

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

LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO MANIFESTACIÓN Y
GARANTÍA DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL
EFFECTIVA EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
GENERAL VENEZOLANO.

Trabajo Especial de Grado, para optar al
título de Especialista en Derecho
Administrativo.

AUTOR: Abog. Jonathan Adrián García
Nieves.

ASESOR: Dr. Iván Darío Pérez Rueda.

VALENCIA, ENERO DE 2001.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRÉS BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

CONSTANCIA DE APROBACIÓN POR EL ASESOR

Yo, **Iván Darío Pérez Rueda**, titular de la cédula de identidad No. V-4.454.602, profesor de post-grado en el Área de Derecho de esta augusta Alma Mater; por la presente, hago constar que he leído el Trabajo Especial de Grado con el que el ciudadano Abogado **Jonathan Adrián García Nieves**, titular de la cédula de identidad número 11.523.212, expediente académico No. 93.041, aspira optar al título de Especialista en Derecho Administrativo; y cuyo título es “**Las Medidas Cautelares como Manifestación y Garantía del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el Contencioso Administrativo General Venezolano**”. Asimismo, en mi carácter de Asesor del referido trabajo, certifico que el mismo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a evaluación, por lo que avalo su presentación por ante las Autoridades Universitarias competentes, a los fines reglamentarios consiguientes.

En Valencia, a los treinta días del mes de Enero de 2001.

Dr. Iván Darío Pérez Rueda

A Dios Todopoderoso, por haberme convocado, en su amor insondable, a la jubilosa asamblea de la vida.

A mis padres, Juan Antonio y Ana Olimpia +, anhelando haber avanzado en mi camino hacia el sitio que les prometí.

A mi esposa, María Alexandra, como tributo a su amoroso e inquebrantable apoyo para con mis quijotadas académicas.

A mi hija, Alejandra de Jesús, a quien dediqué –tanto en su condición de *concepturus* como de *conceptus*-- mis melancólicos –y a veces riesgosos- viajes, en pos del saber jurídico que me esperaba en Acarigua, Barquisimeto y Caracas.

A Monseñor José Jiménez, por su inefable presencia en el lar de mi otrora soledad existencial.

A mis hermanos y amigos, por la dicha de haber coincidido con ellos en este tiempo y este lugar que Dios destinó para nosotros.

A la Justicia, por llenar mi vida de sentido apostólico.

ÍNDICE GENERAL

	pág.
CONSTANCIA DE APROBACIÓN POR EL ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
ÍNDICE GENERAL.....	iv
LISTA DE SIGLAS	vii
RESUMEN	viii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO	
EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.....	10
1.1. Definición.....	10
1.2. Alcances y Condiciones Existenciales.....	14
1.3. Funciones.....	21
1.3.1 Jurídica.....	22
1.3.2 Política.....	23
1.3.3 Social.....	24
1.3.4 Económica.....	24
1.4. Relación entre el Derecho a la tutela Judicial Efectiva y las Medidas Cautelares.....	25

II. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	
DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO GENERAL	
VENEZOLANO	29
2.1. Constitucionalización de la Protección Cautelar	
del Contencioso Administrativo General	
Venezolano	29
2.2. Régimen Legal de las Medidas Cautelares en el Contencioso	
Administrativo General Venezolano.....	33
2.3. Tratados Internacionales suscritos por la República	
de Venezuela.....	41
2.4. Fundamentos Técnicos para la Procedencia de las	
Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo	
General Venezolano.....	46
2.4.1 El fumus boni iuris.....	46
2.4.2 El periculum in mora.....	48
2.4.3 El periculum in damni.....	50
2.4.4 La valoración de los intereses generales y particulares.....	51
2.4.5 La caución o fianza.....	53
2.5. Presupuestos Preponderantes según la Doctrina y la	
Jurisprudencia Nacionales.....	55

III. PLENITUD DEL SISTEMA CAUTELAR

DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

GENERAL VENEZOLANO.....	62
3.1. Medidas Cautelares Negativas o Conservativas.....	63
3.2. Medidas Cautelares Positivas o Innovativas.....	64

IV. AMPLITUD Y SUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS

DE PROTECCIÓN CAUTELAR DEL CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO GENERAL VENEZOLANO.....	65
4.1. Las Medidas Cautelares Típicas o Nominadas.....	66
4.1.1 La medida de suspensión de los actos administrativos de efectos particulares.....	67
4.1.2 El amparo constitucional como medida cautelar del contencioso administrativo general venezolano.....	69
4.2. Las Medidas Cautelares Atípicas o Innominadas.....	71
4.3. Las Medidas Accesorias o No Principales.....	75
4.3.1 Las medidas provisionalísimas o accesorias previas.....	76
4.3.2 Las medidas complementarias o accesorias posteriores....	78

REFLEXIONES FINALES.....	80
---------------------------------	-----------

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	83
--	-----------

LISTA DE SIGLAS

CPC:	Código de Procedimiento Civil.
CPCA:	Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.
CN:	Constitución Nacional de 1999.
CN61:	Constitución Nacional de 1961.
CSJ-SP:	Corte Suprema de Justicia en Sala Plena.
CSJ-SPA:	Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa.
DTJE:	Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.
GF:	Gaceta Forense.
GO:	Gaceta Oficial de la República.
LOCSJ:	Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.
LOPA:	Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.
TSCA:	Tribunal(es) Superior(es) Regional(es) en lo Contencioso Administrativo.
TSJ:	Tribunal Supremo de Justicia.
TSJ-SPA:	Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa.
TSJ-SE:	Tribunal Supremo de Justicia en Sala Electoral.
TSJ-SC:	Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional.

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

**“Las Medidas Cautelares como Manifestación y Garantía del Derecho
a la Tutela Judicial Efectiva en el Contencioso Administrativo**

General Venezolano”

Autor: Abog. Jonathan A. García Nieves

Asesor: Dr. Iván Darío Pérez Rueda

Fecha: Enero, 2001

RESUMEN

El presente trabajo versa sobre la protección cautelar en el Contencioso Administrativo General Venezolano, y aborda, concretamente, el tema de la procedencia y los alcances de las medidas cautelares como mecanismos de manifestación y garantía del derecho a la tutela judicial efectiva en tal sistema procesal. Para su desarrollo, se ha aplicado un método documental, por lo que el presente trabajo constituye una investigación analítica y de desarrollo conceptual, con apoyo de suficiente revisión bibliográfica, y el uso de técnicas de análisis de contenido. Se ha utilizado, como instrumento, una matriz de análisis de contenido, necesaria para registrar y analizar el contenido de la información suministrada por las fuentes documentales.

Este trabajo aporta datos ciertos, que permiten sostener la tesis de la existencia de un eficaz y amplio sistema de protección cautelar en el Contencioso Administrativo General Venezolano, y allí radica la importancia del mismo. Como resultado, ha arrojado la determinación de los alcances del referido sistema, y de la operatividad de las medidas cautelares como mecanismos a través de los cuales se manifiesta y, a la vez, se garantiza el derecho a la tutela judicial efectiva.

Los resultados obtenidos evidencian, como conclusión general, que en el Contencioso Administrativo General Venezolano son procedentes las medidas cautelares, y que éstas constituyen un sistema de protección lo suficientemente variado y amplio como para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.

Descriptores: Contencioso Administrativo General, Medidas Cautelares y Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales el hombre, en su búsqueda de perfección, ha librado duras luchas por acceder a valores que le son ontológicamente conesenciales. La libertad, la paz, la igualdad, el bien común y la *justicia*, quizá reinantes con cierta normalidad en tiempos actuales, son el resultado de colosales esfuerzos de generaciones precedentes, las cuales debieron derrumbar pétreos paradigmas vigentes durante siglos.

La Revolución Francesa constituye uno de los acontecimientos históricos más resaltantes en la procura de tales valores. En efecto, en la Revolución Francesa se enarboló la bandera de ideales que tranformaron la concepción del hombre, del Estado y de la sociedad. Entre esos ideales se perseguía el derrumbamiento del Estado Monárquico Absolutista, el cual estaba configurado por una serie de instituciones contrarias a los derechos humanos.

Una de esas instituciones estaba constituida por la figura del Monarca o Rey, el cual ejercía la soberanía absoluta, muchas veces en detrimento de los derechos de los ciudadanos o súbditos. Contra esta figura, fundamentalmente, es que luchaban los revolucionarios franceses de finales

del siglo XVIII, ya que ésta constituía una institución demasiado poderosa y alejada de los intereses más simples de los hombres comunes de aquellos tiempos, por lo cual se propulsaba la idea de concebir una institución que sustituyera a esa forma de gobierno. Pero, al intentar abolir el poder del gobierno monárquico, el buque revolucionario encayó en las aguas poco profundas del mar de la contradicción. El maestro español, Eduardo García de Enterría (1994, 41), explica este fenómeno de la siguiente manera:

“Paradójicamente, la misma Revolución Francesa, movida por ese ideario y dispuesta a su realización histórica, va a ser la que alumbre la poderosa Administración contemporánea... Esta curiosa singularidad histórica es fácilmente explicable... En síntesis, el proceso puede explicarse en estos términos: los revolucionarios, en el momento de plasmar el Estado nuevo, siguen una interpretación claramente disidente de la ortodoxia doctrinal que representaban; esta interpretación, junto con las circunstancias de la Revolución y de los tiempos posteriores, permitieron y determinaron el fortalecimiento de una Administración como no había conocido siquiera al Antiguo Régimen.” (Omisiones nuestras).

En este mismo sentido, Gustavo Linares Benzo, en la ponencia con que interviniera en las Jornadas sobre “Derecho Procesal Administrativo” organizadas por el Colegio de Abogados del Estado Carabobo, y la cual fuere recopilada en el libro memoria respectivo (1997, 43), ha afirmado que “Lo que hizo la Revolución Francesa desde el punto de vista del Derecho

Administrativo fue, si se puede hablar así de manera gruesa, sustituir la posición del Rey por la posición de la Administración.”

Pero, es de resaltar que, a pesar de que los revolucionarios franceses mantuvieron la concepción de un Gobierno o Administración fuerte, según García de Enterría (1994, 41) “... los dogmas jurídico-políticos de la Revolución obraron ahora, ya que no para impedir ese hecho, para someterlo a una cierta disciplina, y esta disciplina fue justamente el Derecho Administrativo.”

Es así como el Derecho Administrativo había surgido como un mecanismo de regulación de las actuaciones de la Administración o Gobierno. Pero, cabe resaltar que la funcionalidad de tal disciplina jurídica se vio sesgada *ab initio*, ya que su operatividad como medio de control de la Actividad Administrativa fue limitada, solamente, a la revisión de los actos administrativos. Sobre este particular, Eduardo García de Enterría (1998, Vol. I, 613) ha afirmado lo siguiente:

“La tradición del contencioso-administrativo desde sus orígenes franceses puso todo su énfasis en su configuración como un proceso impugnatorio de actos administrativos... Se habló, por ello, de un <<proceso al acto>>, de un <<proceso objetivo>> en el que incluso en la doctrina francesa, que ha durado hasta hace muy poco, no se reconocía la condición de parte al recurrente, pues no era el interés personal que aducía como legitimación

(*qualite pour agir*) lo que había de ser objeto del proceso, sino tan sólo un <<requisito de seriedad>> para que el juez administrativo se concentrase en el único problema que le concernía, la validez o nulidad del acto impugnado.”

Pero esta concepción del contencioso-administrativo ha ido evolucionado en la misma medida en que ha ido evolucionado la concepción existencial de la Administración Pública, y en este sentido cobran relevante importancia las palabras del citado maestro español (Ibid., págs. 25 y 26), el cual ha afirmado lo siguiente:

“... La Administración pública no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material.... La Administración Pública no es tampoco par el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional.... Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica... Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, **es justiciable**, etc. La personificación de la Administración Pública es así dato primario y sine qua non del Derecho Administrativo.” (Resaltado nuestro).

Así las cosas puede afirmarse que la Administración o “El supuesto poder ejecutivo se ha sustantivado en un sujeto real y verdadero.... Es realmente un sujeto que actúa, persiguiendo como todo sujeto multitud de fines, no limitados por supuesto al simple respaldo coactivo de las leyes y de las

sentencias.” (García de Enterría, 1994, 74). Y por tanto, al ser la Administración un verdadero sujeto de derecho, “La acción contencioso-administrativa no podrá justificarse sólo como puramente declarativa (legalidad o ilegalidad del acto impugnado), sino que deberá admitir necesariamente pronunciamientos de condena a hacer o no hacer de la Administración...” (García de Enterría, 1998, Vol. II, 613 y 614).

En este mismo orden de ideas, caben las palabras de Humberto Mora Osejo, citado por Carlos Ramírez Arcila (1983, 150), el cual al analizar la llamada pretensión de plena jurisdicción en cuanto a sus fundamentos procesales ha afirmado que “El sujeto pasivo es una entidad de derecho público, que como tal podrá hacer valer sus defensas en oposición a la pretensión del actor.”

Ante este escenario conceptual, y al aproximarnos un poco más al fenómeno de la protección cautelar del Contencioso-Administrativo General venezolano, se observa que en el proceso contencioso-administrativo —quizá por su relativa novedad en la historia jurídica y por la influencia de la tesis del “*recurso objetivo*” precedentemente referida- ha llegado hasta a ponerse en duda la posibilidad de obtener protección cautelar que fuere más allá de la mera medida de suspensión de efectos de los actos administrativos de efectos particulares. Esto a diferencia de del procedimineto civil, en el que las

medidas cautelares son una institución milenaria, tal y como lo ha manifestado Gustavo Linares Benzo, en la ponencia con que interviniera en las Jornadas sobre “Derecho Procesal Administrativo” organizadas por el Colegio de Abogados del Estado Carabobo, la cual fuere recopilada en el libro memoria respectivo (1997, 41), al señalar que “... en el proceso civil hay medidas cautelares desde Justiniano”.

Pero tal concepción del Contencioso-Administrativo –y, por consiguiente, de la posibilidad de obtener tutela cautelar ultrasuspensiva en dicho sistema- ha ido evolucionando con el tiempo. Sobre este particular, y en palabras que son perfectamente aplicables a la previsión del artículo 26 constitucional venezolano vigente, el maestro Eduardo García de Enterría (1998, Vol. II, 613) ha afirmado lo siguiente:

“El desmontaje definitivo de la misma vino del artículo 24 de la Constitución, que configuró toda actuación judicial, y por tanto la contencioso-administrativa, como una **técnica de tutela efectiva** de <<derechos e intereses legítimos>>. El proceso contencioso-administrativo pasó a ser así inequívocamente <<subjetivo>>, de defensa de esos derechos e intereses frente a <<la actuación administrativa>> en general...” (Resaltado nuestro).

En este orden de ideas, se aprecia el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional de 1999, cuyo encabezado es del tenor siguiente:

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

Así las cosas, se observa que el dispositivo constitucional, parcialmente transcrito *supra*, al abarcar todo el sistema procesal venezolano, incide directamente sobre el régimen de protección cautelar del Contencioso-Administrativo General, por lo que dicho precepto constitucional constituye la base fundamental para argumentar la posibilidad cierta de obtener tutela cautelar en tal sistema; y de allí que de allí que la noción DTJE entre a representar el concepto más importante utilizado en la presente investigación.

En este orden de ideas, se aprecia la definición de DTJE aportada por Hernández-Mendible (1997, 13), el cual expone que éste consiste en “el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, **el derecho a la tutela judicial cautelar**, y el derecho a la ejecución del fallo.” (Resaltado nuestro); definición ésta de la cual puede colegirse que el DTJE tiene manifestaciones antes, durante y después del proceso, y que estas manifestaciones operan

interrelacionadamente, al constituirse en garantías recíprocas de su operatividad y, con ello, del DTJE.

Ante este escenario, y de allí su importancia, la presente investigación pretende demostrar la plena vigencia de un sistema cautelar amplio y suficiente en el Contencioso-Administrativo General venezolano; sistema cautelar éste que, como se expuso anteriormente, constituye una manifestación del DTJE, y, simultáneamente, opera como un mecanismo de garantía de tal derecho. Esto se logra a través de la determinación y alcances de los mecanismos de protección cautelar (medidas cautelares) procedentes en el referido sistema procesal.

Asimismo, con el presente trabajo, se logra proporcionar una base de datos que coadyuva a la difusión y mejor desarrollo del conocimiento de la materia sub-estudio; por lo cual el desarrollo de esta investigación se guía por un orden lógico de ordenación de ideas y conceptos, mediante un método de investigación documental bibliográfico.

Con el objeto de lograr una ordenada aproximación al fenómeno sub-estudio, el presente trabajo es dividido en cuatro capítulos, mediante los cuales se aborda y profundiza el análisis de diferentes elementos que concurren a

demostrar la existencia de un sistema de protección cautelar amplio y suficiente en el Contencioso-Administrativo General venezolano. Tales elementos están constituidos por la noción de DTJE, el régimen jurídico de los mecanismos de protección cautelar del Contencioso Administrativo General venezolano, y la calificación (plenitud, amplitud y suficiencia) de tales mecanismos.

CAPÍTULO I

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1.1. Definición.

El 26 de agosto de 1789, producto de la Revolución Francesa, se dicta la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 16, lapidariamente, señala que *“Toute société dans laquelle la garantié des droits n’est pas assurée, ... n’a point de constitution”* (Ortiz-Álvarez, 1999, 47); lo que traducido al castellano significa que “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no está asegurada, carece de constitución”.

Es así como, desde los gloriosos tiempos de la Revolución Francesa, ha surgido la tesis de que el mero reconocimiento de derechos e intereses, que el Ordenamiento Jurídico otorga al ciudadano, es insuficiente para legitimar al Estado de Derecho; y que tales derechos serían irreales si no pudieran hacerse valer efectivamente en caso de conflicto, si no estuviera garantizado su ejercicio; y de allí el moderno reconocimiento del “Derecho a la Tutela Judicial Efectiva” como un derecho fundamental del hombre y del ciudadano.

Los postulados de aquella *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*, pronunciada por los revolucionarios franceses de finales del siglo XVIII, gozan de un grado de racionalidad tal, que han llegado a alcanzar el reconocimiento universal como Principios Generales del Derecho.

Los Principios Generales del Derecho existen, independientemente de que estén o no explañados de manera clara en textos positivos. Si este es el caso: mejor; pero su espacio en el cosmos jurídico no depende de su positivación. De hecho, esta categoría de principios suele tener relevancia y gran utilidad práctica en ausencia de normas expresas, caso en el cual vienen a llenar los vacíos del Derecho Positivo (lagunas jurídicas), mediante su aplicación jurisprudencial.

Se trata, pues, de que el DTJE es un principio general del derecho, surgido del respeto a los derechos individuales del hombre y del ciudadano; y por ello, ha adquirido igualmente el rango de derecho fundamental.

Por tales razones, el DTJE suele estar consagrado en la mayoría de los textos constitucionales modernos; entre ellos el de España (Constitución de 1978, artículo 24.1), que expresa: "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus

derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.” (Ortiz-Álvarez, 1995, 15).

Igualmente puede citarse su expresa consagración en las constituciones de “Alemania, (artículo 19.4 de la Ley Fundamental de 1949, combinado con el artículo 95 ejusdem), de Italia de 1948 (artículo 24), Portugal de 1976-1983 (artículo 20), Grecia de 1975 (artículo 20), Colombia de 1991 (artículos 29 y 229)” (Ibid., pág. 15); y Venezuela, cuyo artículo 26 establece que “Toda persona tiene derecho de acceso a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, **a la tutela efectiva** de los mismos y a obtener con prontitud la decisión correspondiente...” (Omisión y resaltado nuestro).

La naturaleza y el alcance del DTJE se ha constituido en el tema estelar y centro de la dogmática del Derecho Público moderno y, aún más, en el motor del progreso jurídico universal contemporáneo. En este sentido, se observa que Díez-Picaz, citado por Ortiz-Álvarez (1999, 41), considera al DTJE como “el derecho estrella en el firmamento jurídico constitucional”.

Por su parte, Hernández-Mendible (1997, 13) considera al DTJE como uno de los pilares fundamentales de los ordenamientos jurídicos modernos, y

opina que dicho derecho –a la tutela judicial efectiva– tiene carácter fundamental.

En este orden de ideas, se observa que, por ser el DTJE un derecho procesal básico, su existencia directa y determinante se ubica –*grosso modo*– en tres momentos o etapas procesales, a saber: en el acceso a la jurisdicción; en el debido proceso; y en la eficacia y ejecución de las sentencias.

En tal sentido Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 13) opina que el DTJE “ha sido interpretado tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar, y el derecho a la ejecución del fallo.”

En cuanto a la ubicación de la naturaleza jurídica del DTJE, Ortiz-Álvarez (1999, 39 y 40) ha expresado lo siguiente:

“... la tutela judicial efectiva puede ser vista como un principio general del Derecho de rango constitucional (principios que parafraseando palabras del Tribunal Supremo Español, son la “atmósfera en que vivimos jurídicamente, el aire que respiran las normas”), pero también puede y debe ser entendido como un derecho fundamental de directa aplicación y de articulación técnica absoluta e inmediata”.

En este mismo orden de ideas, el Tribunal Constitucional Alemán, en jurisprudencia citada por Ortiz-Álvarez (1995, 16), ha manifestado que el DTJE es un “... derecho constitucional de carácter procesal... [que] garantiza no sólo el derecho formal y la posibilidad teórica de acceder a los tribunales, sino también la efectividad de la tutela judicial...”

Brewer-Carías, citado igualmente por Ortiz-Álvarez (Ibid., pág. 16), en cuanto a las particularidades del Contencioso-Administrativo, ha expresado que el DTJE constituye un derecho fundamental del ciudadano frente a la Administración.

1.2. Alcances y Condiciones Existenciales.

Finalmente, en cuanto a las percepciones doctrinarias acerca de la noción del DTJE, tenemos que, lapidariamente, el jurista alemán Ebers, citado por Ortiz-Álvarez (1999, 40), ha definido tal derecho como “Krönung des rechtstaates, esto es: la coronación del estado de derecho”. Y es que definitivamente, existe una relación de conesencialidad entre la figura del Estado de Derecho y el DTJE, ya que éste derecho fundamental sólo puede desarrollarse y alcanzar su plenitud, dentro de un Estado de Derecho, el cual

-a nuestro criterio- constituye el hábitat propicio para su manifestación vital como institución.

En este orden de ideas, se hace menester entrar a estudiar este “hábitat propicio” del DTJE, es decir: el Estado de Derecho.

Así, se observa que Ortiz-Ortiz (1997, 22) ha manifestado lo siguiente:

“La expresión estado de Derecho fue utilizada por primera vez por Roberto Van Mohl (1832), que la empleó para designar “aquella forma de estado (que sucede a otras cuatro formas: teocrática, despótica, patrimonial, patriarcal) en la que existe un ordenamiento que reconoce y garantiza determinados derechos subjetivos a los ciudadanos”

Angel Fajardo, citado por Ortiz-Ortiz (Ibid., pág. 22), opina que el Estado de Derecho se caracteriza como aquel donde sin distinción de ninguna naturaleza, se respetan los derechos subjetivos del hombre y el Derecho objetivo vigente.

El Estado de Derecho es, precisamente, aquel que se sujeta al ordenamiento jurídico vigente emanado de él mismo, y que, simultáneamente, vela por la observancia de tal ordenamiento por parte de cualquier persona natural o

jurídica, nacional o no, que pudiera poblar su espacio territorial u operar dentro de éste.

Klaus Stern, citado por Josef Thesing (1997, 19), al definir los elementos esenciales del Estado de Derecho, ha señalado que “Estado de derecho significa el ejercicio del poder político sobre la base de leyes constitucionales con el objeto de asegurar la libertad, justicia y seguridad jurídica.”

En este mismo sentido, se observa que Ingo Von Munch, en su conferencia denominada “*¿Estado de derecho versus justicia?*” compilada por Josef Thesing (Ibid., pág. 283), ha afirmado que “En Platón y Aristóteles encontramos la idea de que no son los hombres sino las leyes las que deben dominar el Estado (“goverments of laws not of men”, como quedara incorporado en la constitución de Massachusetts de 1780).” Sin embargo, es preciso señalar que, a nuestro criterio, la Ley no es suficiente para garantizar la vigencia del Estado de Derecho; y en este sentido Roman Herzog, en su conferencia denominada “*Elementos que definen un Estado de derecho: El Estado servidor del ciudadano*”, compilada por Josef Thesing (Ibid., pág. 283), ha señalado lo siguiente:

“Existen, pues, muchas razones para no considerar simplemente a la ley como la panacea del Estado de derecho. Sin embargo y en tal caso, la pregunta que se plantea es ¿cómo podemos impedir que el poder público... termine por desnaturalizarse?.

Forma parte del pensamiento más antiguo del Estado de derecho alcanzar este objetivo por la vía de las cautelas procesales.”

Es así como el DTJE viene a ser uno de los elementos más caracterizadores del Estado de Derecho moderno. De hecho, en tiempos actuales, resultaría dudosa la naturaleza de Estado de Derecho alguno, que no garantizare efectivamente la tutela o protección jurisdiccional de los derechos e intereses legítimos de sus ciudadanos o súbditos.

En este marco reflexivo, se observa que el Estado de Derecho constituye un instrumento de regulación efectiva sobre la interacción de los sujetos de derecho, entre los cuales se encuentra el Estado mismo, y opera como un mecanismo para evitar la barbarie en que vivirían los individuos, en caso de no existir un control efectivo sobre las relaciones de éstos entre sí.

Por las razones antes expuestas, consideramos que el Estado de Derecho se ha presentado como un fenómeno político-jurídico que constituye una oferta de civilización de las relaciones humanas, a través de la implantación de un régimen coersitivo de conducta, que —como señalamos anteriormente— es exigible tanto para los particulares como para el Estado mismo (Derecho Positivo).

Este régimen coersitivo de conducta viene a ser garantizado mediante un mecanismo de control con fuerza coactiva denominado función jurisdiccional o, simplemente, jurisdicción, la cual “Generalmente se define... como el poder de administrar justicia o, más concretamente, como el poder de declarar el derecho y de aplicar la ley” (Humberto Cuenca, 1994, Vol. I, 73)

Esta función jurisdiccional, según el maestro Humberto Cuenca (1994, Vol. I, 199), se desenvuelve mediante un conjunto de actividades ordenadas por la ley, y que se conoce con el nombre de *proceso*; el cual, “Desde el punto de vista constitucional... es una institución de derecho público, establecida por el Estado como medio o instrumento para dirimir los conflictos particulares” (Ibid., pág. 237).

Ante esta llamativa oferta de civilización pacífica, representada por el Estado de Derecho, es que el ciudadano declina sus ansias de venganza y de hacer justicia por sus propias manos, al delegar en el Estado la función exclusiva de juzgar, pero transfiriéndole simultáneamente la responsabilidad por el imperio de la ley y la justicia. En este sentido, la jurisprudencia nacional (CSJ-SPA. Sentencia de 09-05-1988) ha expuesto lo siguiente:

“La labor de ‘administrar justicia’ como actividad sustraída a los particulares y reservada al Estado, lo compromete con ciertos principios que garanticen la seguridad jurídica, base de la armonía indispensable en el grupo social...

surge así para el Estado el deber de ejercer efectivamente la tutela jurídica de los derechos subjetivos y correlativamente el derecho de los particulares a solicitar el rápido restablecimiento de la situación jurídica lesionada....”

Hechas las precisiones anteriores, se observa que, en opinión Ortiz-Ortiz (1997, 22), la noción de Estado de Derecho tiene una doble vinculación: la primera consiste en la sujeción del Estado y sus organismos al derecho, mientras que en un segundo sentido se vincula necesariamente con los derechos individuales de los ciudadanos.

En cuanto a esta doble vinculación expuesta por Ortiz-Ortiz, y a objeto de determinar la relación entre el DTJE y el Estado de Derecho, consideramos particularmente indispensable la segunda “*vinculación*”, para los casos de aplicación de las diversas ramas del derecho, en razón de que en todas éstas existen sujetos titulares de derechos -“*ciudadanos*” en expresión del referido autor- que se ven, en ocasiones, obligados a acudir a los organismos de la jurisdicción para obtener tutela judicial sobre sus derechos o intereses legítimos.

Pero es particularmente en el caso del Derecho Administrativo, y más concretamente en el Contencioso Administrativo, donde, a nuestro criterio,

operan plenamente ambas “*vinculaciones*” del Estado de Derecho propuestas por Ortiz-Ortiz. Esto se debe a que el Estado, en cualquiera de sus manifestaciones (entes político-territoriales, institucionales, etc.) constituye un sujeto indispensable en las relaciones jurídico-administrativas, en virtud de lo cual el DTJE ya no sólo opera como un instrumento garantizador de los derechos individuales de los ciudadanos, sino también como dispositivo técnico para la cabal sujeción del Estado y sus órganos al derecho.

Al aproximarnos un poco más al fenómeno *sub-estudio*, se observa que Ortiz-Álvarez (1999, 39) ubica la relación entre DTJE y Estado de Derecho en la naturaleza misma de éste, es decir del Estado de Derecho. Así, el referido autor ha señalado que “Es de la esencia de todo Estado de Derecho el que los ciudadanos tengan derecho a que se les haga justicia, en el sentido de que la justicia sea *efectiva*, pues resultaría ilógico pensar que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz”. Y más adelante, el mismo autor ha afirmado que “... puede decirse que en todo Estado de Derecho los ciudadanos tienen un derecho –fundamental- a una *tutela judicial efectiva*”. (Ibid., pág. 39).

En este mismo sentido, se pronuncia González-Pérez (1989), citado por el mismo Ortiz-Álvarez (Ibid., pág. 39), al opinar lo siguiente:

“...el derecho a la justicia, el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, viene impuesto a todo Estado por razones superiores... **garantizar al ciudadano una administración de justicia eficaz es algo inherente a todo Estado.**” (Resaltado nuestro).

Igualmente, sobre dicha relación DTJE-Estado de Derecho, el jurista francés Stirn, citado por Ortiz-Álvarez (1995, 15) opina lo siguiente:

“... para los ciudadanos el derecho a 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 la vía de recursos”.

1.3. Funciones.

El DTJE, como toda institución, tiene roles que cumplir o -si se prefiere- cumple algunas funciones que justifican su existencia en un estado moderno. Se podría decir que estas funciones o repercusiones serían tan variadas como los cometidos que se ha trazado el Estado Social y Democrático de Derecho. Pero, a los fines de esta investigación, sólo se abordará cuatro

áreas funcionales de tal institución, a saber: la jurídica, la política, la social y la económica.

Como marco introductorio de los particulares a desarrollar, resultan elocuentes las palabras de Carlos Ariel Sánchez Torres, quien, en su conferencia publicada en el compendio “*Gobernabilidad y Sistemas Políticos Latinoamericanos*” (P. 234), ha señalado lo siguiente:

“Los ajustes a las instituciones y el derecho que se requieren en la búsqueda de la estabilidad social y política, son... un aspecto fundamental de una concepción del desarrollo, que no sólo se mide en cifras económicas.”

1.3.1 Función jurídica

Desde el punto de vista jurídico, el DTJE cumple una función instrumental, y ésta consiste en proveer a los sujetos de derecho de garantías procesales suficientes, para salvaguardar sus derechos subjetivos, restablecer sus situaciones jurídicas y para asegurar –de ser necesario- eventuales indemnizaciones; esto es: garantizar la eficacia de la función jurisdiccional en cada caso concreto.

1.3.2 Función política

La función jurisdiccional, ejercitada imparcial y objetivamente, es una de las ofertas que identifican al estado moderno. El DTJE, en la misma medida en que representa un instrumento para garantizar o mejorar la eficacia de dicha función, está proveyendo a los ciudadanos de satisfacciones reales que coadyuven a la legitimación del Estado y sus instituciones y, por lo tanto, constituye un dispositivo político para la generación de elementos de gobernabilidad democrática.

En este orden de ideas, Carlos Ariel Sánchez Torres, en su conferencia publicada en el compendio *“Gobernabilidad y Sistemas Políticos Latinoamericanos”* (P. 237), al analizar el punto concreto sobre la acción de tutela o amparo constitucional, ha manifestado que “La verdad es, que la legitimidad de la administración de justicia se crece con este mecanismo de protección de los derechos fundamentales....”

Asimismo, del DTJE puede predicarse que, por ser un instrumento calificador de la función jurisdiccional sobre el caso concreto de cada individuo, produce un acercamiento de éste con el Estado a que está supeditado, lo que, al generar una situación de identificación del ciudadano con su estado, acrecienta su sentido de pertenencia a éste.

1.3.3 Función social

Al existir individuos identificados con la administración de justicia estatal, por considerarla eficaz en su caso concreto -producto de la satisfacción que ésta les genera- se produce una conciencia colectiva que aprecia el valor de las instituciones judiciales, lo cual evita la recurrencia a hacerse justicia por sus propias manos, y por tanto produce una situación de estabilidad y paz social.

En este orden de ideas, se observa que, nuevamente, resultan aplicables al DTJE las palabras del jurista colombiano Carlos Ariel Sánchez Torres, el cual, en su ya citada conferencia publicada en el compendio "*Gobernabilidad y Sistemas Políticos Latinoamericanos*" (P. 237), al referirse a la acción de tutela o amparo constitucional, ha afirmado que "... este mecanismo de protección de los derechos fundamentales... en la práctica... permite obtener pronta y cumplida justicia, en aspectos de gran sensibilidad social como lo son lo derechos fundamentales."

1.3.4 Función económica

La economía de cualquier país requiere inexorablemente de ciertas bases o elementos (estabilidad política, paz social, seguridad jurídica, etc.) para propiciar un desarrollo sustentable y armónico. En este sentido el DTJE opera como una institución capaz de garantizar –o al menos mejorar- la

calidad de la seguridad jurídica requerida por los sectores financieros e inversionistas para establecer sus operaciones confiablemente.

1.4. Relación entre el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva y las Medidas Cautelares

Antes de entrar a analizar sobre la relación del DTJE y las medidas cautelares, se hace menester precisar el concepto de tales medidas.

En este sentido, se observa que Enrique Quiroga, citado por Rojas González (Op. Cit., pág. 3), ha señalado que el proceso cautelar es aquel que facilita a otro proceso principal la eficacia de sus efectos.

Por su parte, el jurista neogranadino Rojas González (Ibid., pág. 5), al hablar de la acción cautelar, ha definido a ésta como “un instrumento para prever que el fallo se realice y tenga plena eficacia de ser favorable para la parte que solicitó la medida”.

En nuestra patria, Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 21) ha definido las medidas cautelares como “aquellos actos que tienden al aseguramiento de lo

que pretenden las partes a través del proceso”. Y el profesor Ortiz-Ortiz (1999, 13), por su parte, ha señalado lo siguiente:

“Las medidas cautelares las definimos de la siguiente manera: son medidas preventivas cuya finalidad inmediata es precaver un daño en los derechos subjetivos de los litigantes en un proceso y, mediatamente, la futura ejecución y efectividad del fallo a dictarse en un proceso jurisdiccional.”

Precisado como ha sido el concepto de medidas cautelares, y con el objeto de acercarnos un poco más al fenómeno *sub-estudio*, procedemos, de seguidas, a considerar sobre la estrecha relación entre tales instituciones procesales y el DTJE.

En este sentido, se observa que Rojas González (Op. Cit., pág. 16) hace alusión al derecho a DTJE como inspiración de la protección cautelar, al manifestar que “Si no se comprende la filosofía que la inspira... [a la función cautelar] ella será de poca eficacia”. Y más adelante (Ibid., pág. 19), refiriéndose a la acción de tutela prevista en el ordenamiento jurídico colombiano, afirma que ésta “... en el ámbito constitucional tiene un inconfundible sentido cautelar.”

El DTJE es, en definitiva, un principio general del derecho, que constituye un derecho eminentemente sustantivo, de naturaleza fundamental y, en el caso

venezolano, incluso de rango constitucional; por lo que, de su relación con las medidas cautelares, se puede afirmar con Rojas González (Ibid., pág. 19) lo siguiente:

“... las medidas cautelares protegen un derecho sustancial o una situación jurídica. Claro está que los derechos fundamentales son por esencia los derechos más sustanciales de todos. De allí, por tanto, que por conducto de medidas cautelares, se puede llegar a proteger derechos amparados en la Constitución Nacional. La Constitución... pone de manifiesto que la Carta no sólo regula sino que también protege”.

Sobre este particular, el Tribunal Constitucional Español, en sentencia No. 238-1992 citada por Castillo Marcano y Castro Cortiñas (Op. Cit., pág. 40), ha señalado que “... la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.”

Finalmente, concluimos que, a nuestro criterio, el DTJE no constituye solamente un derecho adjetivo o procesal, en el sentido de que sólo opere como garantizador de otros derechos, sino que, por constituir simultáneamente un derecho sustantivo, es igualmente susceptible de tutela jurisdiccional –y más aun, en razón de su naturaleza de derecho fundamental- por lo que las medidas cautelares representan uno de sus más efectivos mecanismos de protección y garantía.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES DEL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO GENERAL VENEZOLANO

2.1. Constitucionalización de la Protección Cautelar del Contencioso-Administrativo General Venezolano

El maestro español, Eduardo García de Enterría (1981, 16) ha afirmado lo siguiente:

“... la consolidación de nuestro estado constitucional depende, en no pequeña medida, del desarrollo de <<la cultura jurídica>> a partir del dato primario de que la Constitución es Derecho; la <<constitucionalización de nuestro Derecho significa una verdadera revolución cultural...”

Esta opinión nos lleva a partir de premisa de que la “constitución no sólo es una norma, sino precisamente la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, lex superior” (Ibid., pág. 49), para aseverar “... en términos del constitucionalismo americano, que todo el ordenamiento jurídico ha de interpretarse in harmony with the Constitution, esto es, en armonía con la Constitución.” (Ortiz-Álvarez, 1999, 35).

En este orden de ideas, observamos que la Constitución Nacional de 1999 establece, de manera expresa, en su artículo 26 la existencia del DTJE; derecho éste que rige –por supuesto- para todo el sistema procesal venezolano. En este sentido, se observa que el dispositivo constitucional *in comento* tiene el tenor siguiente:

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

El Estado garantizará una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles.”
(Resaltado nuestro).

Pero, es de resaltar que, en el caso del Contencioso Administrativo, se dibuja más claramente la existencia jurídico-positiva del DTJE. Esto se desprende de concatenar el supratranscrito artículo 26 constitucional, con el artículo 259 *eiusdem*, el cual viene a consolidar, en dicho sistema, la figura del DTJE; mediante el desarrollo y precisión de sus manifestaciones; todo lo cual concurre a ratificar la positivización del DTJE en el Contencioso Administrativo. A continuación, el tenor expreso del referido artículo 259 de la Constitución de 1999:

“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.”

Si a este análisis se agrega la naturaleza fundamental del DTJE; entonces se encuentra que el régimen jurídico de tal derecho desborda los límites de una mera consagración expresa, ya que la previsión establecida en el artículo 22 constitucional para tal categoría de derechos (los fundamentales), viene a blindar y sobreabundar los argumentos acerca de la existencia y exigibilidad de un *derecho a la tutela judicial efectiva*. En este sentido, el dispositivo constitucional *in comento* expresa lo siguiente:

“La enunciación de los derechos y garantías contenidos en esta Constitución y en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona, no figuren expresamente en ellos. La falta de Ley reglamentaria de estos derechos no menoscaba el ejercicio de los mismos”.

Así las cosas; una vez determinado el vigor de un *derecho fundamental a la tutela judicial efectiva* en nuestro ordenamiento constitucional; se presenta el

fenómeno de la protección cautelar como una manifestación directa de tal derecho.

El maestro español Eduardo García de Enterría, citado por Ortiz-Álvarez (1999,47), opina, al respecto, lo siguiente:

“[Se]... ha incluido así el derecho a una tutela cautelar inmediata entre los contenidos inesquivables de una tutela judicial efectiva en la esfera contencioso administrativa. [Se] ...ha proclamado, por tanto, que existe un verdadero derecho fundamental a la tutela cautelar en el contencioso administrativo”.

En este mismo orden de ideas, Ortiz-Álvarez (Ibid., pág. 36) ha afirmado lo siguiente:

“La existencia de un verdadero derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, indiscutible derecho inherente a todo estado de derecho –y que, en todo caso, suele encontrar consagración expresa en la mayoría de los textos fundamentales– ciertamente supone, entre todo un bloque de fuertes consecuencias sobre el contencioso administrativo, la existencia de un *derecho* –del mismo rango constitucional– a la *protección cautelar efectiva*.”

El criterio jurisprudencial no ha escapado a estas ideas, al ser invocado el DTJE en numerosas sentencias; *ad exemplum*, la pronunciada por la CSJ-SPA el 14-10-1990 (Caso Scholl Venezolana, C.A.) en la cual se declaró la inconstitucionalidad del antiguo requisito del *solve et repete*.

Todo lo antes expuesto conduce a afirmar con Ortiz-Álvarez (1999, 36) que “... como consecuencia de un luminoso movimiento jurisprudencial, ha ocurrido una ‘constitucionalización’ de las medidas cautelares, las cuales han pasado a ser uno de los derechos más preciados e importantes de los ciudadanos...”

2.2. Régimen Legal de las Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo General Venezolano

La tesis de la existencia de un derecho fundamental a la tutela judicial cautelar, como manifestación directa del DTJE, es irrefutable. En este sentido, se observa que el Tribunal Constitucional Español en sentencia No. 238/1992, citada por Castillo Marcano y Castro Cortiñas (Op. Cit., pág. 40), ha afirmado que “la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso”

Así las cosas, se hace menester incursionar en el estudio fenomenológico del régimen legal aplicable para la “articulación técnica de tales medidas” (Ortiz-Álvarez, 1999, 100).

En este orden de ideas, se observa que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia es el instrumento legal que regula el funcionamiento de la Jurisdicción Contencioso Administrativa venezolana. Esta Ley viene a desarrollar el mandato contenido en los artículos 206 y 259 de las constituciones de 1961 y 1999, respectivamente, según los cuales la Jurisdicción Contencioso Administrativa corresponde al supremo tribunal de la República y demás tribunales que determine la Ley.

Antes de entrar a considerar sobre el presente punto, se hace menester realizar algunas precisiones previas. Así, -y aunque esta reflexión se desarrollará más profundamente en un trabajo futuro- consideramos indispensable aclarar que consideramos errada la tesis que postula la idea de que la LOCSJ no es la Ley a que se refieren los dispositivos constitucionales invocados *retro*. En este sentido, rechazamos el criterio de que tales preceptos se hubieran referido a una supuesta “*Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*” en sentido nominal.

Sostenemos nuestra opinión, en virtud de que consideramos que el instrumento legal a que remiten las normas constitucionales *in comento*, es aquel que regule la jurisdicción contencioso administrativa,

independientemente de la denominación que se le hubiere atribuido al cuerpo normativo en cuestión.

En este mismo sentido, consideramos que las normas constitucionales *in comento* sólo prevén la existencia de un instrumento jurídico de <<*rango legal*>>, sin importar la denominación que el Legislador atribuyere a éste. De hecho, en el tenor de los dispositivos constitucionales *sub-examen* ni siquiera aparece tal nombre (“*Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*”) para la Ley en cuestión, ya que éstos se refieren simplemente a “la ley” como categoría jurídica, es decir al instrumento jurídico formal denominado “Ley”, tal y como se evidencia de sus textos expresos, los cuales, respectivamente, establecen lo siguiente:

Artículo 206 CN61: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde a la Corte Suprema de Justicia y a los demás Tribunales que determine la ley...”.

Artículo 259 CN: “La jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley...”

En este sentido, insistimos: la Ley es la Ley, sin importar la denominación con que se haya titulado al cuerpo de normas (instrumento legislativo) que la conforman. Sólo importa su rango dentro de la Pirámide de Kelsen y, por supuesto, en el caso concreto del instrumento a que se refieren los

dispositivos constitucionales transcritos *retro*, que éste sea dictado mediante una ley formal.

Creemos que todo este error sobre la supuesta inexistencia de la <<ley que regula la jurisdicción contencioso administrativa>> fue inducido por el Proyectista de la LOCSJ –nada más y nada menos que los magistrados que integraban la CSJ para el año de 1976–. En efecto, el Proyectista evidenció deficiencias en el dominio de la técnica legislativa, además de que incurrió en lo que consideramos una conducta tímida –tanto desde el punto de vista político como jurídico- al disponer la regulación de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, mediante una disposición transitoria (artículo 181 de la LOCSJ) en razón de que supuestamente no se podía regular tal jurisdicción sino en un texto legal *ad-hoc*.

En este mismo orden de ideas, es de resaltar que nuestro criterio, aquí expuesto, se fundamenta igualmente en que, en el supuesto negado de que efectivamente se hubiere requerido de un texto legal específica y formalmente denominado “*Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*”, para desarrollar los preceptos constitucionales *in comento*, entonces la declaratoria de transitoriedad en cuestión resultaría innecesaria y necia, en virtud de que, por el principio de que las leyes se derogan por

otras leyes, evidentemente que la vigencia de las “*normas transitorias*” de la LOCSJ resultaría extinta de pleno derecho, al sobrevenir la vigencia de una nueva Ley que regulara la misma materia –entiéndase Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa-.

Ha quedado expuesto, así, nuestro criterio sobre la supuesta carencia o inexistencia de la “*Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*” y sobre la irrelevancia de la calificación de transitoriedad contenida en el artículo 181 de la LOCSJ.

Así las cosas, y retomando el desarrollo del punto que nos ocupa, nos encontramos con que la LOCSJ contempla un sólo mecanismo de protección cautelar propio del Contencioso Administrativo, y este es la “suspensión temporal de los efectos del acto administrativo de efectos particulares”. Al efecto, el artículo 136 del mencionado instrumento legal establece lo siguiente:

“A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva...”

Pero, aunque la suspensión de efectos es la única medida cautelar diseñada expresamente para el Contencioso Administrativo en las previsiones de la LOCSJ, la posibilidad de un desarrollo más amplio de la protección cautelar en dicho sistema adquiere dimensiones casi ilimitadas, en virtud de la remisión que, a las normas del CPC, hace el artículo 88 de la referida Ley, al establecer que “Las reglas del Código de Procedimiento Civil regirán como normas supletorias en los procedimientos que cursen ante la Corte”.

En este sentido, se ha pronunciado la CSJ-SPA, la cual, al referirse a los principios que informan la protección cautelar prevista en el CPC, ha señalado lo siguiente:

“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 decisión interlocutoria de 22 de noviembre de 1990...” (Ortiz-Álvarez, 1995, 328).

Es así como, el supratranscrito artículo 88 de la LOCSJ funciona como una verdadera válvula de escape hacia un régimen legal más amplio para el Contencioso-Administrativo General. En efecto, por la referida remisión legal, entran a operar en dicho sistema un cúmulo de instituciones previstas en el CPC, entre las cuales se encuentran las medidas cautelares, las cuales

vienen a constituir, junto a la medida de suspensión de efectos prevista en el artículo 136 LOCSJ, una magnífica articulación técnica de la protección cautelar en el Contencioso Administrativo.

A continuación el texto de los artículos 585 y 588 del CPC, los cuales, según lo antes expuesto, entran a regular en el Contencioso Administrativo General.

“Artículo 585: Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.”

“Artículo 588: En conformidad con el artículo 585 de este Código, el tribunal puede decretar, en cualquier estado y grado de la causa, las siguientes medidas:

1° El embargo de bienes muebles;

2° El secuestro de bienes determinados;

3° La prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles.

Podrá también el Juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y el resultado de la medida que hubiere decretado.

Parágrafo primero: Además de las medidas preventivas anteriormente enumeradas, y con estricta sujeción a los requisitos previstos en el artículo 585, 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 al 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.”

De esta manera, el régimen cautelar del CPC, contenido en los dispositivos legales supratranscritos, resulta pertinente, a los fines de conceder medidas cautelares en el Contencioso-Administrativo General venezolano. En este sentido, la CSJ-SPA, en sentencia de 15-03-1994 (Caso: Rafael Solórzano Escalante), expresó lo siguiente:

“... no vacila la Sala en ratificar, una vez más, 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. art. 136 LOCSJ y art. 5 LOASDGC), sino que, por el contrario, se dispone de la potestad para aplicar, con fundamento en el artículo 88 de la LOCSJ, lo previsto en el Parágrafo Primero del artículo 588 del CPC, es decir, dictar medidas cautelares innominadas.”

Finalmente, se observa que, además de la LOCSJ y el CPC, la “Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales” viene a ser el otro instrumento legal que conforma el staff de normativas aplicables a la protección cautelar del Contencioso-Administrativo General venezolano. En efecto, la figura del amparo cautelar, prevista en el artículo 5 de la citada Ley, constituye otra medida cautelar del referido sistema.

En este orden de ideas, se observa que el único aparte del mencionado artículo expresa lo siguiente:

“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.** (Resaltado y subrayado nuestro).

2.3. Tratados Internacionales suscritos por la República de Venezuela

Antes de entrar a considerar sobre los diversos instrumentos juridico-internacionales que ha suscrito el Estado venezolano en materia de derechos humanos –entre los que, por supuesto, se encuentra el DTJE-, se hace menester señalar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución Nacional de 1999, las normas de tales tratados tienen rango y jerarquía constitucional.

Sobre este punto, el eminente jurista patrio Allan R. Brewer-Carías (2000, 161) ha afirmado lo siguiente:

“Una de las grandes innovaciones de la Constitución de 1999 en esta materia, ha sido el otorgarle rango constitucional a los Tratados internacionales sobre derechos humanos, siguiendo los antecedentes de la Constitución del Perú de 1979 (art. 105), de la Constitución Argentina de 1994 (art. 75) y la orientación de la jurisprudencia de la Corte Suprema en la sentencia de declaratoria de nulidad de la Ley de Vagos y Maleantes de 14-10-97.”

Así, el dispositivo constitucional *in comento* establece lo siguiente:

“Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y la Ley de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

El mismo Allan R. Brewer-Carías (Ibid., pág. 161), al comentar la norma constitucional supratranscrita, ha señalado lo siguiente:

“Se destacan, de esta disposición, los siguientes aspectos: primero, **la jerarquía constitucional de los tratados, pactos y convenciones sobre derechos humanos**; segundo, la aplicación prevalente de los mismos en relación con la Constitución y las leyes, si establecen normas más favorables; y tercero, la aplicación inmediata y directa de los mismos por los órganos que ejercen el Poder Público.” (Resaltado nuestro).

Hecha la anterior acotación, se observa que el Estado venezolano ha suscrito una serie de instrumento jurídico-internacionales, tanto a nivel

universal como continental y sub-regional andino, en los cuales “se encuentran categóricas disposiciones que establecen el derecho a la tutela judicial efectiva y, por ende, el derecho a la tutela o protección cautelar” (Ortiz-Álvarez, 1999, 75).

Entre las principales disposiciones de tales declaraciones, se encuentran las siguientes:

- Artículo 8 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (adoptada por la Asamblea General de la ONU el 10-12-1948), el cual establece: “Toda persona tiene derecho a un *RECURSO EFECTIVO*, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución y por la ley”. (Ortiz-Álvarez, 1999, 75).
- Artículo 2 (numeral 3, literales a, b y c) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (adoptado por la Asamblea General de la ONU el 16-12-1966), el cual dispone lo siguiente:
 - “a) Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados, podrá interponer un *RECURSO EFECTIVO*, aun cuando tal violación haya sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales; b) La autoridad competente, judicial, administrativa o legislativa,

o cualquiera otra autoridad competente prevista en el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso y desarrollará las posibilidades de recurso judicial; c) Las autoridades competentes cumplirán toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” (Ibid., pág. 75).

- Artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 1948) el cual establece que “Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos...” (Ibid., pág. 76).
- Artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, mejor conocida como Pacto de San José (adoptada en San José de Costa Rica, el 22-11-1969), el cual establece lo siguiente:

“1) Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales; 2) Los Estados partes se comprometen a: a) Garantizar que la autoridad competente, prevista por el sistema legal del Estado, decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) Desarrollar las posibilidades del recurso judicial; c) Garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.” (Ibid., pág. 76).

- Artículo 21 del Protocolo Modificadorio del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena (suscrito en Bolivia el 28-05-1996), el cual establece lo siguiente:

“La interposición de la acción de nulidad no afectará la eficacia o vigencia de la norma o Convenio impugnados. Sin embargo, el Tribunal, a petición de la parte demandante, previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la ejecución de la Decisión, Resolución o Convenio acusados de nulidad, o disponer otras medidas cautelares, si causa o pudiere causar al demandante perjuicios irreparables o de difícil reparación mediante la sentencia definitiva.” (Ibid., pág. 77).

- Artículo 28 del Protocolo antes indicado, el cual dispone lo siguiente:

“El Tribunal antes de dictar la sentencia definitiva, a petición de parte demandante y previo afianzamiento si lo considera necesario, podrá ordenar la suspensión provisional de la medida presuntamente infractora, si ésta causare o pudiere causar al demandante o a la Subregión perjuicios irreparables o de difícil reparación.” (Ibid., pág. 77).

Por disposición del artículo 128 de la Constitución Nacional de 1961, y cumplido como fue el requisito de la aprobación de los referidos instrumentos jurídicos internacionales por parte del extinto Congreso de la República, el texto de dichos instrumentos fue incorporado, mediante leyes especiales, al ordenamiento jurídico venezolano, por lo que su vigencia es plena. Además es de resaltar que los derechos reconocidos en dichos instrumentos –tal y

como lo señaláramos anteriormente- tienen rango constitucional expreso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 constitucional vigente, por lo que ahora, con mayor razón, son exigibles por los particulares y de obligatorio cumplimiento en cualquier sistema procesal de la República, incluyendo, por supuesto, el Contencioso Administrativo General.

2.4. Fundamentos Técnicos para la Procedencia de las Medidas Cautelares en el Contencioso-Administrativo General Venezolano

Para la procedencia de las medidas cautelares en el Contencioso Administrativo General venezolano, se requiere de la existencia de ciertos requisitos legales, los cuales han sido denominados, tanto por la Doctrina como por la Jurisprudencia, como sigue:

2.4.1 El fumus boni iuris

Consiste en la apariencia o verosimilitud en el derecho reclamado por el solicitante de la medida cautelar; apariencia ésta que para lograr la convicción del juez debe estar fundamentada en un medio de prueba legalmente procedente. En este sentido, el artículo 585 del CPC establece que “Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el

Juez... siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave... del derecho que se reclama.”

Rafael Ortiz-Ortiz (1999, Vol. I, 46) ha definido el *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho como “... un juicio preliminar, que no toca el fondo, por el cual quien se presenta como titular del Derecho tiene visos de que realmente lo es.”

En palabras del mismo autor (1997, 129) el *fumus boni iuris* también puede entenderse como “... la apariencia de certeza o de credibilidad del derecho invocado por parte del sujeto que solicita la medida.”

La jurisprudencia nacional (CSJ-SP. Sentencia de 07-02-1995. Caso: República de Venezuela vs. Carlos Andrés Pérez y otros), por su parte, ha definido el *fumus boni iuris* como la “... verosimilitud del derecho que se alega mediante un cálculo de probabilidades derivado de las pruebas aportadas al proceso...” (Ortiz-Ortiz, 1999, Vol. I, 130).

En este mismo sentido, Liebman, citado por Ortiz-Ortiz (1997, 129), ha señalado que el *fumus boni iuris* es “... la probable existencia de un derecho del cual se pide la tutela en el proceso principal.”

Por su parte, Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 24), al analizar el requisito in comento ha expresado lo siguiente:

“*El Fumus Boni Iuris*, o Apariencia de Buen Derecho, es uno de los requisitos que debe valorar el juez para otorgar la medida cautelar y supone que el Derecho que se pretende, se presente en apariencia con fundadas probabilidades de éxito en la sentencia de fondo, es decir, que el derecho cuya protección se invoca no sea manifiestamente ilegal, lo que hace presumir que existe la probabilidad de que la pretensión procesal pueda prosperar.

Para apreciar el *Fumus Boni Iuris* se deben efectuar dos comprobaciones: La apariencia de buen derecho en el sentido de que el solicitante sea titular de un derecho del cual invoca protección y que la actividad lesiva de ese derecho sea aparentemente ilegal, por lo que de no protegerse la apariencia de derecho se puede producir un daño grave e irreparable.”

En este mismo sentido, Ortiz-Álvarez (1999, 424), ha señalado lo siguiente:

“El *fumus boni iuris*, como es sabido, hace referencia al estudio de la apariencia o presunción del buen derecho que reclama en el fondo del proceso el solicitante de la medida cautelar. Se trata de un (del) elemento o presupuesto fundamental de oda medida cautelar...”

2.4.2 El periculum in mora

Este fundamento técnico es exigido por el artículo 585 del CPC, el cual dispone que las medidas cautelares “... las decretará el Juez, sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre

que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia...” (Subrayado nuestro).

Ortiz-Ortiz (1997, 117) define este requisito de la siguiente manera:

“Es la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo sentencial pueda quedar disminuido en su ámbito patrimonial o extrapatrimonial, o de que una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, aunado a otras circunstancias provenientes de las partes con lamentable consecuencia de quedar ineficaz la majestad de la justicia en su aspecto práctico.”

En este sentido, Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 25) ha expresado que el *periculum in mora* es “... el peligro de daño que teme el solicitante [de la medida cautelar], de que no se satisfaga su derecho o que éste resulte infructuoso, como consecuencia del tiempo que deberá esperar para que el órgano jurisdiccional sustancie el proceso que le otorgará la tutela judicial definitiva.” (Agregado nuestro).

Al procurar una mayor aproximación hacia el tema *sub-examine*, se observa que Ortiz-Álvarez (1999, 366) ha aportado el siguiente comentario:

“En definitiva, el *periculum in mora* se presenta como uno de los presupuestos fundamentales de procedencia de la técnica de suspensión de efectos y de las otras medidas cautelares en el contencioso administrativo. Tal exigencia,

es importante destacarlo, suele equipararse al requisito de la urgencia, no siempre expresamente contenido en el vocabulario de las normas y de la jurisprudencia, pero que sin duda es reflejo y sombra, puesto que es el tiempo natural (y sobre todo el retardo) de los procesos lo que en gran parte de los casos va a generar la irreparabilidad de los daños. De hecho, la 'urgencia' ha sido incluso considerada como la razón fundamental de las medidas cautelares...”

En este orden de ideas, se observa que según la jurisprudencia de la CSJ-SP, para la configuración del periculum in mora no basta “... un simple retardo de la decisión judicial, sino que debe haber un fundado temor de que de no tomarse la medida, el fallo que habrá de dictarse quedará irremediablemente ilusorio, y esta circunstancia también debe constar en el proceso...” (Ortiz-Ortiz, 1999, Vol. I, 130).

2.4.3 El periculum in damni

Este requisito, poco tratado por la doctrina nacional, es exclusivo de las medidas cautelares innominadas, y consiste en “... el peligro de daño inminente de que la actuación u omisión de una de las partes va a generar una lesión o un daño difícil o imposible de reparar, en cuyo caso deben tomarse las providencias necesaria y adecuadas para evitar la actualización de este peligro de daño.” (Ortiz-Ortiz, 1999, Vol. I, 130 y 131).

Según la jurisprudencia de la CSJ-SP (Sentencia de 22-02-1996. Caso: Fama de América vs. Mac) el *periculum in damni* “... si bien tiene relación con el Periculum in mora, presenta características propias: debe ser un daño inminente, serio, grave, patente; y debe ser -a tenor de la ley- un temor fundado y no una mera presunción o el simple señalamiento del solicitante...”. (Ibid., pág. 152).

2.4.4 La valoración de los intereses generales y particulares

Este fundamento técnico de procedencia es propio de las de las medidas cautelares del Contencioso-Administrativo. Esto se debe a que en los procesos contencioso-administrativos siempre tiene lugar una contraposición de intereses de distinta índole, a saber: el interés general o colectivo, el cual “... está vinculado a los derechos de la colectividad o de terceros” (Hernández-Mendible, 1997, 26), y el interés del particular demandante, el cual tiene derecho a una tutela judicial efectiva. En este escenario procesal, “El juez debe ponderar la irreversibilidad del daño que pueda causarse al interés del solicitante, con el daño que pueda sufrir el interés general y equilibrar provisionalmente esos intereses encontrados” (Ibid., pág. 26), a los fines de administrar justicia equilibradamente.

Empero, compartimos el criterio de Gómez-Ferrer, citado por Hernández-Mendible (1997, 27), el cual señala lo siguiente:

“En la medida en que la apariencia de buen derecho sea ostensible y clara –y el *periculum in mora* también- no quedará prácticamente resquicio alguno para que las razones de interés general impidan la suspensión; en la medida en que el *fumus* y el *periculum* sea menor, la posibilidad será mayor”.

Es de resaltar que consideramos que el criterio precedentemente citado es valedero no sólo para la procedencia de la medida de suspensión de efectos, sino para cualquier otro tipo de medidas, incluso las innominadas.

Finalmente, sobre este fundamento o requisito de procedencia de la protección cautelar, se aprecia el análisis aportado por el profesor Ortiz-Álvarez (1999, 472), y el cual se encuentra contenido en las siguientes palabras:

“La tercera condición de procedencia que, en materia de suspensión de efectos y otras medidas cautelares en el contencioso administrativo, debe revisar el juez es la ponderación de intereses, tanto de los intereses de terceros como, especialmente, de los intereses públicos, criterio que ha venido en ascenso y ha empezado a ocupar un importante puesto en la materia. Se trata, no obstante, de un criterio complementario que, por un parte, debe observarse dentro del contexto de las otras dos condiciones tradicionales, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris* (especialmente esta última condición con carácter fundamental de principio) y, por otra parte, que debe interpretarse (o reinterpretarse) *secundum*

constitutionem, como bien ha destacado la doctrina moderna, cuestión que entre otras consecuencias significa, como veremos, que no cualquier interés general es el que ha de impedir la suspensión (mucho menos el interés que teóricamente se presume presente en toda actuación administrativa), sino un interés general concretizado y de cierta gravedad.”

2.4.5 La caución o fianza

Sobre este requisito, Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 27) ha expresado lo siguiente:

“La caución o la fianza procesal constituye el instrumento a través del cual se garantiza que las partes del proceso queden cubiertas de los eventuales daños o perjuicios que pueden experimentar por el otorgamiento de una medida cautelar en su contra, mientras se espera la providencia principal.

La caución o fianza tiene como finalidad asegurar el resarcimiento de los eventuales daños o perjuicios que podrían sufrir las partes del proceso por la adopción de una medida cautelar que fue concedida en función de una apariencia de derecho inexistente, un peligro de daño irrealizable o sin haber ponderado adecuadamente los intereses en presencia para determinar cuáles merecían la protección cautelar.”

Por su parte, Ortiz-Álvarez (1999, 413) ha afirmado lo siguiente:

“Como un correctivo al estado de riesgo que, en ciertos casos, puede significar el otorgamiento de medidas cautelares frente a la actividad administrativa, algunos ordenamientos jurídicos han establecido la posibilidad de

otorgar contracautelares o exigir cauciones para paliar o responder por los eventuales daños y perjuicios que pueda sufrir el sujeto pasivo de la medida. Así sucede, entre otros, en el sistema contencioso administrativo de España y Venezuela”.

En este sentido observamos que, en el caso venezolano, el referido fundamento de procedencia está previsto en el artículo 136 de la LOCSJ, el cual, al referirse a la decisión sobre la suspensión de efectos de los actos administrativos, establece que la Corte, ahora Tribunal Supremo de Justicia, en dicho acto “... podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar las resultas del juicio”.

Es de resaltar que consideramos que este requisito de la caución o fianza no constituye un fundamento indispensable para la procedencia de medida cautelar alguna; esto en razón de que su exigencia es una potestad del juzgador, tal y como se desprende de la inclusión del vocablo “*podrá*” en el tenor del artículo 136 *in comento*; por lo cual debe aplicarse el mecanismo de interpretación previsto en el artículo 23 del CPC, el cual establece lo siguiente:

“Cuando la ley dice: “El Juez o el Tribunal puede o podrá”, se entiende que lo autoriza para obrar según su prudente arbitrio, consultando lo más equitativo o racional, en obsequio de la justicia y de la imparcialidad.”

Esto a diferencia del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*, los cuales constituyen requisito *sine qua non* para la procedencia de la protección cautelar solicitada, tal y como lo prevé el artículo 585 del CPC, al establecer lo siguiente:

“Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, **sólo** cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama.” (Resaltado nuestro).

2.5 Presupuestos Preponderantes según la Doctrina y la Jurisprudencia Nacionales.

La CSJ-SP (Sentencia de 22-02-1996. Caso: Fama de América vs. República) pareciera haber adoptado como criterio la simultaneidad y equiparación del *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* como requisitos de procedencia de la protección cautelar. Esto puede colegirse del contenido del siguiente extracto de la sentencia *in comento*:

“Para [las medidas típicas o nominadas] se requiere la comprobación de un peligro de infructuosidad de la ejecución de la sentencia definitiva, requisito que se conoce en la doctrina como “*Periculum in mora*”; adicional y conjuntamente con esto debe probarse sumariamente que se tiene derecho (verosimilitud) a la tutela judicial, y a esto se ha llamado “*fumus boni iuris*”. **Cualesquiera de estos dos requisitos que faltare haría improcedente la medida cautelar solicitada.** (Resaltado nuestro).

Según Ortiz-Álvarez (1999, 516), con respecto a la funcionalidad e importancia de los fundamentos técnicos antes expuestos, la doctrina nacional es conteste al afirmar el papel preponderante –mas no exclusivo– del *fumus boni iuris* y su alcance.

Así, se observa que el citado autor (*Ibid.*, pág. 516) ha afirmado que “... la medida de suspensión de efectos y las otras medidas cautelares en el contencioso administrativo deben estar condicionadas en su procedencia a la apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*”. Y en este sentido, al profundizar un poco más, ha expuesto lo siguiente:

“... puede decirse que estos últimos criterios (*periculum in mora* y ponderación de intereses) adquieren –frente al papel capital del *fumus boni iuris*– un valor complementario tanto a favor del otorgamiento (*periculum in mora* intenso; ausencia de intereses públicos contrarios) como a favor de su no otorgamiento (*periculum in mora* ausente; intereses públicos contrarios).” (*Ibid.*, pág. 517).

Por su parte, Hernández-Mendible (*Op. Cit.*, pág. 28), ha expresado lo siguiente:

“... la primera constatación que debe efectuar el órgano jurisdiccional es la existencia de la apariencia de buen derecho, o sea, que el solicitante aparentemente sea el titular del derecho cuya tutela reclama, que como titular tenga un interés jurídico en sostener la acción, que dicho derecho no sea manifiestamente ilegal y que existe una aparente ilegalidad en la actuación del Poder Público, que

le conducen a presumir que la acción puede prosperar. Luego de efectuada esta primera comprobación, debe proceder a una segunda, que consiste en constatar que la tutela cautelar resulta necesaria para garantizar que el transcurso del tiempo mientras se tramita el proceso, no frustrará la posibilidad de obtener una tutela judicial efectiva.”

En contraste con las opiniones precedentemente citadas el profesor Ortiz-Ortiz (1997, 118 y 119) ha expuesto su criterio como sigue:

“... si colocamos *bis a bis* los requisitos que hemos mencionado, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, nos percataremos que **el *leit motiv* de la solicitud de una medida cautelar es el temor debidamente fundamentado de un peligro de daño de quedar ilusoria la ejecución de la sentencia definitiva...**”
(Resaltado nuestro).

Por nuestra parte, y sin pretender colocarnos al nivel de los autores precedentemente citados, quienes, para nuestra dicha y enriquecimiento intelectual, han sido nuestros maestros en la especialización a cuyo grado optamos con el presente trabajo; consignamos, a continuación, nuestro modesto criterio sobre el particular *sub-análisis*.

En este orden de ideas, observamos que el artículo 585 CPC establece lo siguiente:

“Las medidas preventivas establecidas en este Título las decretará el Juez, **sólo** cuando exista riesgo manifiesto de

que quede ilusoria la ejecución del fallo y **siempre** que se acompañe un medio de prueba de esta circunstancia y del derecho que se reclama.”

Del tenor del dispositivo legal transcrito *supra* se colige que el *periculum in mora* o peligro en la demora constituye la condición existencial de la posibilidad de obtener tutela cautelar. A esta conclusión llegamos al aplicar el mecanismo de la interpretación literal sobre la norma *in comento*; mecanismo éste al cual se debe recurrir primeramente, tal y como lo prevé el encabezado del artículo 4 del Código Civil, al establecer que “A la Ley debe atribuírsele el sentido que aparece evidente del significado propio de las palabras, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador.”

En este sentido, observamos que en el tenor del artículo 585 CPC aparecen dos adverbios cuya interpretación literal constituye la base para fundamentar la tesis de la preponderancia del *periculum in mora* sobre el *fumus boni iuris*. En efecto, los adverbios “*sólo*” y “*siempre*” aparecen calificando la acción (decreto) del juez de cautela (“Las medidas preventivas establecidas en este capítulo las decretará el juez, sólo... y siempre que...”).

Así las cosas, se pasa, de seguidas, a analizar las definiciones de los adverbios en cuestión.

Según el diccionario Pequeño Larousse Ilustrado (1995, 942 y 954), los vocablos *sub-examine* significan lo siguiente:

“Sólo adv. m. Solamente: *Sólo harás lo que te ordeno.* (Sinón. V. *Únicamente*).”

“Siempre adv. t. (lat. *semper*). En todo tiempo: *hace siempre lo mismo.* (Sinón. *Asiduamente, constantemente, invariablemente.*) || En todo caso: *Siempre tendrá ese gusto...* || **Siempre que, m. adv., con tal que.** (Resaltado nuestro).

Como se desprende de las definiciones precedentemente transcritas, podemos concluir que el adverbio “sólo” influye sobre la actuación (decreto) del juez de cautela, imprimiéndole una nota de exigencia absoluta (“Solamente”, “Únicamente”) con respecto a la existencia del *periculum in mora* (“... sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo...”). Y por su parte, el adverbio “siempre”, referido al *fumus boni iuris*, imprime a dicha actuación (decreto cautelar) una nota de exigencia (“con tal que...”), la cual es igualmente indispensable, pero secundaria en cuanto a su orden de valoración existencial (“... siempre que

se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama”).

Por todo lo antes expuesto, consideramos que, de conformidad con lo previsto en el artículo 585 CPC, el *periculum in mora* constituye la premisa de la que debe partir el Juzgador para poder otorgar tutela cautelar; es decir que constituye el fundamento existencial de las medidas cautelares, por lo que su valoración debe ser previa y prelativa sobre la valoración del *fumus boni iuris* y de cualquier otro requisito de procedencia. Si no hay *periculum in mora* no se puede dictar medidas cautelares, y por tanto el Juzgador no debe entrar a considerar sobre la prueba del *fumus boni iuris* ni ningún otro requisito de procedencia.

Siempre que haya *periculum in mora* el Juzgador puede –y debe– entrar a valorar sobre la prueba del *fumus boni iuris*. El *periculun in mora* es, así, el escenario propicio para que entre a actuar el *fumus boni iuris*. Y éste (el *fumus boni iuris*), por su parte, constituye un requisito de procedencia propiamente dicho, es decir que, en todo caso, probado que sea el *periculum in mora*, la procedencia de la protección cautelar solicitada dependerá ahora de la prueba del *fumus boni iuris*.

Así, nos permitimos concluir que el *periculum in mora* es la condición, el fundamento, el *leit motiv* de la protección cautelar, y que, por tanto, tiene un valor preponderante sobre el *fumus boni iuris*; y que éste (el *fumus boni iuris*), a su vez, al ser exigido por el Legislador como presupuesto igualmente indispensable –aunque de valoración secundaria con respecto *al periculum in mora*- tiene un valor preponderante sobre el resto de los presupuestos o requisitos de procedencia aplicables en el Contencioso-Administrativo.

CAPÍTULO III
PLENITUD DEL SISTEMA CAUTELAR DEL CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO GENERAL VENEZOLANO.

Entendemos por plenitud de un sistema cautelar, la cualidad que éste tenga de facultar al Juzgador para otorgar la protección idónea, pretendida por la parte solicitante, para evitar el daño indeseado; siempre que se cumplan los extremos legalmente exigidos. En este sentido, puede afirmarse que un sistema cautelar es pleno cuando prevé la posibilidad del otorgamiento de medidas cautelares tanto de contenido positivo como de contenido negativo.

Según este criterio, se observa que el Contencioso Administrativo General venezolano goza de un sistema de protección cautelar pleno, toda vez que contempla el otorgamiento de medidas cautelares tanto positivas como negativas; aunque es de resaltar que los dos únicos mecanismos cautelares nominados propios de tal sistema son de naturaleza negativa, lo que, probablemente, se ha debido al antiguo paradigma de que el recurso –entiéndase acción- contencioso administrativo de anulación es de naturaleza objetiva, y por tanto no versaría sobre conductas positivas exigibles a la Administración, sino sobre la validez de un acto determinado; contra el cual bastaría su desaplicación o suspensión (medidas negativas).

3.1 Medidas Cautelares Negativas o Conservativas

Según Ortiz-Ortiz (1997, 103), estas medidas consisten en una prohibición.

Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 23), por su parte, las ha definido como aquellas que producen el efecto de impedir que se modifique la situación existente, que mantienen el status quo.

Entre este tipo de medidas, y como únicas especies nominadas propias del Contencioso-Administrativo, se encuentran: a) la suspensión temporal de efectos de los actos administrativos, prevista en el artículo 136 de la LOCSJ; b) el amparo cautelar ejercido conjuntamente con la acción de anulación contra actos administrativos de efectos particulares, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5 de la LOASDGC y; c) el amparo cautelar ejercido conjuntamente con la acción de anulación contra actos administrativos de efectos generales, de conformidad con lo previsto en el artículo 3 de la LOASDGC.

3.2 Medidas Cautelares Positivas o Innovativas

Según Ortiz-Ortiz (Ibid., pág. 103), mediante este tipo de medidas “se impone la transformación de un estado de hecho”; es decir que el efecto que persiguen consiste en un *facere*; esto es: el desarrollo de una actividad con la que se transforma el *status quo* que produce el perjuicio, que se pretende evitar.

Según Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 23), éstas son las que “introducen un cambio –aunque de manera provisional, mientras dura el proceso- en la situación jurídica existente, permitiendo la prestación de una determinada conducta o autorizando una actividad; impidiendo de esta manera que pueda producirse un perjuicio de no otorgarse dicha medida cautelar.”

Entre este tipo de medidas, y como única especie nominada propia del Contencioso-Administrativo, se encuentra el amparo cautelar ejercido conjuntamente con la acción por abstención a carencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 5 de la LOASDGC.

CAPÍTULO IV
AMPLITUD Y SUFICIENCIA DE LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN
CAUTELAR DEL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO GENERAL
VENEZOLANO

El sistema de protección cautelar del Contencioso Administrativo General venezolano contempla la existencia de una variada gama de mecanismos de protección cautelar, por lo que, de éste, puede predicarse su amplitud y suficiencia para garantizar el DTJE de los particulares, que acuden a él como medio de protección integral de su esfera jurídica.

Sobre este particular, (Ortiz-Ortiz 1997, 195), ha señalado lo siguiente:

“... en Venezuela hemos diseñado un sistema cautelar mixto, en el cual conviven medidas previamente tasadas por el ordenamiento procesal y un poder amplio de cautela que abre campo a la discrecionalidad del juez en cuanto a la *adecuación* de las medidas.”

En este orden de ideas, se observa que en el sistema sub-estudio tienen lugar los siguientes mecanismos de protección cautelar:

4.1 Las Medidas Cautelares Típicas o Nominadas

Estas medidas son definidas por Ortiz-Ortiz (1997, 148) como:

“... aquellas disposiciones preventivas de carácter cautelar previstas expresamente en la Ley para situaciones específicas y con vistas a un temor de daño concreto establecido por el Legislador; son típicas en tanto que están previstas para un particular procedimiento y pueden revestir dos modalidades: primero, que el propio Legislador establezca el contenido de la medida, y segundo, que se deje a criterio del tribunal la medida adecuada para el específico temor de daño alegado.”

Por su parte, Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 23) ha definido la especie *in comento* como “aquellas que se encuentran expresamente calificadas en la Ley y que el juez puede adoptar en procesos determinados, en previsión a la futura ejecución a la sentencia de fondo”.

Las medidas cautelares típicas del Contencioso Administrativo General venezolano son las siguientes:

4.1.1 La medida de suspensión de los actos administrativos de efectos particulares

La jurisprudencia de la CSJ-SPA (Sentencia de 06-12-1990. Caso: Viasa vs. República) ha definido este mecanismo de protección cautelar como sigue:

“...esta Sala tiene a bien señalar lo que ha sido una constante jurisprudencia, en el sentido de que la suspensión de los efectos del acto administrativo en sede jurisdiccional constituye una medida cautelar, mediante la cual el juez contencioso-administrativo está facultado legalmente para detener en un caso determinado y de manera provisoria los principios de ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, que amparados por la presunción de legitimidad, gozan de eficacia inmediata.” (Ortiz-Álvarez, 1995, 64).

El jurista patrio Luis Ortiz-Álvarez (1999, 527), al referirse a la esencia contencioso-administrativa de la figura *in comento*, ha afirmado que “Es bastante consolidada la idea, incluso en parte del Derecho comparado, que el ámbito natural de actuación de la técnica cautelar de suspensión de efectos está relacionado con los *actos administrativos* y, especialmente, el de los actos de *efectos particulares*.”

En este mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia de la CSJ-SPA (Sentencia de 13-07-1993. Caso: B. B. P. Ingenieros, C. A.), al expresar lo siguiente:

“Constante ha sido la jurisprudencia de esta Sala en el sentido de calificar la decisión judicial de suspender los efectos de un acto administrativo como una medida preventiva específica del procedimiento contencioso-administrativo. El artículo 136 de la Ley Orgánica de la

Corte Suprema de Justicia establece los requisitos indispensables para su procedencia, facultando al Juez para detener, en un caso determinado y de forma provisoria, la aplicación del acto administrativo recurrido.” (Ortiz-Álvarez, 1995, 46).

En nuestra legislación, la medida de suspensión de efectos está prevista en el artículo 136 de la LOCSJ, el cual establece lo siguiente:

“A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso...” (Omissis).

Dicha medida fue concebida por el Legislador como una garantía de equilibrio entre las presunciones de legalidad y de legitimidad, de que gozan los actos administrativos, y el DTJE de quienes pretendieren la anulación de éstos.

En efecto, en virtud de tales presunciones los actos administrativos adquieren fuerza ejecutiva y ejecutoria, es decir que “... constituyen per se título suficiente de ejecución, pueden ser ejecutados de inmediato, sin necesidad de homologación judicial” (Hernández-Mendible, 1997, 97) y pueden ser ejecutados por la misma Administración, “... de manera forzosa,

aun en contra de la voluntad del obligado.” (Ibid., pág. 97), lo cual constituiría una institución letal para los interesados negativamente afectados, si no existiera un mecanismo idóneo y eficaz para garantizar el equilibrio y la igualdad procesales.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la CPCA (Sentencia de 12-12-1979. Caso: Promotora Los Altos, C. A.) ha señalado que la suspensión de efectos de los actos administrativos es “... una excepción al principio del favor acti, es decir, al carácter ejecutorio del acto administrativo consecuencia directa de su presunción de legalidad y legitimidad.” (Ortiz-Álvarez, 1995, 38).

4.1.2 El amparo constitucional como medida cautelar del contencioso administrativo general venezolano:

El amparo constitucional ha sido previsto por el Legislador venezolano, entre otras modalidades, como una figura de protección cautelar.

Entre las manifestaciones del amparo cautelar del Contencioso Administrativo General venezolano, se encuentra el ejercido conjuntamente con la acción de anulación de actos de efectos particulares, o conjuntamente

con la acción por abstención a carencia, según las previsiones del primer aparte del artículo 5 de la LOASDGC, el cual establece lo siguiente:

“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.”

Sobre este particular, se han pronunciado Castillo Marcano y Castro Cortiñas (Op. Cit., pág. 67), al señalar que “... la doctrina y la jurisprudencia han coincidido en que la previsión del primer aparte del artículo 5 [de la LOASDGC] consagra una especie de medida cautelar, de allí que, sus rasgos característicos compartan los mismos elementos que éstas.”

En este mismo sentido, ha fijado su criterio Hildegard Rondón de Sansó (Op. Cit., pág. 251), al señalar lo siguiente:

“Esta modalidad de amparo ejercida conjuntamente con un recurso de distinta índole... ha planteado múltiples problemas relativos a su naturaleza, al procedimiento, a su eficacia e incluso a su admisibilidad conceptual. La tesis más generalizada es la de considerarla como un amparo cautelar.”

Por su parte, la CSJ-SPA (Sentencia de 01-12-1994. Magistrada Ponente: Dra. Hildegard Rondón de Sansó) ha señalado lo siguiente:

“La jurisprudencia le ha otorgado al amparo ejercido en forma conjunta con el recurso de nulidad una naturaleza cautelar, deduciendo de ello que la decisión que adopte el Juez tiene una vigencia provisoria, sometida por ello a la decisión final del recurso de anulación.... Por el contrario, cuando el amparo se ejerza en forma autónoma, la sentencia tiene plenos efectos restablecedores y, por tanto, se reputa definitiva...” (Ortiz-Álvarez, 1995, 375 y 376).

La LOASDGC también prevé la figura del amparo cautelar en los procedimientos contencioso-administrativos contra actos normativos o de efectos generales. En este sentido, el artículo 3 del texto legal *in comento* establece, en su único aparte, lo siguiente:

“La acción de amparo también podrá ejercerse conjuntamente con la acción popular de inconstitucionalidad de las leyes y demás actos estatales normativos, en cuyo caso, la Corte Suprema de Justicia, si lo estima procedente para la protección constitucional, podrá suspender la aplicación de la norma respecto de la situación jurídica concreta cuya violación se alega, mientras dure el juicio de nulidad.” (Subrayado nuestro).

4.2 Las Medidas Cautelares Atípicas o Innominadas

Estos mecanismos han sido definidos por Ortiz-Ortiz (1997, 364 y 365) como sigue:

“...conjunto de medidas preventivas de naturaleza cautelar no expresamente determinadas en cuanto a su contenido en la Ley, producto del poder cautelar general del juez, que a solicitud de parte, puede decretar y ejecutar

siempre que las considere necesarias (pertinencia) –a su prudente arbitrio- para evitar una lesión actual y concreta o par evitar su continuación cuando la misma se presente de manera continua, todo ello con la finalidad no sólo de evitar que el fallo quede ilusorio en su ejecución, sino fundamentalmente para prevenir el daño o una lesión irreparable que una de las parte pueda causar en los derechos de la otra.”

Hernández-Mendible (Op. Cit., pág. 23) las ha definido como “el instrumento procesal mediante el cual el órgano jurisdiccional, en aquellos casos expresamente no regulados por el legislador, pero en virtud de una cláusula general o residual, adopta todas aquellas medidas cautelares que considera necesarias y pertinentes para la efectividad de la sentencia definitiva”.

Según Ortiz-Ortiz (1997, 279) “... las medidas innominadas se refieren fundamentalmente a *conductas* (activas u omisivas)...”, por lo que cabe resaltar que, con el abandono de la tesis del “*recurso objetivo*”, las medidas innominadas han ido siendo aplicadas, cada vez más, por los órganos de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Con respecto a este fenómeno Ortiz-Álvarez (1999, 775) ha manifestado que la técnica cautelar de las medidas innominadas “ha adquirido importante rango en nuestro sistema contencioso administrativo, al punto que, aunque sin llegar a sustituir los mecanismos tradicionales, se ha convertido en una medida predilecta de los recurrentes y, quizás, en una suerte de moda cautelar”.

Así las cosas, se observa que con la aplicación de medidas cautelares innominadas en el Contencioso-Administrativo General venezolano, la justicia administrativa ha comenzado a brillar con mayor y renovado fulgor, toda vez que la Administración ha comenzado a ser tratada, procesalmente, como lo que real y efectivamente es, es decir como auténtica parte procesal y, por tanto, sujeto capaz de desarrollar conductas o actividades perjudiciales para la parte contraria y para la efectividad del fallo definitivo, y, consiguientemente, susceptible de ser destinataria o sujeto pasivo de medidas cautelares innominadas o atípicas sobre tales conductas o actuaciones.

En abono de la tesis sobre la aplicabilidad de las cautelas innominadas en el Contencioso-Administrativo, Luis Ortiz-Álvarez (1999, 783) ha afirmado lo siguiente:

“... no debe llamar a dudas que el juez contencioso-administrativo tenga la posibilidad de utilizar las medidas innominadas consagradas en el Código de Procedimiento Civil (artículos 585 y 588) y de esta manera suplir las insuficiencias que la exclusiva técnica de suspensión provisional de efectos pueda presentar en un caso concreto, bien que, en definitiva, el fundamento primordial de esta posibilidad debe encontrarse directamente en los principios y derechos constitucionales relativos al derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, la aplicación supletoria del Código de Procedimiento Civil al campo del contencioso administrativo y, en particular, las normas sobre las medidas cautelares innominadas, debe estimarse técnicamente posible.”

Para cerrar este punto, se hace necesario precisar que la aplicabilidad de las medidas cautelares atípicas o innominadas se encuentra regulada por un régimen jurídico particularmente exigente. Al respecto, se observa que resultan elocuentes las palabras jurisprudenciales de la CSJ-SP (Sentencia de 22-02-1996. Caso: Fama de América vs. República), cuyo criterio ha quedado expresado de la siguiente manera:

“No es atrevido pensar –en contraste con lo que ocurre en la práctica- que el legislador ha sido más estricto en el campo de las cautelas innominadas que para las medidas típicas. Para éstas últimas se requiere la comprobación de un peligro de infructuosidad de la ejecución de la sentencia definitiva, requisito que se conoce en la doctrina como “Periculum in mora”; adicional y conjuntamente con esto debe probarse sumariamente que se tiene derecho (verosimilitud) a la tutela judicial, y a esto se ha llamado “fumus boni iuris. Cualesquiera de estos dos requisitos que faltare haría improcedente la medida cautelar solicitada.

En cambio, para las medidas cautelares innominadas se exige un estricto cumplimiento de los anteriores requisitos (y tan “estricto” es la expresión del legislador que no permite la sustitución de estos requisitos por caución o fianza), revelándose aquí una importante diferencia: mientras los requisitos de las medidas típicas pueden obviarse presentando al efecto fianza o caución suficiente (según artículos 589 y 590 del CPC), en cambio en el caso de las medidas cautelares innominadas es imposible jurídicamente la caución sustitutiva de los mismos. Además de todo esto, el párrafo primero del artículo 588 eiusdem exige el cumplimiento de un requisito adicional: <<que hubiere fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra>>.

Este peligro si bien tiene relación con el Periculum in mora, presenta características propias: debe ser un daño inminente, serio, grave, patente; y debe ser -a tenor de la

ley- un temor fundado y no una mera presunción o el simple señalamiento del solicitante... A este requisito lo hemos denominado “Periculum in damni”. (Ortiz-Ortiz, 1999, 151 y 152).

4.3 Las Medidas Accesorias o No Principales

Existe la posibilidad de que en algunos casos, para lograr una tutela cautelar verdaderamente efectiva, se haga necesario –y hasta indispensable- acompañar la medida cautelar solicitada o decretada, con algún otro mecanismo de protección cautelar que garantice su eficacia y su efectividad.

La instrumentación de estos mecanismos se concibe sola y exclusivamente en razón de la eficacia de otra medida cautelar, por lo que su naturaleza es eminentemente accesoria e instrumental con respecto a ésta. De allí que hemos denominado a este tipo de mecanismos de protección cautelar como “medidas accesorias o no principales”.

Estas cautelas accesorias pueden ser solicitadas y dictadas de manera previa y/o posterior al decreto de la medida principal, cuya eficacia se pretende garantizar. En virtud de ello, hemos clasificado este grupo de medidas, según su temporalidad con respecto a la medida principal con que guardan relación, como sigue:

4.3.1 Medidas provisionalísimas o accesorias previas

Estas medidas se solicitan y decretan de manera previa a la cautela principal, y han sido definidas por Ortiz-Álvarez (1999, 857) como “medidas cautelares de extrema urgencia que se dictan dentro del procedimiento de otra medida cautelar típica con vista a garantizar los derechos del recurrente hasta tanto no se decida dicha medida cautelar ordinaria o, si se quiere, principal.”

Carnelutti, citado por Ortiz-Ortiz (1997, 104), al comentar sobre la instrumentalidad de las medidas cautelares, y empleando la denominación de ‘proceso’ en vez de ‘medida’, ha aportado una definición que consideramos perfectamente aplicable al concepto de medida provisionalísima. Así, el maestro italiano ha señalado que ésta es la ‘que tiende a garantizar las medidas del proceso definitivo, mientras que el proceso cautelar [medida principal] es aquel que sirve para garantizar la utilidad práctica del proceso definitivo’. (Agregado nuestro).

Sobre la justificación existencial de las medidas *sub-análisis*, Ortiz-Álvarez (Ibid., pág. 857) ha expuesto lo siguiente:

“Como es sabido, el trámite de las medidas cautelares tradicionales, en especial la suspensión de efectos, suele

tomar un tiempo considerable (a veces varios meses) que puede resultar incompatible con la propia naturaleza (cautelar-urgente) de este tipo de medidas, lentitud que puede tener causa en las mismas etapas previstas legalmente pero también, sobre todo, en los formalismos y retardos judiciales de rigor.

Ante esta circunstancia, y al margen de la expansión galopante de los regímenes legislativos de protección cautelar automática o semi-automática sobre la cual ya hemos tenido oportunidad de comentar en este libro, se observa recientemente la creación de una serie de técnicas intermediarias destinadas a evitar que el transcurso del tiempo natural (o anormal) que puede tener un procedimiento cautelar ordinario perjudiquen a los particulares y se vulneren así las exigencias constitucionales de efectividad jurisdiccional. Entran en juego, así, las llamadas ‘medidas provisionalísimas’...”

Con respecto a la procedencia de las medidas *sub-estudio*, en el Ordenamiento Jurídico Venezolano, el mismo Ortiz-Álvarez (Ibid., pág. 866) ha señalado que “La respuesta de la jurisprudencia mayoritaria ha sido negativa. Sin embargo, la respuesta adecuada (impuesta a nivel constitucional y legal) debe ser positiva.”

En este mismo sentido, el citado autor (Ibid., pág. 867) ha afirmado lo siguiente:

“... 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... la figura de las medidas provisionalísimas, para lo cual es posible acudir a varias técnicas o posibilidades de conjugación cautelar.”

4.3.2 Medidas complementarias o accesorias posteriores

Ortiz-Ortiz (1997, 191) ha definido este tipo de medidas como un “... conjunto de disposiciones que preventivamente puede tomar el juez, a solicitud de parte o de oficio, destinadas a complementar o asegurar la eficacia y el resultado de la medida típica o innominada previamente decretada.”

Estas medidas están previstas en el único aparte del artículo 588 del CPC, el cual establece que “Podrá también el Juez acordar cualesquiera **disposiciones complementarias** para asegurar la efectividad y resultado **de la medida que hubiere decretado**.” (Resaltado y subrayado nuestro).

Como puede observarse, del texto expreso del dispositivo legal parcialmente transcrito *supra*, se desprende que las medidas *sub-análisis* se decretan de manera posterior a la cautela principal, y por ello las hemos denominado como “medidas accesorias complementarias o posteriores”.

La justificación existencial y de procedencia de tales mecanismos de protección cautelar es expuesta por Ortiz-Ortiz (1997, 188) como sigue:

“De tal manera... **cuando se hubiere dictado una medida típica [o innominada] y la misma se revele insuficiente y se siga corriendo el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo**, puede el juez acordar las medidas que considere ‘*adecuadas*’ para garantizar la eficacia de la medida dictada.” (Resaltado nuestro).

REFLEXIONES FINALES

El Artículo 2 de la novísima Carta Magna venezolana ha declarado a la República de Venezuela como un Estado “*de Derecho y de Justicia*”. Esta declaración constitucional nos ha motivado –en no pocas veces- a emprender una travesía investigativa en pos de determinar la *mens* y la *ratio* que inspiraron al Constituyente de 1999 para imprimir tales calificativos al Estado venezolano; así como para descifrar la esencia y los alcances que diferencian a un Estado “*de Derecho y de Justicia*”, de un mero y simple “Estado de Derecho”.

Hasta ahora, no hemos podido dedicar mayor tiempo a tales fines; sin embargo, la sed de nuestra inquietud investigativa es saciada –al menos temporalmente- con el rocío jurídico-político contenido en las palabras que Ingo Von Munch pronunciara en su conferencia titulada “*Estado de derecho versus justicia*”, la cual fue publicada en el libro de Josef Thesing (Op. Cit., pág. 34). Así, el jurista germano profirió lo siguiente:

“Al margen de cualquier definición posible de Estado de derecho y justicia, lo cierto es que ambos conceptos son inseparables. No se concibe un Estado de derecho sin justicia; perdería su objetivo, se convertiría en un envoltorio vacío de contenido.”

En este orden de ideas, y al aproximarnos un poco más al epicentro de nuestro tema de investigación, consideramos luminoso el criterio del eminente maestro Rafael Ortiz-Ortiz (1997, 128), el cual ha expresado que “... todo el sistema de medidas cautelares tiene –si bien no como único propósito- salvaguardar la majestad de la justicia, o más concretamente, posibilitar el ‘estado de Derecho’...”

En el marco de las consideraciones precedentes, concluimos que –tal y como ha quedado demostrado a lo largo de los cuatro capítulos de este trabajo- se puede afirmar que las medidas cautelares constituyen mecanismos a través de los cuales el DTJE se manifiesta en el Contencioso Administrativo General venezolano y, a la vez, constituyen dispositivos procesales idóneos para la garantía de tal derecho fundamental.

Asimismo, ha quedado demostrado que el régimen jurídico de la tutela cautelar del Contencioso Administrativo General venezolano contempla una muy variada gama de posibilidades y mecanismos cautelares, y que dicho régimen se ha fortalecido con la reciente consagración expresa del DTJE en el novísimo Texto Fundamental de 1999, por lo que se concluye que el sistema de protección cautelar *sub-estudio* es pleno, amplio y suficiente para garantizar el DTJE; y que, por tanto, del mismo puede predicarse su

capacidad para salvaguardar la majestad de la justicia en abono de la legitimación política del Estado de Derecho venezolano.

Para finalizar, hacemos nuestras las palabras de Hans Kelsen, citado por Ingo Von Munch en su conferencia antes citada (Ibid., pág. 286), en las cuales el maestro de Praga ha afirmado lo siguiente:

“He empezado este ensayo preguntándome qué es la Justicia. Ahora, al concluirlo, sé que no he respondido a la pregunta... Hubiera sido vano por mi parte pretender que yo iba a triunfar allí donde los más ilustres han fracasado. Verdaderamente, no sé si puedo afirmar qué es la Justicia, la Justicia absoluta que la humanidad desea alcanzar. Sólo puedo afirmar qué es la Justicia para mí.”

Y así, concluimos que para nosotros la Justicia, ya sea administrada de manera preventiva o definitiva, es el sublime y virtuoso tributo de la razón humana para con su Divino Creador. Es la bella dama que admiramos como flor exótica e inalcanzable en el jardín de nuestra niñez; es la musa que siempre inspiró nuestros pasos por el Alma Mater; la misma que desposamos aquel enero de 1997 y de la cual seguimos profundamente enamorados.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Brewer-Carias, A. (1.964). **Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana.** Caracas: Publicaciones de la Facultad de Derecho de la U.C.V. (Colección Tesis de Doctorado, Vol. 4).

----- (1.992). **El Derecho Administrativo y la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos** (3^a. ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. (Colección Estudios Jurídicos, Nro. 16).

----- (2000). **La Constitución de 1999.** Caracas: Editorial Arte.

Brewer-Carias, A., y Ayala, C. (1.988). **La Ley Orgánica sobre Derechos y Garantías Constitucionales** (4^a. ed.). Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. (Colección Textos Legislativos, Nro. 5).

Brewer-Carias, A., y Ortiz, L. (1.996). **Las Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa.** Caracas: Editorial Jurídica Venezolana. (Colección Jurisprudencia, Nro. 4).

Castillo, J., y Castro, I. (2000). **El Amparo Constitucional y la Tutela Cautelar en la Justicia Administrativa**. Caracas: Funeda.

Código de Procedimiento Civil. (1987). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 3.970 (Extraordinario), Marzo 13 de 1987.

Colegio de Abogados del Estado Carabobo. (Comp.). (1.997). **Derecho Procesal Administrativo** (1°. reimp.). Valencia, Venezuela: Vadell Hermanos Editores.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela**. N° 5.453 (Extraordinario), Marzo 24 de 2000.

Cuenca, H. (1.965). **Derecho Procesal Civil** (6^a. ed., vol. 1). Caracas: Ediciones de la Biblioteca de la U. C.V. (Colección Ciencias Jurídicas y Políticas. Nro. 1).

De Pedro, A., y Naime, A. (1.994). **Manual de Contencioso Administrativo** (3^a. ed.). Caracas: Editorial M & H.

Fundación Konrad Adenauer y Comisión Presidencial para la reforma del Estado (COPRE). (Comp.). (1996). **Gobernabilidad y Sistemas Políticos Latinoamericanos.**

García, E. (1981). **La Constitución como Norma y el Tribunal Constitucional** (3ª. ed., 2º. reimp.). Madrid: Editorial Civitas. (Monografías Civitas).

----- (1994). **Revolución Francesa y Administración Contemporánea** (4ª. ed.). Madrid: Editorial Civitas. (Monografías Civitas).

García, E., y Fernández, T. (1998). **Curso de Derecho Administrativo** (8ª. ed., vol. 1, 1º. reimp.). Madrid: Editorial Civitas.

García-Pelayo, R. (1995). **Pequeño Larousse Ilustrado.** Buenos Aires: Ediciones Larousse Argentina, S. A.

Hernández, V. (1997). **La Tutela Judicial Cautelar en el Contencioso Administrativo.** Valencia, Venezuela: Vadell Hermanos Editores.

Lares, E. (1.963). **Manual de Derecho Administrativo** (11^a. ed.). Caracas:
Oficina de Publicaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Políticas de la U.C.V.

Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. (1976). **Gaceta Oficial de la
República de Venezuela**. N° 1.893 (Extraordinario), Julio 30 de
1976.

Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. (1981). **Gaceta Oficial de
la República de Venezuela**. N° 2.818 (Extraordinario), Julio 1 de
1981.

Ortiz, L. (1.995). **Jurisprudencia de Medidas Cautelares en el
Contencioso Administrativo**. Caracas: Editorial Jurídica
Venezolana. (Colección Jurisprudencia, Nro. 3).

----- (1.999). **La Protección Cautelar en el Contencioso
Administrativo**. Caracas: Editorial Sherwood. (Colección Tratados y
Estudios de Derecho Comparado, Nro. 1).

Ortiz, R. (1.997). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas.**

Caracas: Paredes Editores.

----- (1999). **Las Medidas Cautelares Innominadas: Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional.** (2 vols.).

Caracas: Paredes Editores.

Osorio, M. (1.981). **Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales.** Buenos Aires: Ediciones Heliasta.

Ramírez, C. (1983). **Fundamentos Procesales y Pretensiones Contencioso-Administrativas.** Bogotá: Editorial Temis

Revista del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. (1999), 7, agosto.

Rojas, G. (1.996). **Esencia y Trámite de la Función Cautelar.** Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Rondon, H. (1.994). **La Acción de Amparo Contra los Poderes Públicos.** Caracas: Editorial Arte.

Thesing, J. (Comp.). (1.997). **Estado de Derecho y Democracia**. Buenos Aires: Konrad Adenauer Stiftung.