzado por la lesión, situación ésta que separa estas acciones de las populares.

Por ello, quien demanda con base a derechos o intereses colectivos, debe hacerlo en su condición de miembro o vinculado al grupo o sector lesionado, y que por ello sufre la lesión conjuntamente con los demás, por lo que por esta vía asume un interés que le es propio y le da derecho de reclamar el cese de la lesión para sí y para los demás, con quienes comparte el derecho o el interés. Se trata de un grupo o sector no individualizado, ya que si lo fuese, se estaría ante partes concretas.

En este sentido, la Sala cita que:

... En ambos casos, de prosperar la acción surgiría un beneficio jurídico en favor del accionante y de su interés coincidente con la sociedad o el colectivo de protegerlo, al mantener la calidad de vida. Así, se garantiza a la sociedad en general la defensa de sus intereses

En el accionante ha nacido el derecho subjetivo de reaccionar contra el acto lesivo o de concreta amenaza, causado por el desconocimiento del lesionado, a los Derechos Fundamentales de la sociedad en general.

El Legitimado para obrar siempre debe aducir un interés actual, que no se agota para la sociedad en un solo proceso.

Si alguien demanda, sin fundar su acción en derechos o intereses difusos, pero el juzgador considera que de ellos se trata, deberá citar al proceso a la Defensoría del Pueblo, o a los entes que la ley establezca en particulares materias, y además hacer saber mediante edicto a todos los interesados, si no fueran procesos donde la ley los excluye y otorga la representación a otras personas. Todos esos intereses legítimos podrán, además, intervenir como terceristas, si el juez tomando en cuenta la existencia de derechos o intereses difusos o colectivos, los admite como tales ...

En este punto Chavero (Op. cit.), expone que a pesar de la amplitud que parece propugnar esta decisión, al final termina señalando que dentro de la estructura del Estado, sólo la Defensoría del Pueblo sería la legitimada para intentar acciones en defensa de los derechos colectivos e intereses difusos, excluyendo la legitimación, entre otros, de Alcaldes, Síndicos Municipales y Gobernadores.

Además, propone el autor antes nombrado que, es claro que existe una distinción entre derechos colectivos e intereses difusos, y si bien se podría estar de acuerdo en limitar la legitimación de los intereses difusos, sólo la Defensoría del Pueblo, en opinión del autor, parece un grave contrasentido imponer esa misma limitación a los derechos colectivos, pues éstos, por lo general, suelen ser defendidos por asociaciones o legítimos representantes, quienes facilitan el acceso a la justicia en procura de intereses de grupo.

En este sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, continua proponiendo en su sentencia que:

Las acciones en general por derechos e intereses difusos o colectivos pueden ser intentadas por cualquier persona, natural o jurídica, venezolana o extranjera domiciliada en el país, que mediante el ejercicio de esta acción, accede a la justicia. El Estado venezolano, como tal, carece de ella, ya que tiene mecanismos y otras vías para lograr el cese de las lesiones a esos derechos e intereses, sobre todo por la vía administrativa, pero la población en general está legitimada para incoarlas, en la forma que explica este fallo, y ellas pueden ser interpuestas por la Defensoría del Pueblo, ya que según el artículo 280 de la Carta

Fundamental, la Defensoría del Pueblo tiene a su cargo la promoción, defensa y vigilancia de los intereses legítimos, colectivos y difusos de los ciudadanos. A juicio de esta Sala, la norma señalada no es excluyente y no prohíbe a los ciudadanos el acceso a la justicia en defensa de los derechos e intereses difusos y colectivos, ya que el artículo 26 de la vigente Constitución consagra el acceso a la justicia a toda persona, por lo que también los particulares pueden accionar, a menos que la ley les niegue la acción. Dentro de la estructura del Estado, y al no tener atribuidas tales funciones, sólo la Defensoría del Pueblo (en cualquiera de sus ámbitos: nacional, estatal o especial) puede proteger a las personas en materia de intereses colectivos o difusos, no teniendo tal atribución (ni la acción), ni el Ministerio Público (excepto que la ley se la atribuya), ni los Alcaldes, ni los Síndicos, a menos que la ley se las otorgue.

Esta posición restrictiva, con respecto a la legitimación de los representantes de las entidades federales, fue confirmada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en decisión de fecha 21 de Noviembre del 2000, en el caso William Lara, citado por Chavero (Op. cit.), al señalar que:

En consecuencia, no pueden los Estados y los Municipios incoar acciones por derechos e intereses difusos y colectivos, a menos que la ley expresamente las conceda, y así se declara. Los derechos e intereses difusos y colectivos persiguen mantener en toda la población o en sectores de ella, una aceptable calidad de vida, en aquellas materias cuya prestación general e indeterminada de tal calidad de vida corresponde al Estado o a los particulares. Se trata de derechos e intereses colectivos que pueden coincidir con derechos e intereses individuales, pero que conforme al artículo 26 de la Constitución vigente pueden ser accionados por cualquier persona que invoque un derecho o interés compartido con la ciudadanía en general o con un sector de ella, y que teme o ha sufrido, como parte integrante de esa colectividad, una lesión en su calidad de vida, a menos que la ley le niegue la acción.

Ahora bien, correspondiendo al Estado venezolano mantener las condiciones aceptables de calidad de vida, no pueden sus componentes solicitar de él dicha prestación; por ello, dentro de la estructura del Estado, el único organismo que de pleno derecho puede incoar tales acciones es la Defensoría del Pueblo, ya que representa al pueblo y no al Estado Venezolano, al igual que otros entes públicos a quienes la ley, por iguales razones de representatividad, expresamente otorguen tales acciones.

En opinión de Chavero (Op. cit.), es contrario a los principios de amplitud en el acceso a la justicia y de representatividad, el impedir que un Alcalde o Gobernador no pueda representar los derechos constitucionales de la entidad que representa o, al menos, los derechos colectivos de los habitantes de su territorio. Parece insuficiente el encomendar sólo a la Defensoría del Pueblo, la protección de estos derechos colectivos, pues estos representantes gozan de legitimidad popular y han sido electos, precisamente, por el apoyo de al menos la mayoría de los sufragantes.

Por tanto, sería recomendable que este criterio sea superado rápidamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, de modo de permitirle la legitimación a estos representantes populares, al menos para defender en juicio los derechos colectivos de su entidad.

En conclusión, no hay que entender que la acción de amparo sólo puede proteger derechos personales, pues esta tesis llevaría al absurdo de tener que intentar cuantas acciones de amparo sean necesarias para

IV

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

4.1. Conclusiones.

El Derecho es una institución cambiante que busca su posición en todos los tiempos de acuerdo a las necesidades de la sociedad a la cual sirve, es por ello que al ser dinámico pretende ser perfectible y no quedarse estático, lo que permitiría que las diferentes ramas del mismo atiendan de manera óptima y eficiente los hechos que son de su interés.

No cabe duda alguna acerca de la importancia que el concepto de acción ha tenido en la ciencia procesal, y que los estudios de ella le han dado en el correr del tiempo a través de la evolución de los estudios del Derecho, al ver que la acción como derecho, como sinónimo de potestad, como derecho de petición o derecho potestativo; todos están orientados en no negar de forma alguna el papel protagónico que la acción representa en el proceso.

Una vez estudiadas las teorías que veían la acción, ya sea dentro de una figura u otra, hemos encontrado en vez de una polémica real de ciencia y de verdaderos conceptos, una polémica de términos de palabras de simples teorías como se critica o se sostienen más por un orgullo personal que por el convencimiento propio que se tiene de la verdad.

En base a lo anterior, sin querer proponer una teoría estéril, se recomienda que la acción sea vista como simplemente el medio necesario para que los derechos se cumplan. Es por lo tanto un derecho medio que hace que los derechos fines se hagan realidad.

Visto y analizado como quedado desde todo punto de vista la acción, es necesario concluir que a través de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se le ha otorgado un poder más amplio del que tenía el ciudadano en las anteriores Constituciones venezolanas, para acudir ante un órgano jurisdiccional a hacer valer sus derechos, sean estos propios o ajenos (colectivos).

En este sentido, hay que resaltar que dicho poder es amplio es la Constitución de 1999, el cual se ha ido reglamentando a través de la jurisprudencia, como ya lo hemos expuesto, pretendiendo que el ciudadano tenga acceso por vías más expeditas a ejercer los derechos que le otorga la

Carta Magna, creándose así una serie de órganos al servicio del mismo como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, entre otros; para que a través de ellos se ejerzan estas acciones como ya se ha explicado.

En síntesis, se rompe así con la división tradicional de los poderes innovando en la creación de otros más afectos al colectivo.

4.2. Recomendaciones.

Con este trabajo se ha pretendido realizar un estudio profundo de la participación ciudadana en la Constitución de 1999, cómo se han establecido los poderes o derechos de las personas y cómo podemos ver entonces al Poder Ciudadano frente al abanico de posibilidades ofrecidas por la autora.

Es por ello que para una mejor comprensión de la acción a la luz de la Constitución de 1999, la jurisprudencia y el estudio deben marcar el camino a seguir, ya que los recientes cambios en el ordenamiento jurídico venezolano lleva a reconsiderar los planteamientos existentes y así adecuarlos a la nueva realidad jurídica del país.

BIBLIOGRAFIA

Alcalá Zamora y Castillo, N. (1974). **Estudios de Teoría General e Historia del Proceso**. México: Universidad de México.

Alsina, H. (1956). **Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil y Comercial**. Buenos Aires: Editorial Sociedad Anónima Editores.

Arias, F. (1997). **El Proyecto de Investigación**. (Vol. 2). Buenos Aires: Tea.

Bello Lozano, H. (1989). **Procedimiento Ordinario**. Caracas: Ed. Estrados.

Brewer Carías, A. (2000). **La Constitución de 1999**. Caracas: Editorial Arte.

Cabanellas de T., G. (1980). **Diccionario Jurídico Elemental**. Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L.

Calamandrei, P. (1962). **Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código**. (Trad. Santiago Sentis Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Carnelutti, F. (1960). **Sistema de Derecho Procesal Civil**. Tomo II. Buenos Argentina: Editorial Heliasta, S.R.L.

Código de Procedimiento Civil. (1982). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**, N° 2990, (Extraordinario), Julio 26.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). *Gaceta oficial de República de Venezuela*, 36860, Marzo 24, 2000.

Couture, E. J. (1972). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ed. Dipalma.

Chavero G., R. J. (2001). **El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional en Venezuela**. Caracas: Editorial Sherwood.

- Chiovenda, E. (1950). **Derecho Procesal Civil**. Barcelona, España: Ed. Bosh.
- Goldschmidt, J. (1979). **Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Edd. Bosh.
- Hernández, Fernández y Baptista. (1998). **Metodología de la Investigación**. México: McGraw-Hill.
- Muther, T. (1993). **Sobre la Doctrina de la Actio Romana del actual Derecho de Acción, de la Litis Contestatio y de la Sucesión Singular en las obligaciones**. (Trad. Vittorio Scialoja). España: Ed. Torino.
- Ossorio, M. (1693). **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**. Montevideo, Uruguay: Editorial Obra Grande, S. A.
- Perkelis, A. (1948). **Acción**. (Trad. Santiago Sentis Maleno). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Rengel Romberg, A. (1983). **Manual de Derecho Procesal I**. (Trad. Arístides Rengel Romberg). Caracas: Ed. Arte.
- Rondón de Sansó, H. (2000). **Análisis de la Constitución Venezolana de 1999. Parte Orgánica y Sistemas**. Caracas: Editorial EXLIBRIS.
- Tullio Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal**. Buenos Aires: Editorial Jurídicas Europa-América.
- Universidad Católica Andrés Bello. (1997). **Manual para la elaboración del Trabajo Especial de Grado en el Area de Derecho para optar al Título de Especialista**. Caracas: Autor.
- Wach, A. (1985). **La Actio del Derecho Civil Romano desde el punto de vista del Derecho Actual**. (Trad. Vittorio Scialoja). Alemania: Ed. Leipsig.
- Windscheid, B. (1993). **La Actio del Derecho Civil Romano desde el Punto de Vista del Derecho Actual**. (Trad. Vittorio Scialoja). España: Ed. Torino.