TES
DA
P4

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

EL AMPARO CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

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

Autora: María Elena Pérez Tova
Tutor: Jesús María Casal

Caracas, Octubre de 2003

INDICE GENERAL

CONTENIDO	PAGINAS
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO	
I. RASGOS ESENCIALES DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	8
A. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a la Tutela Cautelar	19
B. Evolución de la Tutela Cautelar en la Jurisprudencia Venezolana	23
II. ASPECTOS GENERALES DEL AMPARO CAUTELAR EN EL DERECHO VENEZOLANO	38
A. Base normativa	43
B. Naturaleza jurídica y requisitos de procedencia de la medida	50
C. Procedimiento aplicable	63

D. Recursos (Competencia) 80

E. Efectos del fallo 85

III. EL LUGAR DEL AMPARO EN UN NUEVO SISTEMA CAUTELAR DENTRO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO 89

A. La necesidad de reorientar el sistema cautelar en el contencioso administrativo venezolano 92

B. El Poder Cautelar del Juez Contencioso Administrativo según el Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. 101

C. Situación del amparo cautelar 113

CONCLUSIONES 118

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 125

Bibliografía Activa 125

Bibliografía Pasiva 128

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

EL AMPARO CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VENEZOLANO

Autora: María Elena Pérez Tovar
Tutor: Jesús María Casal
Fecha: Octubre de 2003

RESUMEN

El presente trabajo consistió en el estudio descriptivo y analítico de un mecanismo de tutela judicial reforzada que brinda una protección especial dentro de la justicia administrativa como lo es el amparo cautelar. El objetivo principal en que estuvo basada la escogencia de este tema se circunscribe a la búsqueda de razones que justificaran, en virtud del desarrollo paulatino que ha tenido la tutela cautelar en el contencioso administrativo, la necesidad o importancia de acudir a esta modalidad de amparo, o que, por el contrario, se inclinaran hacia su eliminación o abandono dentro del sistema cautelar, tal como lo recomienda la propia Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Con ese fin, se utilizaron métodos aplicados, descriptivos y documentales, centrados en textos legales, análisis doctrinarios, material jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo de Justicia como de otros Tribunales y demás normativa general aplicada a la materia, a través de los cuales se recopiló la información requerida y se estructuró la investigación de manera coordinada y explicativa, en razón de una comprensión razonada y lógica del tema. El instrumento que sirvió de apoyo a este trabajo fue la matriz de análisis de contenido, proceso mediante el cual las características relevantes del tema fueron transformadas a unidades que permitieron su descripción y análisis preciso. Finalmente la investigación concluyó con una propuesta reiterada acerca de la necesidad imperante que existe dentro de la justicia administrativa de retomar la esencia de la materia cautelar y transformar sus métodos, aplicando un procedimiento cargado de eficacia y basado en el otorgamiento de los más amplios poderes al Juez Contencioso Administrativo.

Descriptores: Medidas cautelares, amparo conjunto, tutela judicial efectiva.

INTRODUCCIÓN

La materia cautelar en Venezuela ha sido objeto de múltiples disquisiciones, unas, en cuanto a su funcionalidad, otras, en cuanto a sus limitaciones y alcances, muchas otras, en cuanto a su efectividad. Y es precisamente esta "efectividad" la que debe colocarse en el ápice de la protección cautelar, es en esa dirección que debe orientarse la búsqueda de mecanismos más idóneos para lograr, también en el ámbito de la defensa anticipada, una tutela judicial efectiva.

Los derechos de los ciudadanos se han visto constantemente vulnerados y desprovistos de la garantía proteccional que otorga la Constitución, en razón de lo insuficientes e ineficaces que resultan las medidas cautelares en nuestro país. Contar con un listado alternativo de medidas, que nos permitan escoger entre cuál solicitar, evaluando los pro y los contra de unas y otras, no parece ser lo ideal para garantizar la defensa de los derechos fundamentales, al contrario, sólo genera confusión y desorden en la esfera de la administración de justicia.

Entre los diversos mecanismos que comprende el sistema cautelar

venezolano, se encuentra el llamado "amparo cautelar", el cual vino a remediar de alguna forma, las limitaciones existentes en el ámbito de la protección cautelar, sin tomar en cuenta que la naturaleza del amparo se circunscribe a la de una acción meramente extraordinaria, excepcional, complementaria a los medios ya existentes y no sustitutiva de éstos.

Con los avances que pudieron vislumbrarse a través de la utilización de esta modalidad de amparo, como mecanismo de protección anticipada, se desnaturalizó la figura como tal, y se generó un uso desmedido de la misma que, lejos de solucionar las trabas que existían en el proceso contencioso administrativo, lo que hizo fue sustituir, en principio, los medios ordinarios de protección, para después quedar relegada y prácticamente superada por la utilización de otros mecanismos que ofrecían mejores opciones al proceso cautelar.

Concebido así el escenario, la situación se tornó un tanto confusa y la incertidumbre e inseguridad jurídicas reinaron dentro del sistema cautelar venezolano. Sin embargo, la evolución jurisprudencial que se ha ido desarrollando en el contencioso administrativo en materia cautelar, ha permitido delimitar en cierta forma la utilización de las medidas precisas, en aras de una verdadera protección cautelar, facultando al juez para acordar o negar la admisión de las mismas, con base en la exigencia de ciertos

requisitos que obligan al recurrente a detenerse y analizar, con una mayor rigidez, las ventajas o desventajas que supone optar por una u otra medida.

Ante el surgimiento de esta perspectiva, cabría preguntarse: ¿Qué ha pasado entonces con el amparo cautelar en el contencioso administrativo? ¿Es conveniente mantenerlo dentro de la perspectiva de un nuevo sistema de tutela cautelar, o por el contrario, debería eliminarse, como lo recomienda la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela? Esto es lo que pretendemos analizar a lo largo de este estudio.

La problemática que abarca el sistema de protección cautelar en su amplia dimensión, resulta interesante desde todo punto de vista. Tal vez no sólo requiera la eliminación de mecanismos inútiles o innecesarios para hacer efectivo el proceso, sino que amerite un cambio total en el sistema, optimizado a través de un procedimiento eficaz, expedito, idóneo; en fin, quizá no se trate sólo de adoptar las medidas mas apropiadas, sino también de contar con jueces dotados de los más amplios poderes, para hacer de la tutela cautelar una verdadera panacea de la justicia administrativa, capaz de garantizar efectivamente los derechos fundamentales consagrados en nuestra Constitución.

Sin embargo, la pelea no es fácil, la batalla parece ardua e interminable, es preciso tomar conciencia de la verdadera situación y asumir cada uno el rol que le corresponde dentro del proceso. La consagración de una justicia en mayúsculas, avanza sobre pasos firmes, ya contamos con la normativa constitucional, sino perfecta, suficientemente apta para provocar una verdadera reforma judicial. En palabras de Marion, citado por Ortiz-Alvarez, Luis, "los remedios no se encuentran solamente en los cambios de las estructuras, sino también en la modernización de los métodos y en la expansión o apertura del ánimo del juez administrativo, el cual debe cesar de considerarse al servicio exclusivo del derecho positivo y pasar a asegurar plenamente el punto de vista de los administrados y de la justicia práctica".[1]

Es hora de reaccionar ante los cambios, es tiempo de mirar hacia un futuro más óptimo, en el cual la justicia sea efectiva y los ciudadanos se encuentren en estricto plano de igualdad frente a la Administración, la cual podrá seguir contando con prerrogativas, pues sus privilegios se adecuarán indefectiblemente a un control jurisdiccional oportuno, capaz de preservar de manera efectiva los derechos de las partes.

Con base en estos comentarios preliminares, se vislumbró desde una óptica interesante, la perspectiva planteada en torno a este tema, con las

[1] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en el contencioso administrativo", Editorial Sherwood, Caracas (1999), p. 11.

limitaciones normales que acompañan a este tipo de estudio, verbigracia, la reducida experiencia que posee quien suscribe la presente investigación.

En la elaboración del presente estudio se utilizaron métodos aplicados, descriptivos y documentales, los cuales estuvieron centrados en un universo configurado en base a textos legales, doctrina, jurisprudencia y demás normativa general relativa a la materia; la investigación se desarrolló en forma descriptiva y analítica, toda vez que se precisaron los aspectos más relevantes del tema y se analizó concretamente la situación presentada en el ámbito de la Administración Pública, por la incidencia que de una u otra manera ha tenido el amparo cautelar, como mecanismo de protección anticipada, dentro del sistema contencioso administrativo venezolano.

La técnica empleada para la recolección de la información fue el análisis de contenido y el instrumento que sirvió de apoyo a la misma, fue la matriz de contenido. Se utilizaron las categorías de asuntos o tópicos, ya que la investigación estuvo encaminada a descifrar y analizar los puntos controversiales presentados alrededor del tema investigado.

La recopilación de la información se realizó en base a sus objetivos, general y específicos, con el fin de seleccionar la información adecuada y acorde con la temática investigada, la cual fue clasificada en un orden

estructural, tomando en cuenta un aspecto teórico de tiempo y otro aspecto relacionado con la lógica secuencial de toda investigación.

El análisis de la información estuvo determinado bajo un punto de vista jurídico, guiado a través de una revisión minuciosa de los datos obtenidos, mediante un proceso de interpretación de normas, comparación de opiniones y legislaciones, tanto venezolanas como extranjeras y, por último, a través de un control evaluativo que recogió la información en forma de síntesis y la condujo de manera precisa, a la conclusión definitiva del tema.

El contenido del presente estudio está dividido en tres capítulos, el primero se refiere a los rasgos esenciales de la tutela cautelar en el contencioso administrativo, haciendo un pequeño enfoque en el derecho a la tutela judicial efectiva y a la tutela cautelar, así como desarrollando la evolución de ésta en la jurisprudencia venezolana; el segundo trata de los aspectos generales del amparo cautelar en el Derecho venezolano, explicando su procedencia, sus recursos y el procedimiento aplicable, para luego realizar una breve referencia a los efectos que causa el fallo; y finalmente, en el tercero se realiza una profunda reflexión sobre el lugar que ocuparía el amparo en un nuevo sistema cautelar dentro del contencioso administrativo venezolano, planteando la necesidad de reorientar este sistema, a través del alcance que podría tener el poder cautelar del Juez

Contencioso Administrativo, conforme a los criterios esbozados en el Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Con el análisis y elaboración de este trabajo se logró obtener una visión general de la problemática presentada en materia cautelar a raíz de la institución del amparo cautelar en Venezuela, así como de la utilización desmesurada de medidas que, lejos de simplificar la tarea de jueces y administrados, creó un clima de confusión tal, que amenaza con colapsar si no se concretan, a corto plazo, los mecanismos adecuados, en aras de una solución que repercuta de manera positiva en la sociedad y redunde en grandes beneficios, tanto para la Administración Pública como para los administrados.

CAPITULO I

RASGOS ESENCIALES DE LA TUTELA CAUTELAR EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

El sistema cautelar venezolano, a pesar de su evidente amplitud, sufre de serias y profundas imperfecciones caracterizadas por la ausencia de efectividad de sus medidas, el desconocimiento procesal de su aplicación y sobre todo, la falta de un instrumento legal que regule en forma específica y de una manera sistematizada, los diferentes aspectos que reviste el sistema cautelar dentro del procedimiento contencioso administrativo.

Al hablar de tutela cautelar nos encontramos con una concepción jurídica de la misma que denota protección, amparo, defensa, custodia o cuidado de personas o intereses, de una forma anticipada y preventiva, a fin de garantizar, a través de los órganos jurisdiccionales del Estado, la plenitud en el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En el marco de la función jurisdiccional, la función preventiva tiene diversas formas de manifestarse y una de ellas es el poder cautelar, es decir, la tutela cautelar y la tutela anticipada son formas diferenciadas de la función

preventiva de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, la prevención es un género que puede visualizarse en dos niveles; en cuanto a los órganos a quienes compete y en cuanto a las diversas modalidades que puede adoptar en el caso de los órganos jurisdiccionales. La tutela cautelar sería en este sentido, una de las diversas maneras en que esa función preventiva puede ser ejercida por los órganos jurisdiccionales. Todas las medidas cautelares serían medidas preventivas, aún cuando no todas las medidas preventivas sean medidas cautelares.

A este respecto, se pronunció Ortiz-Ortiz, Rafael, al señalar:

> "En nuestro criterio debe entenderse por 'función preventiva', en sentido general, la posibilidad legal de todos los órganos del Poder Público de evitar la ocurrencia de eventos lesivos al estatuto jurídico vigente, y en consecuencia los derechos subjetivos de los administrados. Mientras que por medidas cautelares entendemos el conjunto de medidas preventivas cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los intervinientes en un proceso, y mediatamente, la futura ejecución y efectividad de un fallo a dictarse en un proceso jurisdiccional".[2]

Se diferencian entonces la tutela preventiva de la cautelar en que la primera tiene como finalidad salvaguardar situaciones concretas que interesan al Estado de Derecho, pudiendo ser adoptada por todos los órganos del Poder Público, mientras que la segunda lo que busca es asegurar los efectos del proceso, es decir, las medidas cautelares son

[2] ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Tutela Constitucional preventiva y anticipativa", Editorial Frônesis, C.A., Caracas (2001) p.163.

instrumentos del proceso y en consecuencia sólo pueden ser dictadas por los órganos de la función jurisdiccional.

Al entender la comparación expresada, podemos afirmar que la tutela preventiva, en general, y la tutela cautelar, en particular, constituyen una auténtica herramienta de la tutela judicial efectiva, la cual se encuentra consagrada en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que establece:

> "Toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el goce y ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, aún de aquellos inherentes a la persona que no figuren expresamente en esta Constitución o en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.
> El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad, y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que más se asemeje a ella. Todo tiempo será hábil y el tribunal lo tramitará con preferencia a cualquier otro asunto".

La respuesta a la necesidad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida y al mismo tiempo garantizar el derecho a la defensa y al debido proceso de la persona afectada, como sujeto pasivo, por tal restablecimiento, se logra con la tutela constitucional preventiva y anticipativa, por medio de la cual el justiciable obtiene una respuesta a tiempo y acorde con su necesidad, derivada de una lesión a su derecho

constitucional; pero al mismo tiempo se abre el contradictorio para que el otro sujeto de la relación procesal pueda ejercer cabalmente su defensa.

En cuanto a los requisitos de admisibilidad, la tutela cautelar debe cumplir con algunos extremos, entre los cuales se encuentra la existencia de un proceso. La doctrina venezolana había afirmado que las medidas podían dictarse *inauditam alteram parte*, para indicar que podían decretarse aún cuando no hubiese mediado la citación, lo que significa a su vez que éstas se dictaban en cualquier estado y grado del proceso. La Corte Suprema de Justicia sabiamente determinó que el único requisito procedimental para que se acuerden las medidas cautelares, es que haya habido la admisión del juicio principal, es decir que desde ese momento el juez está autorizado para decretar las medidas que le soliciten las partes, con estricto cumplimiento de los requisitos sustanciales de procedencia de las cautelares.[3]

El segundo requisito de admisibilidad se refiere a la posibilidad jurídica, es decir, la aptitud de la situación para ser tutelada por el ordenamiento jurídico. En efecto, quien solicita la tutela debe necesariamente invocar derechos o garantías constitucionales y adminicular la situación de hecho y su trascendencia en lo que respecta a tales derechos constitucionales. Con relación a la cualidad y el interés, debe advertirse que se aplica la regla general: nadie puede invocar en juicio un interés ajeno, salvo por razones de

[3] CFR. ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Tutela Constitucional...", cit., pp.383-385.

interés social, colectivo o difuso, o para resguardar la moral, las buenas costumbres o el orden público.

Como último requisito de admisibilidad no podemos dejar de mencionar la ponderación de intereses, la cual explicamos con el extracto de una sentencia dictada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo el 11-05-2000, en el caso Linaca, C.A., donde se expresó lo siguiente:

> "En este sentido la recurrente ha alegado que no sólo se ha visto afectado el interés privado que ella tiene, sino también el interés general del sector, al ocasionarse un daño institucional con este tipo de autorizaciones, respecto a lo cual alegan los oponentes que es cierto que se estarían ocasionando graves trastornos al interés público, relativo al efecto con relación de los bienes que transporta la nave Finnsnes, además del gravamen irreparable violatorio del derecho a la propiedad y a la libre actividad comercial que ellos poseen. De este modo observa esta Corte que no es viable la actuación jurisdiccional para causar un perjuicio irreparable para quien ha actuado bajo un supuesto de legalidad, ni tampoco lo es para atentar contra la seguridad jurídica que debe existir en el ejercicio de actividades comerciales que han sido aprobadas por la Administración, que al fin y al cabo constituyen la base para el desarrollo armónico del sector".

Como se observa, la parte había solicitado una medida cautelar que, colocada frente a los intereses privados involucrados, convertía su procedencia en una violación de los derechos constitucionales de la otra parte. En el campo contencioso administrativo se ha desarrollado una nueva orientación en cuanto a las medidas cautelares en general, consistente en matizar la exigencia de que la ejecución del acto comporte un perjuicio irreparable para el administrado, por la debida ponderación de todos los

intereses involucrados, es decir, por el análisis previo de los intereses públicos o generales que puedan resultar afectados.

Admitida la tutela, es determinante precisar si en el caso concreto, el daño o amenaza que se denuncia se cumple efectivamente en la realidad. Para ello, deben analizarse los requisitos de procedencia de la pretensión, considerándose en primer lugar, el hecho de que se trate de una situación constitucional tutelable, es decir, que se invoquen derechos constitucionales o constitucionalizables, de orden interno o de carácter internacional. En principio, la expresión "*Fumus Boni Iuris*" significa literalmente "humo o apariencia de buen derecho", lo que no es más que una situación en la que el derecho invocado sea de carácter constitucional, pero que al mismo tiempo el solicitante presente prueba de su posición jurídico-material.

En segundo lugar, es necesario que la tutela tenga una justificación, es decir, que se requiera el restablecimiento inmediato de la situación infringida y además, que se precise la intervención anticipada para prevenir o evitar que un daño temido y demostrado pueda acarrear daños a derechos constitucionales. En ambos casos poco importa que el fallo resulte ejecutable o ilusorio pues lo determinante es la protección constitucional invocada, sea para restablecerlo provisionalmente o para prevenir que ese daño se concrete en la realidad.

El *Periculum in damni* es un requisito de las medidas cautelares innominadas por expreso mandato del parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, cuando permite la adopción de medidas cautelares *ad hoc* dependiendo del daño que se trate, siempre y cuando una de las partes amenace a la otra con quebrantar sus derechos. "*Periculum in damni*" significa "peligro de daño" o "peligro con ocasión a un daño" y ello porque este requisito no apunta tanto a la futura ejecución del fallo (*periculum in mora*) sino de manera preferente a tutelar un derecho que se ve amenazado por la conducta de la parte contraria en el marco de un proceso; en opinión de Ortiz-Ortiz, Rafael, es un claro error de alguna doctrina venezolana, querer identificar el *Periculum in mora* y el *Periculum in damni*, tanto por su sentido como por exigencia expresa de ley.[4]

Debe tenerse claro entonces –según el autor *supra* mencionado- que el *Periculum in mora*, no alude a la mora o tardanza judicial, como se repite sin mayor análisis en la doctrina y la jurisprudencia venezolana, sino al riesgo o fundado temor de que la ejecución del fallo quede ilusorio, tal como está definido en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil; en cambio, el *Periculum in damni* apunta a una conducta específica (activa u omisiva) que constituye un peligro inminente, serio, probable, causal o potencial de causar un daño a los derechos de la otra parte y que, la sentencia definitiva no

[4] Ibidem, p. 395.

puede reparar o al menos es de muy difícil reparación, y ello trae como obvia consecuencia que la ejecución del fallo resulte ilusoria.[5]

En las mas recientes sentencias, tanto de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, como del Tribunal Supremo de Justicia, parece no estar muy clara la utilización de estos conceptos, pues en algunas oportunidades se exige el *Periculum in Damni*, como único requisito alusivo al daño, que debe cumplirse junto con el *fumus boni iuris* para que sea procedente la medida; en otros casos, la situación se torna exactamente al contrario, exigiendo la presencia del *Perículum in mora* como complemento del *fumus boni iuris*; y por último, en otras ocasiones, se observa la exigencia de ambos (*periculum in mora* y *periculum in damni*), como conceptos distintos y separados. Basta observar varios extractos de sentencias alusivas a la materia para demostrar lo expresado:

> "En cuanto a la tutela constitucional anticipada observa esta Corte que tal medio de protección constitucional se hace posible mediante el mandato constitucional de restablecimiento inmediato a que se refiere el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando se requiere la intervención de los órganos jurisdiccionales para prevenir que se cometa una lesión o alguna situación constitucional o cuando se requiera para evitar que durante el transcurso del procedimiento se sigan lesionando las situaciones constitucionales. Para ello, también lo ha indicado esta Corte, se requiere el cumplimiento del *Fumus Boni Iuris* Constitucional, esto es que los derechos que se dicen ser amenazados o lesionados tengan rango constitucional y cuando exista un real peligro inminente de daño (*Periculum in Damni* Constitucional) que acarrea de tal modo urgencia que posibilite y obligue al órgano jurisdiccional a decretar una medida preventiva tendiente a evitar o a corregir el daño. De ello se requiere

[5] Ibidem, p. 396.

que exista prueba suficiente, esto es, al menos una "presunción", cual es una categoría probatoria definida mediante la cual un hecho desconocido (la lesión) se deriva de un hecho que sí lo es (hecho probado) y no puede dejarse al libre entendimiento del juez o de las partes en conflicto". (Sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, del 20-06-2000, caso "Miembros Orquesta Filarmónica Nacional vs. Consejo Nacional de la Cultura").

En el mismo sentido, pero decidiendo lo contrario, se expresó la sentencia dictada por la CPCA, en fecha 02-08-2000, caso "Defensoría del Pueblo vs. Instituto Universitario de Tecnología Antonio José de Sucre, al precisar:

"Lo que justifica el carácter 'preventivo' de la tutela constitucional es la presencia real e inminente de una situación que amenaza o que causa una lesión a situaciones jurídicas constitucionales, esto es, un daño eventual o potencial, que pueda hacer nugatorio el derecho constitucional mismo, y es a lo que esta Corte ha denominado '*Periculum in damni* constitucional', para que proceda el mandato y se justifique la injerencia del órgano jurisdiccional en la esfera jurídico subjetiva de la parte contra quien se dirija. En el caso de autos, para analizar la tutela constitucional preventiva y anticipativa, se observa:

1.- En cuanto a la 'verosimilitud del derecho o garantía constitucional' que la representación de la Defensoría del Pueblo argumenta en su solicitud cautelar se observa que, el derecho que se hace valer versa sobre la educación y la igualdad, que al ser de rango constitucional resulta evidente el cumplimiento del requisito.

2.- En segundo lugar, en cuanto al *periculum in damni* constitucional, debe señalarse que cursa anexa a la solicitud de amparo un 'Acta de Conciliación', levantada a efectos de dejar constancia de la reunión celebrada entre autoridades del Instituto querellado, algunos graduandos y la representante de la Defensoría del Pueblo delegada en Ciudad Guayana, documento éste al que, en virtud de la presencia de éste órgano que además tiene rango constitucional, constituye principio de prueba por escrito, que constituye la presunción grave de un peligro de daño inminente (*Periculum in damni*) suficiente para acordar la procedencia de la Tutela Constitucional anticipada. Ante esta situación se observa entonces que se cumplen cabalmente los dos requisitos de procedencia para acordar la tutela constitucional preventiva y anticipativa, esto es, el *Fumus boni iuris* constitucional y el *Periculum in damni* a derechos o garantías constitucionales, por lo cual se acordará

en la dispositiva del fallo la suspensión inmediata de todos los efectos de la exigencia del pago por concepto de 'paquete de grado', y así se declara."

Por su parte, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en sentencia de fecha 11-12-2002, caso "C.A. Seguros Guayana", concluyó:

"Del análisis del cumplimiento de tales supuestos de procedencia de las medidas innominadas en el caso de autos, la Sala observa:
Alegó la parte actora que constituye peligro en la mora el daño que la aplicación de la Ordenanza que se impugnó ha causado en su calidad de vida y la de los vecinos del Sector La Peña, así como "el fundado temor que ante la ausencia de medidas de esta naturaleza se produzca una situación de crisis y colapso en los servicios públicos del sector como consecuencia del aumento poblacional generado por los nuevos desarrollos urbanísticos..." lo que implicaría la ilusoriedad del fallo.
En criterio de esta Sala, no consta en autos prueba suficiente de la que se desprenda presunción de esa supuesta disminución en la calidad de vida de la recurrente, ni tampoco del aumento poblacional que, según afirmó generaron los alegados desarrollos urbanísticos (...) tales circunstancias son las que, eventualmente habrían llevado a la conclusión de la inminencia de la situación de crisis y colapso en los servicios públicos de la zona."

Y por último, la misma Sala Constitucional, en sentencia de fecha 13-08-02, caso "Corporación Agropecuaria La Baraka, C.A.", también sostuvo:

"Subsidiariamente solicitó la recurrente que se suspendieran los efectos del acto normativo impugnado, mediante el otorgamiento de una medida cautelar innominada.
Al respecto, señaló que en el presente caso se encuentran cumplidos los requisitos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil para la procedencia de la medida cautelar solicitada y, con el propósito de demostrar el cumplimiento del *periculum in mora*, *periculum in damni* y *fumus boni iuris*, esgrimió los mismos argumentos utilizados para fundamentar la solicitud de suspensión de efectos, formulada de conformidad con el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (...)

> Así, para acordar una medida cautelar innominada de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, se requiere cumplir las condiciones generales para la procedencia de las cautelas procesales previstas en el artículo 585 *eiusdem*, esto es:
> 1) Debe existir riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*) y medio de prueba suficiente del cual se desprenda ello.
> 2) Debe existir presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y medio de prueba del cual se desprenda suficientemente ello.
> Adicionalmente, es necesario acotar que los extremos requeridos por la norma antes transcrita son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 *eiusdem*, es decir, cuando hubiere fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación. Así pues, que faltando la prueba de cualquier de estos elementos, el juez no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva."

Al hablar de un requisito complementario para que procedan las medidas cautelares, debemos insistir en que no basta con invocar la existencia de una posición jurídica tutelable, y narrarle al juez el peligro de daño que se teme, debe existir una actividad probatoria de parte del solicitante en la demostración, aunque solo sea para generar una presunción de la verosimilitud de lo afirmado, con la salvedad de los hechos notorios que están exentos de prueba, y las posibilidades de conocimiento privado por parte del juez.

En efecto, para las medidas cautelares –y de igual modo para la tutela anticipada- es necesario la comprobación *in limine* de la posición jurídica tutelable (*Fumus boni iuris*), el *Periculum in damni* constitucional y/o el

Periculum in mora, según sea el caso; ello sobre la base de que la infracción de situaciones constitucionales constituye una práctica de mala fe, y la regla general, al menos en nuestro Derecho, es que la buena fe se presume siempre, mientras que la mala hay que probarla.

En este sentido se expresó la sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 13-06-02, caso "Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas", al observar:

> "...no basta con que los recurrentes aleguen los perjuicios que ocasionaría la aplicación de la normativa cuya suspensión solicitan, sino que es necesario que se aleguen hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un perjuicio real y personal, correspondiéndole a éstos probar suficientemente la existencia del daño y la imposibilidad o dificultad de su reparación futura, elementos de convicción que llevarían a esta Sala a advertir el daño alegado sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo. Por tanto, al no haber determinado los recurrentes, de manera clara, en qué forma la aplicación de la normativa impugnada produciría el gravamen que alegan, en caso de la no suspensión de sus efectos, (...)se declara improcedente la medida cautelar solicitada".

A. El Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y a la Tutela Cautelar

La efectividad de la tutela judicial puede considerarse como uno de los derechos, sino el primero, mas importantes para los particulares que interactúan dentro de la justicia administrativa en general. Y es que en todo estado de derecho debe existir un norte dirigido a proteger y salvaguardar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, lo que únicamente se logra

sobre la base de un proceso judicial sin dilaciones ni trabas innecesarias, donde se respete el acceso a la jurisdicción y al debido proceso y se garantice la eficacia y ejecución de las sentencias.

La tutela cautelar comprende una parte esencial de la tutela judicial efectiva dentro del contencioso administrativo, toda vez que persigue evitar que en el tiempo transcurrido entre la invocación del derecho lesionado y la declaración judicial, puedan provocarse daños que perjudiquen la efectividad de la sentencia definitiva.

En el derecho venezolano, la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra prevista en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y establece:

> "La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la Administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa".

Esta previsión constitucional debe ser desarrollada a través de una ley especial, que aún no ha sido dictada, por lo que provisionalmente la jurisdicción contencioso administrativa se encuentra regulada en las

disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En esta ley se establece como única medida cautelar, la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares (artículo 136), en consecuencia, en todos los demás casos en los cuales no proceda la medida cautelar de suspensión, deben aplicarse las normas pertinentes del Código de Procedimiento Civil, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 88 *ejusdem*. En lo que respecta a la prelación normativa, consideramos que en el estado actual de nuestro derecho procesal administrativo se debería continuar aplicando la tesis tradicional que en definitiva le otorga poderes más amplios al juez contencioso administrativo, pues éste al constatar que se encuentra frente a una situación distinta de la expresamente regulada en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, tiene que hacer uso del Código de Procedimiento Civil y conforme a los artículos 585 y 588, utilizar las amplias facultades que se le otorgan para adoptar todas aquellas medidas que sean necesarias a fin de garantizar la eficacia de la sentencia definitiva.

La tesis formulada cuenta con el respaldo de algunos doctrinarios. Al respecto, Ayala Corao, Carlos, al comentar el Proyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional, señaló:

> "...en virtud de la gravedad del vicio de inconstitucionalidad, para evitar que el acto afectado tenga vigencia en el mundo jurídico y cause perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, se ha consagrado la posibilidad de que la Corte, en forma breve y sumaria, aún antes de la admisión del recurso, a instancia de parte o aún de oficio, dicte diversas medidas cautelares que puedan incluir la suspensión de los efectos del acto impugnado por motivo de inconstitucionalidad, sea éste de efectos generales o particulares".[6]

La propuesta de Ayala, constituye una fórmula de verdadera vanguardia en lo que a la tutela judicial cautelar se refiere, con respecto al control jurisdiccional del Poder Público. Por su parte, Hernández-Mendible, Víctor, consideró algunos elementos de dicha propuesta, destacándolos uno a uno, al señalar:

> "El primero está referido a la posibilidad de que la Corte adopte medidas cautelares aún antes de la admisión del recurso; propuesta ésta que podría ser más amplia si se admitiera la procedencia de las medidas cautelares antes de interponer formalmente el recurso, siempre que se estableciera un plazo perentorio para que el recurrente interpusiese el recurso correspondiente, siendo necesario ratificar en el escrito la solicitud de medidas cautelares so pena de que dichas medidas perdiesen su eficacia *ope legis*, en virtud de la falta de impulso procesal.
>
> En segundo lugar se consagraría la posibilidad de que el órgano jurisdiccional, *motu propio* pueda adoptar medidas cautelares, sin que se lo exija la parte interesada. Es de destacar que se estaría habilitando legalmente al órgano jurisdiccional para actuar de oficio en pro de la primacía de las normas constitucionales.
>
> En tercer término debemos resaltar el carácter no taxativo de las medidas cautelares, el juez podría conceder diversas medidas, incluso la suspensión de la ejecución, es decir, que el juez debería disponer del poder necesario para garantizar la tutela judicial efectiva.
>
> En cuarto lugar tenemos que los efectos de las medidas cautelares se podrían limitar al caso concreto, afectando sólo a las partes del proceso, o se podrían proyectar a todos los ciudadanos, aún cuando no participasen, ni como partes –recurrente o accionante- u órgano de la

[6] AYALA CORAO, Carlos. "Bases para la elaboración de un anteproyecto de Ley Orgánica de la Jurisdicción Constitucional". Revista de Derecho Público, Nº 39, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1989), p.80.

Administración, ni como terceros –coadyuvantes u opositores- en el proceso.
Finalmente tenemos que las medidas cautelares procederían contra los actos de efectos particulares –de larga tradición en nuestro derecho- y contra los actos de efectos generales, lo que ha sido aceptado sólo recientemente por nuestra jurisprudencia".

Y concluye expresando:

"A pesar de todos estos elementos que hemos destacado, consideramos que la procedencia de las medidas cautelares no debería estar limitada sólo a evitar la producción de 'perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva', sino que la tutela cautelar debe estar concebida para garantizar la plena satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva".[7]

B. Evolución de la Tutela Cautelar en la Jurisprudencia Venezolana

Para hablar de la evolución de la tutela cautelar en la jurisprudencia venezolana, debemos remontarnos a la Constitución de 1961, en la cual, a diferencia de la Constitución vigente, no estaba expresamente consagrado el derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, notables juristas, entre ellos Ortiz-Alvarez, Luis, señalaban que la razón por la que podía invocarse, en el contencioso administrativo venezolano, la tutela cautelar como derecho constitucional, radicaba en que tal derecho podía colegirse de los artículos 68 y 206 de la Constitución.[8]

Hoy por hoy la tutela cautelar ha tenido una creciente evolución, originada por la ineficacia de los procesos jurisdiccionales en nuestro país. Canova,

[7] HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor. "La tutela judicial cautelar en el contencioso administrativo", Caracas (1997), pp. 135-136.
[8] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "Tutela judicial efectiva y medidas cautelares en el contencioso administrativo". Editorial Sherwood, Caracas (1998).

Antonio, afirma que "las medidas cautelares están llamadas a ser piezas importantes en la imprescindible tarea de ajustar el viejo y lento aparato de la justicia a las exigencias que derivan de los derechos fundamentales de los ciudadanos".[9]

El desarrollo de las medidas cautelares en el sistema contencioso administrativo venezolano, tuvo sus primeros pasos en la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, la cual en 1967, dictó su primera sentencia en materia de suspensión de efectos, caso Lanman y Kemp-Barclay y Co. de Venezuela, analizando la situación de la forma siguiente:

> "Después de estudiar detenidamente la cuestión previa planteada, así como la documentación que cursa en autos, considera este Supremo Tribunal que, tanto la demanda intentada contra la Compañía Lanman y Kemp-Barclay y Co. de Venezuela, sobre la cual recayó la decisión de la Corte Superior Segunda en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal, como el acto a que se refiere el oficio de fecha 3 de febrero de 1967 que se menciona en la Resolución cuya nulidad se pide, tienen un mismo objeto cual es el traslado de la fábrica de dicha compañía a una zona industrial y que en cambio, los efectos de la referida decisión judicial y los de la disposición administrativa contenida en la citada Resolución, son contrarios, toda vez que, mientras la primera de las decisiones absuelve a la empresa del traslado de su fábrica a otro lugar, la segunda, cancela la Patente de Industria y Comercio a la empresa referida.
>
> Observa la Corte que tal situación configura un conflicto entre una autoridad judicial y una administrativa, el cual exige la decisión de la cuestión previa planteada por la demandante, pues de no hacerse así en esta oportunidad, la ejecución de la resolución impugnada podría acarrear un gravamen irreparable para el caso que la decisión que dicte este Supremo Tribunal al resolver sobre el fondo del asunto sea favorable a las pretensiones de la actora.

[9] CANOVA, Antonio. "Reflexiones para la Reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano. Editorial Sherwood, Caracas (1998), p. 253.

> Por las razones anteriormente expuestas, la Corte Suprema de Justicia en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, acuerda suspender los efectos de la Resolución (...), hasta tanto sea dictada la sentencia en el recurso de nulidad de la referida Resolución (...)".

A partir de esta decisión, la jurisprudencia se mostró reiterativa en la asunción de tales criterios y estos influyeron en el legislador, quien introdujo la figura de la suspensión de efectos de actos administrativos en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. No obstante, la evolución de las medidas cautelares en el contencioso administrativo no culminó con esta figura, pues la inoperancia de los procesos judiciales establecidos en nuestro ordenamiento jurídico, aunada a la limitación en la consecución de una verdadera protección provisional, llevaron al juez a utilizar, en el desarrollo de su poder cautelar, instituciones propias del derecho privado, como son las medidas cautelares nominadas e innominadas previstas en el Código de Procedimiento Civil y posteriormente, con la promulgación de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el denominado amparo cautelar, previsto en el artículo 5° de la misma.

En lo referente a la aplicabilidad de las medidas cautelares nominadas del proceso civil, es importante acotar que éstas fueron aceptadas en el contencioso administrativo, a través de un número considerable de

sentencias, con fundamento también en las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil. Por lo que atañe a estas últimas, cuyo fundamento se encuentra en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, que remite supletoriamente a las normas de la ley adjetiva, es importante destacar que por su carácter amplio y discrecional, se asemejan mas a un poder cautelar general, toda vez que a través de ellas es posible acordar cualquier providencia que resguarde la ejecutabilidad del fallo.

En palabras de Ortiz-Alvarez, Luis, "el apoderamiento del juez contencioso administrativo de medidas provisionales que vayan mas allá que la típica suspensión de efectos, no desnaturaliza el sistema de tutela cautelar en tal ámbito, sino que mas bien completa su sentido constitucional como medio de garantizar la tutela judicial efectiva".[10]

Una de las sentencias de principio en la materia corresponde a la decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 17-12-91, caso Myrna Salas, en la cual se expresó lo siguiente:

> "La Sala, en relación a la medida cautelar solicitada, estima que uno de los pronunciamientos previos inherentes a los recursos de nulidad de los actos de efectos particulares es el contenido en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, esto es, la suspensión de los efectos del acto impugnado. Entiende esta Sala que la recurrente optó por la medida cautelar, visto que la solicitud se dirige a suspender la realización del concurso para el cargo de Juez Quinto de Distrito del

[10] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en ...", cit., p. 785.

Distrito Federal del Circuito N° 1 (el cual desempeñaba, hasta que fuera dictado el acto impugnado como es la resolución de destitución de la ciudadana Myrna Salas Salazar) sin que se afecte la designación de Juez Provisorio para el mismo Tribunal realizada por el Consejo de la Judicatura, acto posterior a la Resolución sin número por medio de la cual se produjo la destitución, acto cuya revisión judicial constituye el fondo de este juicio.

El Código de Procedimiento Civil establece en el artículo 585, la potestad del juez de decretar las medidas preventivas establecidas en el Título I del Libro Tercero denominado "Del procedimiento cautelar y de otras Incidencias", y consagra los requisitos para que puedan ser acordadas. En primer lugar debe existir un riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo; en segundo lugar que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.

Por ello, el parágrafo primero del artículo 588 *ejusdem*, indica que además de las medidas preventivas enumeradas (artículo 588) y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585 antes mencionado, 'El Tribunal podrá acordar las providencias cautelares que considere adecuadas, cuando hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación en el derecho de la otra. En estos casos, para evitar el daño, el Tribunal podrá autorizar o prohibir la ejecución de determinados actos, y adoptar las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión'.

Estos principios son aplicables al procedimiento contencioso administrativo por vía de remisión que el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia hace a los principios generales contenidos en el Código de Procedimiento Civil, como bien lo estableció esta Sala en la decisión interlocutoria del 22 de noviembre de 1990".

Consolidándose dichos criterios en sucesivas sentencias dictadas por el máximo Tribunal de la República, se agregó la idea de la naturaleza subsidiaria de tales medidas en el contencioso administrativo, al resumir en la decisión dictada por la Sala Político Administrativa, el 15-03-94, caso Rafael Solórzono Escalante, lo siguiente:

> "Sobre el particular, no vacila la Sala en ratificar, una vez mas, que sus amplios poderes jurisdiccionales en materia de medidas cautelares, en el contencioso administrativo de anulación, no se limitan a las medidas específicas y especialmente consagradas en las leyes, es decir, a las medidas cautelares nominadas (v. gr. Artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales), sino que, por el contrario, se dispone de la potestad para aplicar, con fundamento en el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, lo previsto en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, es decir dictar medidas cautelares innominadas (véase decisiones de esta Sala en los casos "Jesús A. Soto Luzardo" y "Gaston Navarro Dona y Rafael Rosales Peña". Sentencia N° 92 del 12-05-1992, exp. 8391; y sentencia N° 35 del 15-02-1993, exp. 9452; respectivamente).
> Sin embargo, debe la Sala en esta oportunidad destacar que las instituciones jurídicas innominadas, y entre ellas las medidas cautelares de tal naturaleza, deben en lo posible limitarse o restringirse, por su atipicidad y falta de regulación legal, a los casos en que las instituciones jurídicas nominadas previstas especial y específicamente por el ordenamiento jurídico, resulten inaplicables o sean insuficientes o ineficaces para producir los efectos deseados en un caso concreto".

Con relación a este punto, surgieron innumerables sentencias disidentes y votos salvados a favor y en contra del carácter subsidiario de dichas medidas con respecto a las cautelares nominadas o típicas; en este sentido vale la pena recordar la sentencia dictada por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, el 15-02-95, caso "Carlos Andrés Pérez", cuando expresó:

> "Admitida la cautelar como una función independiente de las restantes funciones jurisdiccionales, se pasó a dilucidar si existía un sistema cautelar general; o si, por el contrario, el ejercicio de la función cautelar se limita a aplicar figuras taxativas o nominadas.
> Por una parte se señalaba que el sistema cautelar general implica el reconocimiento de un poder de tutela genérico que faculta al juez para evitar que se produzca un peligro de daño jurídico derivado del retardo del pronunciamiento de la providencia definitiva y para dictar las medidas que considere mas aptas para impedir que el mismo se genere. Ese poder se manifiesta en la facultad de dictar tanto medidas

nominadas o típicas, como las no previstas expresamente en la norma. La concepción antes señalada, se opone así al sistema cautelar taxativo, que reconoce solo un poder de tutela restringido a las medidas cautelares previstas específica y taxativamente en la ley, en la cual se determinan para cada caso las condiciones de procedencia y se cumplen mediante medidas nominadas o típicas.

Una posición sincrética concibe la existencia de un sistema cautelar mixto que, por una parte, reconoce medidas cautelares de carácter específico reguladas en la ley (medidas nominadas o típicas) y, asimismo, un poder cautelar genérico que autoriza al juez para decretar independientemente de aquellas, las medidas que considere mas eficaces para el fin que pretende alcanzar.

En el derecho venezolano, con anterioridad a la reforma del Código de Procedimiento Civil, existían dos posiciones respecto al reconocimiento de la potestad cautelar general. En efecto, una corriente estimaba, que una interpretación amplia de nuestro sistema permitía reconocer en él una potestad cautelar general. La corriente predominante, sin embargo, era en el sentido de considerar que el Código de Procedimiento Civil taxativamente señalaba las únicas medidas cautelares que el juez podía acordar (medidas taxativas).

Con la reforma de la norma procesal aparece una notable innovación en materia de procedimientos cautelares. Aún cuando la doctrina nacional haya comentado muy limitadamente el alcance de tal innovación; sin embargo, del texto del artículo que la consagra (artículo 588, Parágrafo Primero del Código de Procedimiento Civil) se pone en evidencia que la medida cautelar innominada tiene como especialidad la discrecionalidad del juez para establecer la cautela que considere adecuada al caso, por lo cual no es posible una clasificación general, dada la infinidad de supuestos que podrían plantearse, ya que dependerá de cada situación específica, el contenido de la orden cautelar. En efecto, la norma señala que la cautela es ejercida mediante autorización o prohibición de ejecución de determinados actos; pero no se limita a estos dos supuestos, sino que faculta al juez para adoptar cualquier tipo de providencia a fin de que cese la continuidad de la lesión de una de las partes respecto a la otra".

Mas adelante, al referirse a la residualidad de las medidas innominadas frente a las típicas, expresó:

"...el juez no es un autómata que decide para casos previamente codificados, en relación a los cuales, exista una fórmula única para su

> decisión; sino que, su amplio poder de apreciación que, en el caso de las medidas innominadas está expresamente consagrado, le permite establecer en cada uno de los supuestos en que le corresponde actuar, si la cautela solicitada por la parte se ubica dentro de las tradicionalmente establecidas, o si, lo conveniente es fijar modalidades que atiendan mejor al fin perseguido por la función que ejerce".

Respecto a esta última afirmación, la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 11-06-96, caso Corporación Vixen, ejemplificó la forma de acordar una medida cautelar nominada, con algunos matices adicionales que, fundamentados en su poder cautelar innominado, garantizaran las resultas del proceso en aras de un equilibrio entre las partes. En este sentido, concluyó su análisis alegando lo siguiente:

> "No desconoce la Sala el especial interés que se pretende tutelar con procedimientos como el que produjo el acto cuestionado, a través de los cuales, tal como afirma el representante de la República: 'ha procurado mitigar o reducir los graves perjuicios que se le han causado al Estado, a los ahorristas y a la colectividad por la desatinada administración de las entidades financieras intervenidas y sus compañías relacionadas'. En atención a tal circunstancia y en aras al equilibrio entre las partes, a los fines de garantizar las resultas del proceso se ordena como contracautela a la recurrente, la presentación de fianza pura y simple (...). Se advierte que, de no ser presentada la fianza exigida en el término previsto, decaerá la medida acordada, sin necesidad de otro pronunciamiento.
> Con fundamento en lo expuesto, de conformidad con los artículos 585 y 600 del Código de Procedimiento Civil, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Político-Administrativa, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, ACUERDA la prohibición de enajenar y gravar del inmueble (...)".

En cuanto al alcance que dentro de la jurisdicción contencioso administrativa tuvo la figura –que luego describiremos con amplitud- del amparo cautelar, vale la pena citar un extracto de la declaración emitida por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 30-05-95, cuando, con ocasión del caso Oswaldo Alvarez vs. Colegio de Ingenieros de Venezuela, fue planteada una solicitud de amparo cautelar, con la cual se pretendía obtener la inscripción del título de Técnico Superior ostentado por el solicitante en la mencionada institución, siendo negada por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, con fundamento en que el amparo así solicitado "no tendría el efecto suspensivo que, al ejercerse bajo esta modalidad, le es propio" y que acordarlo conduciría a crear un derecho que el recurrente no tenía. Al decidir la apelación que contra esta sentencia fue ejercida, el Supremo Tribunal –aunque en definitiva ratificó la negativa del amparo, por no estar fundamentado en una violación directa e inmediata de la Constitución- expresó su desacuerdo con la posición de principio de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y dejó sentado su nuevo criterio sobre el posible alcance del amparo cautelar. Entre otras cosas, expresó:

> "si bien esta modalidad del amparo no cuenta con los plenos efectos restablecedores que posee cuando es ejercido de forma autónoma, tampoco puede afirmarse que su resultado está circunscrito, solamente, a la suspensión de los efectos del acto administrativo individual impugnado, ya que (...) el Juez que conozca del amparo conjunto tiene las mas amplias facultades –dentro de los limitantes propios de toda cautelar- para impedir se mantengan las violaciones de derechos

> constitucionales por parte del acto recurrido o evitar que éstas se produzcan, en caso de ser inminente la amenaza. Para ello, si bien en muchas ocasiones la simple suspensión de efectos del acto administrativo cuestionado será suficiente, en otras ocasiones será necesario el dictar medidas provisionales que, sin satisfacer totalmente la pretensión final del recurrente, garanticen que, al decidirse el fondo del asunto, la sentencia definitiva sea efectiva y que, durante el proceso requerido para su emisión, no se hubieran lesionado derechos fundamentales del recurrente".

Una decisión que resulta importante resaltar pues cuenta con la particularidad de haber sido la primera sentencia en la cual el máximo tribunal conectó expresamente a las medidas cautelares con los derechos a la defensa y a la tutela judicial efectiva, fue la dictada en Sala Político Administrativa, el 15-11-95, caso Lucía Hernández y Arnoldo J. Echagaray, cuya argumentación fue la siguiente:

> "(...) corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la solicitud de amparo cautelar formulada por los actores, por la cual aspiran a que, mientras se decide definitivamente sobre la anulación del acto impugnado, sean suspendidos sus efectos mediante la paralización provisional de la convocatoria para designar jueces titulares en los tribunales en los que se desempeñan provisoriamente.
> Al respecto, este Alto Tribunal observa en primer lugar que el acto del Consejo de la Judicatura impugnado surte efectos generales –aunque no sea normativo-, ya que no existen destinatarios determinados ni determinables.
> En consecuencia, a pesar de que el amparo cautelar solicitado por los actores –como antes lo ha señalado la Sala, vgr. Sentencia del 28-04-94, caso Jairo Nixon Manzano- no resulta en principio el medio idóneo legalmente para ser ejercido en este tipo de juicios contra actos de efectos generales no normativos, considera la Sala, sin embargo, que ello no debe repercutir, de plano, en la negación absoluta de la medida cautelar solicitada, sino que -en defensa del derecho constitucional a la defensa- debe acudirse al poder cautelar general que a todo juez, por el hecho de tener la atribución de decidir y ejecutar lo juzgado, le es inherente. Lo anterior, por cuanto una protección integral del indicado

> derecho constitucional a la defensa y a una tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir en su totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada.
> (...) En conclusión, de acuerdo con los artículos 68 de la Constitución, 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil y con lo señalado en las líneas anteriores, se dicta providencia cautelar en el presente proceso, por la que, mientras se resuelve el juicio, se impida la provisión por el Consejo de la Judicatura de jueces titulares, en los cargos que ocupan los recurrentes".

En complemento de esta gran decisión debemos también mencionar una sentencia donde se destacó la importancia y casi autonomía del *fumus boni iuris* a la hora de decretar medidas cautelares. Se trata de la decisión dictada por la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, en fecha 10-10-96, caso A.E. Delmont Mauri, en la que se expresó lo siguiente:

> "(...) Debe la Sala pronunciarse, en primer término, sobre el pedimento de medida cautelar contra los actos del Consejo Supremo Electoral por los cuales se concedió el distintivo "RR" a la organización política Rescate Regional. Pues bien, considera la Corte que a pesar de que el requisito del *periculum in mora*, por haberse ya realizado las elecciones en el Estado Miranda, no está presente de manera patente, sin embargo, el hecho de que parezca tan evidente la existencia del *fumus boni iuris*, o presunción del buen derecho reclamado, hace imperioso emitir la medida cautelar solicitada mientras se decide definitivamente el recurso de anulación.
> En efecto, ya esta Sala tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta misma situación planteada entre el actor y el Consejo Supremo Electoral en el contexto de una acción de amparo constitucional, en su decisión del 1° de diciembre de 1995, donde se expresó que, ciertamente, conferir al partido Rescate Regional como distintivo las letras "RR" constituye una posible violación de los derechos adquiridos de la Causa R de usar, con exclusividad, la letra R como símbolo en las elecciones. Todos los argumentos expuestos en aquella oportunidad mantienen su valor, por lo que la Sala estima que lo prudente, a los fines de evitar que el proceso atente contra quien aparentemente tiene

la razón, es acordar la medida cautelar solicitada y suspender entonces los efectos de los actos administrativos que confirieron al partido político Rescate Regional el uso del símbolo "RR", ello en garantía de los artículos 100 y 99 de la Constitución, en concordancia con el artículo 109 de la Ley Orgánica del Sufragio. Así se declara".

También como ratificación relevante de lo anterior, puede mencionarse la sentencia dictada en Sala Político Administrativa, de fecha 13-03-97, caso Jonson & Jonson, en la cual se afirmó:

"Corresponde a la Sala pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar formulada por los representantes de la sociedad mercantil Jonson & Jonson de Venezuela, S.A. en el curso de la acción de anulación ejercida tanto contra la norma Covenin 2882-92 como del acto del Ministro de Fomento que la declara de obligatorio cumplimiento. La medida cautelar que pretende la accionante sea dictada, concretamente, es que se deje sin efectos provisionalmente ambos actos impugnados.

Lo primero que debe indicar la Sala, al decidir al respecto, se relaciona con la naturaleza de los actos cuestionados. Es cierto, como lo señalan los apoderados de la actora, que la Norma Covenin 2882-92 y el acto que le da fuerza de obligatorio cumplimiento tienen un carácter normativo, ya que innovan en el ordenamiento jurídico y es aplicable, en general, a cualquier persona no previamente determinada ni determinable.

Lo anterior no significa, necesariamente, que quede desprovista la accionante de solicitar cualquier medida cautelar en el proceso que impida que la sentencia de fondo sea ineficaz total o parcialmente, ya que como antes esta Sala lo ha sentado: las medidas cautelares son parte esencial del derecho a la defensa y a una tutela judicial efectiva, contemplados en el artículo 68 de la Constitución; encuentran cabida y razón de ser en la misma función de juzgar y ejecutar lo juzgado que se atribuye al juez venezolano –incluso al contencioso administrativo- y pueden ser utilizadas, por tanto, siempre que se cumplan los dos requisitos esenciales del *periculum in mora* y del *fumus boni iuris*, de la forma mas amplia para garantizar –sin crear, no obstante, situaciones irreversibles- la total eficacia de la sentencia principal o que decida sobre el fondo de la controversia.

Por esto es que es posible, con base en el poder general cautelar que cuentan todos los jueces de la República –incluso, y se insiste, el

contencioso administrativo- de acuerdo con el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, la emisión de medidas cautelares en todo tipo de proceso y sea cual fuere la pretensión de fondo, inclusive en procesos como el presente cuyo objeto es un acto normativo, aunque, en estos casos, lo procedente será dirigir el mandamiento cautelar directamente sobre el solicitante y no dar el efecto general propio de la decisión final".

Entre otras ratificaciones jurisprudenciales expresas sobre la conexión constitucional entre las medidas cautelares y el derecho a la tutela judicial efectiva, no podemos dejar de considerar la sentencia dictada en Sala Político Administrativa, de fecha 30-07-98, caso Juan Rafael Gómez, la cual sostuvo:

"la suspensión de efectos de los actos administrativos prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, no es mas que una manifestación del poder cautelar general del juez contencioso, que encuentra justificación, en primer lugar, en la potestad judicial de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado en el caso concreto –tal como se dejó establecido en sentencia de esta Sala de fecha 15 de noviembre de 1995, caso Lucía Hernández- y en segundo lugar, en el deber del órgano jurisdiccional de asegurar la eficacia de esa ejecución del fallo. Es en definitiva, el reflejo de la íntima relación existente entre el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, siendo esta última además, la garantía del derecho fundamental al acceso a la justicia y al debido proceso (artículo 68 de la Constitución)".

Este cúmulo de decisiones, que evidencian la amplitud de criterios que abogan por una extensiva protección cautelar, nos conducen a reflexionar sobre la necesidad de contar con un verdadero derecho a la tutela cautelar efectiva, en otras palabras, un derecho a que el juez disponga de cualesquiera medidas cautelares que a su juicio sean

necesarias e idóneas para cada caso en particular. Según Ortiz-Alvarez, Luis, "el problema no versa ya sobre la existencia o no de tales posibilidades, sino sobre la articulación técnica de tales medidas y sobre la actitud de renovación dentro de la cual debe entrar la jurisprudencia venezolana".[11]

Una sentencia que no podemos dejar de citar en la historia evolutiva de la tutela cautelar venezolana, es la dictada por la Sala Político Administrativa, en fecha 20-03-01, caso Marvin Enrique Sierra Velasco vs. Ministerio del Interior y Justicia, pues hace un análisis de la institución del amparo ejercido conjuntamente con la acción de nulidad, y además se ocupa de reinterpretar los criterios expuestos en la materia. Entre otras cosas expresó:

> "La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su afán de reforzar la idea de una tutela judicial efectiva, basada en el derecho que tiene toda persona de acceder a los órganos judiciales y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, estableció expresamente en su artículo 26, la garantía de una justicia gratuita, autónoma, sin dilaciones indebidas o reposiciones inútiles.
> Sobre la base de ese mandato se pronunció el constituyente de 1999 en su exposición de motivos, en virtud de la creación de la Sala Constitucional a la cual se le otorgó la competencia en materia de amparo constitucional autónomo, incluida la que anteriormente era atribuida a las diferentes Salas de la extinta Corte Suprema de Justicia. Asimismo y con relación al ejercicio conjunto del amparo, insistió en el poder cautelar propio del juez contencioso-administrativo para decretar de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva."

[11] Ibidem, p. 100.

Especial atención merece la sentencia que recientemente dictó la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el 05-06-02, en el caso "Arquidiócesis de Mérida y Fundación Hospital Sor Juana Inés de la Cruz vs. Decreto Gobernador del Estado Mérida", al declarar parcialmente con lugar el amparo ejercido conjuntamente con recurso de nulidad. Al respecto precisó:

> "Igualmente, considera la Sala que a pesar de que en el presente caso no se cumplen los requisitos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para acordar la medida de suspensión del acto impugnado, sin embargo estima, en defensa del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva y al debido proceso, que debe acudirse al poder cautelar general del juez contencioso administrativo, conforme al cual este puede acordar cualquier medida que considere adecuada a esta finalidad. De allí que estima conveniente acordar parcialmente con lugar la medida cautelar, en el sentido de permitir el acceso a los documentos y archivos de la Fundación 'Sor Juana Inés de la Cruz', que existían al momento en el que fue rescindido el Convenio impugnado. Todo ello por considerar que de lo contrario se impediría el ejercicio del derecho a la defensa de la parte actora. Así se declara.
> Estima la Sala que esta última es precisamente la misión de la justicia administrativa, motivo por el cual el Constituyente dotó de amplios poderes tutelares al Juez con el objeto de proteger los derechos de los particulares, todo lo cual, se explica y justifica por el proceso de transformación que viene sufriendo el Estado, como en efecto lo señala la Exposición de Motivos de la Constitución."

CAPITULO II

ASPECTOS GENERALES DEL AMPARO CAUTELAR EN EL DERECHO VENEZOLANO

El tema del amparo cautelar en Venezuela, a pesar de haber sido enfoque de atención por parte de renombrados escritores con una gran trayectoria en el ámbito del Derecho Administrativo, pareciera que aún requiere ser discutido y profundizado en su análisis, es decir, quizá se ha dicho todo sobre el amparo cautelar, pero el capítulo no puede cerrarse todavía, hace falta que todo ese metódico estudio produzca sus frutos y se logre, con la ayuda de la figura o sin ella, una verdadera tutela cautelar efectiva.

Si intentáramos buscar una concepción de amparo cautelar, podríamos identificarlo con una especie de medida cautelar, cuya finalidad es proteger y resguardar los derechos y garantías constitucionales de las partes, mientras dure el juicio principal, lo cual quiere decir que sus efectos son provisionales y su naturaleza es cautelar. Muchas otras además, son las características que los distintos autores han otorgado a esta figura, sin embargo, éstas parecen ser las principales, aquellas de las cuales derivan todas las demás.

Hablar de efectos provisionales en el amparo, significa hablar del ejercicio de la acción, asociado a los medios contencioso administrativos, en cuyo caso, los efectos perduran hasta el momento en que es dictada la sentencia definitiva en el juicio principal. Tal como lo afirma Canova, Antonio, "el amparo cautelar tiene como fin, mientras se encuentra eficaz, el evitar que se produzcan, o impedir que continúen produciéndose, lesiones o violaciones a los derechos y las garantías de rango constitucional".[12]

En cuanto a la naturaleza cautelar del amparo, debemos entenderla como una acción precautelativa o cautelar, en un proceso de conocimiento limitado por parte del juez. El objeto del proceso de amparo es conocer de la violación de un derecho constitucional por la actuación de la Administración única y exclusivamente, no juzgar la ilegalidad o ilegitimidad del acto.

Realmente el amparo cautelar recoge todas las características que acompañan a las medidas cautelares, toda vez que supone un medio para la consecución de un fin y, en ese sentido, carece de autonomía propia, además de que, por ende, su vigencia está supeditada a la decisión del fondo del asunto principal.

En cuanto a la competencia, es importante destacar que el amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad,

[12] CANOVA, Antonio. "Reflexiones para la Reforma...", cit., p. 131.

debe ser resuelto por el mismo juez que conoce de la acción principal y tramitado a través de un solo proceso, en el cual quedará sin efecto la medida acordada en forma previa, al dictarse la sentencia que decida la nulidad del acto.

Todas estas precisiones anteriores nos llevan indefectiblemente a afirmar el carácter accesorio del amparo cautelar, no obstante, hay quienes no opinan de la misma forma, pues consideran que asimilar el amparo establecido en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, a una especie de medida cautelar, "es la manera más simple de justificar la existencia de dos diferentes procedimientos que se inician con una misma demanda". Así lo expresó Rondón, Hildegard, comentando igualmente:

> "La accesoriedad implica el sometimiento absoluto a una acción principal, en forma tal que todo lo que afecte a ésta, incidirá sobre la cautelar. No es así en el caso que se analiza, sino que entre ambas acciones existe una relación de recíproca dependencia que se manifiesta en lo siguiente:
> a) Respecto al amparo, el mismo surtirá sus efectos hasta tanto sea decidido el recurso de nulidad y se extinguirá *ipso iure*, sin necesidad de manifestación expresa del juez en dicha sentencia.
> b) Respecto al recurso de nulidad, el hecho de haber sido ejercido conjuntamente con el amparo, obviará el examen de dos de los más exigentes requisitos de admisibilidad: la caducidad de la acción y el agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte, si se dicta una decisión de inadmisibilidad del amparo, ello implicará un nuevo análisis de los requisitos de admisibilidad, con el consiguiente estudio referente a la caducidad de la acción y al agotamiento de la vía administrativa (*...omissis*).
> c) Finalmente, la terminación extraordinaria del amparo (desistimiento, convenimiento, perención), incidirá sobre el reexamen de los requisitos de admisibilidad del recurso.

Visto en tal forma, si bien es cierto que el amparo depende del recurso de nulidad, éste también depende del primero, por lo cual mal puede hablarse de una relación de accesoriedad absoluta...".[13]

Esta diversidad de criterios es lo que ha transformado a la modalidad de amparo, consagrada en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en el epicentro de la materia cautelar. No sólo la doctrina se encuentra dividida en cuanto a sus interpretaciones, sino que también la jurisprudencia ha sido disidente en sus razonamientos, no pudiendo consolidarse las tesis expuestas en las sentencias, debido a la preeminencia de votos salvados en las mismas, que de una u otra manera, han hecho que impere la casuística en las decisiones de los jueces.

Similar opinión nos merece el análisis que, respecto a los requisitos de procedencia del amparo cautelar, han realizado los distintos autores, así como grandes juristas, al dictaminar con relación a este aspecto en particular. Podríamos comenzar diciendo que aún cuando la Ley Orgánica de Amparo únicamente exige para la procedencia de esta acción, la existencia de una violación a un derecho constitucional o la amenaza plausible de que ésta ocurra, parte de la doctrina considera que además deben exigirse los requisitos necesarios para otorgar la tutela cautelar, toda vez que se trata de una medida que aparte de proteger y resguardar derechos y garantías

[13] RONDON, Hildegard. "La acción de amparo contra los Poderes Públicos". Editorial Arte, Caracas (1994), p. 257.

constitucionales, posee características particulares que se adaptan perfectamente a una providencia cautelar.[14]

Dichos requisitos, sobre los cuales trataremos mas adelante con mayor detalle, son: el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora* y la ponderación de intereses. Respecto al *fumus boni iuris* no existe mayor discusión en cuanto a su procedencia, pues parece totalmente encomiable comprobar la violación del derecho constitucional por parte de la Administración o, en su defecto, la amenaza actual e inminente de que dicha garantía pueda ser lesionada.

Con relación al *periculum in mora*, valdría la pena analizar qué importancia reviste este requisito en el otorgamiento del amparo cautelar, como medida preventiva, mientras dura el juicio principal. La doctrina se encuentra dividida, muchos son los que sostienen que la sola presunción de violación a derechos fundamentales, constituye prueba suficiente del perjuicio de difícil reparación, lo que hace innecesaria su revisión. Sin embargo, hay otros que creen que "así las cosas, pareciera existir una incompatibilidad entre la concepción actual de esta peculiar institución y el régimen general de la tutela cautelar".[15]

En cuanto a la ponderación de intereses, también son numerosos los criterios doctrinarios que aceptan o rechazan su realización, sin dejar de

[14] CFR. CASTILLO, José y CASTRO, Ignacio. "El amparo constitucional y la tutela cautelar en la justicia administrativa". FUNEDA, Caracas (2000), p. 151.
[15] Ibidem, pp. 156-157.

considerar que la jurisprudencia no ha sido clara en este sentido y que por ello la incertidumbre sigue imperando en las decisiones tribunalicias.

Quizá la procedencia del amparo se baste con la sola presunción de violación a derechos fundamentales, pero al referirnos al amparo cautelar, nos encontramos frente a la necesidad de tutelar un derecho, bajo una razón de urgencia, en virtud del daño irreparable o de difícil reparación que pueda causarse en la definitiva. Esta interpretación nos obliga a detenernos a pensar que no se trata solo de un amparo, hay que enfocar la dirección de esta figura hacia la protección cautelar y convencernos que aunque resulte incongruente aceptarlo, el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo lo que estableció fue un amparo que opera como medida cautelar y que por tanto debe entenderse y asimilarse como una más de ellas.

A. Base Normativa

El artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, establece lo siguiente:

> "La acción de amparo procede contra todo acto administrativo: actuaciones materiales, vías de hecho, abstenciones u omisiones que violen o amenacen violar un derecho o una garantía constitucionales, cuando no exista un medio procesal breve, sumario y eficaz acorde con la protección constitucional.
> Cuando la acción de amparo se ejerza contra actos administrativos de efectos particulares o contra abstenciones o negativas de la Administración, podrá formularse ante el Juez Contencioso-

> Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación de actos administrativos o contra las conductas omisivas, respectivamente, que se ejerza. En estos casos, el Juez, en forma breve, sumaria, efectiva y conforme a lo establecido en el artículo 22, si lo considera procedente para la protección constitucional, suspenderá los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, mientras dure el juicio.
> Parágrafo Único: Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional, el ejercicio del recurso procederá en cualquier tiempo, aún después de transcurridos los lapsos de caducidad previstos en la Ley y no será necesario el agotamiento previo de la vía administrativa".

En el presente estudio nos corresponde analizar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo, toda vez que se trata de la posibilidad de ejercer la acción de amparo conjuntamente con el recurso contencioso-administrativo de anulación de un acto administrativo de efectos particulares, ante el Juez Contencioso-Administrativo competente, si lo hubiere en la localidad. Sin embargo, haremos una breve referencia a todo el contenido de la norma, a fin de considerar el sentido de la misma en su integridad.

Pues bien, ubiquemos entonces la figura dentro del ámbito de la materia cautelar, no sin antes –y esto resulta imprescindible para la tarea encomendada- definir qué se entiende por medidas cautelares. Hernández-Mendible, Víctor, las describe con un lenguaje muy fresco, al expresar:

> "Las medidas cautelares son aquellos actos que tienden al aseguramiento de lo que pretenden las partes a través del proceso.

> Las medidas cautelares son los instrumentos que sirven para evitar ese peligro de que la justicia pierda o deje en el camino –mientras se tramita el proceso- su eficacia, sin la cual, por supuesto, deja de ser justicia".[16]

Como indicáramos anteriormente, el amparo cautelar fue concebido con la finalidad de dar la debida protección cautelar a que hace alusión el profesor Hernández en su transcrita noción de medidas cautelares. Al analizar el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, debemos referirnos en primer lugar al acápite, para luego pasar a comentar su primer aparte y terminar examinando el Parágrafo Único de la misma, evaluación que en su conjunto nos permitirá contar con un panorama claro y diáfano respecto a su interpretación y a la intención que tuvo el legislador al redactarla.

Si realizamos una lectura detallada del acápite de la norma, pareciera que, en principio, el amparo sólo tiene cabida ante la ausencia de un medio breve, sumario y eficaz, sin más análisis. Al respecto, se ha pronunciado Linares, Gustavo, al exponer:

> "Tal interpretación sería contraria al texto constitucional que, como vimos, establece el amparo para cuando sea necesario el restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, ya que la ausencia de un medio breve y sumario no implica siempre que ese restablecimiento inmediato sea necesario. De hecho, el texto de la ley, interpretado así, sería equivalente a la tesis de la postura 'excepcional' de la jurisprudencia que permite el amparo en ausencia de medios con operatividad inmediata. Ese razonamiento sería por tanto aplicable también a esta posible interpretación del artículo 5°".[17]

[16] HERNANDEZ-MENDIBLE, Víctor. "La tutela judicial cautelar...", cit., p. 21.
[17] LINARES, Gustavo. "El proceso de amparo". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Nº 113, Caracas (1999), p. 294.

Sin embargo, la suspensión de los efectos del acto a que se refiere el primer aparte del artículo 5° de la ley en referencia, se encuentra también prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y reúne igualmente todos los elementos exigidos por aquél, lo que nos lleva a analizar cuál sería la utilidad de esta vía adicional de suspensión de efectos y cuáles serían las ventajas que tendría sobre la norma antes citada. En este sentido, continuó Linares, Gustavo, precisando:

> "(...) para que el amparo pueda ejercerse frente a actos administrativos, debe constatarse la necesidad de inmediato restablecimiento de la situación infringida, y, en concreto, que no existan medios procesales breves, sumarios eficaces para proteger el derecho, de acuerdo con el mismo artículo 5°. Y resulta que, en el caso de los actos administrativos, ese medio existe casi siempre: la suspensión de efectos particulares de la Ley de la Corte y la suspensión de efectos de los actos de efectos generales de la Ley de Amparo.
> Entonces, la posibilidad de intentar un amparo conjuntamente y un recurso de nulidad se reduce únicamente al caso, realmente insólito, en que, constatada la necesidad del restablecimiento inmediato de la situación infringida, la suspensión de efectos sea ineficaz".[18]

La tesis expresada no parece ser compartida por gran parte de la doctrina y jurisprudencia venezolana, pues se han expuesto criterios que consideran ventajoso al amparo cautelar sobre la suspensión de efectos del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Al respecto, señaló Ortiz-Alvarez, Luis, lo siguiente:

> "En relación al alcance de los poderes que, a través del amparo cautelar, tiene el juez contencioso administrativo, la doctrina y la jurisprudencia han destacado de manera coincidente que los mismos no están limitados a aquellos atribuidos a la tradicional figura de la suspensión de efectos, sino que pueden ir mas allá, incluso hasta el

[18] Ibidem.

> campo de las medidas cautelares positivas y de restablecimiento provisional de las situaciones jurídicas infringidas.(...)
> En esta dirección, es de principio la sentencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo de fecha 13-10-1988, caso Agraragua, en la cual se señaló que en el amparo cautelar no se aplican las mismas reglas que rigen para la suspensión de efectos de los actos administrativos (art. 136 LOCSJ), 'por cuanto la suspensión tiene un radio de acción menos amplio que el amparo. A través de la suspensión aludida, se impide que un efecto en curso de inminente producción se realice; en cuanto que en el amparo, cualquier medio es idóneo para que se restablezca al sujeto que lo solicita, dentro de los supuestos que la Ley contempla, el disfrute pleno del derecho afectado'".[19]

Continuando con el análisis del artículo, es importante destacar que al hablar del Juez Contencioso-Administrativo competente, la norma se refiere a la competencia natural que por razón de la materia le corresponde al respectivo funcionario judicial, de conformidad con las disposiciones pertinentes que organizan la jurisdicción contencioso-administrativa, es decir, que entre varios jueces contencioso-administrativos existentes en una localidad, la competencia corresponderá al que le tocaría conocer del recurso de nulidad del acto administrativo de efectos particulares objeto de impugnación. Esta preferencia otorgada por la Ley Orgánica de Amparo al Juez Contencioso-Administrativo tiene la plausible finalidad de que no se dicten sentencias contrarias o contradictorias respecto a dos acciones que tienen un único fundamento: la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental.

[19] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en...", cit., p. 649.

Por otra parte resulta también importante destacar que sólo el acto administrativo de efectos particulares que viole un derecho constitucional, puede ser objeto de las acciones de amparo y nulidad acumuladas. Esto quiere decir que no se admiten demandas que pretendan acumular al amparo un recurso de nulidad contra un acto administrativo de efectos generales, y además, que la procedencia de la acumulación radica en que ambas acciones tengan como fundamento común la violación o amenaza de violación de un derecho fundamental.

Con respecto al Parágrafo Único del artículo en comento, se agrega un nuevo ingrediente a esta modalidad de protección cautelar, basado en la derogatoria de los requisitos de admisibilidad de la acción. En lo que respecta a la interposición en cualquier tiempo, el precepto transcrito constituye, en palabras de Ortiz-Alvarez, Luis, una excepción al contradictorio régimen que el mismo legislador de amparo adoptara sobre los requisitos de interposición de la acción autónoma de amparo, así como una solución a la denunciada deficiencia que el recurso contencioso administrativo tiene sobre el particular.[20] La violación de un derecho constitucional, como fundamento que se ratifica en dicho Parágrafo Único, es lo que ha llevado al legislador a derribar el obstáculo de la caducidad. Sobre el particular se pronunció De Sola, René, al señalar:

[20] Ibidem, p. 738.

"Confirma igualmente esta limitación su Parágrafo Único, donde se autoriza el ejercicio acumulativo del recurso contencioso-administrativo haciendo caso omiso del vencimiento del plazo de caducidad que, como es sabido, sólo cuenta para la nulidad de los actos de efectos particulares (Artículo 134 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia).

En cuanto al fundamento común de las acciones acumuladas, es requisito que se deduce igualmente del texto de la misma disposición comentada. En efecto, al prever ésta la posibilidad del amparo provisional o cautelar –'mientras dure el juicio'- lo configura en la suspensión de los efectos del acto recurrido como garantía del 'derecho constitucional violado'. Concepto que es luego ratificado en el Parágrafo Único, que textualmente reza: 'Cuando se ejerza la acción de amparo contra actos administrativos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo que se fundamente en la violación de un derecho constitucional...'.

No es por ello jurídicamente sostenible que el recurso contencioso acumulado pueda tener fundamento distinto del que motiva la acción de amparo. Es únicamente la protección irrestricta que se debe al goce y al ejercicio de los derechos y garantías constitucionales, lo que ha llevado al legislador a derribar el obstáculo de la caducidad. Permitir que no existiendo esta razón fundamental, se aplique la misma exención a un recurso de nulidad con fundamento diferente, constituiría una flagrante violación de la letra, espíritu y propósito de la ley".[21]

Por otra parte, en lo que respecta a la interposición del recurso contencioso de nulidad sin agotamiento de la vía administrativa, el Parágrafo Unico del citado artículo 5° también produce una excepción a la regla general contenida en las leyes tradicionales. En efecto, el agotamiento de la vía administrativa constituye un requisito del procedimiento contencioso administrativo, según el cual se obliga al recurrente a agotar los medios administrativos que tiene a su disposición ante la misma Administración, los cuales supuestamente se configuran como unos derecho-carga del particular, quien además, para tener éxito en la admisibilidad *in limine litis* de

[21] DE SOLA, René. "Ensayo de interpretación del controvertido articulo 5ª de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales". Revista de Derecho Publico, Nª 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1989), p. 164.

sus pretensiones, debe acudir a la vía jurisdiccional luego de agotarlos, situación que por su carácter preceptivo, puede resultar inconstitucional.

Analizada en toda su extensión la norma que consagra la figura del amparo cautelar como medida de protección provisional, observamos las vicisitudes que, en general, resultan en cierta forma evidentes, y que imperan en el proceso contencioso-administrativo, a raíz de la utilización de la figura del amparo cautelar, toda vez que su aparición y desarrollo como mecanismo de protección anticipada, ha dado lugar a múltiples contradicciones entre quienes la apoyan y quienes la rechazan, trayendo como consecuencia una inmensa incertidumbre en el ámbito de la protección cautelar.

B. Naturaleza jurídica y requisitos de procedencia de la medida

Al hablar de la naturaleza jurídica del amparo, nos encontramos con posibilidades distintas del ejercicio de la acción, que permiten, tal como lo prevé el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el ejercicio conjunto de la misma con otras acciones.

Para entender el alcance y discernir con claridad sobre la problemática que se presentó en torno a la naturaleza jurídica de esta acción, se considera

pertinente transcribir algunas consideraciones expuestas por Ayala Corao, Carlos, uno de los primeros autores que descifró con absoluta certeza la naturaleza cautelar del artículo 5° *ejusdem*, al señalar:

> "La ley prevé la posibilidad en el artículo 5°, de que el recurso contencioso administrativo de nulidad sea ejercido conjuntamente con la acción de amparo. Esto permite configurar la naturaleza de la acción de amparo como una acción cautelar, en un proceso de conocimiento limitado por parte del juez. (...) Si se ejercen conjuntamente las acciones, más que una acumulación típica de acciones (de la acción contencioso administrativa y de la acción de amparo), estaríamos frente a una acción contencioso administrativa que será resuelta por una sentencia definitiva, con una pretensión de amparo constitucional de naturaleza cautelar que debe decidirse –precisamente por su naturaleza cautelar-, a través de una sentencia interlocutoria y que por el preciso hecho de ser una sentencia interlocutoria, por mandato del Código de Procedimiento Civil, es una sentencia apelable en un solo efecto.
> Esta sería la naturaleza del ejercicio de la acción conjunta cuando se intenta la acción contencioso administrativa de nulidad con una pretensión de amparo: la pretensión de amparo a mi juicio, es de naturaleza cautelar y limitada única y exclusivamente a lo que podríamos llamar la suspensión de efectos o cualquier otra medida de amparo, pero eso tiene que ser ordenado a través de una sentencia interlocutoria".[22]

Esta vertiente cautelar que posee el amparo, al ejercerse conjuntamente con otro medio procesal, es lo que se ha llamado doctrinalmente "amparo cautelar" y el mismo se ha desarrollado dentro de la jurisdicción contencioso-administrativa, a lo largo de varios años, como una medida cautelar propiamente dicha, dando cabida a múltiples disquisiciones en cuanto a su acogida o a su rechazo como mecanismo de protección cautelar.

[22] AYALA CORAO, Carlos. "La acción de amparo constitucional frente a la Administración Pública". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela, Nª 70, Caracas (1988), p. 174.

Dentro de las distintas tesis propuestas, se le atribuyó también al ejercicio conjunto del amparo con los recursos contencioso-administrativos, el carácter de una acumulación de acciones, la cual consiste en reunir en un mismo proceso dos o más pretensiones conexas, con el fin de que sean examinadas y definidas dentro de aquel único proceso. Al respecto se pronunció Rondón, Hildegard, señalando lo siguiente:

> "El sujeto demanda la nulidad de un acto o el cumplimiento por parte de la Administración de una carga que le ha sido legalmente atribuida y, al mismo tiempo, solicita el amparo contra la lesión a un derecho constitucional previsto, que el acto impugnado o la actividad omitida, le acarrea o pudiese acarrearle.
> De acuerdo con el artículo 5° de la LOA que consagra la figura, el amparo estaría constituido por la suspensión del acto impugnado, si es un acto el objeto del recurso, y el procedimiento se ventila por la vía del recurso de nulidad; pero sin el examen de los requisitos de admisibilidad, ya que según el Parágrafo Único del mencionado artículo 5°, el recurso procede aún si existe caducidad de la acción o no se ha agotado la vía administrativa, requisitos éstos que son fundamentales para la admisión del recurso contencioso-administrativo.
> En resumen, se trataría de una acumulación de acciones y el procedimiento será el del recurso contencioso-administrativo de nulidad para actos de efectos particulares establecido en el artículo 121 y siguientes de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Por lo que atañe al efecto, el amparo declarado con lugar producirá la suspensión de los efectos del acto, en relación con el solicitante; en cuanto que la declaratoria de nulidad del acto, lo extingue con fuerza hacia el pasado (*ex tunc*) con la salvedad de que el juez tiene la potestad, que le acuerda el artículo 131 *ejusdem*, de precisar la extensión de su declaración en el tiempo".[23]

No obstante, esta tesis también contó con sus opositores. En su artículo "Análisis Crítico del Amparo Constitucional en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, publicado en la Revista de la

[23] RONDON, Hildegard. "Amparo Constitucional". Editorial Arte, Caracas (1988), p. 205.

Fundación Procuraduría General de la República N° 10, Canova, Antonio, manifestando su desacuerdo con la misma, señaló:

> "En efecto, sostener que el procedimiento para la tramitación de 'esta acumulación' sería el del recurso contencioso administrativo, en cuya decisión se deben abarcar todas las 'pretensiones', significa que no se cumpliría el señalamiento del legislador relativo a la brevedad, sumariedad, efectividad e inmediatez con que el juez debe, mediante el amparo, proteger los derechos constitucionales menoscabados; también equivaldría eliminar el efecto que el amparo pudiera tener, ya que es innecesario quitarle la eficacia a un acto administrativo en una sentencia que, al mismo tiempo está declarando su nulidad; además de que sería igualmente innecesaria la coletilla con que el legislador finalizó el primer párrafo transcrito ('mientras dure el juicio'), ya que en el momento de decidirse el amparo, el juicio termina, al menos en esa instancia, porque también se decide –conforme al principio analizado de la acumulación de acciones- el recurso principal".[24]

De lo expuesto podemos deducir que asimilar el supuesto previsto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, a una acumulación de acciones, sería totalmente absurdo, por incongruente, ya que la acumulación significa que las acciones así propuestas deben tramitarse y decidirse en un mismo procedimiento, lo cual dista significativamente del mecanismo consagrado en la Ley Orgánica de Amparo, que implica dos trámites distintos.

Otra tesis que se ha planteado con respecto a este controvertido artículo 5° es la del ejercicio simultáneo de ambas acciones, en el cual los dos medios procesales tienen el mismo objeto, mas conservan en general las propiedades de los procedimientos contemplados en sus respectivas leyes. Es decir, estaríamos en presencia de dos procedimientos autónomos e

[24] CANOVA, Antonio. "Análisis crítico del amparo constitucional en los tribunales de la jurisdicción contencioso administrativa. Revista de la Fundación Procuraduría General de la República, Nª 10, Caracas (1994), p. 112.

independientes entre ellos, donde el primero, si bien podría satisfacer totalmente la pretensión, lo haría con fuerza de cosa juzgada formal, por lo que el segundo, que produce cosa juzgada material, abarcaría ineludiblemente a aquel, que podría ser revocado o confirmado por la decisión final.

Siguiendo estos lineamientos se pronunció la Sala Político-Administrativa, en decisión del 21-5-91, caso Levi J.Paz, al precisar:

> "Para que proceda esta última, tiene, por tanto, que haber sido intentada de manera conjunta con el recurso respectivo, y desprendiéndose, como consecuencia inmediata: que las reglas de competencia varían, hasta el punto de quedar habilitado para conocer del amparo, el juez contencioso-administrativo a quien normalmente le está encomendada la nulidad del acto; asimismo, que los efectos del mandamiento de amparo se reduzcan a la suspensión del recurrido mientras dure el juicio de nulidad; y de igual manera, que este supuesto especial de amparo conjunto con el contencioso administrativo de anulación, exima al juez del análisis de los requisitos de admisibilidad del recurso de anulación, al menos en lo que respecta tanto al lapso de caducidad como al agotamiento previo de la vía administrativa.
>
> Como puede observarse, el amparo acumulado con el recurso contencioso-administrativo, posee características propias y efectos diferentes a la acción de amparo autónoma; es por ello que debe ser escrupulosamente respetado el requisito fundamental para su procedencia, a saber: que haya sido intentado de manera conjunta, es decir, simultáneamente, con el recurso contencioso-administrativo de anulación.
>
> Como consecuencia de todo lo precedentemente expresado, debe entenderse que para que proceda el supuesto de acumulación de la acción de amparo con el recurso contencioso-administrativo de anulación, han de ser interpuestos ambos en un mismo momento y en un solo libelo de demanda, ya que, de no ser así, resultaría imposible la aplicabilidad misma del artículo 5° citado".

De la sentencia transcrita se evidencian algunas incongruencias presentadas en esta tesis, planteadas por Canova, Antonio, ya que no se adapta a las previsiones del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, pues si bien ambos procedimientos tienen el mismo objeto, el control del amparo se concreta exclusivamente a la constitucionalidad, mientras que el recurso contencioso-administrativo abarca además el control de la legalidad. Por otra parte, el juez contencioso-administrativo, al momento de analizar la procedencia del recurso, ya ha emitido una opinión sobre la misma controversia que le fuere planteada inicialmente en la acción de amparo.[25]

Así las cosas, volvemos entonces a la tesis que acoge la jurisprudencia contencioso administrativa, desde que fue dictada la sentencia de la Sala Político Administrativa de la Corte Suprema de Justicia, el 10-07-91, recaída en el caso Tarjetas Banvenez, donde se estableció que en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo existe un amparo de naturaleza cautelar.

Esta fue la tesis acogida por la mayor parte de la doctrina venezolana, entre quienes podemos citar a Ayala Corao, Carlos; Linares, Gustavo; Canova, Antonio; Brewer-Carías, Allan; Ortìz-Alvarez, Luis; etc; sin dejar de mencionar por otro lado a Rondón, Hildegard; Urdaneta, Gustavo; Castillo, Josè y Castro, Ignacio, quienes, si bien no asumieron una total aceptación de la misma, plantearon algunas justificaciones prácticas a la figura.[26]

[25] Ibidem, p. 117.
[26] CFR. CASTILLO, José y CASTRO, Ignacio. "El amparo constitucional y...", cit., p. 91.

Valdría la pena en este punto señalar, a grandes rasgos, lo que estableció la sentencia dictada en el caso Tarjetas Banvenez, *supra* identificada, cuando la Sala se inclinó por atribuir al amparo constitucional, el carácter de una providencia cautelar, partiendo de los diferentes efectos que produce la acción en los casos de ejercicio autónomo y conjunto:

> "De lo anterior se deriva, para esta Sala, que la acción de amparo propuesta conjuntamente con una de otro tipo participa de todos los caracteres procesales inherentes a la acumulación de acciones, esto es: que ha de ser resuelta por un solo juez (el mismo que sea competente para conocer de la acción principal), y que ambas pretensiones (la de amparo y la de nulidad u otra) deben ser tramitadas en un solo proceso que tiene dos etapas: la de amparo, previa, y la contenciosa, la cual forzosamente cubre, en la decisión final tanto la medida cautelar que inevitablemente perece en esa oportunidad, como el pronunciamiento judicial acerca de la nulidad solicitada. En otras palabras, si por las características analizadas el mandamiento de amparo se traduce única y exclusivamente en la suspensión provisional del acto recurrido en nulidad, la sentencia que decida ésta deja sin efecto aquella medida cautelar dictada en forma previa, tanto si el acto cuestionado es anulado como si es confirmado, porque, en uno u otro caso, carece ya de sustentación jurídica.
> (...) En efecto, siendo distintas las consecuencias que dimanan de una acción de amparo y de la ejercida conjuntamente con otro recurso (restitutorias en el primer caso y cautelares en el segundo), basta en esta última el señalamiento de la norma o garantía constitucionales que se consideren violadas, fundamentada en un medio de prueba que constituya presunción grave de la violación o amenaza de violación denunciada, para que el juez, en forma breve y sumaria, acuerde procedente la suspensión de los efectos del acto como medio de tutelar anticipadamente los posibles efectos de la sentencia que posteriormente habrá de dictar en el juicio de nulidad (artículos 5° y 22 de la Ley Orgánica de Amparo)".

Este criterio se ha mantenido vigente en la jurisprudencia del mas alto Tribunal de la República. Sin embargo, prosiguen todavía opiniones

encontradas en cuanto al procedimiento que se le ha dado al mismo, así como a los requisitos de admisibilidad y procedencia aplicables; la misma jurisprudencia no ha podido unificar criterios y hoy por hoy, son diversas las opiniones que generan el pronunciamiento de sentencias acompañadas de votos salvados en las materias específicas que tratamos.

En un primer momento la jurisprudencia fue coincidente en declarar como único requisito para la procedencia del amparo cautelar, el *fumus boni iuris*, al cual hicimos ya una breve referencia anteriormente. Sobre el mismo no ha existido gran discusión en la doctrina, toda vez que resulta perfectamente asimilable a la presunción de buen derecho, la exigencia de constatar la violación constitucional del derecho lesionado por la Administración, o en su defecto, la prueba de la amenaza actual y probable de que el mismo sea violado. Sin embargo, muchos fueron los tratadistas que se opusieron al criterio de suficiencia que se otorga a este requisito, *verbigratia* Ortiz-Alvarez, Luis; Linares, Gustavo; Castillo, Josè y Castro, Ignacio, por considerar que, dada su naturaleza cautelar, el amparo previsto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, debe respetar los elementos esenciales que caracterizan a las medidas cautelares y por ende, adecuarse a la exigencia de sus presupuestos.[27]

[27] CFR. Ibidem, p. 152.

En sentencia de la Sala Político Administrativa, del 14-01-99, recaída en el caso Víctor López Molina, limitándose a constatar un único requisito para acordar la medida cautelar de amparo, se señaló:

> "(...) y solo bastará que de un medio de prueba se desprenda la violación o amenaza de los derechos y garantía constitucionales invocados, para que el juez se pronuncie, sin entrar a conocer el fondo del asunto.
> Y esta Sala Político Administrativa, de manera reiterada ha declarado que el medio de prueba típico lo constituye el propio acto administrativo impugnado, por cuanto de su contenido pueden desprenderse los elementos que concreticen la transgresión o violación de normas de rango constitucional(...)."

En cuanto al *periculum in mora*, requisito que se ha convertido en el punto de discusión más álgido dentro de la doctrina, aún se discute sobre la necesidad de examinar si la violación del derecho constitucional invocado causa un daño irreparable o de difícil reparación en la sentencia definitiva, o si, por el contrario, la sola presunción de violación a derechos fundamentales, constituye prueba del perjuicio de imposible reparación. En tal sentido, se pronuncian Castillo, José y Castro, Ignacio, al exponer:

> "Resulta pues, a nuestro juicio incongruente la tesis que aboga por la naturaleza cautelar del amparo prevista en el artículo 5° y por otro lado niega un elemento esencial a todas las cautelares, como lo es el *periculum in mora*, que es la justificación de su propia existencia. Insistimos en que no es necesaria una tutela cautelar sin una razón de urgencia y un peligro de inefectividad del pronunciamiento del fondo que sea imputable al transcurso del tiempo. De allí que, no compartamos la interpretación de la intención del legislador, según la cual éste habría supuesto el peligro en la mora en este proceso. Esta es una opinión que atenta contra una institución que está inspirada en la tutela judicial efectiva, justamente para asegurar la efectividad de un pronunciamiento favorable".[28]

[28] Ibidem, p. 152.

La pretendida no necesidad de revisión del requisito del *periculum in mora* en el amparo cautelar, es uno de los aspectos controversiales con relación a la naturaleza cautelar del amparo interpuesto conjuntamente con una acción contencioso administrativa de anulación o de carencia. En opinión de Linares, Gustavo, el amparo en general tiene naturaleza cautelar y funcionando en estos casos como medida cautelar, el juez correspondiente deberá hacer el examen exigido por toda medida de esa naturaleza y determinar, además de las consideraciones propias del amparo, si las medidas dictadas por esa vía son necesarias para que pueda ejecutarse la decisión de fondo del recurso de nulidad y, en segundo lugar, si existe presunción grave de la violación o amenaza de violación del derecho constitucional invocado.[29]

Sobre el particular, Ortiz-Alvarez, Luis, considera que el mismo es exigible como en el resto de las medidas cautelares y hace mención a una sentencia en la cual se habría analizado este requisito a los fines de conceder un amparo cautelar, aludiendo a lo siguiente: (...) su procedencia implica que la violación a un derecho constitucional cause una lesión, un daño y que dicho daño no sea reparable o de difícil reparación en una sentencia definitiva".[30]

[29] LINARES, Gustavo. "El proceso de amparo en Venezuela". Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1993), p. 102.
[30] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en...", cit., p. 723.

Por su parte, Hernández, José Ignacio, asume una posición matizada de la exigencia o no del *periculum in mora*, al señalar lo siguiente:

> "Si la presunción de violación de derechos y garantías fundamentales aparece de manera grosera en el expediente, no será necesario ponderar la existencia de daños de imposible o difícil reparación, pues ello constituiría una máxima de experiencia. Por el contrario, si el *periculum in mora* aparece oscuro o dudoso, el juez deberá analizar con mayor detenimiento los perjuicios de imposible o difícil reparación que se podrían ocasionar, ante las violaciones constitucionales alegadas".[31]

Esta parece ser la posición que adoptaron los tribunales ante la revisión de los requisitos de procedencia del amparo cautelar, pues las decisiones que se observan recientemente, se inclinan por el poder cautelar del juez al sopesar si considera necesario o no revisar el *periculum in mora* en un caso determinado, o si por el contrario, basta con la existencia del *fumus boni iuris* para acordar la medida. En este sentido se pronunció la Sala Político Administrativa, en sentencia de fecha 11-02-2003, caso Ruperto Orlando Chacón, José Gregorio Valladares y José Gregorio Medina vs. Ministro del Interior y Justicia, al señalar:

> "En cuanto al *periculum in mora*, se reitera que en estos casos es determinable por la sola verificación del extremo anterior, pues la circunstancia de que exista una presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional o su limitación fuera de los parámetros permitidos en el Texto Fundamental, conduce a la convicción de que por la naturaleza de los intereses debatidos debe preservarse *in limine* su ejercicio pleno, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación."

[31] HERNANDEZ, José Ignacio. "El amparo sobrevenido como medida cautelar, con especial referencia al contencioso administrativo (Análisis a diez años de vigencia de la Ley Orgánica de Amparo). Revista de Derecho Administrativo, Nª 4, Editorial Sherwood, Caracas (1998), pp. 142-145.

Con relación al requisito de la ponderación de intereses, hay quienes sostienen que las medidas cautelares no atentan contra el interés general y que por tanto, no es necesario que el juez realice tal ponderación. Así lo ha expresado Canova, Antonio, al señalar:

> "(...) de la misma manera que el interés general no legitima ni le da validez a un acto administrativo contrario al derecho –que viole expresamente la Constitución o las leyes-, el cual deberá siempre ser anulado por el juez contencioso-administrativo en caso de ser impugnado por los afectados, tampoco podría ser el interés general obstáculo para que, de cumplirse todos los requisitos pertinentes, cautelarmente el juez proteja los derechos del particular que a su sede acude demandando la anulación de aquel".[32]

Sin embargo, en sentido contrario se han pronunciado notables juristas, quienes opinan que al existir un interés general en juego, necesariamente el juez debe hacer la ponderación respectiva, ya que de esta manera, tomando en consideración las circunstancias del caso, podrá decidir certeramente sobre la conveniencia o no de dictar una medida cuya ejecución podría afectar un interés general.[33]

Sobre este particular, la jurisprudencia no ha sido muy prolija en sus pronunciamientos, además de que los criterios han sido bastante inciertos en cuanto a su aplicación. Por lo que atañe al amparo cautelar, Ortiz-Alvarez, Luis, citado por Castillo, José y Castro, Ignacio, estima que "(...) también debe el juez hacer una ponderación de intereses a los fines de otorgar un mandamiento constitucional. Se apoya este autor en el derecho comparado,

[32] CANOVA, Antonio. "Reflexiones para la reforma...", cit., p. 261.
[33] CFR. CASTILLO, José y CASTRO, Ignacio. "El amparo constitucional y...", cit., p. 159.

concretamente en el sistema constitucional español, cuya Ley Orgánica del Tribunal Constitucional dispone que 'cuando la Sala conozca de un amparo constitucional, deberá suspender la ejecución del acto de los poderes públicos cuando tal ejecución hubiere de causar un perjuicio que haría al amparo perder su finalidad, aunque la Sala podrá denegar la suspensión cuando de esta pueda seguirse perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales o libertades públicas de un tercero'".[34]

En realidad, toda esta abundancia de criterios, nos conducen a un mismo objetivo; la protección cautelar debe regularse en una Ley que, por una parte, restrinja el procedimiento a determinadas directrices y, por la otra, propugne un mayor ámbito espacial para el juez contencioso-administrativo en la consecución de sus poderes cautelares. Al respecto, opinó Ortiz-Alvarez, Luis, lo siguiente:

> "... pero incluso es posible llegar más lejos, sea por vía jurisprudencial, sea –como al parecer será necesario- por vía legislativa, para llegar a una unificación total del sistema basándolo en un poder cautelar general único pero amplísimo. En este sentido, se tiene el reciente ejemplo de la reforma del sistema español con la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en donde, simplificando pero fortaleciendo el poder cautelar del juez simplemente se ha establecido que 'los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia' (artículo 129), además de haberse modernizado la protección cautelar en múltiples aspectos concretos".[35]

[34] Ibidem, p. 161.
[35] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en...", cit., p. 773.

Sintetizando, no se trata sólo de otorgar amplios poderes al juez contencioso-administrativo y continuar con el desorden procesal que impera en nuestro sistema en materia de protección cautelar. Hay que aplicar los correctivos necesarios y organizar la jurisdicción contencioso administrativa de una manera firme, recta y sin posibilidades alternas que tiendan a confundir y complicar –sin necesidad alguna- los trámites procesales que se manejan dentro de la administración de justicia.

C. Procedimiento aplicable

El artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, anulado mediante decisión dictada en fecha 21-05-96 por la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, facultaba expresamente al tribunal que conociera de la solicitud de amparo, para restablecer la situación jurídica infringida, prescindiendo de consideraciones de mera forma y sin ningún tipo de averiguación sumaria que la precediera, con una única limitante, basada en que el mandamiento de amparo estuviese motivado y fundamentado en un medio de prueba que constituyera presunción grave de la violación o amenaza de ella. En otras palabras, dicho artículo otorgaba potestad al juez de la causa para dictar sentencia y restablecer la situación jurídica lesionada, sin abrir juicio contradictorio ni oír al presunto actor del hecho lesivo.

La Corte Suprema de Justicia, mediante la sentencia anulatoria, argumentó que en el citado articulo, al facultarse al juez para dictar sentencia definitiva en primera instancia sin tramitar ningún tipo de procedimiento y sin informar previamente al presunto agraviante, de la existencia de una demanda en su contra, se constituía una violación al único aparte del artículo 49 de la Constitución de la República, por cuanto éste indicaba que el mandamiento de amparo debía ser producto de un procedimiento, circunstancia a la que no se hacía ninguna referencia en el texto del artículo 22, como condición previa y necesaria para dictar tal mandamiento.

En opinión de Ortiz-Ortiz, Rafael, dicho argumento carece de sustentación desde el punto de vista procesal, pues el artículo 22 señalado sí tiene un procedimiento, solo que el mismo es de extrema cognición sumaria.[36] Así lo anota también Duque Corredor, al afirmar "inclusive para aquellos casos en donde exista un medio probatorio que sea una presunción grave de la violación o de la amenaza de violación de un derecho constitucional, en su artículo 22 contempló un procedimiento sumarísimo para dispensar la protección solicitada sin una averiguación que la preceda".[37]

El segundo argumento de la Corte para anular el artículo *in commento* fue la grosera y flagrante indefensión que ocasionaba el artículo 22, al chocar abierta y directamente con la última parte del artículo 68 de la Constitución,

[36] ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "El amparo cautelar y la nulidad de artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales". Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Nª 101, Universidad Central de Venezuela, Caracas (1996), p. 273.
[37] Ibidem.

el cual establecía que la defensa era un derecho inviolable en todo estado y grado del proceso.

Sobre el particular se emitieron en contra de tal argumentación distintos votos salvados, de los magistrados Cecilia Sosa, Aníbal Rueda, Josefina Calcaño, Alfredo Ducharne y Juvenal Salcedo. Del examen de los mismos, en su obra titulada "El amparo cautelar y la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo", Ortiz-Ortiz, Rafael, opinó:

> "El debido proceso ha sido diseñado para la tramitación de la actividad jurisdiccional integrado por las facultades, cargas y deberes de las partes. Por ello, a nuestro modo de ver, si el propio legislador ha establecido una forma procesal determinada (que además no es extraño al ordenamiento procesal) no puede pensarse que se violenta el debido proceso, y tampoco se viola el texto constitucional relativo al derecho de defensa constitucional. Quizá fuera discutible que el amparo *inaudita alteram parte* sea un elemento del debido proceso, o que el solo establecimiento legal de las formas procesales sean una garantía del debido proceso; ante esta deficiencia en realidad estamos en presencia de una necesidad del procedimiento para garantizar la eficacia del proceso, y la legitimidad de la decisión emanada del tribunal de amparo que en verdad actúa como tribunal constitucional; en estos casos procede también la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil sólo en lo que respecta a la garantía del debido proceso y la necesidad del procedimiento".[38]

Al analizar la situación del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, por la tramitación que éste ordena, de conformidad con el artículo 22 anulado, la Corte señaló que carecía de fundamento alegar la nulidad del primero, en base a la remisión que éste hace al segundo, por cuanto "...ya dicho

[38] Ibidem, p. 277.

dispositivo ha sido anulado y mal puede traerse a colación una norma desestimada que no tiene vigencia...".

Por otra parte indicó que "la tramitación del amparo interpuesto conjuntamente con un recurso contencioso administrativo, podría adoptar –de conformidad con la potestad de que goza el juez contencioso administrativo, para aplicar el procedimiento que juzgue mas conveniente, ante la ausencia de un *iter* indicado por ley (artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia)- las siguientes modalidades: 1) Tramitar la solicitud de amparo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo (...); 2) En caso de que la solicitud de amparo solo tenga por objeto la suspensión de los efectos del acto administrativo recurrido, darle el mismo tratamiento de beneficio que la suspensión de efectos prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; 3) Si la solicitud de amparo tiene por objeto la obtención de una medida cautelar de las previstas en el parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, tramitarla de conformidad con lo previsto en el Título II del Libro Tercero de dicho Código..."

Con dicha argumentación, la Corte no se paseó por el hecho de que ninguna de dichas modalidades permiten la posibilidad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, por lo que la nulidad

efectuada de una norma que sí lo permitía, violenta francamente el mandamiento constitucional de restablecer tal situación.

Sin embargo, el amparo cautelar ha subsistido, su finalidad u objetivo persisten, pero no cabe la menor duda de que su efectividad se vio sumamente disminuida al desaplicar el artículo que le permitía restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, sin necesidad de contradictorio. A este respecto, comenta Ortiz-Ortìz, Rafael:

> "Obviamente que cuando se intenta cualquiera de los procedimientos establecidos en la ley (nulidad de actos administrativos, o inconstitucionalidad de las normas generales, el recurso de carencia, etc.) y conjuntamente se inicia el procedimiento de amparo, este último tendría carácter cautelar, provisorio e instrumental del proceso principal, y estará destinado a durar lo que la eficacia del primero garantice. No obstante, el elemento de la urgencia e inmediatez que caracteriza a las medidas cautelares se vería seriamente reducido, pues la medida de amparo cautelar deberá esperar toda la tramitación de los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales. Otra situación es que se ejerza por vía principal el amparo y se solicite una medida cautelar de las contempladas en el Código de Procedimiento Civil o en leyes especiales; pero en este caso la medida cautelar no tendría el elemento restitutorio que tenía el amparo por vía del artículo 22 anulado".[39]

Consecuentemente, el Alto Tribunal se decantó por utilizar la vía común a los amparos, a través de los artículos 23 y siguientes; el criterio para dicha tramitación, fue determinado por la Corte Suprema de Justicia así:

> "Si bien esa acción venía decidiéndose de acuerdo con el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, luego de la anulación por la Corte Suprema de Justicia en Pleno, por sentencia del 21 de mayo de 1996, el criterio ha sido el de aplicar para decidir el amparo el procedimiento establecido

[39] Ibidem, p. 282.

en los artículos 23 y siguientes de la misma ley" (Sentencia de la Sala Político Administrativa, de fecha 16-01-97, caso Ismael Gutiérrez Ruiz).

El procedimiento –tal como está previsto en la Ley Orgánica de Amparo- es, a grandes rasgos, el siguiente: se inicia con una solicitud, la cual debe ser admitida o no por el tribunal. En la oportunidad de la admisión debe ordenarse a la autoridad presuntamente agraviante para que informe en el término de cuarenta y ocho horas acerca de la presunta violación. El juez que conozca del amparo fijará la oportunidad de la audiencia pública, la cual debe ser realizada dentro de las noventa y seis horas siguientes a la presentación del informe o de la extinción del término correspondiente. Concluida la audiencia de las partes, el juez debe decidir en un término improrrogable de veinticuatro horas. De la sentencia que se dicte en primera instancia se oirá apelación en un solo efecto. Transcurridos tres días sin que se haya ejercido el recurso de apelación, el fallo debe ser consultado para ante el tribunal superior respectivo. El superior debe decidir la apelación o consulta dentro de un lapso no mayor de treinta días.

Con la entrada en vigencia de la nueva Constitución, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, adaptó el anterior procedimiento a los principios de oralidad e informalidad previstos en el artículo 27 *ejusdem*. De esta forma se eliminó el informe escrito al que aludía el artículo 23 de la Ley Orgánica de Amparo y se planteó un nuevo

procedimiento, por interpretación jurisprudencial vinculante, para los amparos en general.

Por su parte, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, siguió un *iter* procesal para tramitar los amparos conjuntos, de la forma siguiente: recibida una acción contencioso administrativa conjuntamente con acción de amparo, la Sala sin verificar su competencia o la admisibilidad de la acción principal, designa al Magistrado ponente para que se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción de amparo y, de ser admitida, se lleva a cabo el resto del procedimiento. Al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad del amparo el criterio ha sido en el sentido de verificar preliminarmente la competencia para conocer de la acción principal. Una vez concluido en cualquier forma el trámite de la cautelar, se pasa el expediente al Juzgado de Sustanciación para que éste se pronuncie sobre la admisibilidad de la acción principal, y se siga el procedimiento de nulidad.

Tal forma de proceder, en opinión de Castillo, José y Castro, Ignacio, es contraria a la lógica jurídico procesal, porque se estaría otorgando una protección provisional en un proceso en el que todavía no existe un pronunciamiento sobre su admisibilidad, con el riesgo de que la acción principal sea inadmisible.[40]

[40] CASTILLO, José y CASTRO, Ignacio. "El amparo constitucional y...", cit., p. 168.

Todo lo anterior pone en evidencia los errores legislativos y jurisprudenciales en la consagración legal e interpretación del artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo. Consideramos que resulta más lógico admitir la acción principal, tratar al amparo conjunto como una incidencia y para evitar demoras en la acción principal tramitarlo en pieza separada.

Posteriormente, en la Sala Politico Administrativa se originó un cambio en la forma de tramitar los amparos conjuntos; se abría una pieza separada y se designaba ponente para que se tramitara el amparo en la Sala, y respecto a la acción principal, ésta era enviada al Juzgado de Sustanciación para que de forma independiente tramitara el juicio principal. Esta nueva forma no escapó a las críticas indicadas, pues generó nuevas imperfecciones en el trámite. En efecto, dada la tramitación separada del amparo, podría darse el supuesto de que éste fuera admitido y tramitado, y que posteriormente el Juzgado de Sustanciación emitiera un acto inadmitiendo la acción principal por cualquier causa.

En virtud de esta situación, luego se pronunció en otro sentido la misma Sala Político Administrativa, en sentencia de fecha 27-04-2000, con ponencia del Magistrado Carlos Escarrà Malavè, caso "Víctor Zuloaga, José Bandres, Juan Villanueva y otros vs. Ministro de Transporte y Comunicaciones", al señalar:

"(...) cuando se planteen ante el Tribunal acciones contencioso administrativas de nulidad interpuestas de manera conjunta con amparo constitucional, lo más idóneo es que la Secretaría del referido órgano jurisdiccional, remita en forma inmediata y sin dilación alguna al órgano que corresponde efectuar el análisis de fondo de la controversia, el expediente contentivo de la acción conjunta, a fin del pronunciamiento sobre la competencia y la solicitud de amparo cautelar, admisión esta que no se puede procesar, sin la previa admisión de la acción principal, por la naturaleza accesoria de la acción de amparo cautelar con respecto al recurso de nulidad, pues el efecto de la declaratoria con lugar del amparo, es la suspensión del acto administrativo impugnado "mientras dure el juicio", tal como reza el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Vgr. Caso "Tarjetas Banvenez").

Sin la existencia de tal proceso principal, se ha dicho, no puede admitirse ni declararse procedente la protección cautelar invocada.

Esta forma de tramitación (de pronunciamiento de la Sala y no, del Juzgado de Sustanciación de la misma, acerca de la competencia y admisión de la acción conjunta), debe entenderse como una garantía del precepto constitucional –de obligatorio cumplimiento para todos los Tribunales de la República- de "celeridad y brevedad procesal" que deben caracterizar a todos los procedimientos que ante ellos cursen, con mayor razón cuando lo interpuesto versa sobre pretensiones que requieren la verificación de presuntos vicios de inconstitucionalidad.

Es así, como igualmente advierte la Sala que, tal tramitación, en modo alguno contraviene lo dispuesto en la Ley Orgánica que rige las funciones de este máximo Tribunal, por cuanto de su mismo texto se desprende claramente que, cuando no se prevea (ni en la referida Ley Orgánica, ni en los Códigos y otras leyes nacionales) un procedimiento especial a seguir, el Supremo Tribunal podría aplicar el que juzgue más conveniente, de acuerdo a la naturaleza del caso (Cfr. Artículo 102)."

No obstante los diversos pronunciamientos que fueron mejorando de una u otra forma el procedimiento a seguir con los amparos cautelares, fue la Sala Constitucional, la que logró establecer un trámite acorde con la naturaleza cautelar del amparo, para los que fueran ejercidos conjuntamente

con acciones de inconstitucionalidad contra normas, modalidad prevista en el artículo 3° de la Ley Orgánica de Amparo, en los siguientes términos:

"1.- Una vez recibida en esta Sala la acción de nulidad, interpuesta conjuntamente con amparo constitucional, el Juzgado de Sustanciación de la Sala decidirá mediante auto sobre la admisibilidad de la acción principal, a menos que por la urgencia del caso la Sala decida pronunciarse sobre la admisión de la misma, supuesto en que también la Sala se pronunciará sobre el amparo ejercido conjuntamente con la referida acción de nulidad.

2.- En caso de que se declare inadmisible la acción principal, se dará por concluído el juicio y se ordenará el archivo del expediente.

3.- Para el supuesto que se admita la acción de nulidad, en el mismo auto se ordenará abrir cuaderno separado en el cual se designará Ponente, a los efectos de decidir sobre el amparo constitucional.

4. El procedimiento de nulidad continuará su trámite por ante el Juzgado de Sustanciación, y la Sala decidirá sobre la procedencia o no del amparo constitucional. En el caso que se acuerde el amparo se le notificará de dicha decisión al presunto agraviante, para que, si lo estima pertinente, formule oposición contra la medida acordada, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su notificación, supuesto en el cual se convocará para una audiencia oral y pública que se efectuará en el tercer día siguiente a la formulación de la oposición, a fin de que las partes expongan sus alegatos. En el auto en el que se fije la celebración de la audiencia oral y pública, se ordenará la notificación del Ministerio Público.

5.- Una vez concluido el debate oral, la Sala en el mismo día deliberará y podrá:

a) Pronunciarse inmediatamente sobre la oposición, en cuyo caso se expondrán en forma oral los términos de la decisión, la cual deberá ser publicada íntegramente dentro de los cinco días siguientes a la audiencia en la que se dictó aquella.
b) Diferir la audiencia oral por un lapso que en ningún momento será mayor de cuarenta y ocho horas, por estimar que es necesario la presentación o evacuación de alguna prueba que sea fundamental para decidir el caso, o a petición de alguna de las partes del Ministerio Público.

6.- La decisión recaída sobre el amparo constitucional en nada afecta la tramitación de la causa principal" (Sentencia dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, el 14-03-00, caso: Ducharme de Venezuela, C.A.).

Este procedimiento definitivamente es el que mas se adapta a lo establecido en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, según el cual "(...) El procedimiento de la acción de amparo constitucional será oral, público, breve, gratuito y no sujeto a formalidad; y la autoridad judicial competente tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida o la situación que mas se asemeje a ella. (...)"; toda vez que favorece el carácter urgente y expedito del amparo, al prever que la medida cautelar de amparo se acuerde *inaudita alteram parte,* además de preservar el derecho a la defensa de la parte presuntamente agraviante, al darle la posibilidad de que ésta haga oposición a la medida previamente acordada.

Tal como lo expresaron Castillo, José y Castro, Ignacio, esperamos que este innovador procedimiento sea secundado y utilizado por los tribunales de lo contencioso administrativo en la jurisdicción venezolana, al conocer de amparos que funjan como medidas cautelares, tal como el previsto en el artículo 5° *ejusdem*, adaptándose a los requerimientos propios de las acciones contencioso administrativas.[41]

Posteriormente a esa sentencia, en la que la Sala Constitucional diseñó un nuevo sistema procedimental en materia de amparo, una de las primeras decisiones dictadas por la Sala Político Administrativa, precisó lo siguiente:

[41] Ibidem, p. 167.

> "Como ya ha sido expresado, se considera necesario la existencia de un *iter* procesal que permita a esta Sala el confirmar o no las presunciones de violación de derechos y garantías constitucionales alegadas por el querellante en su escrito libelar y en su posterior modificación, y a su vez permitirle al presunto agraviante el defenderse dentro del proceso constitucional de amparo contra las denuncias imputadas en su contra, pero esto no obsta para poder adelantar una tutela constitucional, que de forma cautelar suspenda los efectos del acto presuntamente violatorio, cuya vigencia quede supeditada a su ratificación en la decisión que esta Sala emita para resolver el fondo del amparo constitucional solicitado". (Sentencia dictada en fecha 16-03-2000, con ponencia de Carlos Escarrá Malavé, caso Constructora Pedeca, C.A.).

Fue con esta particular sentencia que la Sala Político Administrativa admitió la procedencia de las llamadas medidas provisionalísimas o cautelas de cautelas, mediante las cuales se podía lograr la suspensión temporal de los efectos de la manifestación de voluntad de la Administración, otorgando una cautela previa al proceso necesario para determinar la procedencia de la medida de amparo provisional. El criterio que privó para que la Sala considerara la adopción de estas medidas se basó en garantizar la inmediatez que debe caracterizar a las medidas cautelares, toda vez que, en virtud de la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo, para decretar una medida cautelar de amparo, se requería de la tramitación del procedimiento contradictorio establecido en los artículos 23 y siguientes *ejusdem*.

Distintas posiciones se fijaron, algunas a favor, otras en contra, en cuanto a la viabilidad o no de otorgar las medidas provisionalísimas; como paradigma de estas opiniones, resulta interesante transcribir algunas de ellas, con la finalidad de comprender la apología de unas y otras. Ortiz-Alvarez, Luis, expresó:

> "De manera que, bajo una perspectiva constitucional de tutela judicial efectiva, apoyada, si se quiere, en algunas posibilidades legales y en los avances del Derecho comparado, es forzoso concluir que en el ordenamiento jurídico venezolano es perfectamente posible instaurar –por vía jurisprudencial-, además de la suspensión automática en ciertas materias y supuestos, la figura de las medidas provisionalísimas, para lo cual es posible acudir a varias técnicas o posibilidades de conjugación cautelar.
> En primer lugar, es viable que el juez contencioso administrativo utilice directamente su poder cautelar general, que, insistimos, tiene base en el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, y por esta vía configurar jurisprudencialmente la técnica de las medidas provisionalísimas y adaptarlas a exigencias o requisitos (*fumus boni iuris, periculum in mora* y ponderación de intereses) similares o compatibles con los requisitos que se exijan para el otorgamiento de la medida cautelar principal, bien que, en sede provisionalísima, tales requisitos deberán ser analizados en un contexto de extrema urgencia, lo que en ciertos casos, y como regla, puede suponer llevar los standards de valoración a niveles mas altos, esto es, por ejemplo, que la exigencia de la apariencia de buen derecho sea aún mas evidente o manifiesta, que los daños a tomar en cuenta sean los de muy difícil reparación o simplemente irreversibles y que no exista ningún riesgo manifiesto de daños a intereses generales, todo lo cual, deberá ser apreciado –para que tenga sentido la figura provisionalísima- en muy corto tiempo y sin mayores formalidades".[42]

Por su parte, Ortiz-Ortiz, Rafael, opinó:

> "Las llamadas 'medidas cautelares provisionalísimas' responden en el fondo a una falacia que entraña una anfibología difícil de desentrañar que, desde la Ciencia del Derecho Procesal, debe ser alertada aún cuando hay un exiguo sector de la doctrina administrativa que la ha

[42] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en...", cit., p. 867.

> defendido. Para mostrar esta falacia se realizan las siguientes observaciones: toda medida cautelar es, por *definitio* (del latín *de-finire*, establecer límites) provisional. El maestro de Pisa Piero Calamandrei explicaba la diferencia entre lo 'provisional' y lo 'temporal' para señalar que en aquél la situación tiende a durar hasta el acaecimiento de un evento desconocido aunque cierto; mientas que lo temporal tiene una duración establecida por algún evento cierto y definido. Lo provisional responde a la cláusula *rebus sic stantibus* (mientras no cambien las circunstancias que le dieron origen), mientras que lo temporal tiene definidos los límites temporales de duración. Ahora bien, toda cautela es en sí misma 'provisional' por cuanto está sometida al *rebus sic stantibus,* pero lo 'provisionalísimo' con el sufijo no encuadra dentro de un género o especie distinta de lo 'provisional'. Si con ello se quiere señalar que se trata de una medida cautelar que tiende a proteger 'otra medida cautelar', entonces no responde a una categoría de 'provisionalísimo' sino a una cautela dentro del procedimiento contradictorio cautelar. En otras palabras, las medidas cautelares como regla general deberían decretarse el mismo día de la solicitud puesto que ellas llevan implícito el carácter de urgencia, no otro sentido se desprende del artículo 601 del Código de Procedimiento Civil; luego, como regla general, se decretan *inauditam alteram parte*, esto es, sin necesidad de abrir un contradictorio".[43]

En el caso específico del amparo cautelar, sí se hacía necesario buscar una solución que permitiera que éste no perdiera su verdadera esencia, radicada fundamentalmente en la idea de otorgar protección en la forma mas breve y eficaz posible a los derechos constitucionales vulnerados o violados.

En virtud de esta situación, imperó por algún tiempo, con sus inevitables vaivenes, el criterio de dictar medidas provisionalísimas, mientras se acordaba la medida de amparo cautelar; fue un año después, el 20 de marzo de 2001, cuando la misma Sala Político Administrativa, en Ponencia Conjunta, dictó una sentencia con ocasión del caso Marvin Enrique Sierra

[43] ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "Tutela constitucional...", cit., p. 263.

Velasco vs. Ministerio del Interior y Justicia, en la cual reinterpretó los criterios que sobre amparo cautelar, habían sido expuestos hasta la fecha en materia de procedimiento. En resumen, expuso la sentencia:

> "Con tal objeto, y en tanto se sancione la nueva ley que regule lo relacionado con la interposición y tramitación de esta especial figura, la Sala Político Administrativa estima necesaria la inaplicación del procedimiento previsto en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por considerar que el mismo es contrario a los principios que informan la institución del amparo, lo cual no es óbice para que la Ley continúe aplicándose en todo aquello que no resulte incongruente a la inmediatez y celeridad requerida en todo decreto de amparo. En su lugar, es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares. (....)
> Por otra parte, considera esta Sala que la tramitación así seguida no reviste en modo alguno, violación del derecho a la defensa de la parte contra quien obra la medida, pues ésta podrá hacer la correspondiente oposición, una vez ejecutada la misma, siguiendo a tal efecto el procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; ello ante la ausencia de un *iter* indicado expresamente por la Ley, conforme a la previsión contenida en el artículo 102 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia; procediendo entonces este Máximo Tribunal, previo el examen de los alegatos y pruebas correspondientes, a la revocación o confirmación de la medida acordada como consecuencia de la solicitud de amparo cautelar. (....)
> En conclusión, propuesta la solicitud de amparo constitucional conjuntamente con una acción contencioso-administrativa de nulidad, pasará la Sala, una vez revisada la admisibilidad de la acción principal, a resolver de inmediato sobre la medida cautelar requerida; debiendo abrirse cuaderno separado en el caso de acordarse la misma, para la tramitación de la oposición respectiva, el cual se remitirá junto con la pieza principal, contentiva del recurso de nulidad, al Juzgado de Sustanciación, a fin de que se continúe la tramitación correspondiente. Así se decide.

Con esta sentencia, una vez mas cambió el procedimiento para tramitar el amparo conjunto, desaplicando el que se venía ejerciendo conforme a los

artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo y planteando un trámite más breve y expedito, que por una parte corrigió algunas incongruencias que se habían venido presentando entre la naturaleza de la figura como tal y la forma de tramitar su procedencia (por lo tardío que resultaba), pero por la otra, pareció haber retrocedido al eliminar en el transcurso del procedimiento, la fijación de audiencia por parte del Juez, requisito éste que resulta indispensable desde todo punto de vista, para garantizar la oralidad del proceso.

No podemos terminar el desarrollo de este aspecto sin referirnos brevemente al tema de la apelación y la consulta obligatoria en el amparo previsto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo. Considerando que éste funge como medida cautelar, la jurisprudencia ha optado por sostener la aplicabilidad de la previsión del artículo 35 *ejusdem*. Así en reciente fallo de la Sala Político Administrativa, al conocer de un recurso de apelación de una sentencia que negó una medida cautelar innominada, se señaló lo siguiente:

> "Ese proceso principal se llevó a cabo, de conformidad con el artículo 185, ordinal 3° de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, en la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y en única instancia, pues contra las sentencias que dicten en uso de tal competencia residual no se admitirá recurso alguno.
> Esa circunstancia hace que de la misma forma que el fallo definitivo no es susceptible de apelación, cualquier decisión interlocutoria tampoco lo sea por cuanto simplemente no hay tribunal superior, en esos casos, que revise la actuación de la Corte Primera que, como se dijo, actúa en primera y única instancia.

De allí que una sentencia interlocutoria como la que se emitió en fecha 04 de junio de 1998, por la cual se negó una solicitud de medida cautelar innominada, no está sujeta a apelación, por no actuar en ese caso esta Sala como tribunal superior (...)
Debe advertirse no obstante la anterior declaración, que el hecho de que la jurisprudencia de este Supremo Tribunal haya aceptado que sean apeladas las decisiones de amparo cautelar dictadas por la Corte Primera en el curso de un proceso de nulidad, pese a no ser susceptible de interposición contra la sentencia del recurso principal recurso alguno, no supone que cualquier otra sentencia de medida cautelar, que por naturaleza es una interlocutoria, puedan ser revisadas ante esta sala. Del amparo cautelar se admite apelación sólo por la especial naturaleza del mismo y por así disponerlo expresamente la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, pero no es aplicable, de forma alguna, a otras incidencias que en el curso de un proceso puedan presentarse".[44]

De la consagración legislativa y del criterio jurisprudencial surgen diversas contradicciones, consecuencia de la anómala forma como ha sido concebida la tramitación del amparo cautelar y el procedimiento que ha seguido mayoritariamente la jurisprudencia, siguiendo las fases previstas en los artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo.

Según Canova, Antonio, los problemas planteados se han podido evitar si se hubiese acogido una solución análoga a su planteamiento, el cual sostiene que al ser el amparo previsto en el artículo 5° una medida cautelar, se deben aplicar las previsiones relativas a todas las cautelas.[45] Por su parte, Brewer-Carías, Allan, sostiene que las decisiones cautelares de amparo son apelables cuando la sentencia del juicio principal también lo sea.[46]

[44] S. CSJ-SPA del 25 de mayo de 1999, caso Henry José Perdomo Moreno.
[45] CANOVA, Antonio. "Análisis crítico del amparo...", cit., pp. 130-131.
[46] BREWER-CARIAS, Allan. "Derecho y acción de amparo". Instituciones políticas y constitucionales, Tomo V, Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Segunda Edición (1998), pp. 296-297.

En conclusión, Castillo, José y Castro, Ignacio, estiman que la medida cautelar de amparo debe tramitarse de la forma más expedita posible, pero en salvaguarda del derecho a la defensa de la parte presuntamente agraviante, debe establecerse un mecanismo que permita la revisión de dicha medida, bien sea a través de la apelación en un solo efecto, o mediante la figura de la oposición análoga a la prevista en el Código de Procedimiento Civil. Este último ha sido el criterio acogido por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia del caso Ducharme de Venezuela, C. A., anteriormente citada.[47]

D. Recursos (Competencia)

En cuanto a la competencia, ha sido criterio reiterado de la jurisprudencia contencioso administrativa que el ejercicio conjunto del amparo y la acción de nulidad de actos administrativos o de carencia, hace necesario que ambas sean resueltas por un mismo juez; y dada la naturaleza de accesoriedad del amparo en estos casos, la competencia para conocer del mismo viene determinada por la competencia del juez que debe decidir el recurso principal.

Constitucionalmente, todas las Salas del Tribunal Supremo son competentes conforme a la Ley Orgánica de Amparo, para conocer de

[47] CASTILLO, José y CASTRO, Ignacio. "El amparo constitucional y...", cit., p. 175.

acciones de amparo. Sin embargo, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo, en sentencia del 20-01-2000, dictada con motivo de decidir la admisibilidad de una acción de amparo, caso "Emery Mata Millán vs. Ministro del Interior de Justicia y otros", interpretó los principios constitucionales y resolvió concentrar en la propia Sala Constitucional, las competencias para conocer de las acciones de amparo que venían conociendo las otras Salas, en única instancia contra altos funcionarios nacionales (artículo 8° Ley Orgánica de Amparo); o contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Superiores de la República, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y las Cortes de Apelaciones en lo Penal; o las apelaciones o consultas de las sentencias dictadas por esos mismos tribunales cuando conocieran de acciones de amparo en primera instancia.

En cuanto al ejercicio conjunto de la acción de amparo con la acción contencioso administrativa de nulidad prevista en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, la Sala en la antes mencionada sentencia señaló lo siguiente:

> "Consecuente con la doctrina sobre la competencia que la Sala desarrolla en este fallo, así como con el principio antes expuesto que las leyes cuyos artículos no colidan con la Constitución, continúan vigentes, pasa la Sala a interpretar la competencia de los tribunales que deban conocer los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales.
> Dicho artículo, a juicio de esta Sala, no colide con la Constitución y por lo tanto, tiene plena vigencia, y según él, las acciones de amparo pueden ejercerse conjuntamente con el recurso contencioso

administrativo de nulidad de actos administrativos o contra las conductas omisivas.

Al estar vigente el citado artículo 5°, surge una excepción a la doctrina sobre la competencia en materia de amparo, contenida en este fallo, y es que los tribunales, incluyendo las Salas de este Supremo Tribunal, que conozcan de procesos de nulidad de actos administrativos de efectos particulares, o contra negativas o abstenciones de la Administración, mediante recursos contencioso administrativos, podrán a su vez conocer de los amparos previstos en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, siempre que el recurso de nulidad o por abstención de la Administración, no se funde en una infracción directa e inmediata de la Constitución y siempre que la acción de amparo no se encuentre caduca.

Resultado de la doctrina que se expone, es que las Salas de este Tribunal Supremo de Justicia que conocen de amparos que no se han ejercido conjuntamente con recursos contencioso administrativos, remitirán a esta Sala las acciones de amparo que venían tramitando, mientras que la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral seguirán conociendo los amparos que se ejercieron o se ejerzan conjuntamente con el recurso contencioso administrativo o electoral de anulación de actos o contra las conductas omisivas".

En relación con esta sentencia, algunos Magistrados como Peña Torrelles, salvaron su voto, al considerar que tanto del artículo 334 como del 336 de la Constitución emerge que el criterio acogido por el Constituyente para definir las competencias de la Sala, atiende al rango de las actuaciones objeto de control; así las cosas, la normativa constitucional aludida imposibilita una eventual interpretación que tienda a identificar las competencias de la Sala Constitucional con los vicios de inconstitucionalidad que se imputen a otros actos o con las actuaciones de determinados funcionarios u órganos del Poder Público.

Concretamente, es necesario acotar, en lo que respecta a la competencia para conocer del amparo constitucional, a los efectos de determinarla, que debe partirse de la Disposición Derogatoria Única de la Constitución de 1999, según la cual "queda derogada la Constitución de la República de Venezuela decretada el 23 de enero de 1961. El resto del ordenamiento jurídico mantendrá su vigencia en todo lo que no contradiga a esta Constitución".

Es importante en este punto hacer mención a la interpretación de la Sala de que los tribunales contencioso administrativos (incluidos la Sala Político Administrativa y la Sala Electoral) pueden continuar conociendo de las acciones de amparo intentadas conjuntamente con acciones de nulidad contra actos administrativos; en tal sentido debe destacarse, que fue condicionada la sentencia citada a "...siempre que el recurso de nulidad o por abstención de la Administración, no se funde en una infracción directa e inmediata de la Constitución...".

Debe señalarse que esta salvedad es totalmente contraria a lo previsto en la Constitución, en cuanto a la competencia de la jurisdicción contencioso administrativa, definida por el objeto de impugnación, que son los actos administrativos (incluidos los Reglamentos) y no por los motivos de impugnación.

La salvedad indicada en la sentencia podría conducir a que la Sala Constitucional estuviese tentada a interpretar que toda impugnación de un Reglamento o acto administrativo, por violación directa e inmediata de la Constitución, escaparía de la competencia de las Salas Político Administrativa o Electoral y de los demás tribunales contencioso administrativos y sería competencia de la Sala Constitucional. Ello no sólo sería contrario al texto de la Constitución, sino que desquiciaría el sistema contencioso administrativo; desquiciamiento que en forma infructuosa algunas sentencias de la Sala Político Administrativa trataron de hacer en el pasado, al pretender distinguir un recurso de inconstitucionalidad de un supuesto recurso de ilegalidad.

Otro aspecto trascendental al que debemos referirnos en este punto, es el establecido en el artículo 35 de la Ley Orgánica de Amparo, que prevé las apelaciones o consultas en materia de amparo; el mismo es bastante preciso al indicar que éstas corresponden al Tribunal Superior respectivo, atendiendo a la materia del caso concreto. Ahora bien, cuando dicho artículo alude a los Tribunales Superiores, no se refiere necesariamente al Tribunal de Alzada, sino a un tribunal jerárquicamente superior dentro de la organización de los tribunales de la República, con competencia en la materia afín a la relación jurídica dentro de la cual ocurrió la presunta violación de derechos constitucionales.

De lo anterior se desprende que la competencia para conocer de las apelaciones y consultas de las decisiones dictadas en materia de amparo por los Juzgados Superiores, Corte Primera de lo Contencioso Administrativo y Cortes de Apelaciones en lo Penal, debe distribuirse, según la materia, entre las distintas Salas del Tribunal. No existe en el texto constitucional ninguna norma que atribuya a la Sala Constitucional competencia para conocer en segunda instancia de las acciones de amparo, por lo que ésta no debió asumir tal conocimiento, pues la modificación competencial realizada por la mayoría sentenciadora constituye una alteración del régimen procesal previsto en la Ley Orgánica de Amparo, materia ésta que es de la reserva legal, por estar atribuida al Poder Legislativo, de conformidad con el numeral 32 del artículo 156 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

E. Efectos del fallo

En cuanto a los efectos del amparo en estos casos de ejercicio asociado a los medios contencioso-administrativos, debemos acotar que estos perduran hasta el momento en que es dictada la sentencia definitiva en el juicio principal, cumpliendo así con la coletilla final estipulada en el segundo párrafo del artículo 5°: "mientras dure el juicio". Respecto a la protección que el juez puede acordar, es necesario señalar que aún cuando el artículo 5°

solo prevé la suspensión de los efectos del acto recurrido como garantía de dicho derecho constitucional violado, esa frase ha sido interpretada como la posibilidad del juez de utilizar cualquier medio idóneo para que se restablezca al recurrente, dentro de los presupuestos contemplados por la ley, en el disfrute pleno del derecho afectado.

En este sentido, Linares, Gustavo, señaló respecto del alcance de la suspensión a la que se refiere el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, lo siguiente:

> "(...) debemos salir al paso a una posible y errada interpretación del artículo 5° de la Ley de Amparo, según la cual el juez sólo puede, ante una acumulación de amparo y demanda de nulidad, suspender los efectos del acto recurrido si declara con lugar el amparo. Tal tesis sería contraria no sólo a la jurisprudencia copiada, sino al texto mismo del artículo 49 de la Constitución. De acuerdo con esa norma el juez de amparo –el tribunal contencioso ante el que se presentan las acciones acumuladas es un juez de amparo- 'tiene potestad para restablecer la situación jurídica infringida', potestad que va mucho mas allá de la mera suspensión de efectos, como ya es pacífico en la jurisprudencia y en la doctrina. Por ello el artículo 5° de la Ley de Amparo debe interpretarse en conformidad con la Constitución y así, entender que habilita al juez a dictar medidas distintas a la mera suspensión del acto. De este modo, además, puede apoderarse al juez contencioso de potestades cautelares mucho mas plenas, en perfecta consonancia con las tendencias mas recientes del contencioso".[48]

Para justificar la ampliación del alcance de la suspensión a que hace referencia el artículo 5° en comento, Canova, Antonio, ha argumentado lo siguiente:

[48] LINARES, Gustavo. "El proceso de amparo en...", cit., p. 108.

> "En efecto, sería ilógico interpretar la frase transcrita (suspensión de los efectos del acto recurrido) en sentido restringido de que solo puede el juez suspender los efectos del acto, mucho mas cuando ese mismo artículo contempla al amparo como providencia cautelar en una acción contencioso administrativa por abstención cuyo objeto o materia no es un acto sino precisamente una abstención, una omisión que resulta imposible de ser suspendida en sus efectos. La frase, por tanto, debe interpretarse ampliamente, como la posibilidad que tiene el juez de suspender la lesión o amenaza de violación de cualquier derecho fundamental comprometido, aún mediante medidas de aseguramiento de la situación existente o muy especialmente mediante actuaciones que transformen el estado de cosas imperantes al momento para anticiparse a cualquier posible solución tomada por el juez en la sentencia definitiva. De la misma manera, en cuanto a la referencia que hace la frase de los efectos del acto recurrido, la interpretación debe ser el entender al término acto en el sentido de la actuación, la cual pudiendo ser positiva o negativa, abre la posibilidad de que el particular recurra de una conducta omisiva, que es lo que se hace al interponer una acción por abstención".[49]

La jurisprudencia contencioso administrativa ha admitido la amplitud de las medidas cautelares dictadas con fundamento en el amparo; así desde la sentencia recaída en el caso Agraragua, antes citada, considerada por toda la doctrina como una sentencia de principio en este punto, se ha sostenido que el amparo cautelar es un medio tutelar mas amplio que el previsto en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Es evidente pues, que ha habido una ampliación indudable de las posibilidades del amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación, que lo podría hacer comparable ahora, no a la simple suspensión de efectos del artículo 136, como antes se tendía a pensar, sino a las

[49] CANOVA, Antonio. "Análisis crítico del amparo...", cit., pp. 132-133.

medidas cautelares innominadas del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil.

Expuesta como ha sido la concepción jurisprudencial y doctrinal del alcance de las medidas cautelares dictadas con fundamento en el artículo 5°, es preciso señalar que no obstante el avance que ha tenido al ampliarse sus efectos en beneficio de la tutela judicial efectiva, los criterios esbozados configuran en sí mismos una contradicción con lo que tradicionalmente se ha sostenido que es un efecto restablecedor. Al respecto, en opinión de Castillo, José y Castro, Ignacio, tal efecto ha sido asimilado a la posibilidad de colocar al sujeto lesionado en un estado de cosas igual al que tenía antes de la violación o amenaza, esto es, hacerlo gozar del derecho o garantía presuntamente violado. De esta forma, un amparo cautelar de acuerdo con tal concepción debería permitir al sujeto colocarse en dicha situación preexistente.[50]

[50] CASTILLO, José y CASTRO, Ignacio. "El amparo constitucional y...", cit., p. 187.

CAPITULO III

EL LUGAR DEL AMPARO EN UN NUEVO SISTEMA CAUTELAR DENTRO DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

La incursión del amparo dentro del contencioso administrativo es un tema que amerita una profunda reflexión en el ámbito de la protección cautelar, toda vez que nos conduce a analizar, en términos generales, la importancia que vino a adquirir esta figura en su manifestación cautelar, a través del reforzamiento de los mecanismos naturales de protección anticipada, con base en la necesaria amplitud de los poderes cautelares del juez, así como en la inoperancia y carácter restrictivo que posee la protección cautelar prevista en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

El amparo cautelar, tal como lo demostramos anteriormente en el presente trabajo, ha generado en el sistema cautelar profundas transformaciones, que si bien poseen aspectos positivos, han propiciado la necesidad de reformas urgentes en todo el sistema cautelar contencioso administrativo.

Frente a los planteamientos propuestos por la doctrina, surgen dos

alternativas concretas de cambio, una es la reforma de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales y otra es la consagración de un moderno sistema de protección cautelar mediante la definitiva promulgación de una ley especial que rija todo el sistema contencioso administrativo venezolano, lo cual es una deuda del legislador con el Derecho Administrativo.

En uno y otro caso, consideran Castillo, Josè y Castro, Ignacio, que las iniciativas legislativas deben tener presente la tendencia comparada en Derecho Administrativo, que apunta hacia la consagración de un poder cautelar cada vez mas amplio, lo cual significa la eliminación de las medidas típicas, como la suspensión de los efectos del acto, las cuales estarían dentro de ese poder general que alcanzaría un estadio mas avanzado de tutela judicial.[51]

De acuerdo con lo anterior, cabe la pregunta sobre la necesidad de conservar una especial figura como lo es el amparo cautelar dentro del contencioso administrativo. Al respecto, indican los citados autores, el amparo como forma de tutela de derechos y garantías constitucionales será siempre una herramienta que podrá utilizarse dentro del ordenamiento jurídico administrativo. Sin embargo, este deberá poseer unas características distintas a las establecidas en la legislación vigente. En este sentido, la

[51] Ibidem, p. 223.

reforma debe tender a la eliminación de las distintas categorías de amparo contra actuaciones de la administración, configurándose una única figura que siempre tendrá carácter cautelar en relación con cualquiera de las acciones ordinarias previstas en el contencioso administrativo.

Al respecto, vale la pena citar el señalamiento que hizo la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando aseveró:

> "(...) dado que sólo la Sala Constitucional será competente para resolver las acciones de amparo en el Tribunal Supremo de Justicia, la ley orgánica respectiva deberá eliminar la acción cautelar de amparo que se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad y que permite a las Salas Político Administrativa y Electoral, suspender los efectos de los actos administrativos cuya nulidad les corresponde conocer y decidir. Para ello la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario..."

Esta manifestación contenida en la Exposición de Motivos de la Constitución vigente, resulta desde todo punto de vista exagerada y en ningún sentido se desprende dicha conclusión del texto constitucional que la sustenta. Casal, Jesús Maria, en las líneas prologales de la obra "El amparo constitucional y la tutela cautelar en la justicia administrativa", al referirse a lo sostenido por dicha Exposición, señaló lo siguiente:

> "Esta y otras afirmaciones de la Exposición de Motivos de la Constitución, causan perplejidad por su distanciamiento respecto del texto y del telos de la Carta Fundamental. Ningún precepto de la nueva Constitución abona la conclusión de que la Sala Constitucional debe concentrar todas las competencias del Tribunal Supremo de Justicia en

materia de amparo. Compartimos la tesis de que el impacto de la entrada en vigor de la nueva Constitución en el ordenamiento jurídico permite sostener que la Sala Constitucional es la Sala cuya competencia general guarda mayor afinidad con esa materia, lo cual conduce a tal concentración de competencias en lo que al amparo autónomo respecta, pero esta solución no se desprende directamente de la Constitución, sino que es una consecuencia de la aplicación de la regla de la afinidad contenida en la Ley Orgánica de amparo, no en la Norma Suprema (...) La ley orgánica de la jurisdicción constitucional, o una futura reforma de la Ley Orgánica de Amparo, podría regular esta temática de otra manera, redistribuyendo o descentralizando lo que transitoriamente, y a falta de una normativa especifica, fue centralizado por la Sala Constitucional. (....)

Con mayor razón es criticable la apuesta de la Exposición de Motivos por la eliminación del amparo cautelar ante otras salas del Tribunal Supremo de Justicia, y su sustitución por el poder cautelar general. Esta es una opción que puede ser o no compartida, pero que en modo alguno pertenece al plano de la constitucionalidad, ya que la Carta Fundamental no la impone. Es más, cabría dudar de su constitucionalidad, pues el artículo 27 de la carta del 99 consagra el amparo como un derecho genérico, ejercitable tanto en su modalidad autónoma como en su modalidad cautelar. Por otro lado, la Exposición de Motivos incurre en la inconsistencia de no mencionar al llamado amparo sobrevenido, seguramente porque la tesis de la concentración competencial absoluta resultaría en este supuesto insostenible".[52]

A. La necesidad de reorientar el sistema cautelar en el contencioso administrativo venezolano

El sistema cautelar en Venezuela se encuentra protegido por un bloque normativo similar, de rango constitucional, relativo al derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva, que supone la presencia de un verdadero derecho a la tutela cautelar efectiva, mediante el cual el juez pueda disponer de cualquier medida cautelar que considere necesaria e idónea a los fines de lograr una verdadera efectividad jurisdiccional.

[52] CASAL, Jesús María. "Constitución y Justicia Constitucional". UCAB, Caracas (2000), p. 111.

Esta ubicación del sistema de medidas cautelares en el contencioso, ha sido la consecuencia de grandes pasos jurisprudenciales que han venido ocurriendo en nuestro país. Dentro de este contexto podemos decir que se ha generado una verdadera constitucionalización de las medidas cautelares, las cuales han pasado a ser uno de los derechos mas preciados e importantes de los ciudadanos, todo lo cual ha borrado ya algunas de las concepciones y actitudes jurisprudenciales tradicionales, las cuales han abierto paso a la escritura de las nuevas páginas de la justicia administrativa.

Pues bien, tal doctrina de la constitucionalización de las medidas cautelares ha sido confirmada expresamente por nuestra jurisprudencia contencioso administrativa. Desde el bando jurisprudencial se ha plasmado en numerosas sentencias esta visión constitucional de la protección cautelar. Vale la pena mencionar, a modo de ejemplificación, parte de la motivación de una sentencia dictada por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 23-08-95, caso: Almacenes La Colmena, S.R.L., en la cual se sostuvo lo siguiente:

> "Considerando, que los particulares tienen un derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (...)
> Considerando, que la necesidad de tutela cautelar en materia contencioso administrativa, tutela que en este ámbito actualmente puede resolverse por una múltiple vía, sea la de la técnica tradicional de suspensión de efectos –artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, artículos cuyos estrechos límites pueden ser ampliados judicialmente a través de una relectura constitucional-, sea la figura de la proposición conjunta de los recursos contencioso

> administrativos con una solicitud de amparo constitucional, caso en el cual el amparo funge como una verdadera medida cautelar –artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales-, sea a través de las medidas cautelares contempladas en el Código de Procedimiento Civil, en especial de las medidas cautelares innominadas –artículos 585 y 588 CPC-, o incluso a través de la utilización directa de los artículos 68 y 206, que consagran el derecho a la efectividad jurisdiccional (...)
> Teniendo en cuenta, de acuerdo con todo lo expuesto, que si bien el referido derecho fundamental a la protección jurisdiccional efectiva que tienen los ciudadanos, no aparece totalmente incompatible con la existencia del principio del carácter ejecutivo y ejecutorio de las decisiones administrativas, ni tampoco pareciera necesariamente exigir la generalización del efecto suspensivo de los recursos, resulta sin embargo que dicho derecho fundamental sí impone la presencia de un régimen efectivo de medidas cautelares en el contencioso administrativo, por lo que los ciudadanos deben disponer de un verdadero derecho constitucional a demandar y a obtener la suspensión de actos administrativos (...)".

Como ratificación y respaldo a la constitucionalización de las medidas cautelares y del poder cautelar general del juez en el contencioso administrativo, resaltando además grandes poderes judiciales en este sentido respecto a la posibilidad de dictar cualquier medida cautelar que resulte necesaria, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencias de fecha 05-05-97, casos: Pepsi-Cola, Embotelladoras Coca-Cola, dos especies, precisó lo siguiente:

> "Pues bien, en este particularísimo caso, este órgano jurisdiccional considera pertinente formular algunas consideraciones generales en torno al sutil tema de las medidas cautelares; en particular, de las medidas cautelares en el contencioso administrativo.
> La jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal, en sentencia de fecha 15 de noviembre de 1995, declaró rotundamente que todo juez, por el hecho de tener potestad de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado, ostenta un poder cautelar general que le permite tomar cualquier

> medida cautelar que resulte necesaria para la eficaz ejecución de lo juzgado (Sent. CSJ-SPA, 15-11-95, Lucía Hernández); lo cual no viene sino a poner de manifiesto la íntima relación existente entre el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 68 de la Constitución, y el derecho a obtener las medidas cautelares necesarias para una eficaz tutela jurisdiccional.
> No a otra conclusión podría arribarse de una lúcida deliberación. La doctrina procesalista tanto nacional como extranjera no duda en imbricar en todo momento al poder jurisdiccional para resolver definitivamente una litis, con el poder cautelar general. Entre nosotros, por ejemplo, ha señalado Henríquez La Roche, siguiendo a Carnelutti: 'El proceso cautelar existe cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar el buen fin de otro proceso. Cautelar puede ser, no solo un proceso, sino un acto, una providencia, contenida en el proceso definitivo. La función mediata del proceso cautelar implica, la existencia de dos procesos respecto de la misma litis o del mismo asunto; el proceso cautelar, a diferencia del proceso definitivo, no puede ser autónomo; el proceso definitivo no presupone el proceso cautelar, pero el proceso cautelar presupone el proceso definitivo' (Henríquez La Roche, Ricardo, Medidas Cautelares. Maracaibo, 1994, pp. 26-27).
> Ciertamente, la existencia de un proceso, no implica a priori la necesidad de que sean dictadas medidas preventivas; pero no cabe duda de que sí presupone una potestad cautelar general por parte del juez para asegurar la efectividad de aquél. En efecto, de nada serviría disponer de facultades para componer la litis al final del proceso, si durante el proceso no se tuvieren adicionalmente las facultades necesarias para hacer posible esta definitiva composición procesal. Entonces, si el juez contencioso administrativo puede disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, debe incluirse dentro de ello el poder cautelar general; establecido además de manera explícita por los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil".

Las sentencias citadas, así como otras ratificaciones jurisprudenciales expresas, no hacen sino reafirmar la conexión constitucional existente entre las medidas cautelares y el derecho a la tutela judicial efectiva. Importancia destacada merece la sentencia, antes mencionada, dictada por la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, el 30-07-98, caso: Juan

Rafael Gómez, en la cual se sostiene que la suspensión de efectos de los actos administrativos previstos en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia:

> "...no es mas que una manifestación del poder cautelar general del juez contencioso, que encuentra justificación, en primer lugar, en la potestad judicial de ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado en el caso concreto –tal como se dejó establecido en sentencia de esta Sala de fecha 15 de noviembre de 1995, caso Lucía Hernández- y en segundo lugar, en el deber del órgano jurisdiccional de asegurar la eficacia de esa ejecución del fallo. Es en definitiva, el reflejo de la íntima relación existente entre el derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva, siendo esta última además, la garantía del derecho fundamental al acceso a la justicia y al debido proceso (artículo 68 de la Constitución)".

Esta constitucionalización de las medidas cautelares no es sino el reflejo de otro principio general del derecho de rango constitucional según el cual "la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene razón", principio –que como ya expresamos- fue inicialmente propuesto por Chiovenda y Calamandrei y luego retomado por gran parte de la doctrina y jurisprudencia modernas.[53]

Este proceso evidencia que los jueces deben tener una tendencia favorable al otorgamiento de medidas cautelares dentro del cauce natural de los mecanismos propios e inherentes al sistema contencioso administrativo, como también expresamente lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, "a los fines de evitar que el proceso atente contra quien aparentemente tiene la razón" (CSJ-SPA, 10-10-96, caso: Andrés Delmont Mauri).

[53] CFR. ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en...", cit., p. 26.

Debe entonces admitirse la interpretación integrativa y progresiva de los cuerpos normativos existentes, para buscar, de forma coherente, la creación de nuevas técnicas cautelares que complementen las insuficiencias del sistema cautelar, así minimizado por las mismas interpretaciones jurisprudenciales.

En consecuencia, mientras se entienden los beneficios de la unificación en base al poder cautelar-constitucional del juez, debe considerarse permisible acudir supletoriamente a otros textos legales, para que sumando las viejas y nuevas formas de tutela cautelar, pueda ser delineado un sistema de protección judicial contencioso administrativo, que por lo menos, se acerque a los muy altos niveles constitucionales de protección judicial.

Una de las claves necesarias para revitalizar nuestro sistema de medidas cautelares está en "conectar" tal sistema con el mencionado derecho a la tutela judicial efectiva, pues la necesidad de una efectiva tutela judicial es un principio general del derecho, de valor constitucional; tal como lo escribe Bernard Stirn, "para los ciudadanos, el derecho de atacar las decisiones tomadas contra ellos es una garantía fundamental, característica de un Estado de Derecho..., las exigencias constitucionales aparecen...para hacer de la existencia de un recurso un principio general del derecho de valor constitucional y para asegurar la eficacia de las vías de recursos".[54]

[54] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo 1980-1994". Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1995), p. 15.

Una consideración del derecho a la tutela judicial efectiva debe llevar a la posibilidad de que, como una prolongación directa del mandato constitucional, los jueces contencioso-administrativos se apoderen y decreten normalmente –sin escalas legislativas- todas las medidas cautelares necesarias para hacer gala al mencionado derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Dentro de esta perspectiva, debe abrirse aún mas el abanico de medidas cautelares en manos de los jueces, para que éstos puedan dictar –con naturalidad- todo tipo de medidas cautelares, positivas o negativas, contra todo tipo de acto o abstención administrativa. Asimismo, sería deseable –aunque para esto parece necesaria una intervención legislativa- la instauración de procedimientos autónomos preventivos o de urgencia, los cuales pudieran utilizarse aún antes de que formalmente exista un procedimiento contencioso administrativo principal instaurado, pues además de otorgar protección preventiva de urgencia, estos mini-procesos tienen un efecto bastante trascendental y es el de eliminar gran parte de muchos de los procesos temerarios e infundados que inundan y ahogan actualmente a los tribunales.

Con particular énfasis debe igualmente defenderse la tesis de que el otorgamiento de las medidas cautelares (una vez cumplidos los requisitos

exigidos, los cuales en todo caso deben reducirse al máximo y estudiarse sin formalismos y bajo un criterio *pro cives* y *pro libertate*) no es discrecional para los jueces, sino que estos tienen la obligación de dictarlas, poder-deber que en nuestro país vendría reforzado e impuesto por el derecho constitucional a una tutela judicial efectiva.

En propiedad, pues, debe decirse que de acuerdo con la luz constitucional, no hay discrecionalidad en el otorgamiento de las medidas cautelares contencioso-administrativas, por lo que la concepción sostenida actualmente por la jurisprudencia venezolana es incompatible con el marco constitucional, imponiéndose por tanto un cambio de perspectiva hacia la admisión de un derecho a la protección cautelar efectiva.

Otra cuestión que sería vital modificar, es la lentitud con que se resuelven las propias medidas cautelares. No es solamente que los juicios se eternicen, sino que incluso las medidas cautelares se tardan tanto que ellas prácticamente pierden su perfume de cautelas provisionales.

La reflexión final es clara: nos encontramos frente a un panorama en el cual el particular tiene un derecho fundamental a la protección jurisdiccional efectiva, que si bien no aparece totalmente incompatible con la existencia del principio del carácter ejecutivo y ejecutorio de las decisiones administrativas,

ni tampoco pareciera necesariamente exigir la generalización del efecto suspensivo de los recursos, resulta sin embargo que dicho derecho fundamental sí impone la presencia de un régimen efectivo de medidas cautelares en el contencioso-administrativo.

Dentro de este horizonte, el ciudadano debe disponer de un verdadero derecho constitucional a demandar y a obtener la suspensión de actos administrativos, sean estos de contenido positivo o sean estos actos denegatorios, e igualmente a obtener el otorgamiento de cualesquiera otras medidas cautelares que sean necesarias para garantizar la efectividad de la protección jurisdiccional. Es así pues, como en materia de protección cautelar, deben postularse los acertados principios según los cuales "la larga duración del proceso reclama que el control de la ejecutividad se adelante en el tiempo".

En definitiva, y con palabras de Linares, Gustavo, "sólo introduciendo en el contencioso administrativo poderes cautelares robustos y eficaces pueden neutralizarse los efectos injustos del principio de ejecutividad, de modo que el juez pueda impedir oportunamente y adecuadamente que se produzcan daños irreparables en el patrimonio del administrado".[55] Pues bien, tal como lo ha dicho García de Enterría, son infinitos los supuestos de actos administrativos que pueden causar daños irreparables o de difícil reparación

[55] LINARES, Gustavo. "El carácter subjetivo del procedimiento contencioso administrativo". Liber Amicorum. Homenaje a José Muci-Abraham, EJV, Caracas (1994), pp.398-399.

a los particulares, de allí de nuevo la necesidad de las medidas cautelares. Sin embargo, en ciertos casos las medidas cautelares deben otorgarse sin necesidad de forzar a los particulares a demostrar tales daños irreparables, debiendo ser suficiente la demostración de la apariencia de buen derecho.[56]

Sin una tutela cautelar efectiva en el ámbito contencioso-administrativo, la justicia está destinada a "llegar siempre demasiado tarde" (P. Calamandrei), siendo las sentencias definitivas anulatorias "simples censuras doctrinales, golpes de espada en el agua" (P. Weil), lo que no puede permitirse. Los procedimientos y medidas cautelares de urgencia, son, pues, "indispensables para la buena administración de justicia" (R. Chapus).[57]

B. El Poder Cautelar del Juez Contencioso Administrativo según el Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

El Poder Cautelar consiste en la potestad reglada y el deber que tienen los jueces para evitar cualquier daño que se presente como probable, concreto e inminente, en el marco de un proceso, en perjuicio de las partes y por supuesto, en detrimento de la administración de justicia.

Entendido este poder como la posibilidad material otorgada a los jueces para dictar las decisiones cautelares adecuadas y pertinentes dentro de un

[56] GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "La batalla por las medidas cautelares". Civitas, Madrid (1995).
[57] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "Jurisprudencia de medidas...", cit., p. 28.

proceso, con la finalidad inmediata de evitar el acaecimiento de un daño o una lesión irreparable a los derechos de las partes, podemos deducir ciertas características del mismo, que se resumen en las siguientes:

- Se trata de un poder-deber de carácter preventivo, vinculado con la protección de la futura ejecución del fallo y la efectividad del proceso, por lo cual no posee carácter restablecedor de situaciones infringidas.

- Cuando es general, comporta un verdadero acto de creación judicial, toda vez que las partes pueden establecer la medida más adecuada al daño temido y cuando es acordado por el juez, se crean medidas cautelares *ad hoc*, en función de la específica tutela invocada.

- Su objeto abarca, además de los derechos y garantías constitucionales, situaciones de carácter legal o sublegal.

Además de los caracteres enunciados, resulta importante destacar que el poder cautelar puede verificarse de dos maneras, a saber, como poder cautelar especial, típico, específico o determinado, el cual sugiere la idea de que las medidas cautelares que pueden dictarse están previamente arbitradas por el legislador en cuanto al procedimiento y contenido que se adopte; y como poder cautelar general, el cual se refiere a la posibilidad de acordar medidas cautelares cuyo contenido no está expresamente

determinado en la ley, sino que puede ser utilizado por el juez, según su sano criterio, de acuerdo al temor del daño denunciado y demostrado en el proceso.

En opinión de algunos autores que se han referido al tema del poder cautelar del juez contencioso administrativo, el sistema cautelar venezolano es mixto, pues convíven en él las dos clases de manifestaciones del poder a que hemos hecho mención, tomando en cuenta que en los casos que el legislador se ha ocupado de establecer medidas cautelares típicas en procedimientos especiales, no puede ejercerse el poder cautelar general, el cual se concreta a la posibilidad de dictar medidas cautelares innominadas, que solo resultan factibles cuando la normativa especial no dispone una regulación específica para el objeto de lo que la cautela innominada pretende precaver.

El derecho a la tutela judicial efectiva y el principio según el cual los procesos, que son instrumentos para dar razón a quien la tiene, no pueden perjudicar a quien tiene la razón, obligan a reconocer que los jueces deben contar con un poder cautelar general, amplio, que les permita adoptar la medida provisional pertinente o adecuada para garantizar la eficacia total de su sentencia principal.

Esas medidas cautelares, en la respetada opinión de Ortiz-Alvarez, Luis, podrían ser conservativas o anticipativas, ser decretadas en cualquier clase de litigio, en cualquier momento, y cualquiera sea la pretensión esgrimida, sin ningún tipo de limitación, salvo por no crear una situación totalmente irreversible.[58]

Para que esa amplitud en cuanto a la protección cautelar, ese poder cautelar general, no ocasiones situaciones indeseables, y se dicten solo providencias cautelares en los casos en que, en realidad, se necesitan, sin excesos, el criterio único que debe siempre ser valorado por el juez contencioso administrativo es la concurrencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*. Esos requisitos legitimadores para la adopción de medidas cautelares, y solo ellos, evitan los efectos perversos del proceso, porque éste no dañará a quienes ostentan la razón, y además será garantía suficiente de que las sentencias finales que se dicten sean plenamente ejecutables, quedando garantizado el derecho fundamental de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva.

Es inconveniente e inútil, por otra parte, prever diferentes medidas cautelares contempladas en varias disposiciones legales para garantizar la eficacia plena del fallo principal, por cuanto el simple conferimiento a los jueces de un poder cautelar general, con la expresión de las formalidades

[58] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "Tutela judicial efectiva y...", cit., p. 321.

necesarias para garantizar la igualdad entre las partes y sus derechos de defensa, resulta suficiente para que ellos puedan cumplir su cometido de dictar sentencias eficaces y los particulares cuenten con la protección a su derecho a la tutela judicial efectiva.

Por eso, en nuestro contencioso administrativo, debe acabarse con la común utilización por los administrados, en un mismo caso, de las tres medidas cautelares contenidas en nuestro ordenamiento: la suspensión provisional de los efectos del acto, el amparo constitucional ejercido conjuntamente con pretensiones contencioso administrativas y las medidas cautelares innominadas del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil. Y, a la vez, hay que desterrar la consecuente práctica forense de darle a cada una de tales medidas provisionales distintos tratamientos, tanto en relación con los requisitos que legitiman su procedencia, como con el procedimiento a aplicar y las consecuencias que de ellas derivan [Ortiz-Alvarez, Luis. "La protección cautelar en el contencioso administrativo", (1999) p. 774].

Es necesario entonces, pero ya a nivel legislativo, que se proceda a normar, en sentido amplio, el establecimiento de los poderes cautelares de los que puede hacer uso el juez, y en consecuencia, la creación de un único procedimiento a aplicarse en tales casos –el cual a pesar de permitir la

adopción *inaudita alteram parte* de las providencias asegurativas, permita un proceso cautelar posterior-, así como la fijación clara de las únicas condiciones indispensables para su procedencia, que vendrían representadas –como antes se expresó- por la existencia de una presunción en el juez, del buen derecho del solicitante y del peligro de infructuosidad de la sentencia principal, al ser posible su ejecución forzosa, o por los daños que ocasionaría el retardo a la parte.

Por último, y ya partiendo de que habría un solo tipo de medida cautelar en el contencioso administrativo, amplísima en cuanto a sus posibles efectos, para alcanzar realmente un sistema cautelar eficaz, resulta imperioso que esas providencias provisionales sean adoptadas de la forma más expedita, más rápida posible, ya que al tener ellas la finalidad de asegurar la efectividad del fallo de fondo, cuando exista peligro de su inejecución futura o de la producción de daños a la parte por lo largo del proceso, entonces, será indispensable su emisión urgente justamente como forma de evitar la concreción de tales daños.

La Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa aún no ha sido dictada. Al referirse a la incorporación del poder cautelar del juez en la misma, la exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, comentó:

"Por su parte, como consecuencia de lo anterior y dado que solo la Sala Constitucional será competente para resolver las acciones de amparo en el Tribunal Supremo de Justicia, la ley orgánica respectiva deberá eliminar la acción cautelar de amparo que se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad y que permite a las Salas Político-Administrativa y Electoral, suspender los efectos de los actos administrativos cuya nulidad les corresponde conocer y decidir. Para ello, la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de órdenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiente del caso concreto.
(...) Lo anterior tiene por objeto ofrecer al administrado una protección de sus derechos humanos acorde con el principio de progresividad consagrado en la Constitución, una vez eliminada la acción de amparo cautelar contra actos administrativos.
Por otra parte, consecuente con lo antes expuesto, la ley orgánica respectiva eliminará la acción de amparo cautelar que se ejerce conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas, teniendo en cuenta que en este sentido la Sala Constitucional tiene el poder cautelar propio de toda Corte o Tribunal Constitucional en derecho comparado, en virtud del cual puede decretar cualquier medida cautelar que fuere necesaria para proteger los derechos humanos y garantizar la integridad de la Constitución, incluyendo la suspensión de los efectos de la norma cuya nulidad se solicite, únicamente para la situación concreta de los accionantes, partes o terceros que intervinieren en el proceso y mientras dure el juicio de nulidad correspondiente."

Ahora bien, el Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, presentado por el Prof. Freddy J. Orlando S. ante la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, cuenta con una clara Exposición de Motivos, que resume de manera concisa, los puntos desarrollados en el contenido de la ley. Al referirse a las medidas

cautelares hace particular mención a los poderes otorgados al juez, lo cual resulta desde todo punto de vista trascendental a los fines del desarrollo de la ley, sin embargo, finaliza coincidiendo, en nuestro criterio erradamente, con la excesiva recomendación que hace la Exposición de Motivos Constitucional, acerca de la eliminación del amparo cautelar. Al respecto, precisó lo siguiente:

> "Concerniente a la materia relativa a las medidas cautelares, la normativa que la desarrolla, ha tomado en cuenta la voluntad del constituyente, expresada en la exposición de motivos de la vigente Ley Fundamental de la República, según la cual 'la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio o a petición de parte cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate...' En tal virtud, con base en los importantes criterios jurisprudenciales vertidos hasta la fecha en torno a esta materia, la ley prevé, además de la suspensión de efectos –típica medida cautelar en esta jurisdicción- una gama de posibilidades de actuación cautelar que la ley ha dividido en dos grandes grupos: las conservativas y las anticipativas, dejando a criterio del juez la adopción de aquellas que, según la situación de que se trate, estime necesario acordar; sobre todo teniendo en cuenta que, conforme a la misma exposición de motivos de la Constitución, no es procedente ahora ejercer la acción cautelar de amparo conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad".[59]

En cuanto a las medidas cautelares conservativas y anticipativas, los artículos 138 y 141 del mencionado Anteproyecto de Ley, las definen y clasifican de la siguiente manera:

> "**Artículo 138.** Las medidas conservativas son aquellas dirigidas a mantener la situación de la cual deriva la pretensión objeto del litigio, en el estado existente al momento de la interposición de la demanda, tales como:

[59] Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, tomado de http://cpca.tsj.gov.ve/miscelaneas/anteproyectocpca01.html-presentacion, abril-mayo de 2003.

1° La prohibición de enajenar y gravar bienes;
2° La inaplicación total o parcial de los actos de contenido normativo;
3° La prohibición de dictar actos que constituyan la reedición de otros, así como de iniciar nuevos procedimientos administrativos que tengan el mismo objeto y causa que el acto impugnado;
4° La orden de remisión al Tribunal de determinados documentos, expedientes administrativos y actuaciones;
5° Cualquier otra medida preservativa de la eventual eficacia de la sentencia definitiva".

"**Artículo 141.** Las medidas anticipativas están destinadas a adelantar la satisfacción de la pretensión principal en estricta sujeción de los elementos condicionantes de las cautelas jurídicas. Sólo podrán ser acordadas en los casos en los cuales las mismas no constituyan situaciones irreversibles por la definitiva. Constituyen medidas anticipativas:
1. La asignación de pensiones, subvenciones, subsidios y otros emolumentos;
2. La autorización para continuar la ejecución de actos;
3. La suspensión de otros procedimientos ajenos al recurso que pudiesen incidir sobre el mismo".

Así pues, observamos que el Anteproyecto en estudio, se conduce por debajo de la intachable vía que tomó la nueva Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en España. Dicha Ley consideró la tesis de la amplitud cautelar postulada por la doctrina y por la jurisprudencia, estableciendo en su artículo 129: "Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia".

Con esta norma, como se entenderá, salvo casos muy particulares, resultará innecesario acudir a las regulaciones sobre medidas cautelares

innominadas de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la misma es de amplitud suficiente al establecer un poder cautelar general ahora propio del juez contencioso administrativo.

Es necesario entonces que en nuestro país se tomen estos ejemplos y se vaya perfeccionando el sistema de protección cautelar, hasta alcanzar los standards de rapidez, calidad y protección requeridos a la luz del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, si la justicia no es efectiva y eficaz, no es tal. De allí la importancia, mundialmente reconocida, que han adquirido las medidas cautelares en el contencioso administrativo, no sólo desde el ángulo del estudio doctrinario, sino desde la perspectiva de la utilización jurisprudencial, que además de ser la que introduce los mayores avances en la materia, por la continua actualización de sus decisiones, como hemos visto, también ha realizado una trascendental "constitucionalización" de la protección cautelar.

En consecuencia, es la idea de renovación la que debe regir la materia de la tutela cautelar. Las nuevas tendencias, según Ortiz-Alvarez, Luis, bajo el manto elevado de la Constitución, requieren que los jueces abandonen algunas concepciones tradicionales y que acepten algunas nuevas premisas, con el fin de unificar los criterios establecidos respecto a la utilización de las

medidas cautelares y su adecuación al pretendido nuevo sistema cautelar; dichas premisas, para este autor, se resumirían en las siguientes:

* Que las medidas cautelares no son excepcionales y de aplicación restrictiva;

* Que éstas constituyen un *numerus apertus* y que no son discrecionales para los jueces, sino de otorgamiento obligatorio cumplidas sus condiciones mínimas, condiciones que deben estudiarse bajo un contexto *favor libertartis* y no *contra cives*;

* Que las medidas cautelares pueden decretarse en cualquier estado y grado de la causa, incluso antes de comenzado el juicio y que también son permisibles las medidas provisionalísimas;

* Que no pueden negarse las medidas cautelares bajo el argumento de que existe riesgo de que éstas pueden prejuzgar o anticipar el fondo, pues tal riesgo nunca existe en el plano de los motivos o análisis de derecho, e igualmente en el plano de la anticipación, la tutela cautelar puede ser procedente, incluso de forma irreversible;

* Que los bienes y derechos litigiosos deben protegerse en el juicio y no transformarlos en una posibilidad indemnizatoria;

* Que, como regla, ni la autotutela administrativa ni los intereses generales, pueden oponerse al otorgamiento de las medidas cautelares;

* Que hay muchos tipos de actos cuyos efectos deben suspenderse, por naturaleza, de manera automática;

* Que sí pueden suspenderse actos administrativos denegatorios y dictarse medidas positivas frente a la inactividad administrativa, la cual puede ser sustituida por el juez.

* Que la tutela cautelar frente a la actividad administrativa no debe encontrar más sus límites en el tipo de medidas susceptibles de ser otorgadas, ni tampoco en las excusas o limitaciones procesales tradicionales, muchas de ellas hoy día insostenibles, quedando sus verdaderos límites mas bien en la adecuada revisión de las tres condiciones o parámetros de procedencia y en el límite de la protección del proceso principal;

* Que el otorgamiento o negativa de protección cautelar debe ser motivado, en especial en lo que respecta al estudio de las condiciones de procedencia, no pudiendo el juez apoyarse en exceso en la imperatoria brevitas para no motivar o no justificar suficientemente sus decisiones;

* Que el juez tiene atribuido un poder cautelar general de base constitucional y que, en todo caso, mientras no ocurra legislativa o jurisprudencialmente una unificación, el juez puede y debe realizar de oficio un "pase" entre las distintas técnicas cautelares existentes a nivel legislativo, a los fines de determinar si alguna de estas técnicas es capaz de satisfacer las exigencias constitucionales de tutela judicial-cautelar efectiva, no pudiendo rechazar de plano una solicitud de protección cautelar sin antes haber realizado este análisis múltiple o en espiral, análisis que igualmente viene apoyado por el principio *iura novit curia*;

* Que el otorgamiento de las medidas cautelares no puede durar muchos meses o años, sino semanas, días e incluso horas, y que las mismas pueden ser decretadas por un solo juez, incluso por el juez de sustanciación;

* Que todas las consideraciones anteriores son aplicables de inmediato, por vía jurisprudencial, sin que sea necesario esperar por una posible reforma de las leyes reguladoras de la jurisdicción contencioso-administrativa.[60]

La nueva justicia administrativa debe dirigirse entonces hacia la búsqueda de nuevos esquemas y concepciones que permitan la coexistencia de la autotutela administrativa con el derecho fundamental a una tutela judicial efectiva, lo que nos lleva al firme desarrollo de un sistema de protección cautelar de avanzada en el contencioso administrativo, pero sin que, por supuesto, puedan perderse de vista los límites de la prudencia y el equilibrio.

[60] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "La protección cautelar en...", cit., p. 889.

C. Situación del amparo cautelar

Una vez examinados los elementos fundamentales que caracterizan a la acción de amparo interpuesta conjuntamente con las acciones contencioso administrativas y su contrastación con los caracteres de las medidas cautelares, se hace patente concluir de alguna manera en relación al papel que, en el marco de un nuevo enfoque cautelar, tendría el amparo dentro del contencioso administrativo.

Es importante iniciar este análisis considerando en primer lugar lo que pudo inferirse a lo largo de estas líneas respecto al verdadero carácter que puede otorgarse a la acción de amparo interpuesta conjuntamente con otros medios procesales. Sin duda, el amparo constitucional tiene carácter extraordinario, tal como lo acogió la jurisprudencia en sentencia de la Sala Político Administrativa, de fecha 18-08-97, caso: Sindicato de Empleados del FIV, al señalar:

> "Ha sido reiterada y constante la jurisprudencia de la Sala consistente en sostener que el amparo constitucional es una acción de carácter extraordinario, excepcional, por lo que su procedencia está limitada a casos extremos en los que sean violados de manera directa, inmediata y flagrante derechos subjetivos de rango constitucional a los solicitantes y para cuyo restablecimiento, además no existen vías procesales ordinarias, eficaces, idóneas y operantes. Este carácter extraordinario viene en buena medida dado por el hecho de que el amparo es un medio judicial expedito, breve y sumario, en el cual la contención no logra ser plena (...)".

La extraordinariedad también fue utilizada por la jurisprudencia para evitar que el amparo fuera un medio procesal sustitutivo de los ordinarios previstos en la ley. Al respecto las distintas Salas de nuestro mas Alto Tribunal coincidieron en tal sentido. Así, la Sala de Casación Civil, en sentencia del 22-10-98, caso Emilia Vicent Lozano y otros, se pronunció señalando lo siguiente:

> "La posición de la Sala es la de considerar que el procedimiento de amparo tiene carácter extraordinario y en ningún caso puede utilizarse como sustitutivo de los procedimientos previstos en la Ley, siempre y cuando estos sean expeditos y con las suficientes garantías de cognición completa".

Por su parte, la Sala Político Administrativa, en sentencia de fecha 17-12-98, caso Diego Josafat Moratinos Torrealba, precisó:

> "(...) la acción de amparo posee un carácter excepcional, solo es procedente para aquellos casos en que hechos, actos u omisiones violen o amenacen inminentemente violar derechos o garantías constitucionalmente consagrados, y que por otra vía no pudieran salvaguardarse, retornando la situación del agraviado a su estado inicial (...) así las cosas se intentó por la vía excepcional de la acción de amparo constitucional una demanda por daños y perjuicios, por lo que es a todas luces improcedente y así se declara."

Si bien se ha insistido en el carácter extraordinario del amparo, ello no ha mitigado la voluminosidad de causas en esta materia, lo cual ha atentado contra la propia institución, desvirtuando tal carácter extraordinario y sacrificando los principios de brevedad y urgencia de este medio procesal. Es por estas razones que Castillo, José y Castro, Ignacio, consideran como

esencial a la extraordinariedad, no solo la inexistencia de vías ordinarias, sino también la urgencia y restablecimiento inmediato, aún cuando existan otras vías. Es decir, que debe preferirse el amparo frente a vías ordinarias, cuando éstas sean inidóneas o ineficaces.[61]

En cuanto al carácter extraordinario del amparo, aplicado al caso cautelar, estiman los autores *supra* señalados que tal extraordinariedad no impide el ejercicio de una acción principal ordinaria y que adicionalmente se interponga una solicitud cautelar de amparo. Por el contrario, tal carácter del amparo se hace presente cuando el sujeto presuntamente lesionado interpone la acción ordinaria que le otorga el ordenamiento jurídico, pero a sabiendas de que éste por sí solo no es capaz de restablecer sus derechos, solicita este medio de tutela para que se le proteja provisionalmente mientras se decida la causa. Con ello se permite que el medio ordinario no pierda su finalidad, y por otro lado soluciona el problema de la imposibilidad de que el amparo anule los actos presuntamente lesivos de derechos.

También sobre el carácter extraordinario, visto desde el ámbito competencial de las Salas del Tribunal Supremo de Justicia, planteó la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, una modificación, al señalar:

[61] CASTILLO, José y CASTRO, Ignacio. "El amparo constitucional y...", cit., p. 109.

> "Ante la Asamblea Nacional Constituyente se presentaron algunas propuestas con el objeto de crear una Corte o Tribunal Federal Constitucional, en lugar de una Sala Constitucional en el Tribunal Supremo de Justicia. No obstante, prevaleció por consenso esta última tesis. Sin embargo, la Constitución, en el Capítulo referido a la Garantía de esta Constitución, dota a la Sala Constitucional del carácter y de las competencias que tiene en derecho comparado cualquier Corte o Tribunal Constitucional ... En todo caso, la ley orgánica respectiva establecerá los correctivos y las sanciones necesarias para aquellas Salas del Tribunal Supremo de Justicia y tribunales de la República que violen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios establezca la Sala Constitucional. Del mismo modo, **la ley orgánica deberá consagrar un mecanismo de carácter extraordinario** mediante el cual la Sala Constitucional pueda revisar los actos o sentencias de las demás Salas del Tribunal Supremo de Justicia que contraríen la Constitución o las interpretaciones que sobre sus normas o principios haya previamente fijado la Sala Constitucional...". (Negrillas nuestras).

En opinión de Casal, Jesús Maria, estas aseveraciones distan mucho de corresponder con la intención de los constituyentes y, en todo caso, no tienen asidero alguno en el Texto Constitucional. La normativa del Capítulo I del Título VIII de la Constitución, relativa a la Sala Constitucional, es fruto del consenso que se alcanzó en el país en torno a la conveniencia de adoptar el modelo latinoamericano de Sala Constitucional, como instancia integrada al máximo órgano de administración de justicia y que, en cuanto tal, ostentaría la misma jerarquía y dignidad que las restantes Salas de dicho órgano jurisdiccional, sin perjuicio de la primacía que ha de reconocerse a las interpretaciones sentadas por dicha Sala en materia constitucional.[62]

[62] CASAL, Jesús María. "Constitución y justicia...", cit., p. 107.

En realidad, muchas otras afirmaciones contenidas en la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, difieren del Texto Fundamental vigente, *verbigratia*, la alteración de la regulación constitucional en lo relativo a las competencias de la Sala Constitucional en materia de amparo y, en particular, la recomendación de eliminar la figura del amparo interpuesto conjuntamente con acciones contencioso administrativas.

Esta sugerencia, que no parece soportarse en ninguna parte del texto constitucional, resulta extralimitada y hasta quizá, como antes lo expusimos, inconstitucional. Reiteramos nuestra posición respecto a que la figura del amparo cautelar no debe ser eliminada, sino mas bien reforzada en su modalidad cautelar y adaptada al nuevo sistema de protección anticipada que se instaure en Venezuela, con la promulgación de una Ley Orgánica que desarrolle profundamente estos principios y logre compactar de manera uniforme, clara y amplia, los medios procesales existentes en materia cautelar, a través de un procedimiento sencillo, expedito y breve, que cuente con la particularidad de otorgar amplios poderes al juez contencioso administrativo, a fin de que pueda adoptar las medidas que considere acordes con una verdadera tutela cautelar efectiva.

CONCLUSIONES

Si hay una justicia que debe ser rápida, esa es la justicia contencioso-administrativa. Siendo lenta la justicia administrativa e insuficiente el sistema de medidas cautelares, nunca podrá hablarse de protección judicial efectiva, ni de efectos prácticos de la justicia. Son necesarios ciertos cambios, especialmente en el ámbito normativo, que consoliden los principios jurisprudenciales que claman por la independencia, eficiencia y efectividad de los jueces administrativos en la protección de los derechos de los particulares, frente a las legalidades de la administración.

En Venezuela, surgió una ola de intenciones y propuestas para reformar de una manera amplia y exhaustiva los aspectos considerados determinantes dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, cuya situación de trastorno y gravedad es tan grande que se ha convertido en una especie de túnel sin salida. Los logros que se han obtenido parecen haber ido moldeando el camino hacia una reforma general del sistema, introduciendo en el ámbito legislativo, una ley orgánica que regule la Jurisdicción contencioso administrativa. Sin embargo, esta evolución ha ido progresando de una manera muy lenta, especialmente por el hecho de que

nuestro Congreso, hoy Asamblea Nacional, ha demostrado ser un Congreso de ratones...como lo expresó una conocida versión de la fábula titulada "Congreso de los Ratones", de Samaniego, la cual se adecua tanto al sentido de lo que pretendemos explicar, que haremos un paréntesis para recordarla:

> "Desde el gran Zapirón, el blanco y rubio, que después de las aguas del diluvio, fue padre universal de todo gato, ha sido Miauragato, quien más sangrientamente persiguió a la infeliz ratona gente. Lo cierto es que, obligada, de su persecución a la desdicha, en Ratópolis tuvo el Congreso. Propuso el elocuente Roequeso echarle un cascabel, y de esa suerte al ruido escaparían de la muerte. El proyecto aprobaron uno a uno, ¿quién lo ha de ejecutar?. Eso ninguno. «Yo soy corto de vista.» «Yo muy viejo.» «Yo gotoso.», decían. El Concejo se acabó como muchos en el mundo. Proponen un proyecto sin segundo: Lo aprueban: hacen otro. ¡Que portento!. Pero ¿la ejecución?. Ahí está el cuento".[63]

Después de haber estudiado un poco los distintos análisis propuestos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, en materia cautelar, no puede existir una idea mas asertiva que la que afirma que la eficacia de la tutela judicial, mermada por retrasos procesales, depende casi exclusivamente de los poderes del juez para otorgar una protección cautelar realmente efectiva.

Indiscutiblemente, nadie puede negar, al menos con objetividad, que las ventajas introducidas por la Ley Orgánica de Amparo en la justicia administrativa fueron trascendentes y hasta vitales, pues muchas veces se permitió el control urgente y adecuado de la actuación administrativa,

[63] ORTIZ-ALVAREZ, Luis. "Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (réquiem por mas jueces y por procesos más rápidos)". Revista de Derecho Administrativo, Nº 2, Editorial Sherwood, Caracas (1998), p. 305.

colocando a la parte que se alzaba con una presunción de buen derecho, en una mejor situación durante el desarrollo del proceso.

Sin embargo, desde hace algún tiempo para acá hemos observado ciertas tendencias jurisprudenciales que han venido tratando de reducir el alcance y potencia de esta modalidad de amparo, *verbigratia*, las distintas posiciones que han asumido nuestros tribunales de la República, en lo que se refiere al procedimiento aplicable utilizado para tramitar la acción de amparo cautelar conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad.

En este sentido, vale la pena acotar que, a pesar de la extensa evolución que ha tenido el amparo cautelar en cuanto a su tramitación, es lamentable que hoy por hoy aún se esté llevando a cabo un procedimiento que no se corresponde con los principios establecidos en nuestra Carta Magna (artículo 27) pues no garantiza la oralidad en el proceso, situación que parecía haberse consolidado en el procedimiento que se aplicaba anteriormente (artículos 23 y siguientes de la Ley Orgánica de Amparo), a través de la audiencia pública fijada por el juez, pero que lastimosamente sufrió un retroceso en el desarrollo inconsistente que hasta la presente fecha ha tenido el amparo en lo que a este particular se refiere.

Sin duda alguna, la estocada final contra el amparo ejercido conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de anulación, fue introducida por la Exposición de Motivos de la Constitución de 1999, al poner particular énfasis, y hasta podríamos decir alevosía, en la eliminación del amparo cautelar, conforme a lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo, pues encomendó al legislador, a la hora de dictar la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, eliminar este mecanismo que había venido, mal que bien, coadyuvando con la agilización de la justicia administrativa.

En criterio de algunos autores, al cual nos unimos en este análisis, esta recomendación hecha por la Exposición de Motivos de la Constitución, no debió realizarse en esos términos, pues resulta exagerado y hasta quizá extralimitado, sugerir la eliminación de una figura como esta, sin considerar en principio, su reforzamiento o adecuación al caso concreto, y mas aún, sin proporcionar la alternativa específica normativa que sustituiría los efectos de la misma y garantizaría una verdadera tutela cautelar efectiva.[64] Viéndolo de forma objetiva, a nuestro juicio, no resulta conveniente eliminar esta figura, sino mantenerla y continuar profundizando en las posibilidades que sería capaz de ofrecer en la virtualidad cautelar que le es propia y que debería ser, por tanto, el aspecto que en ella se fortalezca.

[64] URDANETA, Gustavo. "El Poder Cautelar del Juez Contencioso-Administrativo Venezolano". Primeras Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo "Allan Randolph Brewer-Carías". Editorial Jurídica Venezolana. Caracas (1995), p. 298.

Aunque no abogamos por la eliminación del amparo cautelar, es probable que ante el replanteamiento que ha surgido de los poderes cautelares del juez contencioso administrativo, muchas necesidades de protección cautelar que hoy se satisfacen a través del amparo, pudieran llegar a canalizarse a través del poder cautelar del juez contencioso administrativo, no obstante, ello no implicaría la eliminación del amparo cautelar, menos aún si existiendo de por medio la violación de derechos constitucionales, las vías ordinarias no ofrecieran una verdadera tutela cautelar efectiva.

La propia Exposición de Motivos le señala al legislador que para eliminar el amparo cautelar deben entonces generalizarse los beneficios que esta pretensión traía, para todo el sistema de justicia administrativa. Como puede verse, de esta manera la Exposición de Motivos se ocupó –mal que bien- de diseñar el nuevo sistema cautelar que ha de regir la jurisdicción contencioso-administrativa, pero evidentemente lo hizo de una forma errada, tanto por no aportar una solución clara y concisa respecto al tema, como por no considerar los posibles inconvenientes que podían generarse a la hora de su reforma, en el caso de que con la práctica se demostrara que dicho sistema no es funcional.

Sin embargo, es evidente que un sistema así previsto, puede resultar bastante beneficioso para los recurrentes, quienes ahora podrían cuestionar

rápidamente y en cualquier momento los actos administrativos violatorios de derechos fundamentales, con posibilidad de obtener una buena posición durante el proceso para tramitar dicha nulidad. Sin duda alguna nos espera un panorama bastante interesante en la justicia administrativa, una vez que se consoliden todas las reformas legales que anuncia la Constitución y, sobre todo, su Exposición de Motivos.

En nuestro derecho administrativo llegó el momento para el legislador de despertar de su letargo y proceder a asumir la responsabilidad que le estableció la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, sancionando en consecuencia la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Ya han surgido diversos proyectos de la misma; el último del cual tenemos conocimiento, publicado por el Tribunal Supremo de Justicia, y cuyo ponente es el profesor Freddy Orlando, trató de adoptar algunos parámetros normativos que encuadraran dentro de las perspectivas, alcances y tendencias jurisprudenciales que han venido evolucionando hasta la presente fecha y previó una gama de posibilidades de actuación cautelar, que permitieran al juez, de acuerdo a su criterio y según la situación de que se trate, adoptar aquellas que estimare necesario acordar.[65]

Será preciso ahora esperar a que éste sea discutido, o a que se presenten otros proyectos adicionales, a fin de que se ponga por fin en

[65] Anteproyecto de la Ley Orgánica de la Jurisdicción..., cit.

marcha el nuevo esquema de la jurisdicción contencioso administrativa, el cual sigue a través de los años flotando en una laguna interminable, que aboga por una sistematización que logre su unificación definitiva. Es importante tomar en consideración que la nueva ley debe abordar todos los problemas que actualmente padece nuestro sistema de justicia cautelar; en tal sentido, se deberán regular las acciones y recursos que proceden contra los órganos de la Administración y paralelamente se deberán establecer las medidas cautelares que pueden adoptar en cada uno de estos supuestos los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para garantizar la ejecución de la sentencia definitiva.

Nuestra propuesta aboga por una nueva concepción del proceso contencioso administrativo, en donde se tenga como principal norte una justicia cautelar lo suficientemente capaz y eficaz para garantizar el cumplimiento de la sentencia de fondo, es decir, un sistema de justicia administrativa que garantice una real y auténtica justicia definitiva, en el momento en que el proceso llegue a su fin, salvaguardándose de esta manera la posibilidad de que el derecho a la tutela judicial efectiva se cumpla en su dimensión global durante todo el proceso, pues en conclusión, la negación de la justicia cautelar puede constituir una verdadera negación de la justicia definitiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Bibliografía Activa

AYALA CORAO, Carlos. "La acción de amparo constitucional frente a la Administración Pública". **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Central de Venezuela,** Nº 70, Caracas (1988).

_____. **"Del Amparo Constitucional al Amparo Interamericano como Institutos para la protección de los Derechos Humanos".** Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1998).

BREWER-CARIAS, Allan. **"El sistema de justicia constitucional en la Constitución de 1999".** Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (2000).

CALAMANDREI, Piero. **"Providencias Cautelares".** Editorial Bibliográfica, Buenos Aires (1984).

CANOVA, Antonio. "Análisis Crítico del Amparo Constitucional en los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa". **Revista de la Fundación Procuraduría General de la República,** Nº 10 , Caracas (1994).

_____. **"Reflexiones para la reforma del Sistema Contencioso Administrativo Venezolano".** Editorial Sherwood, Caracas (1998).

CASAL, Jesús Maria. **"Constitución y justicia constitucional".** UCAB, Caracas (2000).

CASTILLO, José; CASTRO, Ignacio. **"El Amparo Constitucional y la Tutela Cautelar en la Justicia Administrativa".** Funeda, Caracas (2000).

CHAVERO, Rafael. **"El nuevo régimen del amparo constitucional en Venezuela".** Editorial Sherwood, Caracas (2001).

DE SOLA, Rene. "Ensayo de interpretación del controvertido artículo 5° de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales". **Revista de Derecho Público**, Nº 37, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1989).

HERNÁNDEZ, José Ignacio. "Constitución y reforma del Sistema Contencioso Administrativo (Aproximaciones para una reforma constitucional)". **Revista de Derecho Administrativo,** Nº 5, Editorial Sherwood, Caracas (1999).

HERNÁNDEZ, Víctor. **"La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo".** Vadell Hermanos Editores, Caracas, Valencia, Venezuela (1997).

LINARES, Gustavo. "El Amparo y las Medidas Cautelares". **Revista de Derecho Público,** Nº 47, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1991).

_____. "El Amparo y los demás medios procesales". **Revista de Derecho Público**, Nº 34, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1988).

_____. **"El Proceso de Amparo".** Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Caracas (1987).

ORTIZ-ALVAREZ, Luis. **"Jurisprudencia de medidas cautelares en el contencioso administrativo (1980-1994)".** Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1995).

_____. "La constitucionalización de las medidas cautelares en la jurisprudencia contencioso-administrativa venezolana". **Revista de Derecho Administrativo**, Nº 1, Editorial Sherwood, Caracas (1997).

_____. **"La Protección Cautelar en el Contencioso Administrativo".** Editorial Sherwood, Caracas (1999).

_____. "Notas sobre la situación de la jurisdicción contencioso administrativa (Réquiem por más jueces y por procesos más rápidos)". **Revista de Derecho Administrativo,** Nº 2, Editorial Sherwood, Caracas (1998).

ORTIZ-ORTIZ, Rafael. "El Amparo Cautelar y la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales". **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Nº 101, Caracas (1996).

_____. **"Tutela constitucional preventiva y anticipativa".** Editorial Fronesis, C.A., Caracas (2001).

RONDÓN, Hildegard. **"Amparo Constitucional".** Editorial Arte, Caracas (1988).

_____. **"La Acción de Amparo contra los Poderes Públicos".** Editorial Arte, Caracas (1994).

_____. "La Suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo". **I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías.** Funeda y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1995).

URDANETA, Gustavo. "El Poder Cautelar del Juez Contencioso Administrativo Venezolano". **I Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo Allan Randolph Brewer-Carías.** Funeda y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1995).

Bibliografía Pasiva

ANDUEZA, José Guillermo. "La acumulación de las acciones de nulidad y amparo constitucional". **XVIII Jornadas J. M. Domínguez Escobar: Avances jurisprudenciales del contencioso administrativo en Venezuela** (Tomo I), Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara, Barquisimeto (1993).

ARAUJO, José. **"Los derechos fundamentales y los medios de protección procesal".** Funeda y Editorial Jurídica Venezolana, Caracas (1997).

BREWER-CARIAS, Allan. "Derecho y acción de amparo". **Instituciones Políticas y Constitucionales** (2° ed., tomo 5). Editorial Jurídica Venezolana y Universidad Católica del Táchira, Venezuela (1998).