

TESIS
DF2004
B4



**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCION GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA ACADEMICA DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL**

**TUTELA PREVENTIVA, MEDIDAS CAUTELARES
Y SU VINCULACIÓN CON LA
TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Trabajo especial de Grado presentado
para optar al Título de Especialista en
Derecho Procesal

Autora: Marilú Bello Castillo

Asesor: Alberto Baumeister Toledo

Caracas, 18 de Mayo de 2004

INDICE GENERAL

	Pág.
LISTA DE SIGLAS	v
RESUMEN	vi
INTRODUCCION	1
CAPITULO I.	
LA TUTELA PREVENTIVA Y LA TUTELA CAUTELAR	5
A. LA TUTELA PREVENTIVA COMO HERRAMIENTA FUNDAMENTAL DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO	5
B. FUNCION PREVENTIVA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO	14
1. El Poder Ejecutivo y su función Preventiva	16
a. Leyes del marco constitucional de 1999	29
1) Ley de Asociaciones Cooperativas	29
2) Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro	34
3) Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario	38
4) Decreto con fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros	39
5) Decreto con fuerza de Ley de reforma Parcial de la Ley General de Bancos y Otras Instituciones de crédito	42

6) Ley Orgánica de la Contraloría General de la República	43
7) Ley Orgánica de Telecomunicaciones	44
8) Decreto con fuerza de Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional	49
9) Decreto con fuerza de Ley de Aviación Civil	50
10) Decreto con fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas	54
b. Leyes anteriores a la Constitución de 1999	56
1) Ley para promover y proteger el ejercicio de la Libre Competencia	56
2) Ley del Mercado de Capitales	60
c. Medidas Provisionalísimas	61
2. El Órgano Legislativo y su función preventiva	69
CAPITULO II. AMBITO DE LA TUTELA PREVENTIVA DEL ORGANO JURISDICCIONAL	71
A. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y MEDIDAS CAUTELARES	71
1. Conceptos Básicos	71
2. El Poder Cautelar Típico	82

3. El Poder Cautelar General	83
4. Características de las Medidas Cautelares	85
B. LAS MEDIDAS CAUTELARES TIPICAS Y OTRAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LEYES ESPECIALES	93
1. Ley Orgánica de Protección al Niño y al Adolescente	94
2. Decreto con fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios	96
3. Decreto con fuerza de Ley de Comercio Marítimo	98
CAPITULO III. LA IMPOSIBILIDAD DE DICTAR MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DE LOS ORGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	103
A. JURISDICCION Y JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA	103
B. FUNCION JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACION	107
CAPITULO IV. LA TUTELA CAUTELAR EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	112
A. VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES	112
B. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO HERRAMIENTA EN EL LOGRO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA	114

CONCLUSIONES	122
BIBLIOGRAFIA	127

Lista de siglas

C.R.B.V. Constitución de la República Bolivariana de Venezuela

C.C. Código Civil

C.P.C. Código de Procedimiento Civil

C.C. Código Civil.

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

**TUTELA PREVENTIVA, MEDIDAS CAUTELARES Y
SU VINCULACIÓN CON LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Autora: Marilú Bello Castillo
Asesor: Alberto Baumeister Toledo
Fecha: Mayo 2004

RESUMEN

Esta investigación estuvo dirigida al estudio de la Tutela preventiva y Tutela cautelar bajo la nueva concepción del Estado Social y de Derecho plasmada en la Constitución de 1999, y su relación con la tutela judicial efectiva. El objeto de esta investigación estuvo centrado a analizar las medidas preventivas y cautelares como potestades de los órganos del Poder Público para realizar plenamente los lineamientos constitucionales sobre protección de los derechos ciudadanos, esto se realizó a través del estudio de las funciones preventivas de los órganos del Poder Público, analizándose varias leyes relacionadas con las competencias de los órganos de la Administración Pública, así como las razones por las cuales éstos no ejercen tutela cautelar, analizando sus competencias y su potestad para dictar tutela preventiva. Como quiera que la institución de las medidas cautelares forma parte de la tutela preventiva del órgano jurisdiccional, se estudió de manera general el sistema cautelar venezolano y normativas en el Derecho Comparado. Se estudiaron las diferencias entre las medidas preventivas y las cautelares; se analizó la importancia y eficacia de las medidas cautelares como herramienta del proceso, que es el instrumento para la realización de la justicia, y la relación de la tutela judicial efectiva y las medidas cautelares. Se trató de un estudio teórico del tema, basado en la bibliografía de estudios existentes, para lo cual se hizo uso del procedimiento científico analítico y de desarrollo conceptual, con apoyo y uso de técnicas de análisis de contenido, inducción y síntesis; se buscó información actualizada de libros nacionales y extranjeros, antologías, monografías, documentos oficiales, conferencias, seminarios y uso de Internet. Debido a que algunas fuentes consultadas eran fundamentalmente legales, se utilizó para su análisis e interpretación, las técnicas gramatical e histórica de la norma y el argumento de la analogía. Descriptores: Derecho Procesal, Tutela Preventiva, Medidas Cautelares, vinculación, Tutela Judicial Efectiva.

INTRODUCCION

La presente investigación tiene como tema la Tutela Preventiva de los Órganos del Poder Público, las Medidas Cautelares que dicta el Órgano Jurisdiccional y su vinculación a la Tutela Judicial Efectiva.

Se trata de una monografía de tipo documental descriptivo. Es documental por sustentarse principalmente de fuentes bibliográficas primarias, como libros, monografías y lecturas de autores especializados en el tema los cuales aportan datos confiables y válidos.

Es de tipo descriptivo debido a que se plantea la ubicación del objeto y la descripción de sus características más importantes, con el fin de obtener un mayor conocimiento del tema en estudio tal como se presenta en la realidad.

Este trabajo tiene como objetivo demostrar la diferencia entre la Tutela Preventiva que como potestades constitucionales y legales ejercen los órganos del Poder Público, es decir, Administración Pública, Asamblea Nacional y Tribunales de la República, de las medidas cautelares que como

facultad tiene el Órgano Jurisdiccional únicamente, así como la vinculación de estas últimas a la tutela judicial efectiva.

La Constitución de 1999 si bien ha ratificado las potestades preventivas de los órganos del Poder Público, ello se ha realizado en una nueva visión del Estado, el llamado Estado Social y de Derecho, a quien le corresponde proteger lo que ahora vienen a constituirse en verdaderas garantías de orden constitucional.

Por otra parte, el concepto de acceso de todos los ciudadanos a la justicia, la llamada tutela judicial efectiva, establecida de manera concreta en el artículo 26 constitucional, requiere que el proceso como herramienta de la realización de la justicia utilice todos sus elementos para poder cumplir ese fin, por lo que las medidas cautelares son uno de los elementos más inmediatos e idóneos para la realización de la justicia, que no es otra cosa que una sentencia oportuna, eficaz y sobre todo eficiente.

Por ello se analizan estas tres instituciones jurídicas y su vinculación, así como la visión constitucional de ellas, no sólo en el marco de la realidad venezolana, sino en el de otros países, especialmente España.

Este trabajo consta de cuatro capítulos: el primer capítulo se refiere a la tutela preventiva y la tutela cautelar. Dentro de estos aspectos, es referencia obligada el estudio de la tutela preventiva como herramienta fundamental del Estado Social y de Derecho, y las potestades que tienen los órganos del Poder Público para dictar tutela preventiva de derechos.

Con base a estas facultades se delimitan las funciones de los órganos de la Administración Pública, con análisis específico de un grupo de leyes de reciente promulgación y correspondiente a las leyes marco de la Constitución de 1999. Así mismo, como contrapartida se analizan otras, anteriores a la vigencia de la nueva Constitución venezolana. Seguidamente se comentan las facultades de prevención del órgano legislativo, para luego hacer un análisis de las del órgano jurisdiccional.

En el segundo capítulo se estudia el ámbito de la tutela preventiva del órgano jurisdiccional, diferenciándose de las medidas cautelares, y dentro de las cuales se señala las medidas cautelares típicas y las medidas cautelares innominadas, haciendo referencia al Código de Procedimiento Civil, y un estudio de las medidas cautelares típicas establecidas en leyes especiales.

El tercer capítulo se refiere a la Administración Pública y el por qué los órganos de la Administración Pública no pueden dictar medidas cautelares, ratificando el carácter de tutela preventiva de sus actuaciones.

Por último, el cuarto capítulo se refiere a la tutela cautelar en el marco de la tutela judicial efectiva con lo cual se determina la estrecha relación entre las medidas cautelares y proceso como elementos esenciales para la realización de la justicia, que en los términos de las diferentes decisiones de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia no sólo comprende el acceso a la justicia sino también el derecho a que los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada conforme a derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho invocado.

CAPITULO I

LA TUTELA PREVENTIVA Y LA TUTELA CAUTELAR

A. LA TUTELA PREVENTIVA COMO HERRAMIENTA FUNDAMENTAL DEL ESTADO SOCIAL Y DE DERECHO.

El Estado de Derecho existe y se mantiene en la medida que se garanticen los derechos fundamentales de los ciudadanos, ya que éstos constituyen la principal garantía con que cuentan los ciudadanos de un Estado de Derecho de que el sistema jurídico y político en su conjunto se orientará hacia el respeto y la promoción de la persona humana; en su estricta dimensión individual, el Estado Liberal de Derecho, o conjugando ésta con la exigencia de solidaridad como parte del componente social y colectivo de la vida humana, el Estado social de Derecho.

El modelo constitucional de sociedad se determina a través de las normas que reconocen la existencia de los derechos fundamentales, junto a aquéllas que consagran la forma de Estado y el sistema económico que lo rige.

En este sentido la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala en su artículo 2 que:

"Venezuela se constituye en un Estado democrático y social de Derecho y de Justicia, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico y de su actuación, la vida, la libertad, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, y en general, la preeminencia de los derechos humanos, la ética y el pluralismo político".

Esta declaración expresa de manera clara y diáfana que el Estado venezolano es Social y de Derecho, con preeminencia de los derechos humanos y justicia social entre otros. Así pues, dentro del constitucionalismo moderno todos estos derechos vienen a convertirse de manera indisoluble en derechos fundamentales.

Sobre esto opina Pérez Luño (1998):

"Pareciera que los términos derechos fundamentales y derechos humanos son sinónimos, pero en una visión más profunda de los términos, los derechos humanos suelen ser entendidos como un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional. En tanto que con la noción de los derechos fundamentales se tiende a aludir a aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada (p.21).

Se observa una clara separación entre derechos humanos y derechos fundamentales, lo que cambia es la forma de instrumentarlos en el marco constitucional de los Estado Modernos.

Ciertamente, Pérez Luño expresa:

“Los derechos humanos aúnan, a su significación descriptiva de aquellos derechos y libertades reconocidos en las declaraciones y convenios internacionales, una connotación prescriptiva o deontológica, al abarcar también aquellas exigencias más radicalmente vinculadas al sistema de necesidades humanas, y que debiendo ser objeto de positivación no lo han sido. Los derechos fundamentales poseen un sentido más preciso y estricto, ya que tan sólo describen el conjunto de derechos y libertades jurídicas e institucionalmente reconocidos y garantizados por el derecho positivo. Se trata siempre, por tanto de derechos de delimitación espacial y temporalmente, cuya denominación responde a su carácter básico o fundamentador del sistema jurídico político del Estado de Derecho” (p.21)

La garantía de cumplimiento de los derechos fundamentales corresponde al Estado, quien determina las bases normativas de ellos, y la Constitución va a ser el marco regulador de todo este sistema jurídico político del Estado de Derecho. Los derechos fundamentales son una creación técnico-jurídica que opera como garantías formales del funcionamiento del sistema político del Estado de Derecho.

Complementando al citado autor, Ortiz (2001) destaca la importancia y efectos de los derechos fundamentales:

- "a) Los derechos fundamentales constituyen el *reconocimiento* de un 'sistema de valores' explícita e implícitamente reconocido por el Constituyente, esto es, articulación de los valores del pueblo, y abarcan y exceden la noción de 'derechos individuales' pues dentro de esta noción bien cabe entender también los derechos colectivos, sociales, económicos e incluso, los llamados derechos de la tercera generación;
- b) Los derechos fundamentales constituyen fuente de tutela privilegiada por parte de todas las ramas del Poder Publico, pues - como antes se dijo - su "legitimidad" depende en la medida que tales derechos sean desarrollados, protegidos y tutelados; la verdadera tutela judicial efectiva se logra cuando la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se realiza a través de un procedimiento con celeridad, gratuidad, sencillo en sus formas y- como anota Fix Zamudio- con un sistema flexible de medidas cautelares".
- c) La tutela de los derechos fundamentales requiere de la existencia, en la legislación ordinaria, de un amplio marco de posibilidades jurisdiccionales, es decir, de un sistema, lo mas amplio posible, de 'garantías constitucionales', entendiendo por tales el conjunto de remedios procesales que tutelan y aseguran la vigencia de los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico" (p. 80)

Coinciden ambos autores en la importancia de la eficacia del Estado de Derecho; por lo tanto, cuanto más se revela la operatividad del Estado de Derecho, mayor es el nivel de tutela de los derechos fundamentales; de igual modo que en la medida en que se produce una vivencia de los derechos fundamentales se refuerza la implantación del Estado de Derecho.

En el preámbulo de la Constitución Nacional se establece de manera concreta lo que es el Estado sometido al imperio de la Ley, es decir, el Estado sometido a la legalidad. Esto emana no sólo del principio de la supremacía constitucional consagrado en su artículo 7 y del sometimiento de los Órganos del Poder Público a la Constitución y a las leyes (principio de legalidad, art. 137), sino también de los sistemas de control de constitucionalidad (art. 334 y 336) y de control contencioso-administrativo (art. 259) que constituyen la garantía de la Constitución.

Igualmente en dicho preámbulo se determina lo que es el Estado de Justicia, es el Estado que tiende a garantizar la justicia por encima de la legalidad formal, estableciendo además este valor de justicia en el artículo 1º, y regulando expresamente el derecho de acceso a la justicia y a la obtención de una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, organizando unos tribunales que deben garantizar una justicia gratuita, accesible, imparcial, idónea, transparente, autónoma, independiente, responsable, equitativa y expedita, sin dilaciones indebidas, sin formalismos o reposiciones inútiles (art. 26).

El Estado de Derecho implica la sumisión del Estado y de los individuos y organizaciones sociales al ordenamiento jurídico, respecto del cual la Constitución define como sus valores superiores (al igual que de la actuación

del Estado): la vida, la justicia, la igualdad, la solidaridad, la democracia, la responsabilidad social, la ética y el pluralismo político.

En cuanto a los valores relativos a la vida, la libertad, la justicia, la igualdad y la solidaridad, están expresados, como ya se ha dicho, en el preámbulo y en el artículo 1º. Todos esos valores deben informar el ordenamiento jurídico y guiar la actuación del Estado.

En el señalado artículo 2, no sólo se establece la Democracia como sistema de gobierno, sino que lo complementa el enunciado del pluralismo político, basado en la participación igualitaria de todos en los procesos políticos, lo que se define como otro valor del ordenamiento.

Se agregan a dichos valores, la idea de responsabilidad social, que configura al Estado social, y, en general, la idea de preeminencia de los derechos humanos, y entre ellos los sociales, lo que implica siempre la interpretación de la ley en la forma más favorable a los derechos y libertades de los individuos (art. 19. C.R.B.V)

Las normas constitucionales antes señaladas hacen mención, además, a los valores de la ética, y no sólo pública, de manera que, más allá de las normas jurídicas exista un conjunto de normas éticas que han de guiar a funcionarios

y al Estado en la tarea de transformar el Estado y crear un nuevo ordenamiento jurídico.

A su vez el Estado tiene como fines esenciales la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, el ejercicio democrático de la voluntad popular y principalmente la garantía del cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (art. 3).

Esta actividad del Estado va a ser ejercida por el pueblo soberano, tanto de manera directa, de conformidad con las pautas Constitucionales y legales, o indirecta, a través del sufragio, y a través de los órganos que ejercen el Poder Público (art. 5).

Por su parte, cada una de las ramas del Poder Público tienen la obligación de cumplir con estos fines Estatales, en una estrecha colaboración, sin perder sus funciones propias, claramente delimitadas en el texto constitucional y en las leyes respectivas (arts. 136 y 137).

De estas premisas surge la pregunta ¿Cómo logran los órganos del Poder Público efectivamente cumplir con estos fines, y, especialmente en lo referente a la protección de los derechos ciudadanos?

Parte de la incógnita la despeja el artículo 51 de la Constitución Nacional cuando expresa que:

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

Esta norma constitucional, el derecho de petición, señala que todos los ciudadanos tienen el derecho de acudir a los órganos del Estado para hacer sus solicitudes y obtener oportuna respuesta; así mismo el Estado tiene el deber de garantizar el uso y ejercicio de los derechos fundamentales, como lo expresa igualmente el artículo 19 de la carta fundamental, otra norma que complementa el derecho de petición; referido a los derechos humanos:

“El Estado garantizará a toda persona, conforme al principio de progresividad y sin discriminación alguna, el goce y ejercicio irrenunciable indivisible e interdependiente de los derechos humanos. Su respeto y garantía son obligatorios para los órganos del Poder Público de conformidad con la Constitución, los tratados sobre derechos humanos suscritos y ratificados por la República y las leyes que los desarrollen”.

¿Cómo se cumple esa oportuna y adecuada respuesta a las peticiones de los ciudadanos, así como la protección de los derechos humanos?.

Evidentemente a través de mecanismos especiales determinados tanto a nivel constitucional, tutela preventiva constitucional (amparo, habeas data), como a nivel legal (medidas preventivas y medidas cautelares).

A pesar de que, el órgano -por excelencia- llamado a *salvaguardar* el Estado de Derecho -y por consiguiente la legitimidad del Estado mismo- es el poder judicial o jurisdiccional, y que realiza a través del proceso, el cual es el mecanismo para hacer efectiva tanto la justicia formal como la justicia material de los justiciables; y que **esa efectividad se logra a través de mecanismos preventivos** entre ellos: las medidas cautelares, las cuales materializan los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva y el debido proceso entre otros, ello no significa la exclusividad de este Poder Público para realizar los Principios del Estado de Derecho, así como la protección de los derechos ciudadanos en general, por lo que el órgano legislativo y el ejecutivo están llamados también a cumplir parte de estas actividades de tutela preventiva.

Se entiende entonces que, la misión de salvaguarda de la legitimidad del Estado la tienen todos los órganos del Poder Público, y que a su vez, les corresponde **prevenir** cualquier amenaza de violación a ese Estado de Derecho. Pero, una cosa es la función preventiva de los órganos del Poder

Público y otra, la jurisdicción preventiva, dentro de la cual se encuentra la institución de las medidas cautelares.

En el marco del sistema venezolano de la protección cautelar existen aspectos relevantes, la diferenciación entre las medidas preventivas (tutela preventiva) que, como facultad tiene cada uno de los órganos del poder público, y las medidas cautelares que corresponden al órgano jurisdiccional exclusivamente, aspectos sobre los cuales, a pesar de que ha escrito suficiente literatura jurídica, se mantiene en muchos ámbitos la denominación de medidas cautelares a todo tipo de medida preventiva, no sólo del órgano jurisdiccional, sino de la Administración Pública, y que se evidencia en la redacción de las más recientes leyes Administrativas promulgadas.

B. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LOS ÓRGANOS DEL PODER PÚBLICO.

Si bien los órganos por excelencia- llamados a salvaguardar el Estado de derecho -y por consiguiente la legitimidad del Estado mismo- están agrupados bajo el nombre de poder judicial o jurisdiccional, los demás órganos del Poder Público también cumplen su función protectora y de **salvaguarda de todos los derechos ciudadanos; ello se logra a través de la denominada tutela preventiva, la cual es una función de todos los órganos del Poder**

Público en procura de la defensa del Estado de Derecho (entendiendo este concepto como sujeción del Estado al ordenamiento jurídico) y la tutela reforzada de los derechos fundamentales.

Esta función en tanto que persigue evitar y al mismo tiempo proteger a los particulares de los abusos por parte del Estado (a través de sus funcionarios) y de los propios particulares, tiene como fin último la legitimidad del Estado.

La misión de garantizar la plena vigencia del ordenamiento jurídico y del Estado de Derecho no es, en modo alguno, exclusivo de los órganos jurisdiccionales sino que compete a todos los órganos del Poder Público, pues así como lo establece la Constitución de 1999 al expresar en su artículo 136: "... Cada una de las ramas del Poder Público tiene sus funciones propias; pero los órganos a los que incumbe su ejercicio colaborarán entre sí en la realización de los fines del Estado".

Entendiendo la función de los órganos del Estado, tanto los órganos de la función jurisdiccional como los órganos de la función administrativa y legislativa, tienen la posibilidad y las atribuciones necesarias para hacer cumplir el estado de Derecho.

Así mismo el artículo 137 ejusdem señala: "La Constitución y la ley definirán las atribuciones de los órganos que ejercen el Poder Público, a las cuales deben sujetarse las actividades que realicen".

Tienen todos los órganos del Estado una función preventiva?. Ciertamente, los órganos del Poder Público tienen mecanismos que permiten garantizar que se cumpla el ordenamiento jurídico vigente, lo cual además de ser una facultad, constituye un deber, puesto que, su función es, dentro del marco de sus competencias garantizar los fines del Estado Social y de Derecho (arts. 2 y 3. C.R.B.V).

El artículo 51 de la Constitución Nacional antes comentado (derecho de petición y oportuna respuesta) configura la idea de que todos los órganos del Estado tienen la obligación de actuar con criterio preventivo y por ende, el deber de responder apropiada, efectiva y adecuadamente a los planteamientos de los ciudadanos.

1. El Poder Ejecutivo y su función Preventiva.

El artículo 141 constitucional establece los Principios de la Administración:

"La Administración Pública está al servicio de los ciudadanas y ciudadanos y se fundamenta en los principios de honestidad, participación, celeridad, eficacia, eficiencia, transparencia, rendición de cuentas y responsabilidad en el

ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho”.

La actividad del Poder Ejecutivo, se realiza a través de las actuaciones normadas típicas, es decir, los actos administrativos, definida esta actuación como “la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria” (García de Enterría y Fernández, 2001. p. 457).

Esta actividad administrativa debe cumplir a cabalidad con la garantía constitucional del “debido proceso administrativo” establecida en el artículo 49 de la Constitución Nacional: “El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas...”.

Complementando la definición arriba esbozada, Rondón de Sansó, citada por Ortiz (2002) lo define como: “El conjunto de potestades públicas que ejercen los órganos y entes de la función administrativa para la consecución de los fines establecidos de conformidad con la Constitución y con las leyes” (p.167).

Ambas definiciones determinan que:

- La actividad administrativa implica el ejercicio de una "potestad", la cual emana de la Constitución y las leyes.
- Esa actividad administrativa es una ejecución inmediata de la ley y mediata de la Constitución, y está destinada a dar satisfacción a los intereses fundamentales de los ciudadanos, bien considerados individualmente o en grupos, con lo cual la actividad administrativa supone la satisfacción de necesidades colectivas o la preservación del interés general y, de hecho, esta finalidad es lo que justifica el ejercicio de la potestad. Las maneras en que se manifiesta es diversa, pero no hay duda de que el "acto administrativo" es, por excelencia, el instrumento a través del cual se materializa la voluntad del titular de la actividad.
- De la misma manera esa potestad exige de márgenes de discrecionalidad para el cumplimiento de los fines establecidos en la ley, por lo que, al ser reglada de manera parcial o total, entonces los actos administrativos serán, como consecuencia, total o parcialmente reglados en cuanto a su oportunidad y contenido.

Estos conceptos de potestad reglada y potestad discrecional emergen de las distintas teorías a lo largo de la historia del Derecho Administrativo que en los Estados Modernos han adquirido una nueva dimensión, siendo la

tendencia actual a que las Constituciones otorguen mayor poder decisorio a los órganos de la administración, pero a su vez, en un control de sus actuaciones que determinan el equilibrio en las actuaciones de éstos: de allí parte el principio de la legalidad establecido en el artículo 137 Constitucional que no empece la potestad discrecional de la administración como seguidamente se estudiará.

Lares (1997) enuncia el principio de la legalidad de la administración cuando señala que " todos los actos emanados de los órganos del poder público deben realizarse en completa armonía con las reglas de derecho", seguidamente señala que " el principio de la legalidad tiene la en la actualidad un doble significado a saber: la sumisión de todos los actos estatales a las disposiciones emanadas de los cuerpos legislativos en forma de ley; y además, el sometimiento de todos los actos singulares, individuales y concretos, provenientes de una autoridad, a las normas generales, universales y abstractas previamente establecidas, sean o no de origen legislativo, e inclusive provenientes de una misma autoridad "(p.183)

La legalidad significa la conformidad con el derecho, es decir, la regulación jurídica de las actuaciones de todos lo órganos del Estado, y aplicado al órgano administrativo, impone a las autoridades circunscribir todas sus decisiones al conjunto de reglas jurídicas preestablecidas contenidas en la

Constitución, las leyes normativas, los Decretos-leyes, los tratados, los reglamentos y las ordenanzas y demás fuentes escritas de derecho, y los principios no escritos que informan el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, a pesar de que el principio de la legalidad determina una potestad del órgano administrativo, que aunque se dice es "reglada", o dicho de otro modo, sometida al imperio de la ley, las tendencias doctrinales y jurisprudenciales de los últimos tiempos, determinaron la llamada potestad discrecional, por lo que ese llamado "bloque jurídico" (conjunto de reglas preestablecidas) al que deben someterse los órganos de la administración, ha sido abierto hacia una visión de intereses de los ciudadanos y la debida protección que deben prestar dichos órganos a sus derechos e intereses primordiales garantizados por la Constitución, es decir, el interés público.

De allí que la Constitución venezolana de 1999, siguiendo los modelos europeos, en especial el modelo español, da un paso adelante en la visión del poder discrecional de los órganos del Poder Ejecutivo.

Estos planteamientos quedan plenamente determinados en el artículo 103 de la Constitución Española de 1978 cuando se refiere a la Administración Pública y a la discrecionalidad: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de

eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Así mismo el artículo 104 establece que “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”.

En consecuencia, no hay discrecionalidad al margen de la Ley, sino justamente, sólo en virtud de la Ley, y en la medida que la Ley haya dispuesto.

Según se observan los autores arriba comentados, la remisión de la Ley al juicio subjetivo de la Administración no puede ser más que parcial y no total. Esto es una simple aplicación del principio de mensurabilidad de todas las competencias públicas o de su necesaria limitación, que más atrás se expuso, pero encuentra en este ámbito de la discrecionalidad un interés destacado.

La potestad discrecional queda regulada por la Ley en cuatro elementos:

- La existencia misma de la potestad.
- Su extensión, la cual no será jamás de carácter absoluto.

- La competencia para actuarla, que se referirá a un ente, y dentro de éste a un órgano determinado, y no a cualquiera.
- El fin, porque todo poder es conferido por la Ley como instrumento para la obtención de una finalidad específica, la cual estará normalmente implícita y se referirá a un sector concreto de las necesidades generales, pero que en cualquier caso tendrá que ser necesariamente una finalidad pública.
- Se le suman a estos elementos, otros eventuales: tiempo u ocasión de ejercicio de la potestad, forma de ejercicio, fondo parcialmente reglado. Así pues, el ejercicio de toda potestad discrecional es una mezcla de elementos legalmente determinados, y de otros configurados por la apreciación subjetiva de la Administración ejecutora.

Este poder discrecional tiene sus límites, pues los actos para los cuales la Administración posee un alto poder discrecional, no escapan del control de la legalidad; estos actos pueden ser ilegales, y en consecuencia ser declarados nulos por incompetencia del órgano, desviación de poder, vicios de forma, o, inexistencia de motivos alegados.

Para poder distinguir el campo de libertad de criterio que implica la discrecionalidad, es necesario diferenciar ésta del supuesto de aplicación de lo que se denomina "concepto jurídico indeterminado".

En este sentido, Gacía de Enterría y Fernández (2001) expresan que "por su referencia a la realidad, los conceptos utilizados por las Leyes pueden ser determinados o indeterminados. Los conceptos determinados delimitan el ámbito de realidad a que se refieren de una manera precisa e inequívoca. Por ejemplo: la mayoría de edad se produce a los dieciocho años..." (p.457).

Debido a eso, la aplicación de tales conceptos en los casos concretos se limita a la pura constatación sin que se suscite duda en cuanto al ámbito material a que tales conceptos se refieren.

Establecido el concepto jurídico determinado, en contraste describen lo que es el concepto jurídico indeterminado al señalar que "... por el contrario, con la técnica del concepto jurídico indeterminado la Ley refiere una esfera de realidad cuyos límites no aparecen bien precisados en su enunciado, no obstante lo cual es claro que intenta delimitar un supuesto concreto... La Ley no determina con exactitud los límites de esos conceptos porque se trata de conceptos que no admiten una cuantificación o determinación rigurosas, pero en todo caso es manifiesto que se está refiriendo a un supuesto de la

realidad que, no obstante la indeterminación del concepto, admite ser precisado en el momento de la aplicación" (p. 457).

Lo principal y significativo del concepto jurídico indeterminado es que la ausencia de determinación del enunciado no se traduce en una indeterminación de las aplicaciones del mismo, las cuales sólo permiten una unidad de solución justa.

La discrecionalidad es en esencia una libertad de elección entre alternativas igualmente justas, o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta normalmente en criterios fuera de lo jurídico no incluidos en la Ley, (tales como económicos, de circunstancias, u otros) y remitidos al juicio subjetivo de la Administración; no así la aplicación de los conceptos jurídicos indeterminados, ya que es un caso de aplicación de la Ley, ya que se trata de encuadrar en una categoría legal más o menos configurada (a pesar de la imprecisión de límites con la intención de señalar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas.

De todo esto resulta que para estos juristas españoles, que: "conceptos tales como urgencia, orden público, justo precio, calamidad pública, medidas adecuadas o proporcionales, incluso necesidad pública y hasta interés público, no permiten en su aplicación una pluralidad de soluciones justas,

sino una sola solución en cada caso, la que concretamente resulte de esa "apreciación de juicios disyuntivos" de las circunstancias concurrentes a la que antes aludimos" (p. 460).

En esta amalgama de conceptos de acto administrativo, potestades públicas, poder discrecional, interés público y orden público es que emerge la tutela preventiva de la administración.

El ejercicio de la función de la administración supone como ya se ha comentado, la satisfacción de necesidades colectivas o la preservación del interés general, y en efecto, esta finalidad es lo que justifica el ejercicio de la potestad pública. Las formas en que se expresa es variada, pero no cabe duda que, el "acto administrativo" es por excelencia, el instrumento a través del cual se verifica, se concreta la voluntad del titular de esa potestad.

La actividad administrativa, por su dinamismo, su multiplicidad, requiere mayores márgenes de discrecionalidad para el cumplimiento de los fines previstos, de tal modo que, al ser parcial o totalmente reglada, los actos administrativos serán, como consecuencia, parcial o totalmente reglados en cuanto a su oportunidad y contenido. Se inserta entonces las anteriores reflexiones en el campo de la discrecionalidad administrativa.

Es precisamente en este campo donde entra la tutela preventiva de los órganos de la función administrativa.

Rúan, citado por Ortiz (2002) señala como elemento modificador de lo que fue, a lo que es la potestad administrativa, el dinamismo de la vida contemporánea, el cual ha roto con los "moldes" de la nominatividad y de la tipicidad administrativa y ha constreñido al legislador a atribuir poderes a la Administración, de dictar actos o medidas innominadas atípicas, con el objeto de habilitar a los órganos ejecutivos de la ley para afrontar situaciones diversas de difícil predeterminación o anticipación exacta o tan siquiera aproximada (p. 168)

Cierta tendencia doctrinaria pretende ver en estos actos una naturaleza exclusivamente preventiva, la cual evidentemente es parte inherente a él, pero en modo alguno pueden ser catalogados como "medidas cautelares".

Por su parte, Ortiz (2002) los considera actos de carácter preventivo, y al efecto expresa que "una labor científica y un detenido tratamiento especulativo del asunto nos llevará a una conclusión determinante: las medidas de prevención que pueden tomar los órganos administrativos tienen la naturaleza de actos administrativos de carácter preventivo" (p.267).

Así pues, como consecuencia de esta discrecionalidad, de manera ineludible los órganos de la función administrativa realizan tutela preventiva definida en este campo por Ortiz (2002) como “las posibilidades previstas en la ley en virtud de la cual los órganos y entes titulares de la actividad administrativa pueden adoptar decisiones preventivas con el fin de evitar situaciones lesivas o potencialmente dañosas a los derechos de los ciudadanos o al interés general” (p.168).

Así, los órganos de la Administración Pública dictarán y ejecutarán los actos administrativos, ya sean estos particulares o generales, para evitar posibles situaciones lesivas, los que Moles Caubet, citado por Ortiz (2002) denomina “actos- medidas” y que dicho autor denomina “medidas preventivas administrativas”, con lo cual no pierde su esencia de acto administrativo (p.168).

Siendo la actividad administrativa el conjunto de potestades públicas que ejercen los órganos y entes de la actividad administrativa para la consecución de los fines establecidos de conformidad con la Constitución y las leyes, a los fines de satisfacer necesidades colectivas, ello se logra a través de mecanismos especiales que le permiten cumplir adecuadamente con tal función, el instrumento por excelencia llamado a satisfacer tal requerimiento es el “acto administrativo”.

Con respecto a la discrecionalidad de la Administración, Rúan, citado por Ortiz (2002) considera que "las normas jurídicas pueden conceder discrecionalidad a la Administración, en cuanto a la emisión o iniciativa misma del acto administrativo; en cuanto a su contenido y efectos; en cuanto al procedimiento y formalidades utilizables para su formación o cumplimiento; en cuanto al momento de actuación, imposición de modalidades y condiciones especiales al administrado, etc." (p.169).

Bajo esta premisa, la ley deja a la Administración un margen de acción. El funcionario administrativo extrae la mayor parte de su actividad, en parte de la ley y en parte también de la experiencia y juicios propios, pero con el freno de no poder desligarse de los mandatos legales, porque precisamente su actividad es "reglada". Esa reglamentación puede ser: "concreta o genérica", dependiendo si el contenido de la actividad está expresamente prevista, o si por el contrario deja cierto margen de discrecionalidad en el tipo de los contenidos de su actuación.

Con motivo de la entrada en vigencia de la Carta de 1999, le fueron otorgadas facultades especiales (legislativas) al Presidente de la República para crear y promulgar Leyes; este grupo de leyes forman parte del llamado "paquete de leyes de la ley Habilitante", las cuales tienen sus

defensores y detractores; pero en todo caso, y en lo que atañe a estas leyes que pasamos a analizar es que, se le ha otorgado más poder discrecional a la Administración Pública, hasta el punto de crearse un capítulo especial para las medidas preventivas, incluyendo el procedimiento defensivo de la parte afectada por la medida.

Ello emana del principio constitucional del **debido proceso administrativo**, proclamado en el artículo 49 de nuestra Constitución Nacional, y de lo que las legislaciones anteriores muy poco habían regulado.

En este aspecto, y para confirmar los planteamientos expuestos, se hace necesario estudiar con estos criterios un grupo de leyes, tanto las que han sido inspiradas en la nueva era Constitucional que arrancó desde 1999, así como analizar y contrastar algunas leyes anteriores a dicha Constitución, y que mantienen su plena vigencia en la actualidad.

a. Leyes del marco Constitucional de 1999

1) Ley de Asociaciones Cooperativas.

Dicha ley es el programa organizativo de los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 70 y 118 de nuestra Carta Fundamental,

así como el ejercicio parcial del derecho de **participación ciudadana**, incluyendo la promoción y protección de los derechos sociales y económicos (artículos 184, ordinal 3º y 308- promoción de la pequeña y mediana industria).

En su exposición de motivos se expresa que esta ley facilita “ la constitución de cooperativas, promueve la organización flexible de ellas, establece normas para el desarrollo del trabajo asociado, impulsa los procesos de integración cooperativa, con sistemas de educación, información, comunicación, conciliación y arbitraje, fortalece y especifica la función contralora de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, establece las modalidades de promoción y protección del Estado y define las modalidades de participación y protagonismo del pueblo en lo económico y social. “

El artículo 2, define las cooperativas como “asociaciones abiertas, flexibles, de hecho y de derecho cooperativo de la Economía Social y Participativa, autónomas, de personas que se unen mediante un proceso y acuerdo voluntario, para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, para generar bienestar integral, colectivo y personal, por medio de procesos y empresas de propiedad colectiva, gestionadas y controladas democráticamente”.

Para el control de este tipo de Asociaciones se creó la "Superintendencia Nacional de Asociaciones de Cooperativas" organismo a quien le corresponde ejercer las funciones de control y fiscalización sobre las cooperativas y sus organismos de integración, y está integrada a la estructura orgánica y funcional del Ministerio de Producción y Comercio. (arts. 77 y 78)

Para una mejor eficacia de los procedimientos sancionatorios este organismo puede dictar medidas, denominadas por esta legislación "cautelares", lo cual en esencia no varía su verdadera naturaleza jurídica de ser un acto-medida-administrativo.

Siguiendo la idea de lo señalado, el artículo 105 establece:

"La Superintendencia Nacional de Cooperativas, una vez iniciado el procedimiento, podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

1. Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial, de las actividades presuntamente infractoras.
2. Ordenar la realización de actos o actividades provisionales hasta tanto se decida el asunto"

Seguidamente el artículo 106 regula la discrecionalidad del organismo al determinar:

“La Superintendencia Nacional de Cooperativas, actuará con la debida ponderación de las circunstancias, tomando en cuenta los perjuicios graves que pudieren sufrir los interesados, afectados por la conducta del presunto infractor y los daños que pudiesen ocasionarse con la adopción de la medida, atendiendo al buen derecho que emergiere de la situación”.

Por otra parte, el artículo 107 ejusdem permite la adopción de ciertas medidas llamadas “provisionalísimas” sin cumplir las exigencias de ponderación por parte del órgano y apariencia de buen derecho que debe emerger de las de las actas de dicho procedimiento administrativo.

En este punto resulta interesante resaltar ¿Qué son las medidas provisionalísimas?

Las medidas provisionalísimas nacen en el marco de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado “tutela cautelar constitucional preventiva anticipativa”. Estas medidas son aquellas que el Juez puede acordar dentro del procedimiento de otra medida cautelar tradicional, con el objeto de garantizar los derechos del recurrente o accionante hasta tanto no se decida la medida cautelar “principal”. Es de hacer notar que el desarrollo jurisprudencial de esta institución lo ha dado el Tribunal Supremo Español, adelantándose a los tiempos modernos que requieren que existe celeridad en el proceso como garantía principal de la tutela judicial efectiva.

Como se puede notar, el legislador le ha otorgado supuestas facultades a la Superintendencia Nacional de Cooperativas para dictar medidas cautelares provisionalísimas, cuando esta figura cautelar pertenece a la competencia del órgano jurisdiccional contencioso-administrativo, lo que evidencia una confusión de conceptos jurídicos que deben ser revisados y por ende reformados en dichas legislaciones.

Para concluir con el estudio de esta ley, los artículos 107 al 114 regulan el procedimiento de dichas medidas. La oposición a dichas medidas, así como la apertura de una articulación probatoria le dan un marco defensivo a la aplicación de tales actuaciones. Así mismo, el legislador se refiere igualmente al "recurso de reconsideración" contra tal acto-medida administrativo.

Ortiz (2002) hace un breve análisis de esta Ley, y considera que existe una extraña y dual aplicación de normas en ella:

"... de igual modo el artículo 108 permite la "oposición" a la medida y la apertura de un lapso de ocho (8) días para pruebas, y tres (3) días para la decisión administrativa correspondiente. Lo curioso de esta regulación está en que, por una parte, se permite el ejercicio de la "oposición" mientras que, el artículo 85 dispone que "contra las resoluciones de la Superintendencia Nacional de Cooperativas, podrá interponerse

los recursos administrativos a los que hubiere lugar de conformidad con lo establecido en las leyes que regulan la materia", ello supone que el interesado deberá interponer el recurso de "reconsideración" sobre una decisión administrativa que resolvió la "oposición" la cual, como se dijo, no es más que una reconsideración de la decisión" (p.173)

Para cerrar estos aspectos de la tutela preventiva de los órganos de la Administración Pública, referida a esta ley, el artículo 114 establece que en todo lo no previsto en este Decreto Ley en materia de procedimientos administrativos se aplicará supletoriamente la ley que regule la materia; significando con ello que la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos será la norma supletoria de los vacíos legales que puedan existir en esta ley, lo que determina que la ausencia de normas claras en materia de tutela preventiva y tutela cautelar.

Seguidamente se analiza la Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro que tiene las mismas características aquí estudiadas.

2) Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro.

Esta ley fue creada con la finalidad de regular la constitución, organización y funcionamiento de las cajas de ahorro y fondos de ahorro; e igualmente, regula las asociaciones que presenten las características señaladas en esta Ley.

Este texto legislativo persigue concretar en un solo cuerpo normativo, de trascendencia socioeconómica y jurídica, la normativa aplicable a las cajas de ahorro, llenando así el vacío legal existente y previendo supuestos determinados que darán transparencia a las actuaciones con los particulares y con la Administración Pública.

El órgano encargado de promover e incentivar la constitución de cajas de ahorro y fondos de ahorro, es la "Superintendencia de Cajas de Ahorro" (adscrito al Ministerio de Finanzas), ésta tiene por finalidad estimular y fomentar la economía social y el desarrollo económico, así como proteger el ahorro del trabajador a través de mecanismos de vigilancia, control, fiscalización, inspección y regulación de estas asociaciones. (arts. 72 y 73).

Los artículos 110 al 127, regulan el procedimiento sancionatorio, el cual se iniciará de oficio o por denuncia oral que será recogida por escrito. En lo referente a "medidas preventivas", esta ley comete el error de denominarlas "cautelares", además de enunciar otras tantas como "medidas preventivas y sancionatorias" (arts. 117 y 127):

Artículo 117: "La Superintendencia de Cajas de Ahorro, una vez iniciado el procedimiento, podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

1. Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial, de las actividades presuntamente infractoras.
2. Ordenar la realización de actos o actividades provisionales hasta tanto se decida el asunto”.

De la misma manera el legislador le otorga un margen de discrecionalidad a dicho ente a los fines de medir de manera ajustada (con ponderación) “tomando en cuenta los perjuicios graves que pudiesen sufrir los interesados, afectados por la conducta del presunto infractor y los daños que pudiesen ocasionarse con la adopción de la medida, atendiendo al buen derecho que emergiere de la situación”.

Especial atención merece el uso de las llamadas “medidas provisionálísimas” ya comentadas, (art. 119) de usual aplicación en la legislación española, y que ahora toma fuerza y vigencia en la nueva legislación administrativa venezolana, como podemos observar nuevamente en este otro texto legislativo, pero con los errores conceptuales antes señalados.

Las medidas preventivas se encuentran en el artículo 127:

(Sic) “Medidas correctivas

Artículo 127:

Del resultado de las inspecciones realizadas por la Superintendencia de Cajas de Ahorro en el ejercicio de sus

facultades, ésta podrá formular a las cajas de ahorro y fondos de ahorro, las observaciones y recomendaciones de obligatorio cumplimiento, que juzgue necesarias conforme a este Decreto Ley. Si la asociación no acoge las indicaciones, la Superintendencia de Cajas de Ahorro ordenará la adopción de medidas destinadas a corregir la situación dentro del lapso que se indique en la providencia que dicte al efecto; ello, sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que hubiere lugar. Las medidas a que se refiere este artículo serán notificadas a los Consejos de Administración y de Vigilancia de la asociación, en un lapso no mayor a los veinte (20) días continuos siguientes a la inspección.

El Superintendente designará a los funcionarios que considere necesarios para hacer el seguimiento de las medidas acordadas."

De la lectura de este artículo se observa que el legislador ha utilizado los conceptos de medidas preventivas y sancionatorias, las cuales en su esencia son del mismo tenor de las indicadas en los artículos 117 y 118, en virtud de tratarse de providencias administrativas, esto significa con motivo de algún procedimiento administrativo que requiera adoptar preventivamente alguna medida de protección de derechos.

Así mismo, parte de la Doctrina considera que se trastoca la tradicional regulación de los recursos administrativos pues, en el fondo, tal oposición no es más que una reconsideración. La ventaja de esta oposición es la apertura de un período probatorio en sede administrativa de ocho (8) días y un lapso de tres (3) para la respectiva decisión administrativa. Lo curioso de este especialísimo procedimiento administrativo está en que la Superintendencia

de Cajas de Ahorro, procederá a revocar la medida cuando estime que sus efectos no se justifican, y, en todo caso, los efectos de las medidas cesarán al dictarse la decisión que ponga fin al procedimiento o transcurra el plazo para dictar la decisión definitiva sin que esta se hubiere producido.

Se observa uniformidad de criterios en ambas legislaciones, inclusive, el último artículo en comento, el cual en la Ley de Asociaciones Cooperativas tiene idéntica transcripción.

3) Decreto con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Esta es una de la Leyes de la Habilitante que mayores discusiones ha tenido, hasta el punto que, algunos de sus artículos han sido derogados a través de Sentencia emanada de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, por considerarlos violatorios de principios constitucionales.

El órgano encargado de la regulación de la tierra con vocación agraria es el "Instituto Nacional de Tierras"- INTI - , adscrito al Ministerio de Agricultura y Tierras, y en especial la Oficina Regional de Tierras respectiva (art. 39), por lo que "podrá en cualquier estado y grado del procedimiento, declarar la intervención preventiva de las tierras..." de que trate la denuncia a la cual hacer referencia el artículo 37. La intervención de estas tierras ociosas o

incultas será acordado por el Directorio del Instituto de manera "preventiva" (art. 89) a fin de hacer cesar la situación irregular de las mismas.

Esta ley cataloga tales medidas como **preventivas** siendo consecuente con el criterio que adecuadamente ha planteado parte de la Doctrina Administrativa.

4) Decreto con fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros.

Esta ley en su exposición de motivos hacer referencia a las fallas de la anterior ley, debido a que la reforma de 1994 no se ajustó al desarrollo del sistema asegurador, por lo que se hacía necesaria una legislación acorde al desarrollo de un sistema asegurador eficiente.

Así mismo, en atención al cumplimiento del mandato constitucional en donde el Estado se convierte en garante de los derechos de los ciudadanos, se han introducido en este Decreto Ley normas destinadas a la protección de los derechos constitucionales de los asegurados, los cuales les permitirán de una manera expedita lograr el pago de las indemnizaciones y evitar abusos.

Esta legislación establece al igual que las legislaciones anteriormente comentadas, mecanismos de prevención, los cuales se realizan a través de la "Superintendencia de Seguros" ente adscrito al Ministerio de Finanzas.

Dicho organismo: "... podrá suspender preventivamente, las operaciones que considere incompatibles con la naturaleza de la empresa o sujeto, y tomará cualesquiera otras medidas en resguardo de los intereses del público y del mercado asegurador en general" (art. 1)

Las facultades de la Superintendencia están delimitadas de manera general en dicho artículo 1:

"... La Superintendencia queda facultada para efectuar la regulación, inspección, vigilancia, supervisión, control y fiscalización de las personas naturales o jurídicas que realicen, o presuma que realicen, cualquier operación cuya práctica requiera autorización conforme a este Decreto ley".

Entre las medidas que la Superintendencia de Seguros y Reaseguros puede realizar se encuentran:

- Suspender las asambleas de accionistas de la empresa de Seguros y reaseguros y las demás empresas sometidas a su control, en caso de observar vicios en la convocatoria o la constitución de dichas asambleas.

- En caso de celebrarse asamblea con los vicios antes señalados, ordenar la convocatoria de una nueva asamblea que cumpla con los requisitos, lo cual será determinado por el ente fiscalizador.
- Suspensión de la publicidad.
- Suspensión y revocatoria de las autorizaciones para la promoción, constitución y funcionamiento.
- Suspensión o reversión de operaciones determinadas cuando fueren ilegales, se hubieren ejecutado en fraude a la ley o no hubieren sido debidamente autorizadas, o pudieren afectar el funcionamiento de la empresa.
- Intervención de compañías.
- Suspensión o limitación de pólizas, nuevos planes o productos.
- Suspensión del pago de dividendos.
- Tomar las medidas administrativas previstas en el Decreto Ley en defensa de los derechos de los asegurados en los casos en que éstos sean vulnerados (art. 10).

Es de hacer notar que la vigencia de esta ley se encuentra suspendida por decisión del Tribunal Supremo de Justicia con motivo de una medida cautelar innominada de suspensión de su vigencia.

5) Decreto con fuerza de Ley de Reforma Parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones de Crédito.

En la sección XII de la exposición de motivos de esta Ley se establece el régimen sancionatorio, suspensión de los trámites administrativos regulares de aumentos de capital, fusiones, transformaciones, reparto de dividendos, liberación de provisiones y otros.

El artículo 4 establece:

"Las personas naturales o jurídicas que se dediquen regular o habitualmente al otorgamiento de créditos, o a efectuar descuentos o inversiones con sus propios fondos no necesitarán autorización alguna para realizar esta actividad... Cuando exista presunción de que las operaciones descritas en este artículo sean realizadas por personas naturales o jurídicas distintas de los bancos u otras instituciones financieras, cuya naturaleza sea manifiestamente incompatible con la actividad desarrollada por ellas, o que impliquen riesgos en materia de legitimación de capitales, la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras en resguardo de los intereses del público en general, por decisión del Superintendente, podrá tomar cualesquiera de las siguientes medidas:.. "

En resumen estas son:

- Suspensión de publicidad.
- Suspensión de las actividades.
- Aseguramiento de los recursos obtenidos por dicha actividad.

- Aseguramiento de los bienes, objetos y demás elementos utilizados para realizar dichas operaciones.
- Clausura de los establecimientos.
- Inmovilización de cuentas.
- Adoptar cualquier otra medida que estime necesaria, con el propósito de evitar las actividades descritas en el este artículo.

Por su parte el artículo 458 ejusdem determina la naturaleza de los actos administrativos, al diferenciar los actos medidas de los actos sancionatorios: “No se considerarán sanciones administrativas aquellas medidas preventivas, dictadas para corregir fallas, errores u omisiones en las operaciones de los bancos, entidades de ahorro y préstamo, u otras instituciones financieras, previstas en los artículos ...”.

6) Ley Orgánica de la Contraloría General de la República.

Esta ley tiene como objeto regular las funciones de la Contraloría General de la República, el Sistema Nacional de Control Fiscal y la participación de los ciudadanos en el ejercicio de la función contralora (art. 1).

Este ente tiene también funciones preventivas, y en tal sentido los artículos 112 y 113 lo regulan:

Artículo 112:

“El Contralor General de la República y con su previa autorización los titulares de los demás órganos de control fiscal externo podrán adoptar en cualquier momento, mediante acto motivado, las medidas preventivas que resulten necesarias cuando en el curso de una investigación se determine que existe riesgo manifiesto de daño al patrimonio de alguno de los entes u organismos señalados en los numerales 1 al 11 del artículo 9 de esta Ley, o que quede ilusoria la ejecución de la decisión”.

Artículo 113:

“Las medidas preventivas deberán estar expresamente previstas y ajustarse a la proporcionalidad y necesidades de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto concreto, hasta tanto los órganos jurisdiccionales se pronuncien al respecto”.

En este caso, el legislador fue claro al catalogar dichas medidas como preventivas, pero obvió señalar el procedimiento administrativo que le corresponde, como consecuentemente lo habían realizado las leyes previamente analizadas.

7) Ley Orgánica de Telecomunicaciones.

Esta ley tiene como objeto establecer el marco legal de regulación general de las telecomunicaciones, a fin de garantizar el derecho humano de las

personas a la comunicación y a la realización de las actividades económicas de telecomunicaciones necesarias para lograrlo, sin más limitaciones que las derivadas de la Constitución y las leyes. (art. 1).

Este objetivo se realiza a través de la "Comisión Nacional de Telecomunicaciones", instituto autónomo adscrito al Ministerio de Infraestructura, a los efectos de control de la tutela administrativa.

Dentro de sus facultades está:

"Artículo 37: ...

14. Dictar medidas preventivas, de oficio o a instancia de los interesados, en el curso de los procedimientos administrativos que se sigan ante ella, cuando así lo requiere el caso concreto."

Resulta conveniente comentar que, el legislador en el artículo 37 denomina a dichas medidas "preventivas", para luego en el artículo 182 al 184 las expresa como "cautelares", lo cual aparentemente indica el uso de estos términos como sinónimos.

Esto se corrobora con la lectura del artículo 182, el cual expresa:

"En el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios la Comisión Nacional de Telecomunicaciones podrá dictar las medidas cautelares a que se refiere esta Sección, a cuyos efectos deberá realizar una ponderación entre los perjuicios graves que pudiesen sufrir los operadores o

usuarios afectados por la conducta del presunto infractor, respecto de los perjuicios que implicaría para éste la adopción de dicha medida, todo ello en atención a la presunción de buen derecho que emergiere de la situación”.

Artículo 183:

“Las medidas cautelares que puede adoptar la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo anterior puede consistir en:

1. Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial de las actividades presuntamente infractoras de esta ley.
2. Ordenar la realización de actos o actuaciones en materia de Servicio Universal, interconexión, derecho de vía, restablecimiento de servicios, facturación por servicios, seguridad y defensa
3. Proceder a la incautación de los equipos empleados y clausura de los recintos o establecimientos donde se opere, cuando se trate de actividades presuntamente clandestinas que implique el uso del espectro eléctrico.”

El artículo 184 establece el procedimiento defensivo, es decir, la parte afectada puede oponerse a la medida, abriéndose a tales fines una articulación probatoria de ocho días (8) y vencido este lapso la Comisión decidirá dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.

Haciendo una interpretación más detallada del espíritu del legislador al promulgar estas leyes, parece que, hace alusión a las medidas preventivas cuando se refiere a los procedimientos administrativos en general (numeral 14 del artículo 37), para luego concretar con los procedimientos sancionatorios y darle nombre de cautelares a las medidas que se tomen con

carácter preventivo en estos procedimientos específicos, lo cual, como ya se ha venido señalando son actos "medidas" administrativos en virtud de dictarse dentro de procedimientos administrativos, como en efecto señala la ley, y que estas medidas son " preventivas " como correctamente expresara el legislador en el artículo arriba indicado.

El legislador postconstitucional ha mantenido el mismo criterio en las diferentes leyes comentadas en el sentido de otorgarle el carácter de cautelar a las medidas que con criterio preventivo dicta el órgano de la Administración Pública. Sin embargo, resulta por demás plausible que casi todas estas normas establecen un procedimiento de defensa a la parte afectada por tal actuación del órgano, con lo cual se crea un equilibrio entre la aplicación de la norma y su posible afectación a los involucrados o presuntos infractores.

De igual manera, esta ley se refiere a las "medidas provisionalísimas" uniéndose también a la corriente legislativa imperante al respecto.

Ciertamente, el artículo 180 expresa:

"Una vez ordenada la apertura del procedimiento corresponderá a la Consultoría Jurídica la realización de todas las actuaciones necesarias para la sustanciación del mismo, salvo el decidir acerca de la aplicación de las medidas provisionalísimas o cautelares previstas en esta

Ley, las cuales corresponderán al Director General. La sustanciación del expediente deberá concluirse dentro de los treinta días continuos siguientes al auto de apertura, pero podrá prorrogarse hasta por diez días cuando la complejidad del asunto así lo requiera”.

Así mismo el párrafo único del artículo 183 establece:

“Párrafo único: Las medidas a que se refiere este artículo podrán ser dictadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con carácter provisionalísimo, en el acto de apertura del procedimiento administrativo sancionatorio sin cumplir con los extremos a que se refiere el artículo 182 de esta Ley, cuando razones de urgencia así lo ameriten. Ejecutada la medida provisionalísima, la Comisión Nacional de Telecomunicaciones deberá pronunciarse sobre su carácter cautelar, confirmando, modificando o revocando la medida adoptada, en atención a lo dispuesto en los artículos 182 y siguientes de esta Ley. Cuando se impute al infractor la explotación o prestación de un servicio sin la habilitación administrativa o concesión correspondiente, se podrán acordar las medidas provisionalísimas en el auto de apertura del procedimiento.”

Los comentarios en torno a estos aspectos de las medidas provisionalísimas en virtud de la importancia de su análisis se hace en comentario separado del presente análisis legislativo; sin embargo se observa la consecuente utilización de estos términos por parte del legislador, lo que ratifica que la determinación de estas instituciones jurídicas en el ámbito de los órganos del Poder Público sigue siendo muy confusa en este ámbito.

8) Decreto con fuerza de Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional.

Esta ley tiene como objeto establecer las disposiciones que regirán el Sistema de Transporte Ferroviario Nacional, su planificación, construcción y explotación en el territorio nacional, así como las relaciones de derecho a que ello diere lugar, en concordancia con la política de desarrollo regional que dicte el Ejecutivo Nacional y con el desarrollo económico y social de la Nación (art. 1).

El órgano ejecutor de la política ferroviaria nacional será el Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado el cual, además, tendrá a su cargo la supervisión, fiscalización y control del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional (art. 8).

En el marco del procedimiento administrativo sancionatorio el Consejo Directivo del Instituto, tiene facultades para dictar, una vez iniciado el procedimiento o durante su transcurso las medidas cautelares siguientes:

- Ordenar la suspensión inmediata, total o parcial, de las actividades presuntamente infractoras.
- Ordenar la realización de actos o actividades provisionales hasta tanto se decida el asunto.

- Proceder a asumir la prestación del servicio.
- Proceder a la ocupación temporal o cierre de las instalaciones o recintos de uso ferroviario, cuando se presten servicios ferroviarios sin la expresa autorización del Instituto Autónomo de Ferrocarriles del Estado.
- Realizar u ordenar las inspecciones que considere pertinentes a los fines de la investigación.

Por su parte los artículos 82, 83 y 84 establecen exactamente igual procedimiento al de las leyes antes señaladas en cuanto a las medidas provisionalísimas, oposición y revocación.

De la lectura del artículo 88 ejusdem se verifica el procedimiento de regulación de los recursos administrativos, por lo que se observa una dual situación en el ámbito de las medidas preventivas, toda vez, que se abre la posibilidad de la oposición a la medida, así como la posibilidad de ejercer el recurso de reconsideración respectivo.

9) Decreto con Fuerza de Ley de Aviación Civil.

Esta ley tiene por objeto, regular la aviación civil, que comprende el conjunto de actividades dirigidas a la prestación de servicios de transporte aéreo de pasajeros, equipaje, carga y correo, así como el uso de aeronaves civiles para fines científicos, de exhibición, propaganda, trabajos industriales, agrícolas, sanitarios, deportivos, de instrucción y turismo; y todo relativo a las obras y funcionamiento de la infraestructura aeronáutica, rutas, servicios y demás actividades inherentes a la industria del transporte aéreo (art. 1).

Estas actividades se llevan a cabo a través del Instituto Nacional de Aviación Civil, ente adscrito al Ministerio de Infraestructura, y le compete la inspección de toda la actividad aeronáutica civil en el país, de conformidad con el Decreto-Ley, sus reglamentos y las normas técnicas que dicte (art. 87).

En el artículo 190 se determina las facultades procedimentales administrativas de este organismo:

“Corresponde al Instituto Nacional de Aviación Civil el conocimiento, tramitación, decisión y ejecución de los procedimientos administrativos sancionatorios previstos en este capítulo, de conformidad con lo previsto en este Decreto-Ley, o en su defecto por lo establecido en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos”.

Seguidamente el artículo 197 establece la potestad de dictar (sic) “medidas cautelares”, así como el 198 el tipo de medidas:

“El Presidente del Instituto Nacional de Aviación Civil, en el curso de los procedimientos administrativos sancionatorios, mediante acto motivado, podrá dictar las medidas cautelares a que se refiere este Capítulo, a cuyos efectos deberá realizar una ponderación entre el riesgo atinente a la seguridad operacional y los perjuicios graves que pudiesen sufrir los operadores y usuarios afectados por la conducta del presunto infractor, así como el minimizar los perjuicios que implicaría para el operador la adopción de dicha medida, todo ello en atención a la presunción de buen derecho que emergiere de la situación.”

Las medidas cautelares que puede adoptar el Presidente del Instituto Nacional de Aviación Civil atendiendo a los parámetros establecidos en el artículo anterior, pueden consistir en:

- Suspender las actividades aeronáuticas civiles cuando considere que no están cumplidas las condiciones de seguridad requeridas o cuando no están asegurados los riesgos cuya cobertura sea obligatoria y autorizar su reanudación una vez subsanadas tales deficiencias o cumplidos los requisitos exigidos, siempre que no resultare de aquella situación, causales que traigan aparejada la revocatoria de la habilitación o concesión respectiva.
- Impedir la realización de vuelos que importen el ejercicio de derechos de tráfico no acordados o respecto de los cuales se carezca de la habilitación o concesión correspondientes.
- Prohibir el empleo de material de vuelo que no ofrezca seguridad.

- Autorizar la interrupción y reanudación de los servicios, a solicitud de los titulares de las habilitaciones administrativas o concesiones respectivas, cuando no resulten afectadas las razones de necesidad o utilidad general que determinaron su otorgamiento.
- Cualquier otra medida indispensable para garantizar la seguridad de las operaciones aeronáuticas civiles.

Por su parte el artículo 199 determina el procedimiento en caso de oposición a las medidas decretadas, el cual sigue el patrón uniforme de las leyes hasta ahora comentadas, así como la facultad que tiene el Presidente del Instituto de suspender las medidas cuando estime que sus efectos no se justifican:

"El Presidente del Instituto Nacional de Aviación Civil procederá a revocar la medida cautelar que hubiese dictado o que hubiesen dictado los Inspectores Aeronáuticos o el Jefe de Aeropuerto, cuando así proceda, y cuando estime que sus efectos no se justifican. En todo caso, las medidas cautelares que se hubiesen dictado con ocasión de un procedimiento administrativo sancionatorio cesarán en sus efectos cuando se dicte la decisión que ponga fin a dicho procedimiento o cuando transcurra el lapso establecido para la decisión definitiva sin que ésta se haya producido".

En dicho texto legal existen otras medidas, y son las relativas a la prohibición de despegue de aeronave y el recurso jerárquico respectivo, la cual se encuentra inserta en la Disposición final Octava:

"Con la interposición del recurso jerárquico contra las decisiones de detención o prohibición de despegue de una

aeronave, dictadas por funcionarios del Instituto Nacional de Aviación Civil, el Presidente del Instituto podrá inmediatamente y de forma cautelar en dicho procedimiento suspender los efectos de tales actos, siempre que exista una presunción de buen derecho, razones de urgencia que así lo justifiquen y sea expresamente solicitado por el interesado”.

10) Decreto con Fuerza de Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas.

Esta ley tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

Será aplicable a los Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas independientemente de sus características tecnológicas o de los desarrollos tecnológicos que se produzcan en un futuro. A tal efecto, sus normas serán desarrolladas e interpretadas progresivamente, orientadas a reconocer la validez y eficacia probatoria de los Mensajes de datos y Firmas Electrónicas (art. 1).

A tales fines se crea la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, adscrita al Ministerio de Ciencia y tecnología y el objeto de ésta

es acreditar, supervisar y controlar, en los términos previstos en este Decreto-Ley y sus reglamentos, a los Proveedores de Servicios de Certificación públicos o privados (art. 21).

Dentro de las competencias que tiene este organismo están:

- Revocar o suspender la acreditación otorgada cuando se incumplan las condiciones, requisitos y obligaciones que se establecen en este Decreto-Ley.
- Tomar las medidas preventivas o correctivas que considere necesarias conforme a lo previsto en este Decreto-Ley (art. 22)

Las medidas preventivas o "correctivas", denominadas así por esta ley, serán tomadas cuando sean para garantizar la confiabilidad de los servicios prestados por los Proveedores de Servicios de Certificación. A tal efecto, podrá ordenar, entre otras medidas, el uso de estándares o prácticas internacionalmente aceptadas para la prestación de los servicios de certificación electrónica, o que el Proveedor se abstenga de realizar cualquier actividad que ponga en peligro la integridad o el buen uso del servicio (art. 27).

En este sentido no se establecen otros aspectos en materia de medidas preventivas, ni la posible oposición al decreto que la dicta, con excepción de la disposición final segunda que establece que los procedimientos, trámites y recursos contra los actos emanados de la Superintendencia de Servicios de Certificación Electrónica, se regirán por lo previsto en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, con lo cual queda como única posibilidad en materia de medidas preventivas, ejercer el recurso de reconsideración al cual se ha hecho acotación en anteriores comentarios legales.

Visto los ejemplos legales enmarcados en la nueva visión constitucional de la Tutela Preventiva que debe ejercer la Administración Pública, es de hacer notar algunos ejemplos de leyes anteriores a la Constitución de 1999, las cuales tienen como característica básica la ausencia de mecanismos especiales, distintos a los ordinarios, para que el administrado que se vea afectado por un acto administrativo pueda recurrir de manera directa contra dicho acto-medida administrativo, el cual si está contemplado en las leyes anteriormente tratadas.

b. Leyes anteriores a la Constitución de 1999.

- 1) Ley para promover y proteger el ejercicio de la Libre Competencia.

Según esta ley, le corresponde a la Superintendencia la vigilancia y control de las prácticas que impidan o restrinjan la libre competencia, y entre otras, podrá dictar las medidas preventivas, de oficio o a solicitud de interesados, para evitar los efectos perjudiciales de las prácticas prohibidas.

Así mismo, la "Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia" podrá dictar una serie de "medidas preventivas":

"Art. 35:...

1. La cesación de la presunta práctica prohibida.
2. Dictar medidas para evitar los daños que pueda causar la supuesta práctica prohibida.
Parágrafo primero: Si las medidas preventivas han sido solicitadas por parte interesada, el Superintendente podrá exigirle la constitución de una caución para garantizar los eventuales daños y perjuicios que se causaren...
Parágrafo Segundo: En caso que las mencionadas medidas preventivas pudieran causar perjuicio a presunto infractor, éste podrá solicitar al Superintendente la suspensión de sus efectos. En este caso, el Superintendente deberá exigir la constitución previa de caución suficiente para garantizar la medida."

Ugas (2000) hace un estudio de las medidas preventivas en este campo, denominándolas potestades cautelares y medidas cautelares, lo cual corrobora el criterio de la presente investigación en el sentido del uso indebido que de las instituciones jurídicas se realiza por parte de los juristas, así como por parte de los legisladores y operarios de Justicia, especialmente los Magistrados del más Alto Tribunal de la República.

Siguiendo estos aspectos comentados, la autora arriba mencionada expresa:

"En atención a la envergadura y magnitud del interés tutelado por el derecho de la competencia,... y que posteriormente ha sido recogido de forma más categórica en la Constitución de la República Bolivariana de 1999, en el artículo 113, el legislador otorgó a la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Pro-competencia), potestades cautelares que le permiten concretar de forma eficaz y veloz el resguardo del mercado. El texto constitucional de 1999, expresamente señala en su artículo 113 que *el Estado adoptará las medidas que fueren necesarias para evitar los efectos nocivos y restrictivos del monopolio, del abuso de posición de dominio y de las demandas concentradas, teniendo como finalidad la protección del público consumidor, de los productores y el aseguramiento de condiciones efectivas de competencia en la economía* (p.244).

Estos criterios los extiende tanto a medidas definitivas como provisionales, "en virtud de las cuales la Administración puede imponer determinadas obligaciones o condiciones en la actividad económica de los particulares antes de que se determine ciertamente la existencia de un ilícito restrictivo de la libre competencia" (p.244).

Nuevamente la confusión conceptual impera en materia de las competencias de los Órganos de la Administración Pública, es la propia autora en comento quien señala:

"Este dispositivo (artículo 26 del texto constitucional de 1999), que reconoce los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva de quienes acudan a los órganos de la administración de justicia, es exigible a los órganos de la

Administración Pública, máxime cuando estos tienen facultades de *policía administrativa* como el caso de PRO-COMPETENCIA. Lo que se pretende, es permitir el acceso a la justicia de todas las personas sin discriminación alguna y el restablecimiento del orden público infringido”

La Jurisdicción y la Administración son conceptos distintos, con elementos característicos que delimitan perfectamente su campo de acción. Estos aspectos son analizados brevemente en el tercer Capítulo, el cual se refiere a la Jurisdicción y Jurisdicción Administrativa y Función Jurisdiccional de la Administración.

Ugas (2000) continúa con las potestades, que según ella, corresponden también a la Administración Pública:

“En materia de protección de libre competencia en sede administrativa, las medidas cautelares se encuentran conectadas no sólo a los supuestos de daño irreparable para los intereses cuya protección se pretende, sino también con la efectividad de la tutela de fondo: *el mercado*. Pues, el principio constitucional de la tutela judicial efectiva debe “proyectarse” sic (MENÉNDEZ REXACH) sobre la ejecutividad del acto formal, puesto que dada la duración del procedimiento y la dinámica natural de los mercados, reclama que ese control de la ejecutividad se adelante en el tiempo al control que pueda llevarse a cabo con el acto mismo...Por ello en aquellas situaciones en la que los derechos o intereses a proteger sean susceptibles de menoscabo, y adicionalmente, tiendan a disipar o dañar irremediablemente el orden público económico, la tutela cautelar merece una presencia obligatoria”(p.247).

Ciertamente, el criterio relativo a la protección de los derechos e intereses de la colectividad y el orden público, son premisas fundamentales a ser tomadas en cuenta por los Órganos del Poder Público, pero ello no significa que se trata de una tutela cautelar a los fines de asegurar resultados de un procedimiento jurisdiccional, sino de la llamada tutela Preventiva que le corresponde como potestad-deber a dichos entes; tan es así que el propio legislador les llama acertadamente medidas preventivas, tal y como lo señala el artículo 35 de dicha Ley.

2) Ley del Mercado de Capitales.

Esta ley regula la oferta pública de valores, cualesquiera que éstos sean, y lo hace a través de la Comisión Nacional de Valores, organismo encargado de promover, regular, vigilar y supervisar el mercado de capitales. Realiza su labor a través del Directorio de dicha Comisión. Sus facultades y deberes están establecidos en el artículo 9, y en el numeral 15 establece que "podrá adoptar las medidas necesarias para resguardar los intereses de quienes hayan efectuado inversiones en valores sujetos a esta ley".

Por último, de la lectura completa de dicha Ley, se observa que, no aparece regulado de manera expresa las medidas preventivas administrativas, así como, el procedimiento que pudiera corresponderle, remitiendo los

procedimientos sancionatorios a la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y todo lo no previsto en ella, al Código de Comercio, la Ley de Cajas de Ahorro y Ley de Entidades de Inversión Colectiva (art. 146).

c. Medidas Provisionalísimas

Como ya ha sido expuesto, las medidas provisionalísimas son aquellas providencias de urgencia que dicta el Juez Contencioso Administrativo dentro de la solicitud de medidas cautelares, se le denomina, la cautela de la cautela en virtud de ser un trámite urgente y sin mayores requisitos que los que resulten de los autos. El Tribunal Supremo Español es el artífice de este tipo de medidas que han tomado auge en el mundo entero debido a la eficacia que al final cumple la sentencia del caso. El Principio de la tutela judicial efectiva logra con este tipo de actividad jurisdiccional su más claro cometido.

En Venezuela, nuestro más alto Tribunal de Justicia había sido reacio a la aceptación de este tipo de medidas en los procedimientos contencioso-administrativos. Esto se evidencia de la Jurisprudencias anteriores, pero en los últimos tiempos se ha observado cambios al respecto, a pesar de que nuestro más altos Tribunales Administrativos también han considerado que

no es posible la solicitud simultánea de medidas cautelares, por cuanto éstas últimas únicamente pueden solicitarse de manera subsidiaria.

La sentencia que permite hacer este análisis fue dictada por la Sala Político-Administrativa el 17 de marzo de 2000, en el caso de Constructora Pedeca, ca contra la Gobernación del Estado Anzoátegui, siendo el Magistrado Ponente, Carlos Escarrá Malavé. Esta decisión recae sobre un recurso contencioso administrativo de nulidad, ejercido conjuntamente con la acción de amparo cautelar, intentado por un particular contra un acto administrativo de efectos particulares dictado mediante Decreto por el entonces Gobernador del Estado Anzoátegui.

Las apreciaciones más resaltantes que determina la Sala están circunscritas a determinar cuando se puede acordar o no una medida cautelar "provisionalísima", tal y como fuera solicitado por el demandante. En este sentido se observa que el recurrente solicitó a dicha Sala, que al momento de pronunciarse sobre la admisibilidad o no de la acción de amparo cautelar, dictase una medida cautelar preventiva anticipativa, a fin de que suspendiesen provisionalmente, sin contradictorio, es decir, inaudita parte, los efectos del acto administrativo impugnado, conforme a lo preceptuado en el artículo 27 constitucional.

En este orden de ideas, señala el más Alto Tribunal de la República:

"En cuanto a la medida de provisionalidad solicitada la Sala aprecia que la doctrina ha venido sosteniendo la posibilidad de que el Juez contencioso-administrativo acuerde las medidas cautelares provisionálísimas con base en el derecho a la tutela judicial efectiva que ya se encontraba consagrado en la Constitución de 1961. Pero en virtud, de la entrada en vigencia de la nueva Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se hace imprescindible analizar de forma integral y progresiva su contenido a los fines de conocer los principios y normas que contiene al respecto. En tal sentido, esta Sala observa que una revisión del Preámbulo y los artículos 19,26,27 y 257 de la referida Carta Magna se desprenden las siguientes conclusiones: 1. La obligación de los Poderes Públicos del Estado de garantizar a toda persona, el goce y ejercicio de sus derechos y garantías fundamentales; 2. El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección de esos derechos y garantías; 3. El carácter expedito, breve, eficaz, inmediato, eficiente y de primacía del fondo sobre la forma, para garantizar la protección en el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona humana. De acuerdo con lo anterior dice la sentencia, esta Sala debe afirmar la potestad del Juez Contencioso Administrativo para acordar las denominadas "**<< medidas provisionálísimas>>**" como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar para garantizar el tantas veces mencionado principio de tutela judicial efectiva.

De este extracto de la sentencia se evidencia claramente la premisa establecida al inicio de este estudio, referida al Estado de Derecho; y la obligación de todas y cada una de las ramas del Poder Público de garantizar a toda persona en el goce y ejercicio de sus derechos constitucionales. Así mismo, la tutela jurisdiccional establecida en el artículo 26 de la Constitución Nacional. Con base a estos preceptos el Juez Contencioso Administrativo

deberá ponderar la situación jurídica planteada y decidir de manera adecuada.

¿Y cuando será posible el decreto cautelar provisionalísimo?

La sentencia objeto de estos comentarios lo determina expresamente:

“Ello será lo procedente cuando estén presentes los requisitos ya mencionados en este fallo y hayan sido ponderados los derechos e intereses de la parte que pueda resultar afectada por la medida. Así se declara.”

Finalmente advierte el Sentenciador de esta causa, que, al igual que lo ha hecho respecto a las solicitudes de suspensión de efectos realizadas de conformidad con el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, quien pretenda una protección cautelar, tiene la carga de alegar y probar de manera suficiente los elementos que permitan determinar cuál o cuáles serían los daños de difícil reparación por la sentencia definitiva, más aún cuando la cautela que se solicita tiene el carácter excepcional de la que se discute en autos.

Esta Sentencia reconoce la importante corriente de opinión generada por parte de la Doctrina, a favor de una mayor amplitud y flexibilidad de los criterios aplicables a la resolución de peticiones incidentales de suspensión y demás medidas cautelares.

De la misma manera se señala el derecho a la tutela judicial efectiva, el cual debe ser considerado con el fundamento del análisis de procedencia de las medidas provisionálísimas o precautelativas.

Así mismo reconoce:

- Que los Poderes Públicos están en la obligación de garantizar a toda persona el goce de sus derechos y garantías fundamentales.
- Que existe un derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección de esos derechos y garantías;
- El carácter expedito, breve, eficaz, inmediato, eficiente y de primacía del fondo sobre la forma, para garantizar la protección en el goce y ejercicio de los derechos inherentes a la persona humana.

De acuerdo con lo anterior dice la sentencia, que se debe afirmar la potestad del Juez Contencioso Administrativo para acordar las denominadas “medidas provisionálísimas” como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar para garantizar el tantas veces mencionado principio de tutela judicial efectiva. Esto podrá ser viable cuando estén presentes los requisitos suficientes para dictar una medida pre-cautelar.

También aclara que el restablecimiento de la situación jurídica infringida no puede propender a la violación de otros derechos constitucionales de igual condición que los del presunto agravante- ya que ninguno de los derechos o libertades privan o prevalecen los unos sobre los otros.

La cautela de la cautela sólo tiene como finalidad garantizar los derechos del querellante presuntamente violados, mientras se decide el amparo cautelar, que igualmente persigue suspender los efectos de la actuación de la administración mientras se espera la decisión de fondo del asunto, que viene a ser el proceso de nulidad del acto recurrido. Ya alguna corriente doctrinaria en Venezuela considera esta institución como inadecuada e inoficiosa en virtud de existir otras posibilidades jurídicas para la suspensión de efectos de actos administrativos de efectos particulares, como el caso del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

De la misma manera, en otra Sentencia de la Sala Electoral del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 11 de Junio de 2002, con ponencia del Magistrado Luis Martínez Hernández, en el caso: CASEP contra la Superintendencia de Cajas de Ahorros, esta Sala señaló la improcedencia de las medidas cautelares provisionálísimas, presentando confusión en la apreciación de estas medidas y su armonización con el recurso de nulidad de acto administrativo, conjuntamente con amparo cautelar, tan es así que

ordena enviar a la Sala de sustanciación del expediente respectivo, lo que resulta a todas luces incongruente con la esencia de las medidas cautelares provisionales.

Así lo señala expresamente:

"Admitido como ha sido el presente recurso, considera esta Sala conveniente referirse al objeto de las providencias cautelares solicitadas por los recurrentes en el presente proceso. En ese sentido, además de la solicitud de medida cautelar de amparo constitucional, los accionantes han planteado se acuerde una "medida cautelar provisionalísima o precautelar", con el fin de "... preservar la efectividad de la decisión que recaiga en el incidente principal cautelar, esto es, en tanto se tramita y resuelve el incidente de suspensión o cualquiera otra medida promovida por el recurrente, entre ellas la tutela constitucional" (folio 25 del expediente). Adicionalmente los recurrentes solicitan se "...dicte medida cautelar provisional mientras dure el presente recurso electoral, por medio del cual se permita llevar a cabo el proceso electoral para la elección de los diferentes órganos o autoridades de la Caja de Ahorro del Sector de los Empleados Públicos (CASEP)... (folio 19 del expediente).

Seguidamente pasa a analizar la improcedencia de la medida provisionalísima, considerando inoficioso un posible decreto cautelar en este caso, mientras se tramita una medida cautelar incidental:

"En ese sentido, cabe resaltar que, si bien los planteamientos expuestos resultan algo confusos en cuanto a determinar con claridad qué tipo de medida o medidas cautelares, previas, adicionales o subsidiarias, a la solicitud de amparo, persiguen obtener los recurrentes, este órgano judicial considera inoficioso entrar a pronunciarse sobre una solicitud que, según fue descrita, habría de recaer en la causa principal en

tanto se tramita cualquier otro tipo de medida cautelar incidental, toda vez que precisamente es mediante esta decisión interlocutoria que habrá de decidirse la procedencia o no de acordar la solicitud cautelar de amparo constitucional. Por otra parte, siguiendo los lineamientos establecidos por la jurisprudencia de esta Sala, en el supuesto de que se considere improcedente acordar la tutela constitucional solicitada, este órgano examinará la pertinencia de acordar una medida cautelar provisional en los términos en que fue planteada en el escrito libelar”.

Y para finalizar concluye el Sentenciador del presente caso bajo estudio:

“Una vez desestimada la solicitud de amparo cautelar, corresponde a la Sala, a los efectos de analizar la procedencia de la otra medida cautelar provisional solicitada, previamente examinar los restantes requisitos de admisibilidad que no fueron analizados en una primera oportunidad por tratarse de la interposición de un recurso contencioso electoral con amparo cautelar en los términos del artículo 5, parágrafo único, de la Ley Orgánica de Amparo Sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por lo que acuerda la remisión inmediata al Juzgado de Sustanciación a los fines del pronunciamiento correspondiente”

Como puede observarse de las Sentencias analizadas, a pesar de la nueva tendencia en materia de medidas provisionálísimas, existen criterios que niegan tal posibilidad por considerar inoficiosa la declaración sobre esta solicitud, ya que según estos Jueces existen otros remedios jurídicos que permiten llegar a la misma conclusión. Sin embargo, la realidad es, que el principio de la tutela judicial efectiva puede servirse de cuantas providencias sean necesarias para que el proceso pueda ser realmente el instrumento en la realización de la justicia.

2. El Órgano Legislativo su función Preventiva.

La función legislativa también está facultada para establecer Tutela Preventiva, pero esta protección se realiza a través de los mandatos legales, es decir, la creación de las normas jurídicas, lo cual supone la expectativa de un determinada conducta en aras de evitar la realización de un hecho potencialmente lesivo a los derechos e intereses ciudadanos, ya sea individuales, colectivos o difusos.

Como quiera que la actuación del Órgano Legislativo se realiza a través del procedimiento de creación de leyes, y siendo esa actividad compleja, el tiempo va a jugar un papel fundamental en la eficacia de esa tutela preventiva.

En este sentido, solamente **la tempestividad** con la que se cree la norma jurídica es la que podrá determinar la eficacia de la tutela preventiva de dicho Órgano. Sin embargo, aún siendo rápido el procedimiento de creación de la norma que se dirija a proteger y mantener el orden jurídico del Estado Social y de Derecho, no es suficiente, así como tampoco lo es el procedimiento jurisdiccional sin la existencia de las medidas cautelares.

De allí que la Administración Pública y mayormente la Jurisdicción van a apoyar la labor del Órgano Legislativo en materia de Tutela Preventiva, ya que sus funciones se realizan de manera más directa con el conglomerado humano del Estado, por lo que la potestad- deber de mantener el orden público les es imperativo cumplir de manera inmediata y oportuna. Estos aspectos derivan del primer párrafo del artículo 136 constitucional, referido a la colaboración que se deben dar entre sí cada una de las ramas del Poder Público.

Con base a los razonamientos alegados, en puridad de conceptos no se aprecia que el Órgano legislativo tiene una potestad directa para anticipar los efectos decisorios lo que no significa que uno de los deberes de este Órgano es legislar tempestivamente, con lo cual estará actuando con criterio de Tutela Preventiva en virtud de la obligación que tiene de cumplir los fines del Estado Social y Derecho.

Por eso, y en el marco de la ayuda mutua que se deben los Órganos del Poder Público por mandato constitucional, la Administración Pública y la Jurisdicción apoyan al Órgano Legislativo en la Tutela Preventiva, realizando esta potestad- deber de manera directa, inmediata y por ende con mayor eficacia.

CAPITULO II

ÁMBITO DE LA TUTELA PREVENTIVA DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

A. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS Y LAS MEDIDAS CAUTELARES.

1. Conceptos Básicos.

Paralelamente a la función primordial de cada una de las ramas del Poder Público, ya sea la del establecimiento de normas generales de conducta (órgano legislativo), o la administración de bienes comunes en función de la satisfacción de necesidades generales (administración pública), o la realización del ordenamiento jurídico a casos concretos (jurisdicción), se encuentra la imperiosa obligación de prevenir lesiones al estatuto jurídico vigente, es decir, proteger y salvaguardar el Estado de Derecho y de justicia, por lo que esta obligación no es exclusiva de los órganos de la función jurisdiccional, pues constituye una verdadera obligación para todos los órganos del Poder Público.

Esta prevención según Ortiz (2002):

“Es una potestad establecida en la ley, por medio de la cual los órganos del Poder Público pueden y deben procurar el cumplimiento de los fines del Estado y garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de los ciudadanos, pero tal ‘posibilidad legal’ es, también una actividad reglada y obligatoria en el caso de darse los supuestos de hecho específicos exigidos por la habilitación legal” (p.172)

Estos principios están establecidos en el artículo 19 de la Constitución Nacional, el cual se armoniza con los artículos 2, 3, 26, 52, 143, 253 y 257 ejusdem.

Quando la tutela preventiva es utilizada por órganos jurisdiccionales, entonces la diferencia de ambas tutelas se determina por la “causa” de la tutela y el “objeto” de las decisiones; esto significa que, cuando el objeto de la medida preventiva sea la salvaguarda de la eficacia de un fallo y la efectividad de la sentencia, se trata de una “medida preventiva cautelar”, y la causa se da cuando la medida preventiva se dirige a proteger que la ejecución del fallo se haga ilusoria. Paralelamente, cuando la medida se dirige a proteger, a salvaguardar situaciones extraprocesales, de manera preferente, es cuando se denomina medida preventiva no cautelar.

Así mismo, cuando los órganos jurisdiccionales ejercen la función preventiva las mismas pueden ser distintas en su naturaleza específica por cuanto su objeto diversifica el tratamiento científico que se le da a esta función.

Se clasifican de la siguiente manera:

- Medidas preventivas sobre pruebas;
- Medidas preventivas de protección de derechos y garantías constitucionales o constitucionalizables;
- Medidas de tutela anticipada por mandato de la propia Constitución;
- Medidas preventivas de tutela de derechos;
- Medidas preventivas que procuran la efectividad y eficacia de un proceso judicial.

Los situaciones son variadas, tal es el caso de que, en materia de posible pérdida de un medio de prueba está la institución del retardo perjudicial; en materia de posesión (interdictos); la tutela inmediata de un derecho (medidas de los artículos 171,174, 191 CC); la protección sobre las personas (amparo del art. 58 del CPC y el amparo constitucional frente a amenazas); así como la indicada en el aparte e) las cuales se refieren tanto a las medidas típicas, embargo, secuestro, prohibición de enajenar y gravar, y otras medidas típicas, como la ocupación judicial de bienes del fallido en

materia de quiebras, o el secuestro indicado en la Ley sobre Derechos de Autor, así como el secuestro señalado en la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios. Por otra parte se le añade, las denominadas medidas atípicas o innominadas que responden a un factor de "conducta" de las partes en el procedimiento (art. 588, párrafo segundo).

Se colige así que, toda medida cautelar es preventiva, pero no toda medida preventiva es cautelar, es decir que tiene como finalidad la protección del fallo o del procedimiento.

El órgano jurisdiccional siendo por excelencia el ente llamado a realizar tutela preventiva, tiene además la función de la tutela cautelar, cuya finalidad es garantizar las resultas de un procedimiento.

Es en el fenómeno procesal donde se manifiesta la institución de las medidas cautelares. No cabe la menor duda entonces, que la institución de las medidas cautelares están enmarcadas no sólo en la legitimidad del poder jurisdiccional, sino también en la protección del Estado de Derecho, según se desprende del razonamiento que antecede.

Es en este campo donde la tutela preventiva se amalgama con la tutela cautelar creando un catálogo de posibles actuaciones jurisdiccionales casi

inimaginables, toda vez que se suma a las cautelas taxativamente establecidas por el legislador en la normativa procesal que le sirve de marco jurídico (**medidas típicas**) , el poder cautelar del juez (**medidas innominadas o atípicas**), distinto del poder preventivo del órgano jurisdiccional, sumando en su totalidad un grupo de instrumentos efectivos que buscan cumplir a cabalidad las garantías establecidas en la Constitución, como son la justicia, la defensa y el desarrollo de la persona , y la igualdad, entre otros.

Diferenciados los aspectos básicos de ambas instituciones, un gran sector de la Doctrina tanto Procesal como Administrativa tiende a confundirlas con mucha frecuencia, y a no otorgarle el sitio que les corresponde, ello obedece a diferentes factores, en este sentido (en el marco del sistema venezolano de la **protección cautelar**) observamos los siguientes aspectos sobre los cuales la doctrina debe unificarse para una discusión constructiva, estas fallas son:

- La falta de determinación de sus requisitos procesales.
- La inobservancia de los límites y el irrespeto a elementales principios de la ciencia procesal, como el principio dispositivo que obliga a los jueces a atenerse a los alegatos y defensas de las partes, e incluso el

derecho a la defensa de tan profunda raigambre histórica en nuestro constitucionalismo.

- La confusión existente entre las medidas cautelares y las medidas administrativas, comúnmente llamadas ambas medidas precautelativas, y en lo cual se observa una seria confusión de las funciones administrativa y jurisdiccional.
- Otro aspecto de suma importancia en el ámbito cautelar lo constituyen las **medidas innominadas** que vienen a ser la ampliación de la tutela judicial efectiva con el desarrollo del derecho de amparo consagrado en el artículo 27 de la Constitución de la República, y establecidas como mecanismo legal en el artículo 588, parágrafo primero del Código de Procedimiento Civil; en ellas se concreta la idea de la tutela judicial efectiva que la doctrina española viene desarrollando a raíz de la Constitución de 1978 y que, en nuestro país, toma cuerpo como una idea fundamental del Estado de Derecho y la legitimidad del Estado mismo, concretado en los artículos 2, 3, 26, 49, 51 y 253 de la Constitución Nacional, y que se ha desarrollado a lo largo de este trabajo.
- Tanto las medidas preventivas, como las medidas cautelares tienen como finalidad la **garantía** del cumplimiento de un determinado derecho; en el caso de la cautela, se refiere exclusivamente a la

eficacia de la sentencia, de allí que su aplicación sea de facultad única del **órgano jurisdiccional**

Con respecto a las medidas innominadas, Ortiz (2002), quien especialmente se ha dedicado al estudio de este tipo de medidas con una gran profusión de obras en este tema, nos dice: "En cuanto a las medidas innominadas la situación es mucho más lamentable, por cuanto se ha asomado la tesis de que el juez puede proceder de oficio, e incluso la gran mayoría de los autores sustenta la tesis del poder general cautelar, cuando en realidad, el poder no es general sino la cautela, de donde se sigue que no puede hablarse de un poder general cautelar sino más bien de un poder cautelar general. Y esto es así porque las facultades y la discrecionalidad del juez no están referidas a crear medidas innominadas sino más bien a escoger la que sea más adecuada" (p.122).

La falta de delimitación precisa de la institución, tanto de las medidas cautelares en general como el de las medidas innominadas en particular- ha ocasionado que medidas administrativas, esto es, verdaderos actos administrativos, sean considerada bajo la misma noción, cuando en realidad no sólo responde a otra naturaleza, sino que sus efectos procesales son radicalmente distintos, aún cuando tengan la misma finalidad preventiva.

El artículo 253 al 261 de la Constitución Nacional establece las disposiciones generales del Poder Judicial y de la Administración de Justicia, y en especial el artículo 253 concreta lo que es la "Jurisdicción".

Este último artículo (253) señala de manera categórica que "la potestad de administrar justicia emana de los ciudadanos o ciudadanas y se imparte en nombre de la República y por autoridad de la ley".

Corresponde a los órganos del Poder Judicial conocer de las causas y asuntos de su competencia mediante los procedimientos que determinen las leyes, y ejecutar y hacer ejecutar sus sentencias".

Esta norma constitucional indica de manera clara que, es el órgano jurisdiccional a quien le corresponde la función de administrar justicia mediante "los procedimientos que determinen las leyes".

Este parte del análisis del órgano jurisdiccional determina estudiar someramente el tema de la **jurisdicción**, ya sea en su definición, esencia, naturaleza, elementos o bien su alcance, sobre la cual ya han existido grandes controversias y hasta la fecha pareciera que continuará, puesto que muchos profesionales del Derecho, así como nuestro más Alto Tribunal y

hasta el propio Constituyente, tienden a confundir la jurisdicción con la competencia.

La Constitución Nacional en algunos artículos hace referencia a la jurisdicción militar (art. 261), a la jurisdicción indígena (art. 260), la jurisdicción contencioso administrativa (art. 259), a las jurisdicciones especiales (art. 261) , así como descentralización jurisdiccional del Poder Judicial (art. 269), cuando en realidad se trata es de competencias distribuidas a los diferentes órganos jurisdiccionales; esto significa la medida de la jurisdicción.

Se ratifica este aspecto cuando se destaca los elementos más importantes de la jurisdicción:

- Corresponde al Estado, por cuanto es dimanante de la soberanía y por consiguiente indelegable.
- Es ejercida exclusivamente por los Tribunales: órganos específicos.
- La jurisdicción realiza el derecho en el caso concreto de modo irrevocable, el cual si bien no es requisito único, es por lo menos indispensable.
- La ejecución es parte integrante de la jurisdicción.

- Ese ejercicio del derecho al caso concreto, es la sentencia la cual el producto final de un mecanismo de desarrollo de esos derechos llamado “proceso”: El artículo 257 referido a la “eficacia procesal” complementa el artículo 26 de la Constitución: “tutela judicial efectiva”:

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

La justicia se logra a través del proceso, pero en la mayoría de los casos, ese procedimiento llega tarde, toda vez que la sentencia no logra su cometido por haber sido tardía, o por que la parte perdedora burló su ejecución insolventándose con anterioridad a ella. Por eso, Axel Bremberg, citado por Ortiz (2002) expresa que “el objeto de la institución cautelar es impedir que la soberanía del Estado, en su más alto significado, que es el de la justicia, se reduzca a ser una tardía e inútil expresión verbal (p. 234)

Establecido los lineamientos de lo que significa la tutela preventiva y la tutela cautelar, y, al estudiar las funciones del órgano jurisdiccional, la tutela preventiva y específicamente, la tutela cautelar, se convierte en la médula del procedimiento, ya que ella es el instrumento de que se sirve el Juez en el

proceso para llegar a realizar el principio constitucional de la tutela judicial efectiva.

No existe discusión alguna acerca de que la potestad de juzgar es un poder-deber exclusivo del Estado que ejerce a través de los órganos de administración de justicia- tribunales- es el poder jurisdiccional que atiende a la tutela jurisdiccional; y si las medidas cautelares constituyen un elemento de la tutela jurisdiccional, concretamente de la tutela jurisdiccional cautelar, no es posible que una autoridad distinta las decrete.

Sobre estos aspectos señala Henríquez La Roche (1988) que "el proceso cautelar existe cuando, en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo). Cautelar puede ser, no sólo un proceso, sino un acto, una providencia contenida en el proceso definitivo" (p.26).

De aquí parte que, las medidas cautelares tienen como uno de sus rasgos característicos **la instrumentalidad**, lo que significa que están al servicio de otro proceso que le sirve de base.

La importancia de la institución cautelar como instrumento de eficacia procesal es incuestionable. Por eso Jiménez (2000) señala que: "la cautela

sigue siendo el mecanismo de seguridad de los derechos vulnerados y del cumplimiento de las obligaciones incumplidas, ya que se asegura una ejecución de la eventual ejecución de la sentencia, de que la misma no se haga ilusoria" (p.16).

2. El Poder Cautelar Típico.

Las medidas cautelares están ligadas íntimamente a la tutela judicial efectiva y a la eficacia procesal, y como contrapartida: al derecho a la defensa y al derecho de igualdad ante la ley, por lo que para su desarrollo deben cumplir con una serie de requisitos que el legislador exige. El artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, señala: 1: Sólo cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo, (*periculum in mora*) y, 2.- cuando se acompañe un medio de prueba que constituye presunción grave de esta circunstancia y del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*). Sobre estos requisitos, autores patrios como Henríquez La Roche (1997), Duque Corredor (2000), Jiménez Salas (2000), Abdón Sánchez Noguera (1995), así como Ortiz, ampliamente mencionado, entre otros, se han dedicado al estudio de esta institución.

El legislador en el Código de Procedimiento Civil de 1987 ratificó el catálogo de las medidas cautelares típicas, éstas son:

- El embargo de bienes muebles,
- La prohibición de enajenar bienes inmuebles y
- El Secuestro de bienes determinados;
- Así mismo consolidó un institución cautelar, la cual si bien existía en la jurisprudencia patria anterior a este Código, y que trajo grandes debates doctrinarios que marcaron pautas en nuestro Derecho, y es el denominado **Poder Cautelar General del Juez**, o también, **medidas innominadas**, las cuales se refieren a actuaciones, a la conducta de las partes en el procedimiento.

3. El Poder Cautelar General.

Esta potestad que tiene el Juez deviene ahora del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil:

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 todo lo anteriormente expuesto se evidencia la existencia de un señalamiento taxativo de medidas por parte del legislador : las medidas típicas, y, por otra parte un amplio espectro de posibilidades de dictar providencias adecuadas en cada caso, cuando una parte pretenda causar daño a la otra : medidas atípicas o innominadas, en este último caso, se requiere para la procedencia del dictamen del Juez, además de los requisitos arriba expresados, la existencia del temor fundado de daño (*periculum in damni*) .

En su libro "Las medidas cautelares innominadas" Ortíz (2002, p.364) expresa:

"Las medidas innominadas constituyen un tipo de medidas preventivas de carácter cautelar cuyo contenido no está expresamente determinado en la Ley sino que constituye el producto del poder cautelar general de los jueces quienes, a solicitud de parte, pueden decretar y ejecutar las medidas adecuadas y pertinentes para evitar cualquier lesión o daño que una de las partes amenace infringir en el derecho de la otra y con la finalidad de garantizar tanto la eficacia como la efectividad de la sentencia definitiva y de la función jurisdiccional misma. A diferencia de las medidas cautelares típicas, las cuales son preferentemente patrimoniales y tienden a garantizar concretamente " la ejecución del fallo" (asegurando que existirán bienes suficientes sobre los cuales trabar la ejecución a través de las medidas ejecutivas) , las cautelas innominadas están diseñadas para evitar que la "conducta " de una de las partes pueda hacer inefectiva el proceso judicial y la sentencia que allí se dicte).

Esto significa que, cuando por necesidades propias de la realidad se deja al órgano jurisdiccional la determinación de la medida que más se adecue a la protección de un derecho en controversia, esta determinación es la que establece un poder cautelar general.

4. Características de las Medidas Cautelares.

- El carácter necesariamente preventivo y de esencia jurisdiccional. Ya se ha analizado la importancia de la prevención como herramienta fundamental de la realización de los derechos ciudadanos establecidos en la Constitución Nacional, y más aún los fundamentales, que si bien no están determinados expresamente en la Constitución, son de la esencia, inherentes a la persona humana. Por eso todos los órganos del Poder Público están en la incuestionable e inexcusable posición de salvaguardar todos los derechos ya señalados. Y el órgano por excelencia que debe hacer valer tales obligaciones y por antonomasia realizarlas, es el órgano jurisdiccional.

Por eso, las medidas cautelares son el instrumento del proceso para hacer valer la justicia en el caso concreto. Esta es la esencia jurisdiccional de la

tutela cautelar, pues se dicta dentro de un proceso y para garantizar que la sentencia que resulte de estos derechos controvertidos sea efectiva y eficaz.

- Proviene como consecuencia de una acción ya ejercida: Esto significa que no existe procedimiento cautelar principal, lo que significa su carácter instrumental (existen como consecuencia de un procedimiento previo y vigente), lo que significa que son parte del principio de la jurisdiccionalidad, es decir, que deben generarse, desarrollarse y extinguirse dentro de un proceso jurisdiccional, cuyo nacimiento procede de una actuación de parte.

Ello significa que la medida cautelar no es principal, o que no existe la medida cautelar principal; o como señala Jiménez (2002) que "no existe una acción jurisdiccional única y exclusivamente tendiente a obtener una cautela, con lo cual agota la jurisdicción" (p. 16).

- La instrumentalidad: El procedimiento cautelar, carece de autonomía funcional, pues su finalidad es asegurar la eficacia práctica de la sentencia que se dicte en el proceso, tal procedimiento estará unido a éste por el vínculo de subsidiaridad, o como técnicamente se le denomina, de instrumentalidad.

Palacio, citado por Sánchez (1995) indica que "la tutela cautelar presta una tutela mediata que sirve para asegurar el eficaz funcionamiento de la justicia. Esta instrumentalidad significa entonces que el procedimiento cautelar no tiene un fin en sí mismo, sino que constituye un accesorio de otro principal del cual depende y a la vez asegura el cumplimiento de la sentencia que en éste se dicte" (p. 23).

- Se solicitan y practican inaudita parte. Esta es su característica más resaltante, toda vez que, no requiere para su admisión, trámite, decreto y ejecución, la presencia de la parte contra quien se dirige y la afecta.

Jiménez (1999) con respecto a esta característica comenta "la vigencia de este principio descarga en la persona del juzgador la discrecionalidad del decreto, cuando, a su juicio, existan los elementos legales que a justifiquen, puesto que la discrecionalidad no es subjetiva, sino objetiva" (p.21).

- Carece de contradictorio y atiende al principio de la dispositividad. Para la mayoría de los doctrinarios, las medidas cautelares no tienen contradictorio, ya que carecen de los principios fundamentales del

derecho probatorio y del proceso: la presencia de dos partes de intereses en pugna frente al Juez que debe tomar y decisión.

En verdad, lo que se refieren autores como Jiménez (2002) es a la característica de **inaudita parte** que es casi esencia del procedimiento cautelar, y se dice, casi, porque bajo los nuevos parámetros constitucionales, el principio de derecho a la defensa abarca mayores ámbitos, hasta el punto que, el criterio de que las medidas cautelares pueden decretarse sin la presencia de la parte a quien afecta, ya es considerado una violación a este principio constitucional del derecho a la defensa (p.20).

Estas nuevas posiciones jurídicas podrían convertir a las medidas cautelares en una institución ineficaz como consecuencia de que, los elementos "urgencia y sorpresa" que son de su esencia, y que son los que evitan que la parte contra quien se dirige, burle su ejecución (toda vez que se impide que distraiga el patrimonio o el bien objeto de litigio hacia otras personas), quedarían evidenciados al hacer del conocimiento de la persona afectada que tales medidas pudieran ser decretadas. Siendo así, las medidas cautelares ya no serán ni medidas, ni cautelares, porque no podrían garantizar efectivamente las resultas del proceso.

- Es provisional: Cuando se expresa el carácter de provisionalidad, hay que diferenciarlo de la "temporalidad", pues esta última es, simplemente, lo que no dura siempre; lo que independientemente de que sobrevenga otro evento, tiene por sí mismo, una duración limitada; provisorio, es en cambio, lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de provisoriedad subsiste durante el tiempo intermedio. La provisionalidad de las medidas cautelares, es consecuencia de su instrumentalidad, puesto que los efectos temporales de su resolución están determinados por el dictamen definitivo que se pronuncie en el procedimiento principal; de allí que corra la suerte de la materia principal juzgada.

También puede suceder que la medida cautelar deje de existir antes de que se produzca la sentencia definitiva y de que concluya el juicio principal; ya sea porque el solicitante pida su levantamiento, o porque haya sido declarada con lugar la oposición de la parte contra quien obre; pero no por esto el procedimiento principal perderá su entidad o resultará afectado en su resultado, pudiendo afectarse los efectos de la sentencia, pero no el desarrollo del proceso y a decisión definitiva como tales. Por el contrario, la medida cautelar se afecta por todo lo que suceda en el procedimiento

principal, ya que, si este termina anormalmente, el proceso cautelar no puede subsistir con entidad propia alejado del principal porque, precisamente, si éste termina, la cautela no podrá ir más allá de aquél, y no tiene nada entonces que asegurar, porque la sentencia no se producirá.

- La mutabilidad: Las medidas cautelares son susceptibles de modificación, ampliación, reducción o sustitución luego de que se acuerden en el proceso. Desde el momento en que se dictan hasta el momento de la sentencia definitiva del proceso principal cuya eficacia tienden a asegurar, pueden ocurrir variaciones en las relaciones de hecho y de derecho que vinculan procesalmente a las partes o producirse hechos que afecten los bienes sobre los cuales han recaído las medidas cautelares, tales como la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, el aumento de valor de los bienes cautelados, la prestación de contracautela, etc. Que deberán ser considerados por el Juez a los fines de asegurar la integridad de la cautela o la proporcionalidad de la misma en relación con el derecho reclamado en el juicio principal, reducir o sustituir la medida cautelar inicialmente adoptada.

CAPITULO III

LA IMPOSIBILIDAD DE DICTAR MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A. JURISDICCIÓN Y JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

Araujo (1998) opina que para realizar cualquier análisis sobre el sistema de control jurisdiccional de la Administración con relación a un sistema político determinado, debe partir de dos posiciones: una conceptual, y hasta cierto punto de vista terminológico y otra de carácter jurídico-político. Estas son, por un lado el concepto de función jurisdiccional y, por el otro, la interpretación del principio de separación de poderes, y con este aspecto la admisibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la Administración (p.183).

Sobre este aspecto, la mayoría de las opiniones doctrinales de los autores nacionales, en torno a la existencia o inexistencia de funciones jurisdiccionales del Poder Administrador, padecen de una debilidad inicial,

que causan daños sino el vencimiento en lo principal del pleito. No hay actuación dolosa ni culposa en quien lícita y legalmente obtiene una medida de embargo, la cual, además es instrumental.

- No surte efecto de cosa juzgada material o formal. La cosa juzgada es la calidad que adquiere una sentencia cuando por virtud de la ley han quedado agotados todos los recursos legales, generando por sí una verdad indiscutible que debe ser acatada o cumplida, aún en forma coercitiva. Ella es formal cuando se agota dentro del mismo proceso en el que se produce, impidiendo volver a discutir el asunto. Es material cuando se ha afectado el derecho pretendido, o el derecho contenido en la pretensión.

El decreto cautelar, por ser decreto, no es revisable pasado como haya sido la articulación del contradictorio cautelar, pero el contenido del decreto, la medida, propiamente dicha es sustituible, lo que significa que no existe en el decreto una inmutabilidad ni mucho menos una imperatividad, es decir, la medida no tiene característica de cosa juzgada, llámese formal o material.

- Homogeneidad e idoneidad. Las medidas cautelares tendrán mayor efectividad en tanto más se asemejen a las medidas a adoptarse para

la ejecución de la sentencia definitiva, así como, que la medida debe ser idónea para garantizar la efectividad de la tutela judicial, de lo contrario carecería de sentido.

B. LAS MEDIDAS CAUTELARES TÍPICAS Y OTRAS MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LEYES ESPECIALES

El sistema cautelar en Venezuela ha ido ampliando sus caminos tomando en cuenta los nuevos paradigmas jurídicos, los cuales se encuentran enmarcados en las modernas visiones constitucionales del derecho de los justiciables, y que están referidas al modelo de Estado Social y de Derecho.

Lo que significa el acceso a la justicia y su eficacia, ha obligado al legislador a establecer en un ámbito cada vez más amplio los mecanismos de protección de los derechos de los ciudadanos, estableciendo nuevas fórmulas legales y específicas que cubran los vacíos que las leyes ordinarias no pueden suplir o que suplen débilmente. A pesar de la existencia de un poder cautelar general que tiene todo Juez de la República por mandato constitucional y legal, éste queda reforzado con la implementación de normas para cada rama de las distintas especialidades del Derecho; en este caso serán brevemente analizadas las medidas preventivas y cautelares en

materias de Niños y Adolescentes, Arrendamientos Inmobiliarios y Comercio Marítimo.

1. Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente.

Esta ley condensa un cúmulo de potestades cautelares que le han sido otorgadas al Juez, y que emanan de la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual fue suscrita, adoptada y reconocida por Venezuela en años anteriores. Tomando en cuenta estos principios fundamentales con rango supranacional fue promulgada esta ley.

En materia de medidas preventivas y cautelares esta ley es una referencia obligada en materia de potestades preventivas, así como cautelares que detenta el Juez en materia de derechos del niño y del adolescente. Al respecto, Baumeister Toledo (2000) en la compilación "Procedimientos en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del adolescente" resume de manera precisa las potestades cautelares del órgano judicial en los nuevos procedimientos de niños y adolescentes.

Al efecto señala:

"La potestad cautelar en materia de protección del niño y del adolescente, continúa desarrollándose a nuestro modo de ver bajo los principios tradicionales de la cautela ordinaria,

habiendo quedado un poco atrás respecto a las nuevas tendencias doctrinarias y de Derecho Comparado que hoy se observan en materia Cautelar (tutelas anticipadas)... Pero aún con tal observación, sí se puede advertir, que de acuerdo a algunas modificaciones, debe reconocerse que se amplían y consolidan ciertos aspectos que otrora fueran discutidos y entre aquéllas, la mayor de esas novedades resulta ser la entronización de la posibilidad de adelantar el régimen de medidas aún sin la existencia de proceso principal, condicionado a que se interponga la acción correspondiente en el plazo que fije el juez, so pena de que las mismas decaigan, con lo cual se le está reconociendo cierta autonomía al proceso cautelar y se permite su anticipación con miras a lograr efectivamente la protección de los derechos que se pretenden proteger" (p.9).

En materia de medidas cautelares, los artículos 466 y 467 se refieren a las medidas cautelares y su oportunidad. En el artículo 466 se establece como requisitos para la procedencia de las medidas, los presupuestos generales establecidos en la legislación ordinaria, estos es, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*: " La parte que solicite una medida cautelar debe señalar el derecho reclamado y la legitimación del sujeto que la solicita". Por otra parte el artículo 467 se refiere a la instrumentalidad mediata a la que hace alusión Baumeister, es decir: " Las medidas cautelares pueden ser solicitadas en forma previa al proceso y, en este caso, es obligación de la parte plantear la demanda respectiva dentro del mes siguiente a la resolución que decretó la medida...".

Siguiendo la línea de estudio, Baumeister señala la diferencia que se ha creado en esta Ley entre la cautela ordinaria que se venía tratando en materia minoril y la que concretamente señala la Ley. Al efecto expresa:

“En cuanto a las modalidades de las medidas, encontramos por igual una diferencia con el régimen de la cautela ordinaria y por supuesto con la tradicional de la competencia de menores, que si bien en ciertos casos por la costumbre judicial, había venido permitiendo ciertas licencias, ahora las consagra específicamente para determinados casos, estableciéndose que el Juez será quien resuelva y decida cuáles son las más convenientes y apropiadas para lograr el efecto perseguido y no las que impone fríamente la Ley, como resulta ser en los casos ordinarios del poder cautelar civil, así como que en algunos supuestos serán dictadas a petición de parte, pero en otras, a nuestro entender quedan al absoluto criterio del Juez”(p.11).

Como puede observarse de los comentarios del autor, se han ampliado los poderes de tutela preventiva y cautelar que existían en esta materia, en virtud de la protección que debe el Estado a los intereses superiores del niño y el adolescente, los cuales tienen rango constitucional.

2. Decreto con Fuerza de Ley de Arrendamientos Inmobiliarios.

El estudio de las medidas cautelares establecidas en el procedimiento breve regulado por la Ley en análisis abarca dos tipos de pretensiones, como lo señala Henríquez y Kiriakidis (2000), la medida asegurativa de derechos de crédito nacidos de la relación arrendaticia, como son el cobro de cánones

vencidos y por vencerse (art. 1616 del Código Civil) y sus intereses de mora a la tasa legal especial (art. 27) indemnización de daños y perjuicios contractuales o extracontractuales relativos a terceros, reintegro de depósito, reembolso de sobrealquileres, determinan la posibilidad para cada caso la posibilidad de dictar medidas de embargo y de prohibición de enajenar y gravar (p.110).

En el caso de las demandas de desocupación por cumplimiento de contrato (expiración del término) o por resolución del contrato incumplido, la pretensión del demandante constituye el ejercicio de una acción real. En este sentido, el ordinal 7º del artículo 599 del Código de Procedimiento Civil permite al Juez decretar una medida cautelar de Secuestro: "... 7º de la cosa arrendada cuando el demandado lo fuere por falta de pago de las pensiones de arrendamiento, por estar deteriorada la cosa, o por haber dejado de hacer las mejoras a que está obligado según el contrato".

En la reforma del Código de Procedimiento Civil, promulgada el 13 de marzo de 1987, se eliminó en dicho ordinal lo relativo al secuestro de la cosa arrendada por vencimiento del término del arrendamiento, lo que vino a constituir un franco retroceso en materia arrendaticia, toda vez que esta restricción al poder negocial del derecho de propiedad sobre inmuebles

obstaculizó gravemente las negociaciones arrendaticias y la inversión en edificaciones destinadas al arrendamiento.

Ante tal situación, la Ley de Arrendamientos Inmobiliarios incluyó una norma expresa, la contenida en el artículo 39 y referida a la prórroga legal:

"La prórroga legal opera de pleno derecho y vencida la misma, el arrendador podrá exigir del arrendatario el cumplimiento de su obligación de entrega del inmueble arrendado. En este caso, el Juez a solicitud del arrendador, decretará el secuestro de la cosa arrendada y ordenará el depósito de la misma en la persona del propietario del inmueble, quedando afectada la cosa para responder al arrendatario, si hubiere lugar a ello"

De esta manera se retoma la norma derogada en el Código de Procedimiento Civil, y además, suavizando las exigencias probatorias, ya que, en el párrafo derogado el legislador exigía "... siempre que el vencimiento de dicho término conste de documento público o privado que contenga el contrato".

3. Decreto con Fuerza de Ley de Comercio Marítimo.

Este Decreto Ley contempla nuevos regímenes procesales adecuados al Derecho Marítimo, que permitan el funcionamiento satisfactorio de las relaciones que se suscitan con motivo de las diferentes actividades comerciales generadas en el comercio marítimo. En este sentido la

exposición de motivos establece que la experiencia jurídica hace que se imponga un derecho formal distinto del derecho común.

La materia especialísima del Derecho Marítimo en su parte sustantiva, necesita de unos procedimientos especiales y adecuados que permitan proteger eficazmente los derechos de los sujetos que intervienen en él. Dichos procedimientos especiales, permiten tratar con celeridad y hacer efectivos en ciertos casos, ya que se encuentran vinculados en este derecho, un bien esencialmente móvil como lo es el Buque, el cual durante la navegación de ultramar tiene la cualidad de cambiar constantemente de jurisdicción.

En estas situaciones, el elemento de urgencia que es inherente a toda medida cautelar cobra aquí mayor fuerza, pues el riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo se evidencia plenamente, las posibilidades de salida del buque hacia aguas extranjeras para retornar más es casi absolutamente probable.

Así mismo, los elevados montos de los daños en materia de abordaje, la necesidad de verificar rápidamente los daños y deterioros que puedan presentar las mercancías, los aspectos del Agente Naviero, el Capitán, el Propietario o el Armador, hacen inoperante la aplicación del procedimiento

ordinario en el Derecho Marítimo, el cual constituye un derecho muy especial, por lo que sus procedimientos deben ser de iguales condiciones. Por ello nace dicha ley, la cual tiene por objeto regular las relaciones jurídicas que se originan en el comercio marítimo y en la navegación por agua.

Especiales características tiene esta ley. En el artículo 17 regula la prueba anticipada o retardo perjudicial, la cual constituye una fórmula de medidas preventivas sobre pruebas regulada en el Código de Procedimiento Civil, y que forma parte de la clasificación doctrinaria de medidas preventivas.

Los artículos 92 y siguientes establecen el embargo preventivo de buques, encendiéndose por ello "toda inmovilización o restricción de salida de un buque, impuesta como medida cautelar por resolución de un Tribunal de la Jurisdicción Especial Acuática competente para garantizar un crédito marítimo". Así mismo el artículo 93 concreta lo que debe entenderse por crédito marítimo siendo taxativo en su señalamiento.

Sin embargo el artículo 103 ejusdem en su parte final establece la posibilidad de dictar una medida cautelar de zarpe sin se que el solicitante sea titular de un crédito marítimo o privilegiado sobre un buque, mediante el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Código de Procedimiento Civil.

La redacción de esta norma en esta parte quedó vaga, toda vez que no indica a cuáles requisitos del Código de Procedimiento Civil se refiere, si a los lineamientos del artículo 588, referidos al *periculum in mora* y *fumus boni iuris*, o al decreto de la medida cautelar con fianza, establecido en el artículo 590 *eiusdem*.

Por su parte, el artículo 104 referido al de embargo preventivo o prohibición de zarpe, establece el cumplimiento de la medida mediante notificación que hará el tribunal al Capitán de Puerto de la Circunscripción Acuática en que se encuentre el buque, quien ejecutará la medida, y establece una novedad en materia de notificaciones de medidas cautelares, cual es la posibilidad de notificar por medios electrónicos, cuando se trate de casos urgentes, lo que resulta redundante, ya que el propio legislador en la exposición de motivos otorgó carácter de urgencia y celeridad a toda esta materia del comercio marítimo, y con especial énfasis a las medidas cautelares establecidas en dicha ley.

Se regula igualmente la posibilidad del remate anticipado del bien bajo ciertas condiciones y parámetros (art. 106).

Por último el artículo 111 establece que las disposiciones del título III referidas a embargo preventivo de buques no excluye el ejercicio de otras medidas cautelares de derecho común, que puedan corresponder a un acreedor para asegurar el resultado de su pretensión o para los casos en que no se tratare de un crédito o goce de privilegio sobre buque.

CAPITULO III

LA IMPOSIBILIDAD DE DICTAR MEDIDAS CAUTELARES POR PARTE DE LOS ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

A. JURISDICCIÓN Y JURISDICCIÓN ADMINISTRATIVA

Araujo (1998) opina que para realizar cualquier análisis sobre el sistema de control jurisdiccional de la Administración con relación a un sistema político determinado, debe partir de dos posiciones: una conceptual, y hasta cierto punto de vista terminológico y otra de carácter jurídico-político. Estas son, por un lado el concepto de función jurisdiccional y, por el otro, la interpretación del principio de separación de poderes, y con este aspecto la admisibilidad del ejercicio de la función jurisdiccional por parte de la Administración (p.183).

Sobre este aspecto, la mayoría de las opiniones doctrinales de los autores nacionales, en torno a la existencia o inexistencia de funciones jurisdiccionales del Poder Administrador, padecen de una debilidad inicial,

del Poder Público tiene sus funciones propias, cada una de ellas debe de colaborar entre sí para lograr los fines del Estado.

Y es aquí donde engranan los conceptos de Estado Social y de Derecho (art. 2), fines de dicho Estado (art. 3), Supremacía Constitucional (art. 7), División de Poderes (art. 136), y sus atribuciones (art. 137), así como los Principios de la Administración (art. 141), y la jurisdicción (art. 253) con todo lo que esta actividad jurisdiccional conlleva (tutela judicial efectiva, y el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (art. 26 y 257 ejusdem).

Por otra parte, históricamente ha sido demostrado que es imposible definir una función desde un punto de vista exclusivamente formal o material, pues siempre es necesario tomar elementos de ambas posiciones, aunque la garantía que tiende a asegurar la división del Poder Público radique más en la forma que en el contenido de la función.

En los últimos años existe una corriente pluralista, enfocada a diferenciar Administración de Jurisdicción sobre la base de múltiples aspectos. En este sentido el maestro español Alcalá Zamora comentado por Araujo (1998) indica que la solución del problema "es la de señalar los diversos factores

que encuadran al concepto de jurisdicción, de modo que cuando ellos concurren no quepa duda alguna acerca de su existencia" (p.193).

Así las cosas, la Jurisdicción aparece como la suma de cuatro elementos, dos subjetivos- unas partes que piden y un juzgador que decide- y otros dos objetivos- el litigio, que refleja normalmente enfrentadas pretensiones de los contendientes, y el proceso que sirve para encauzarlas.

Por un lado, Alcalá Zamora, citado por Araujo (1998) expresa que hay tres momentos capitales en el ejercicio de la jurisdicción: "...el inicial o constitutivo, determinado por la litispendencia, el fundamental o decisivo que se identifica con la sentencia firme; y el terminal o satisfaciente, mediante la consumación ejecutiva. Entre el primero y el segundo la trayectoria es ascendente, mientras que en el segundo y el tercero, además de eventual es descendente" (p.194).

Se refuerza así que, el enfoque para intentar diferenciar Administración y Jurisdicción sobre la base de un solo criterio no es suficiente, se requiere de un enfoque múltiple, de diferentes aspectos que enmarquen el concepto de jurisdicción, de manera que cuando estos elementos estén en concurrencia, no haya duda alguna que se está frente a la Jurisdicción y no frente a otro Órgano del Poder Público.

B. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.

El problema de si la Administración ejerce o no funciones jurisdiccionales no es solamente teórico, sino que tiene grandes consecuencias prácticas, pues no está en juego una mera definición, sino el alcance del sistema de control de la Administración.

Aún para aquellos defensores de la teoría de los actos cuasi-jurisdiccionales que argumentan que estos actos producen algunos efectos jurídicos distintos de los que originan los actos administrativos propiamente dichos, tales como la absoluta irreversibilidad contenciosa-administrativa, la existencia de partes en el procedimiento administrativo cuasi-jurisdiccional, y la cosa juzgada administrativa, lo que hacen en este sentido es reconocer como en el caso de los recursos administrativos, que son sólo una técnica de defensa del „administrado para que la Administración pueda revocar sus errores.

Sobre estos aspectos, Araujo (1998) señala:

“Aún en los casos en que la Administración proceda a la revisión de sus actos sobre la base de un recurso administrativo, siempre será protagonista interesado de los intereses públicos o generales sobre los cuales deba decidir. He aquí la profunda diferencia entre la función administrativa y la función jurisdiccional” (p. 204)

Así pues, a pesar de las últimas decisiones de la Sala Político Administrativa de la entonces denominada Corte Suprema de Justicia, se ha venido utilizando el criterio de que ciertos actos administrativos tienen una función cautelar desde el punto de vista jurídico procesal, además de su naturaleza administrativa.

En el caso de la Resolución No. 614 del 09 de Noviembre de 1999, dictada por la Sala Administrativa del Consejo de la Judicatura y la Comisión de Emergencia Judicial, en la cual se suspendió del cargo a la jueza Rosario Nouel de Monsalve, el ponente de dicha Sala, Magistrado Carlos Escarrá afirmó:

“De la naturaleza jurídica del acto administrativo impugnado. Se ha señalado que la Resolución no. 614 guarda una doble vocación jurídica, a saber: a) desde el punto de vista jurídico-procesal se trata de una medida cautelar b) desde el punto de vista jurídico administrativo, estamos en presencia de un acto de trámite. Esa dualidad de perspectiva se unifica en el criterio de que se trata de un acto instrumental o de sustanciación, que no tiene carácter, que no tiene carácter definitivo ni va al fondo del asunto debatido. En su visión de medida cautelar adoptada en el marco de un proceso constituyente, la misma debe cumplir con los elementos generales que se establecen para la procedencia de este tipo de decisión como lo son el *Fumus boni iuris* y el *periculum in mora*”

Ortíz (2002) critica este criterio de la Sala y sobre estos aspectos comenta:

“Como se aprecia, el ponente Escarrá M., incurre en una dualidad insostenible: afirmar por una parte que se trata de una “medida cautelar” y, por la otra, sostener que se trata- al mismo tiempo- de un “acto administrativo”, cuando- en nuestro criterio- ello es desconocer tanto la teoría general de la tutela cautelar como la propia teoría general del acto administrativo, son dos situaciones franca y completamente disímiles. Las cautelares- per definitio- sólo corresponden a los órganos jurisdiccionales en función de un “proceso judicial” en curso. Las medidas administrativas, en cambio, pueden ser dictadas, pueden ser dictadas por órganos de la Administración Pública, en aras de un interés general y colectivo, como muy bien pudiera ser, en el caso concreto, el proceso de depuración del Poder Judicial y la relegitimación del Poder Público. En otras palabras, basta la habilitación legal para ‘suspender provisionalmente’ a un juez de su cargo (sometido a investigación) para adoptar la decisión; ese es el supuesto fáctico necesario para que opere la habilitación legal consagrada tanto en la antigua Ley Orgánica del Consejo de la Judicatura como en las normas de transición” (p. 650)

Con vista a los elementos característicos del acto administrativo, y los correspondientes a las medidas cautelares, a analizar más adelante, tal consideración del Magistrado Escarrá determinó una nueva intromisión del órgano del poder ejecutivo dentro de las funciones del órgano jurisdiccional, al otorgarle un doble carácter (doble alma) al acto administrativo que determinó la suspensión en sus funciones a dicha funcionaria.

En este sentido concluye Ortíz sus comentarios sobre esta sentencia:

“La confusión sobre la naturaleza del acto analizado, lleva al ponente a cometer, lo que, a nuestro juicio y salvo mejor opinión, es errado de Perogrullo; en efecto, el Periculum in mora es un concepto jurídico determinado o definido por la

ley, concretamente en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, según el cual se trata del fundado temor de que quede ilusoria la ejecución del fallo...De modo que no es posible afirmar jurídicamente la existencia de un *Periculum in mora* para dictar la medida administrativa analizada, y si tal fuera el caso, tampoco pudiera estar constituida en la presunción de culpabilidad de Juez sometido a investigación...

En nuestra opinión, el acto por el cual se suspende a un juez sometido a investigación es una medida administrativa que, sin duda, afecta al juez objeto de la investigación en su esfera personal y social pues, independientemente que no constituya un pronunciamiento definitivo sobre el objeto de la investigación disciplinaria, sin embargo, el manejo que socialmente se le dio a este proceso...hace ostensible una lesión a la honorabilidad y la reputación.

Mucho más congruente, nos parece, salvo mejor opinión, nuestra tesis del 'sistema preventivo' en poder de todos los órganos del Poder Público, siendo éste un claro ejemplo de tales potestades preventivas en la función disciplinaria de la Administración, lo cual no impide que pueda ser controlado por los órganos jurisdiccionales a tenor de lo preceptuado en el artículo 259 constitucional" (p.652).

De todo lo anteriormente expresado se evidencia la gran diferencia de criterios que existe en materia de competencias de los órganos de la Administración Pública, y a pesar de las mejores intenciones de los estudiosos de este tema, en el sentido de tratar de delimitar el campo efectivo de sus potestades, el propio legislador, tal y como se ha visto en el capítulo referido a la tutela preventiva de la Administración Pública, ha enfatizado esta confusión de conceptos jurídicos, en los cuales se mezclan funciones jurisdiccionales con administrativas, sin tomar en cuenta la naturaleza jurídica del instituto que se hace valer y las consecuencias

jurídicas que tan indebida utilización conlleva a la Ciencia del Derecho, y por supuesto a la coherente aplicación de los principios constitucionales de las potestades de los Órganos del Poder Público y lo que debe ser el Estado de Derecho.

Por otra parte, aún en los casos en que la Administración proceda a la revisión de sus actos sobre la base del recurso administrativo, siempre será protagonista interesado de los intereses públicos o generales sobre los cuales deba decidir.

Debido a este carácter protagónico de la Administración Pública, para muchos juristas es aquí donde se observa la profunda diferencia entre la función Administrativa y la Jurisdiccional.

CAPITULO IV

LA TUTELA CAUTELAR EN EL MARCO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

A. VALORES Y PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

El principio de la informalidad del proceso ha sido estudiado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, como un elemento integrante del derecho a la tutela judicial efectiva, específicamente al derecho de acceso a la justicia, pues debe garantizársele a todo ciudadano que desee someter un asunto a los órganos jurisdiccionales, que obtendrá una respuesta motivada, proporcionada y conforme al ordenamiento legal preexistente.

Esta es la orientación de la jurisprudencia venezolana que ha sostenido la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia. Y responde a la pregunta ¿Qué comprende el derecho a la tutela judicial efectiva? Esta sentencia se refiere más bien al derecho a la tutela judicial efectiva, que se

ha denominado acceso a la justicia. Lo importante es que el ciudadano requiere que la tutela judicial efectiva sea una garantía para sus derechos. Según el artículo 26 de la Constitución vigente, anteriormente transcrita, todos los ciudadanos tiene derecho de acceso a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus derechos e intereses, pero que según el criterio de la referida sentencia el artículo 26 de la Constitución se denomina el derecho a la tutela judicial efectiva, que comprende según ella el derecho de acceso a los órganos de administración de justicia, el derecho a tener una decisión en derecho y el derecho que esa decisión sea efectiva.

La Sala Constitucional en un gran número de sentencias establece que la decisión resultante de un proceso debe ser aquella querida o que beneficie al titular de dichos derechos, y que dicha decisión sea obtenida dentro del proceso legalmente establecido, desarrollado sin infracción de los particulares derechos a que se refiere el artículo 49 de la Constitución y con las características de celeridad, ausencia de formalismos no esenciales y otras contempladas en los artículos 26 y 250 eiusdem.

Así pues, hay que dilucidar e que consiste concretamente la tutela judicial efectiva. Este derecho comprende no sólo el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, el

derecho de acceso, sino también el derecho a que los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada conforme a derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho invocado.

Los estudiados artículos 2, 26 y 257 de la Constitución de 1999, en una conjugación armónica, obligan al juez a interpretar las instituciones procesales al servicio de un proceso cuya meta es la resolución del conflicto de fondo, de manera imparcial, idónea, transparente, independiente, expedita y sin formalismos o reposiciones inútiles.

Con base a estos criterios jurisprudenciales, el proceso deja de ser una telaraña, donde el Juez es un simple espectador de argucias y estrategias, y se convierte en un instrumento viable para la paz social y el bien común. Esto reafirma al proceso y al derecho procesal como un área jurídica que forma parte del derecho público y que está íntimamente vinculada a la sensibilidad social.

B. LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO HERRAMIENTA EN EL LOGRO DE LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

En la actualidad, la crisis de la administración de justicia es palpable, y, frente a este problema se han implementado mecanismos que intentan solventar esta situación, que ya no son los elementos constitucionales y

jurídicos, sino los referidos a los aspectos prácticos en la aplicación de la justicia, esto es, mejor infraestructura física de las sedes de los tribunales de justicia, modernización de los Tribunales a nivel informático, así como otros aspectos relacionados con la gestión política de la justicia a través de la Dirección Ejecutiva de la Magistratura y el Tribunal Supremo de Justicia.

Paralelamente se ha enfatizado e intensificado la búsqueda de mecanismos alternativos de administrar justicia. La propia Constitución Nacional en su artículo 258 establece y refuerza estas formas alternas de solución de conflictos, con lo cual, observado exclusivamente desde el ángulo de la jurisdicción el proceso civil si bien resulta paralelo a estos procedimientos, pareciera diluirse en su misión fundamental, cual es servir como instrumento en la búsqueda de la justicia.

En realidad, el reconocimiento de estas formas alternas de resolución de controversias tienen una gran importancia dentro de todas las sociedades, y más aún las que se encuentran ante una justicia que en la práctica no ha podido desempeñar cabalmente el papel que la Constitución le ha encomendado, sin embargo, esto no significa desmontar o debilitar al órgano jurisdiccional, sino más bien fortalecerlo y apoyarlo.

De allí que se haga necesario establecer procedimientos rápidos y abrir mayores posibilidades al espectro de las medidas cautelares, tanto las medidas típicas, como la ampliación del poder cautelar general, esto es, las medidas innominadas, de tal manera que, en lo posible que cada proceso tenga medidas cautelares que aseguren la efectividad de la sentencia que resulte del proceso.

La tutela judicial efectiva significa por lo tanto, el derecho a utilizar medidas cautelares, y que esa medida sea "oportuna"; pues muchas veces la verdadera tutela es la preventiva o la simplemente resarcitoria, pues se trata de derechos no restaurables, cuya violación carece de un equivalente patrimonial.

En el marco constitucional de la administración de justicia, cuando se habla de una justicia "accesible, idónea, responsable, sin dilaciones indebidas" significa implícitamente que el instrumento de eficacia del proceso son las medidas cautelares. Es de la esencia de la administración de justicia, ser efectiva, y si ello es así, son inherentes a esa efectividad las cautelas que la aseguren.

Por esto, cuando el máximo Tribunal de Justicia hace énfasis en el "acceso a la justicia" como sinónimo de "tutela judicial efectiva" y considera esta

como un derecho fundamental, esto significa una constitucionalización de la tutela cautelar en virtud de ser ella un instrumento fundamental para la eficacia y efectividad de los fallos.

Esto se deriva de los artículos 26, 253, 257, y 259 de la Constitución Nacional; y este último artículo cuando expresa "La Jurisdicción contencioso administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley" para luego en la parte in fine concluir diciendo "...y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa"

Ciertamente, se ha podido observar de las distintas leyes analizadas brevemente en este trabajo que, se ha abierto un abanico de posibilidades a los órganos del Poder Público en la prevención y protección de los derechos de los ciudadanos, hasta el punto de que, en muchos casos se han otorgado facultades cautelares y jurisdiccionales a los órganos de la Administración Pública; lo cual debe ser corregido a los fines de evitar conflictos de atribuciones y competencias entre los órganos del Poder Público.

Estas supuestas facultades cautelares son verdaderas potestades de la Administración Pública para dictar Medidas Preventivas en su ámbito y alcance legal.

Así pues, el sistema conducente a garantizar los efectos de la sentencia es el sistema cautelar, que deriva como garantía sine qua non del derecho a la tutela judicial efectiva. Las medidas cautelares constituyen una garantía para los justiciables, los cuales aseguran los efectos resultantes de la sentencia; es decir, las medidas cautelares son aquellos actos que tienden al aseguramiento de la pretensiones, y que en su momento, pueden servir para asegurar las resultas del fallo final, e igualmente, satisfacer en debida forma el derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo debe existir la certeza de que esas medidas cautelares no afecten la órbita de los derechos de otros ciudadanos, bien sea el afectado directo por la medida (demandante o demandado), o un tercero en la relación jurídico procesal, o la propia colectividad, esta seguridad se logra a través de una conexión clara y diáfana entre el derecho a accionar (acceso a la justicia) y los derechos e intereses de los demás justiciables, esto significa "seguridad jurídica y eficacia jurisdiccional"

Sobre este elemento de la Seguridad Jurídica aunada a la tutela jurisdiccional, Araujo-Juárez y Arveláez (2000) expresan:

"En suma, el sistema cautelar surge, entonces, como la garantía constitucional procesal que tienen los justiciables para que los efectos de la sentencia se cumplan o se hagan efectivos; por ello y para que los justiciables no vean burlados sus derechos después de un proceso dispendioso

y dilatado, en el que finalmente le son satisfechas sus pretensiones, es que el Ordenamiento Jurídico procesal debe facilitarles un sistema (medidas y procesos) que debe poner en marcha, a los fines de asegurar plenamente los efectos de la sentencia, desde los puntos de vista que abordaremos a continuación:

1.- Tutela cautelar y Seguridad Jurídica del demandante:...la Seguridad Jurídica alude a la necesidad de protección del ejercicio de los derechos, por lo que si corresponde al órgano jurisdiccional declarar el derecho al caso que esté conociendo, no se logrará el fin perseguido de seguridad y protección de derecho demandado, si una vez producida la sentencia ya es tarde, de manera que el demandante que ha resultado favorecido por la decisión se verá frustrado ante un sistema jurídico que no le ofrece seguridad, pues ese derecho que le fue reconocido ya ha sido agraviado, y quizás haya sufrido un daño irreversible, de allí la importancia de las medidas cautelares como un mecanismo para lograr la Seguridad Jurídica, en este caso del demandante (p.210)

Se le suma a esta seguridad jurídica del demandante, la seguridad jurídica del demandado, la de terceros y la colectiva. Con respecto al demandado, comentan:

"2. Tutela cautelar y seguridad jurídica del demandado.

Por lo que respecta a la seguridad jurídica del demandado, tenemos que la misma se encuentra satisfecha en lo que al ámbito de las medidas cautelares concierne, en la posibilidad que tiene aquél de oponerse a la medida concedida...De manera que la medida cautelar una vez concedida podría ser modificada o revocada, en pro de la Seguridad Jurídica de la parte contra quien aquélla hubiere obrado...En este orden de cosas, debemos señalar que la Seguridad Jurídica también se verá satisfecha aun cuando no se otorguen las medidas solicitadas, si de las circunstancias del caso no se evidencian los presupuestos *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*, lo que deberá ser

objeto de una decisión suficientemente motivada por parte del Juez" (p.210)

Se puede observar del trabajo realizado por estos autores que, tutela judicial efectiva y seguridad jurídica son términos inseparables, la seguridad jurídica supone un sistema de legalidad, y esto se relaciona con la legitimidad del Estado, y por ende, la tutela judicial efectiva, es decir, la realización plena de la justicia, lo que permite ratificar el carácter constitucional de las medidas cautelares, pues esta seguridad jurídica le es dable a todos los ciudadanos, ya formen parte del proceso- las partes- o no formen parte de él- los terceros- y tocando aspectos generales- la propia colectividad.

De esta manera, dichos autores analizan estos dos últimos aspectos:

"3. La tutela cautelar y seguridad jurídica de terceros.

Por otro lado, en las medidas cautelares se protege la Seguridad Jurídica de los terceros cuando con quien el solicitante de aquélla haya establecido o le corresponda establecer relaciones jurídicas, en virtud de las cuales deba ejercitar el derecho que demanda. Por ende, consideramos que de no existir sistemas cautelares como éstos, no sería posible la satisfacción plena de la necesidad de Seguridad Jurídica...

4. Tutela cautelar y Seguridad Jurídica colectiva.

Finalmente, cuando se concede una medida cautelar para asegurar la eficacia de una sentencia, se está garantizando el derecho de la parte a la tutela judicial efectiva, pero a su vez se está garantizando el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico, al que debe conformarse dicha decisión judicial, y en el que está interesada la colectividad.

En virtud de los anterior consideramos que, si bien es cierto que uno de los factores que debe ponderar el juez para acordar o no medidas cautelares, es precisamente el interés general, el posible daño que el otorgamiento de la medida pueda producirle..." (p.210)

De las sentencias emanadas del más alto Tribunal de la República y referidas a la "Tutela Judicial Efectiva" éstas no han determinado de manera expresa la estrecha relación o consecuencia que ella conlleva con respecto al sistema cautelar para poder lograr sus fines. La importancia de la institución de las medidas cautelares cada día va tomando más fuerza y vigor, por eso las legislaciones modernas consideran a éstas como el hilo conductor entre el derecho a accionar, el proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia, y la eficacia de la sentencia.

CONCLUSIONES

- La Constitución de 1999, ha ratificado las potestades y obligaciones que como postulados básicos deben ejercer los órganos del Poder Público, entre otros: la Tutela Preventiva. El postulado general es el establecimiento, la existencia de un Estado Social y de Derecho, el cual tiene como fines la defensa y desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad, y además la garantía de cumplimiento de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Fundamental.

Para poder cumplir esos fines, el Estado a través del Poder Público en sus manifestaciones más importantes, Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial está plenamente facultado para esta misión.

En el caso de las potestades que le han sido otorgadas a la Administración Pública se encuentran, la capacidad, o dicho de manera más precisa, poder-deber para dictar medidas que anticipen posibles situaciones lesivas a los derechos ciudadanos, así como los procedimientos para el desarrollo de éstas, es decir, la fase defensiva.

Tales actos son denominados actos medidas administrativos, los cuales tienen una clara diferencia con las medidas cautelares que dicta el órgano jurisdiccional.

Por otra parte, el órgano legislativo realiza una forma moderada de tutela preventiva, la cual realiza a través de su potestad inmediata y principal, como es legislar, pues, a través de mandatos legales directos puede realizar la función de tutela preventiva, pero esa tutela será realmente efectiva en la medida que el legislador sea tempestivo en sus actuaciones.

En materia del órgano jurisdiccional, éste tiene la posibilidad de dictar tutela preventiva, y además tiene otra potestad determina en la ley, como es la tutela cautelar que existe en el marco del proceso para garantizar la eficacia de la sentencia.

- Siguiendo este análisis, la tutela preventiva del órgano jurisdiccional tiene un vasto campo de actividad por parte de dicho ente, toda vez que la función por excelencia de los Tribunales de la República es dirimir conflictos, por lo que, los derechos consagrados en los artículos 26, 49, 51 de la Constitución Nacional, referidos al acceso a la justicia, al debido

proceso, al derecho de petición, así como los aspectos señalados en los 253 y 257 ejusdem que concretan los conceptos de jurisdicción y proceso, le otorga a este órgano una capacidad de tutela que no poseen los demás órganos del Poder Público, pues tiene como función especial, la posibilidad de dictar medidas cautelares para garantizar que el proceso constituya realmente un instrumento para la realización de la Justicia.

Tomando en cuenta al Órgano Jurisdiccional se hizo un breve estudio de las medidas cautelares, sobre las cuales se establecieron claras diferencias con las medidas preventivas, determinándose que las medidas cautelares son preventivas, pero las medidas preventivas no son siempre cautelares

Se ha evidenciado en el estudio de las leyes analizadas que, el legislador si bien le ha otorgado potestades a la Administración Pública, para que a través de los entes que corresponda por ley, pueda dictar providencias para prevenir situaciones de lesión a los intereses colectivos que el Estado debe proteger, este tipo de tutela es de contenido preventivo, y que indebidamente se ha denominado medidas cautelares.

- En lo atinente a la Administración Pública, se ha demostrado que el Órgano no tiene potestades de carácter cautelar. De estos aspectos estudiados el más cuestionado es el referente a las confusiones de conceptos jurídicos que el legislador patrio ha demostrado en las recientes leyes promulgadas, referidas a las potestades preventivas de la Administración Pública, es decir la capacidad para dictar medidas.

En este mismo orden de ideas se ha demostrado además que, a pesar del supuesto **carácter extensivo de la tutela judicial efectiva para la Administración Pública** que algunos juristas pretenden otorgarle al fundamento y objetivo de las Medidas Preventivas dictadas por los órganos de la Administración Pública, ello no deviene del artículo 26 constitucional, sino de los artículos 51, 136 y 141 de la Constitución Nacional, por lo que no se le puede relacionar con la tutela judicial efectiva sino con el derecho de petición y oportuna respuesta, así como con los fines del Estado Social y de Derecho, entre ellos, la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Es conveniente una revisión del paquete de leyes estudiado, así como de otras que en su contenido se observa una mezcla de instituciones jurídicas que son de la exclusividad de otros órganos del Poder Público,

en el caso específico lo referente a las medidas cautelares y las medidas provisionales, las cuales son potestades que le corresponden a los Tribunales de la República, es decir a la Jurisdicción.

De allí que se hace necesaria una adecuación y una reestructuración de estas legislaciones a lo que realmente es competencia del Órgano Ejecutivo, lo que significa, promulgar las reformas legales correspondientes en las cuales se le concedan potestades de tutela preventiva a la Administración, a través de herramientas legales como las medidas preventivas administrativas, las cuales si van en perfecta consonancia con las competencias de este Órgano.

- Así mismo se logró determinar el alcance jurídico de la tutela judicial efectiva y la función de las medidas cautelares en la eficacia y eficiencia de la sentencia, por lo que se concluye que el sistema cautelar en toda su expresión, constituye el mecanismo fundamental que permite al proceso cumplir el rol de instrumento para la realización de la justicia que no es otra cosa que la tutela judicial efectiva.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1970). **Proceso, autocomposición y autodefensa** (2ª ed.) México: UNAM.
- Alcalá-Zamora y Castillo, N. (1987). **Estudios diversos de Derecho Procesal**. Barcelona: Librería Bosch.
- Apitz B, J. (1995). **La Oposición de Terceros al Embargo de bienes muebles**. Caracas: Editorial Jurídica Alva SRL.
- Araujo Juárez, J. (1998). **Principios Generales del Derecho Procesal Administrativo**. Valencia/ Venezuela: Vadell Editores.
- Badell Madrid, A. (2002). **Libro homenaje a Humberto Cuenca**. Tribunal Supremo de Justicia (Colección Libros Homenaje, No. 6), Caracas: Fernando Parra Aranguren Editor
- Badell Madrid, R. y Hernández J. (2001). **Régimen Jurídico de las Telecomunicaciones en Venezuela**. Caracas.
- Balzán, J. (2002). **El procedimiento por intimación. Estudios de Derecho Procesal Civil: Libro homenaje a Humberto Cuenca** (Colección Libros Homenaje, No. 6), Caracas: Fernando Parra Aranguren Editor, Tribunal Supremo de Justicia.
- Balzan, J. (1985). **Lecciones de Derecho Procesal Civil**. Caracas. Editorial Sulibro, C.A.
- Baumeister Toledo, A. (2000). **Las modificaciones de la Constitución Nacional: III Jornadas de Derecho Procesal Civil Dr. Arístides Rengel Romberg**. Caracas: Fundación Pérez Llantada,
- Baumeister Toledo, A. (2002). **Consideraciones sobre los Procedimientos en el Derecho Marítimo Venezolano: Estudios de Derecho Procesal**

- Civil.** Libro homenaje a Humberto Cuenca. (Colección Libros Homenaje, No. 6) Caracas: Fernando Parra Aranguren Editor, Tribunal Supremo de Justicia.
- Baumeister Toledo, A. (2003). Varios Autores. **Algunas consideraciones sobre el nuevo Proceso Ordinario en materia Agraria: IV Congreso Venezolano de Derecho Procesal.** San Cristóbal. Estado Táchira. Editorial Jurídica Santana.
- Bello Lozano, H. y Bello Lozano, A. (1986). **Teoría General del Proceso.** Caracas. Editorial Estrados.
- Brewer Carias, A. (2001). **La Constitución de 1999.** Caracas. Editorial Jurídica Venezolana. Editorial Arte, 3ra.edición.
- Borjas, A. (1973). **Comentarios al Código de Procedimiento Civil.** (Tomo I al VI) 4ta. Edición. Caracas. Librería Piñango.
- Brice, A. (1967). **Lecciones de Procedimiento Civil.** Caracas. Ediciones Briscott Ca.
- Cabanellas, G. (1981). **Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual.** (20ª ed.) Edición Buenos Aires-Argentina. Editorial Heliasta, S.R.L.
- Cabrera, J. (Comp.). (2003). Varios Autores. **Revista de Derecho Probatorio.** Caracas. Ediciones Homero.
- Calvo, E. (1988). **Código de Procedimiento Civil.** Caracas. Ediciones Libra ca.
- Carnelutti, F. (1973). **Instituciones del Proceso Civil.** , Volumen III, Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Chacón, M. (1998). **Notas sobre la regulación del Embargo en el Anteproyecto de L.E.C. Y/Y.** Universidad Autónoma de Barcelona. Barcelona.
- Choissone, T. (1969). **Temas Jurídicos de ayer y de hoy.** Caracas. Gráfica Americana .
- Chiovenda, J. (1980). **Principios de Derecho Procesal Civil,** tomo I, México.
- Código Civil venezolano. (1982) **Gaceta Oficial de la República de Venezuela, No. 1324,** 26 de Julio de 1982

Código de Comercio. (1955). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** No. 1402, 23 de Julio de 1955.

Código de Procedimiento Civil Colombiano. (1951) comentado por Ortega Torres. Bogotá. Editorial temis, (2da edición).

Código de Procedimiento Civil Venezolano. (1986). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** No. 3694. Enero 22 de 1986.

Código de Procedimiento Civil Venezolano. (1987). Concordancia textual 1916-1986, por Perla Monserrat Ortiz y Pedro José Uriola, tomo II, Caracas,

Código Procesal Civil Modelo para Iberoamérica. (1994). Caracas. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal. Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. No. 47.

Constitución de la República de Venezuela. (1961). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela,** No. 662, Extraordinario. Enero 23 de 1961.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (1999). **Gaceta Oficial** No. 36.860. Diciembre 30 de 1999.

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. (2000). **Gaceta Oficial** No. 5453. Marzo 24 de 2000.

Contreras, G. (1988). **El Juicio de desalojo y el Secuestro en el nuevo Código de Procedimiento Civil.** Valencia. Vadell Hermanos, Editores, No. 5, Colección Movimiento Humberto Cuenca.

Couture, E. (1979). **Estudios de Derecho Procesal.** Tomo III, Buenos Aires. Editorial de Palma.

Couture, E. (1997). **Fundamentos del Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Ediciones Depalma.

Devis Echandia, H. (1996). **Compendio de Derecho Procesal: Teoría general del proceso.** Santafé de Bogotá: Editorial A B C..

Dominici, A. (1982). **Comentarios al Código Civil** (reformado en 1893), tomo IV (3ra. Edición), Caracas. Librería Destino.

- Duque Corredor, R. (2000). **Apuntaciones Sobre el Código de Procedimiento Civil Ordinario**, tomo I, Caracas. Ediciones fundación projusticia.
- Duque Sánchez, J.R. (1981). **Procedimientos Especiales Contenciosos**. Caracas UCAB.
- Egaña, M. (1974). **Bienes y Derechos Reales**. Editorial Criterio. Caracas.
- Enciclopedia Jurídica Omega. (1976). Buenos Aires: Ediciones Bibliográficas Argentinas.
- Feo R. (1905). **Estudios sobre el Código de Procedimiento Civil Venezolano**. Caracas, tomo segundo. Tipografía Guttenberg.
- García de Enterría, E. (1990). **La Batalla por las Medidas Cautelares**. (2da. edición). Madrid. Monografías Civitas ampliada.
- García De Enterría, E. y Fernández, T. (2000) **Curso de Derecho Administrativo**. Tomo II, Madrid. Ediciones civitas
- García De Enterría, E. y Fernández, T. (1992) **Hacia una nueva Justicia Administrativa**. Monografías, Madrid. Ediciones civitas
- González F, A. (1991). **La Reserva de Dominio en Venezuela**. Caracas. Edit. El Guay srl.
- Guasp Jaime. (1998). **Derecho Procesal Civil: Procesos especiales y jurisdicción voluntaria**, tomo II. (4ta edición revisada y adaptada a la legislación vigente por Pedro Aragoneses.). Barcelona. Editorial Civitas.
- Henríquez La Roche, (1997). R. **Código de Procedimiento Civil**, Caracas, tomo IV. Centro de Estudios Jurídicos del Estado Zulia,
- Henríquez La Roche, R. (2000). **El Arbitraje Comercial en Venezuela**. Caracas. Cámara de comercio de Caracas.
- Henríquez La Roche, R. (1988). **Medidas Cautelares** (según el CPC). Maracaibo. (3ra edición).Centro de estudios jurídicos del estado Zulia.
- Henríquez La Roche, R. y Kiriakidis Longhi, J. (2000). **Nuevo régimen jurídico sobre Arrendamientos Inmobiliarios**. Caracas. Centro de Estudios Jurídicos del Estado Zulia.

Hunt Vaillant, F. (2001). **Reflexiones sobre el Arbitraje en el Sistema Venezolano**. Caracas. Editorial Jurídica Venezolana, Colección Estudios Jurídicos 74.

Jiménez Salas, S. (1999). **Medidas cautelares**. Caracas. Kelran Editores.

Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil (1964) (años 1960 a 1963). Caracas. Editorial Estrados.

Jurisprudencia Ramirez y Garay, años 1960 a 2000, tomos 1 al 164.

Lafee O. (1976) Autores Varios. **Temario de jurisprudencia Civil-Mercantil-Procesal**. Caracas. Ediciones Schnell Ca.

La Justicia de Paz. (1997). Manual de referencia. Caracas. Universidad Católica Andrés Bello.

La Roche Humberto.(1981). **Derecho Constitucional General**. Décima Séptima edición. Maracaibo. Facultad de Derecho. Universidad del Zulia.

Ley de Asociaciones Cooperativas.(2001). Decreto No. 1.440, Con fuerza de Ley de reforma parcial de La Ley Especial de Asociaciones Cooperativas. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.285, 18 de Septiembre de 2001.

Ley de Aviación Civil. (2001). Decreto No. 1.446, Con fuerza de Ley de Aviación Civil. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.293 del 28 de septiembre de 2001.

Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro. (2003). Ley de Cajas de Ahorro y Fondos de Ahorro. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.611 de fecha 16 de Enero de 2003.

Ley de Comercio Marítimo (2001). Decreto con fuerza de Ley de Comercio Marítimo. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.551 Extraordinario, 9 de Noviembre de 2001.

Ley de Empresa de Seguros y Reaseguros (2001). Decreto con fuerza de Ley de Empresas de Seguros y Reaseguros. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.561, Extraordinario, 28 de Noviembre de 2001.

Ley de reforma parcial de la Ley General de Bancos y otras Instituciones Financieras.(2001).Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.555, Extraordinario, 13 de Noviembre de 2001.

Ley del Mercado de Capitales. (1998).Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 36.565., 22 de Octubre de 1998.

Ley Orgánica de la Corte Suprema Justicia.(1976) Gaceta oficial de la República de Venezuela, No. 1.893, Extraordinario, 30 de Julio de 1976

Ley Orgánica de la Contraloría General de La República. (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.37.347, 17 De Diciembre De 2001

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.(2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 5.554, Extraordinario, 13 de Noviembre de 2001.

Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente.(1998). Gaceta Oficial de la República de Venezuela No. 5.266, 2 de Octubre de 1998.

Ley Orgánica de Telecomunicaciones. (2000). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No.36.970., 12 de Junio de 2000.

Ley para promover y proteger el ejercicio de la Libre Competencia. (1992). Gaceta Oficial de la República de Venezuela, No. 34.440. 13 de Enero de 1992

Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional.(2001). Decreto con fuerza de Ley del Sistema de Transporte Ferroviario Nacional. Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37313, 30 de Octubre de 2001.

Ley de Tierras y Desarrollo Agrario (2001). Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela No. 37.323, 13 de Noviembre de 2001.

Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal.** Buenos Aires. Ediciones jurídicas Europa-América.

López, M. (2002) **Las Medidas Cautelares en el Arbitraje.** Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca. Caracas. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 6.

Novedades Jurisprudenciales del Tribunal Supremo de Justicia. (2002)
Caracas. Vadell Hermanos. (Tinoco, Planchart & Nuñez- Abogados) .

Ortíz Ortiz, R. (1997) **El Poder Cautelar General y las Medidas innominadas**
(En el ordenamiento jurídico venezolano). Caracas. Editorial Frónesis.

Ortíz Ortiz R. (1999). **Las Medidas Cautelares Innominadas.** Estudio analítico
y temático de la jurisprudencia nacional. Caracas, Paredes Editores.

Ortíz Ortiz, R. (2001). **Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa.**
(Análisis de la nueva Constitución Venezolana de 1999 y la evolución
Jurisprudencial). Caracas. Editorial Frónesis.

Ortíz Ortiz, R. (2002). **El Poder Cautelar General y las Medidas
Innominadas** (En el ordenamiento jurídico venezolano). Caracas. Editorial
Frónesis.

Parra, F. (ed. 2002). **Estudios de Derecho Procesal Civil.** Libro Homenaje a
Humberto Cuenca. Diferentes Autores. Colección de Libros Homenajes N° 6
del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas: Gráfica ADFA Unidos, C.A.

Parra, J. (1999). **Las Medidas Cautelares en el Contexto Procesal del
Nuevo Milenio.** Ponencia en el I Congreso Venezolano de Estudios de
Derecho Procesal; "Las Medidas Cautelares frente a los Retos del Nuevo
Milenio". Caracas, 25- 26 y 27 de Noviembre de 1.999.

Parilli, O. (1997). **La Intervención de terceros en el Proceso Civil.**
Mobilibros, Caracas.

Pérez, A. (1998). **Los Derechos Fundamentales.** Editorial Tecnos, España.
7ma edición.

Pesci Feltri, M. (2000). **Estudios de Derechos Procesal Civil.** 2da. Edición.
Editorial Jurídica Venezolana. 2da edición corregida y aumentada. Caracas.

Peyrano, W. (1993). **El Proceso Atípico.** Editorial Universidad. Buenos Aires.

Pierre, O. **Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.** Febrero, marzo,
abril, mayo, julio y noviembre de 1989; enero 1990.

Pierre, O. **Jurisprudencia de los Tribunales de Última Instancia.** mayo,
junio, julio, agosto-septiembre de 1990.

Pierre, O. (2002). **Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia**. Año III, Diciembre.

Proyecto de Código de Procedimiento Civil. (1985), 2da. Edición. Ediciones del Congreso de la República. Caracas- Venezuela.

Puppio, V. (1998). **Teoría General del Proceso**. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas.

Rengel-Romberg, A. (1995). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano** (según el nuevo Código de 1987). Tomo I. Teoría General del Proceso. Editorial Arte. Caracas.

Rengel-Romberg, A (1992). Autores Varios. **Medidas cautelares en la Ley sobre Derechos de Autor**. Consejo Internacional sobre la protección de los derechos intelectuales (del autor, el artista y el productor). A la memoria de Roberto Goldshmidt. UCAB. Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara. Colegio de Abogados. Barquisimeto.

Revista Venezolana de estudios de Derecho Procesal. Invedepro. No. 1, Enero a Junio 1999, Caracas 1999.

Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. No. 2. Julio-Diciembre 1999. Invedepro. Caracas 1999

Revista Venezolana de Estudios de Derecho Procesal. (2000). Autores Varios. Invedepro. No. 3, Enero a Junio 2000. Caracas.

Rivera, R. (2002). **Derechos de accionar derivados de la Hipoteca**. Estudios de Derecho Procesal Civil. Libro homenaje a Humberto Cuenca. Fernando Parra Aranguren Editor. Tribunal Supremo de Justicia, Colección Libros Homenaje, No. 6, Caracas/Venezuela.

Sánchez, A. **De la Decisión de la causa y de la Ejecución de Sentencia**. Comentarios y anotaciones al Código de Procedimiento Civil, 2da. Edición, Caracas .

Sánchez, A. (1995). **Del Procedimiento Cautelar y de otras Incidencias**. Comentarios y anotaciones al Código de Procedimiento Civil, Caracas.

Sánchez, A (2001). **La responsabilidad Judicial**. (Responsabilidades derivadas del ejercicio de la función jurisdiccional y procedimiento para hacerlas efectiva en la legislación Venezolana. Ediciones Paredes. Caracas.

Seminario sobre la ley de Arbitraje Comercial. (1999) Biblioteca de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie eventos 13, Caracas.

Ugas, C. (2000). **Medidas Preventivas en el Procedimiento Administrativo por prácticas restrictivas de la Libre Competencia.** Revista de Derecho Administrativo. No. 10, Septiembre-Diciembre 2000.

Serra, M. (2000). **La Ley 1/200 sobre Enjuiciamiento Civil.** JM Bosch. Madrid.

Vegas, N. (1982). **Derecho Mercantil.** Ediciones Fabreton, Caracas.

Vegas, N. (1979) . Las medidas preventivas mercantiles. Editorial Magon, Caracas.

Venturini, A. (1995) .**Aspectos sustantivos y adjetivos del Derecho Agrario. Las medidas cautelares en el juicio de partición fundial.** Universidad de Carabobo. Valencia.

Zopi, P. (1988). **Providencias Cautelares (en el nuevo Código de Procedimiento Civil venezolano),** Valencia. Vadell Hermanos, Editores, Colección Movimiento Humberto Cuenca. No. 6.