UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LIMITACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA EN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL ARTÍCULO 207, DE LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

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

Autor: Abg. José Lorenzo
Jiménez Peralta
C.I. 7.542.083
Expediente 128014

Asesor: Abg. Eustoquio Martínez

Barquisimeto, Noviembre 2009

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

LIMITACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA EN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL ARTÍCULO 207, DE LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

Autor: Abg. José Lorenzo Jiménez
Asesor: Abg. Eustaquio Martínez
Fecha: Noviembre 2009

RESUMEN

En esta investigación se analiza La Limitación al Derecho de Defensa en las Medidas de Protección Ambiental del Artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en la República Bolivariana de Venezuela, en donde el procedimiento ordinario agrario, faculta al juez con un Poder Genérico de Prevención y el Poder Cautelar General ilimitado, para providenciar medidas de protección ambiental oficiosamente, en juicio o fuera de este, se observa que al decretar medidas de oficio el juez asume funciones que corresponden a los Poderes Ejecutivo y Ciudadano, que no corresponden a la función jurisdiccional; además la disposición del articulo señalado, no dispone los medios procesales adecuados para oponerse a la medida decretada de oficio, hacer alegaciones ni probanzas, lo cual de la bibliografía consultada se desprende que esta norma transgrede la Carta Magna, en los artículos 26 referidos a la tutela judicial efectiva, que a su vez integra al proceso debido y derecho a la defensa establecido en el artículo 49, el artículo 257 constitucional, el cual establece que el proceso constituye un instrumento fundamental pata la realización de la justicia, lo que implica que decretar medidas sin la existencia de un proceso pendiente viola esta flagrantemente esta disposición, pues las medidas cautelares son un instrumento del proceso, como característica esencial de las mismas. La investigación es de diseño documental monográfica, a nivel descriptiva, por lo que constituye una investigación analítica de desarrollo conceptual, apoyada por una amplia revisión bibliográfica, donde se utilizan técnicas documentales, resumen de textos y análisis de contenido, necesaria para registrar y analizar el contenido de la información extraída de las fuentes bibliográficas.

Descriptores: Poder Cautelar General, Medidas Cautelares, Proceso Debido y Derecho a la Defensa.

UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POSTGRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO PROCESAL

LIMITACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA EN LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN AMBIENTAL DEL ARTÍCULO 207, DE LA LEY DE TIERRAS Y DESARROLLO AGRARIO EN LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA

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

Autor: Abg. José Lorenzo Jiménez Peralta

Asesor: Abg. Eustoquio Martínez

Barquisimeto, Noviembre 2009

ÍNDICE GENERAL

	Pág.
RESUMEN	v
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	
NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES	4
CAPÍTULO II	
RÉGIMEN CAUTELAR DEL SISTEMA PROCESAL VENEZOLANO	10
Generalidades	10
Síntesis Histórica de la Institución Cautelar	13
Finalidad de las Medidas Cautelares	14
Clasificación de las Medidas Cautelares	16
Clasificación en el Sistema Jurídico Venezolano	18
Características de la Tutela Cautelar	21
Requisitos de Procedencia de las Medidas Cautelares	23
Fumus Boni Iuris	24
Periculum In Mora	24
CAPÍTULO III	
LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA TUTELA CAUTELAR	26
Poder Cautelar General	27
Poder Genérico de Prevención	30
Poder Cautelar mixto	32
CAPÍTULO IV	
APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN EL PROCEDIMIENTO AGRARIO	37
Medidas Especiales Agrarias	37
Problemas que se Presentan en el Ejercicio del Contradictorio	40
Violación del Proceso Debido	41
Violación del Derecho a la Defensa	46

Inconstitucional la Medida Cautelar que sólo se Permita la Apelación 48
Tratamiento de las Medidas Cautelares en los Tribunales de Instancia 52
Tratamiento de las Medidas Cautelares en el Tribunal Supremo de Justicia 53

CAPÍTULO V
CONCLUSIONES 65

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS 68

INTRODUCCIÓN

Esta investigación cuyo título La Limitación al Derecho de Defensa en las Medidas Decretadas según el Artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en la República de Venezuela, el cual esta estructurado en cinco capítulos; en el primero se desarrolla La Naturaleza Jurídica de las Medidas Cautelares, donde se trata las diferentes posiciones doctrinarias referentes a las Medidas Cautelares orientadas hacia las nociones de Jurisdicción, Acción Procesal, Proceso y Pretensión.

En el Capítulo Segundo, se diserta el Régimen Cautelar del Sistema Procesal Venezolano, donde se efectúa generalidades a cerca de la tutela cautelar como garantía jurisdiccional, se relata una Síntesis Histórica de la Institución Cautelar, según algunos doctrinarios y algunas normas del sistema jurídico venezolano, además de la Finalidad de las Medidas Cautelares, como meta de garantizar a los justiciables el ejercicio de la jurisdicción tanto en el derecho de los particulares como en la función del estado, tomando en cuenta la finalidad mediata e inmediata; luego se hace una Clasificación de las Medidas Cautelares, según la sistematización Calamandrei y la del Sistema Jurídico Venezolano.

Asimismo, se incluye las Características de la Tutela Cautelar, principalmente las de instrumentalidad, provisoriedad, urgencia y judicialidad, por último se comentan los Requisitos de Procedencia de las Medidas Cautelares, donde son admitidos por la doctrina como periculum in mora y fumus boni iuris.

El Capítulo Tercero, se desarrolla La Función Jurisdiccional en la Tutela Cautelar, allí se comenta sobre el Poder Cautelar General, como una garantía procesal en un litigio y el Poder Genérico de Prevención de la función jurisdiccional, la cual es dada al juez por el legislador para garantizar la justicia, mediante un sistema de prevención típicamente taxado o determinado. Luego se explica el Poder Cautelar mixto, que es el que esta establecido en el sistema jurídico venezolano.

Luego el Capítulo Cuarto se relaciona con la Aplicación de las Medidas en el Procedimiento Agrario, en el cual se explana regulación del articulo 207 de la ley de tierra y desarrollo agrario (LTDA, 2005), el que contiene las Medidas Especiales Agrarias, enfatizando en el Poder Genérico de Prevención y el Poder Cautelar; los Problemas que se presentan en el ejercicio del contradictorio en cuanto a las garantías de Proceso debido y derecho a la defensa, ya que la disposición del artículo 207, el que se

cuestiona en esta investigación por cuanto no contempla manera de impugnar u oponerse al decreto de la medida decretada.

Al final de este capítulo se diserta sobre la Inconstitucional la Medida Cautelar que sólo se permita la Apelación, con fundamento en el criterio del Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Civil y al criterio reiterado de la Sala Constitucional en cuanto al la manera del ejercicio del derecho de defensa y Proceso debido, asimismo el procedimiento empleado en los tribunales de instancia y finalmente el criterio de la Sala Constitucional, la cual mantiene el criterio contrario al de la Sala Civil.

Finalmente en el capítulo Quinto, se plasman las conclusiones; considerando que la Función Jurisdiccional corresponde al Estado, el cual la realiza por medio del Poder Judicial, por eso la Tutela Jurisdiccional Cautelar, corresponde a los Jueces, quienes deben conservar las garantías necesarias para el ejercicio para una tutela efectiva. Por lo que en un procedimiento o fuera de él donde se decreten medias cautelares oficiosamente o no y no se permita alegar y probar pretensiones u oponerse alas medidas es un procedimiento contrario a la Constitución Nacional.

CAPÍTULO I

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Este aspecto ha sido estudiado y enfocado desde diferentes puntos de vista, pero siempre influenciado por algunas de las nociones de orden sistemático del derecho: Jurisdicción, Acción, Proceso y Pretensión. Por estas razones algunos autores consideran que los procedimientos de donde se ventilen las medidas cautelares deben llamarse para algunos Acciones Cautelares, para otros Procesos cautelares, Pretensión cautelar o como acto jurisdiccional, como providencia cautelar que se distingue de las demás providencias jurisdiccionales, en tal sentido seguidamente se presenta las diferentes posiciones referente a la naturaleza jurídica de dichas medidas:

Ortells (2000) hace dos distinciones en cuanto a la ordenación sistemática doctrinal en cuanto a como debe encuadrarse aquella actividad en la sistematización de las instituciones procesales como legislativa, que lugar debería ocupar en una Ley procesal. Según la primera orientación, la actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse un proceso por sí mismo y diferente del proceso de declaración y de ejecución, que se halla al servicio de una función de la jurisdicción diferente a la declarar el Derecho en el caso

concreto y a la de realizar forzosamente ese Derecho, igualmente en el caso singular.

La señalada opción doctrinal comporta que en el plano legislativo se postule para las disposiciones relativas al, proceso cautelar una colocación separada y al mismo nivel de las disposiciones referidas a las otras dos clases de procesos.

La otra orientación rechaza considerar al proceso cautelar como un tertium genus (tercera familia o género). Esta tesis se funda en el carácter muy diferenciado de la regulación de las medidas cautelares y sus respectivos procedimientos, no fácilmente reducible a unidad, en su dependencia a un proceso principal determinada por su característica esencial de la Instrumentalidad y que el proceso cautelar esta en definitiva, compuesto por las dos clásicas funciones, de declaración (resolución sobre la medida cautelar) y ejecución (cumplimiento forzoso de la anterior resolución).

Para esta última orientación la actividad cautelar sería un mero elemento complementario de los procesos de declaración y ejecución; técnicamente, un incidente del primero y un medio de aseguramiento de segundo.

Al respecto la Sala Constitucional (SC) del Tribunal Supremo de Justicia(TSJ,2000) de la República Bolivariana de Venezuela, Es del criterio del que las medidas cautelares, son parte de la tutela judicial efectiva, la cual se patentiza por medio de la función jurisdiccional, siendo una de estas funciones el derecho a una decisión oportuna y eficaz –al que alude el único aparte del artículo 26-, el cual, a su vez comprende el derecho a la tutela cautelar de las partes en juicio y el correlativo poder cautelar general del juez para asegurar la efectividad del fallo definitivo. Se desprende de este criterio que la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia ubica la naturaleza jurídica de las medidas cautelares en la Jurisdicción

Al respecto Calamandrei (1945) las ha denominado providencias cautelares, que se distinguen por sus propios caracteres de todas las otras providencias jurisdiccionales (resolución judicial o sentencia). Este criterio coloca el origen en la jurisdicción, ya que los únicos dotados de esta función jurisdiccional son los jueces. El autor va analizando sucesivamente los distintos criterios en base a los cuales pudiera lograrse un aislamiento y una definición de las providencias cautelares de las otras decisiones numerosas y variadas que dicta el juez a lo largo del proceso. No se apoya ese criterio en el aspecto subjetivo, porque no existe una función cautelar confiada a órganos especiales que permita derivar su naturaleza jurídica del sujeto, ni

tampoco en el criterio formal porque no hay una forma peculiar en ellas por la cual se les pueda distinguir exteriormente de las otras providencias del juez: la forma de sentencia que decreta un secuestro es igual a cualquier otra sentencia.

Para quienes afirman que las medidas cautelares son de naturaleza jurisdiccional, partiendo de la premisa, de que esta se encuentra como parte de la tutela judicial del Estado; ese derecho que tienen los justiciables de que se les asegure la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare; las medidas cautelares tienen su origen en la Jurisdicción.

Los doctrinarios venezolanos y extranjeros no se han puesto de acuerdo para distinguir el origen de las medidas cautelares, en tal sentido se citan algunos de esos críticos, en cuanto al origen en la Acción procesal, en el Proceso y en la Pretensión:

Chiovenda (1977), sostiene que el poder jurídico de obtener una de esas resoluciones es una forma autónoma de acción (acción aseguradora) y es mera acción que no puede considerarse como accesorio del derecho asegurado (cautelado) porque existe como poder actual, cuando aun no se

sabe si aquel derecho existe; y entretanto, el demandado no tiene obligación alguna de cautela antes de la resolución del juez.

Carnelutti (1942) lo denomina proceso cautelar por cuanto” en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (constituye una cautela para) el buen fin de otro proceso (definitivo)”.

Bustos (2005), las medidas cautelares se pueden definir como: "pretensión introducida por instancia de petición, cuyo objeto es lograr el aseguramiento anticipado de un hecho o un derecho, a los fines de evitar los efectos dañosos del transcurso del tiempo que insume el proceso al que acceden**"**.

Ortiz (1997), sostiene que “las medidas cautelares son para los órganos jurisdiccionales una función de tutela y para los particulares una pretensión”.

De los comentarios citados anteriormente, se desprende que existe posiciones diferentes, tanto en los teóricos como en los tribunales; estas visiones son razonables, si se toma en cuenta cada una de los puntos de vista que toma cada inclinación, se encuentra dentro del ámbito de la Jurisdicción, la cual se insta por medio de la acción procesal, mediante una o mas pretensiones, generándose de esta manera un proceso. Esto

producirá una posición ecléctica, en cuanto a la naturaleza de las medidas cautelares, allí navegan interrelacionándose todas estas nociones fundamentales de orden sistemático del ordenamiento jurídico.

CAPÍTULO II

RÉGIMEN CAUTELAR DEL SISTEMA PROCESAL VENEZOLANO

Generalidades

La tutela judicial efectiva establecida en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela(Modelo de Justicia al que la Ley debe adaptarse), que viene a ser el documento donde queda plasmado la articulación de los valores de un pueblo, la creencias las necesidades y querencias, las virtudes, es la expresión escrita de algo en que cree el soberano; en su artículo 26 consagra la Garantía Jurisdiccional, también llamada el derecho a la tutela judicial efectiva, que ha sido definido como aquél, atribuido a toda persona, de acceder a los órganos de administración de justicia para que sus pretensiones sean tramitadas mediante un proceso, que ofrezca unas mínimas garantías, todo lo cual sólo es posible cuando se cumplen en él los principios establecidos en la Constitución.

Es, pues, la Garantía Jurisdiccional, el derecho de acceso a la justicia mediante un proceso dirigido por un órgano, también preestablecido para ello por el Estado, para conseguir una decisión dictada conforme el derecho mediante la utilización de las vías procesales prescritas para el fin específico

perseguido, en el entendido que dicho derecho en manera alguna comprende que la decisión sea la solicitada por el actor o favorezca su pretensión, ni que en el curso del mismo se observen todos los trámites e incidencias que el actor considere favorables a él.

El derecho a la tutela judicial efectiva comprende, asimismo, el derecho a la ejecutoriedad de la sentencia obtenida en derecho. Ahora bien, dicha garantía implica, para los administrados, la obligación de someter la tramitación de sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales establecidos por el Estado mediante las vías y los medios procesales contemplados en las leyes adjetivas, así como también la de no obstruir, de manera alguna, la administración de justicia desarrollada por el Estado en cumplimiento de sus funciones, lo que conlleva la obligación de no realizar actos inútiles ni innecesarios a la defensa del derecho que se pretenda sea declarado, pues ello, además de contravenir los artículos 17 y 170 del Código de Procedimiento Civil, podría configurar el abuso de derecho generador de responsabilidad patrimonial u otras responsabilidades.

La tutela Judicial efectiva implica el acceso a la Jurisdicción, el Proceso debido y la tutela cautelar.

La tutela cautelar se encuentra establecida en las disposiciones del Código de Procedimiento Civil (CPC, 1987) vigente, en sus artículos 585 y 588: Medidas de Embargo de Bienes (procuran la garantía económica de la ejecución forzosa), Secuestro de Bienes determinados (tienden al aseguramiento de los bienes, para preservarlos a favor de quien resulte favorecido por la sentencia definitiva) y Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles. (Procuran la garantía económica de la ejecución garantizar la ejecución forzosa de una eventual sentencia favorable. El Juez tiene facultades para dictar medidas complementarias a cualquier medida de las antes mencionadas.

En este orden de argumentaciones los requisitos exigidos en el articulo 585 ejusdem, para que sea otorgada las medias antes señaladas, en la pretensión cautelar debe demostrarse la existencia de un riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución de la sentencia (*periculum in mora)*, a la vez prueba del derecho que reclama (*fumus boni iuris).*

Al respecto Ortiz (1997), plantea que el fenómeno cautelar puede ser visto bajo la noción de un sistema, es decir “un conjunto de elementos lógicamente estructurados, vinculados de manera independiente, con sus propias características, su propia esencia y consistencia”, lo cual lo hace diferente a otras instituciones, que pueden conseguir la misma finalidad, pero

no son medidas cautelares, según el autor. Parte de la idea de que las medidas cautelares, son para las partes una petición, cuya solicitud debe ser acreditada mediante el cumplimiento de por lo menos dos requisitos, que son conocidos en la doctrina como *periculum in mora y fumus boni iuris*, lo cual debe ser probado en un procedimiento breve.

Síntesis Histórica de la Institución Cautelar

Partiendo de la idea de la evolución del Estado de Derecho, intuyendo que la Jurisdicción se encuentra implícita en éste, haciendo la observación de que, sólo existe jurisdicción en un Estado de Derecho, siendo necesario existencia de la separación de poderes, lo cual quiere decir que lo jueces tienen que ser autónomos en sus decisiones, sin la influencia de los demás poderes, prolegómeno de la existencia misma del Estado; la tutela cautelar se inicia con nacer de la jurisdicción.

La Roche (2000) cita a Petit, quien comenta que los romanos empleaban una práctica dentro de los tipos de depósitos, que consistía en la entrega de una cosa que se encontraba en litigio, a un tercero denominado *secuester*, la cual debía ser entregada a la persona vencedora, siendo esta la medida más antigua de Derecho escrito.

Sin embargo fue en el siglo XIX, cuando los autores italianos comenzaron a elaborar la doctrina de la institución cautelar, según comenta Ortiz (1997).

En Venezuela con el Código de Procedimiento de Aranda (1936), establece la medida de secuestro y arraigo, que podía solicitarse ante el temor de ausencia o fuga del demanda, luego en la reforma de 1897, introdujo la prohibición de enajenar la cosa litigiosa, después en 1916, se extendió a la prohibición de enajenar y gravar bienes inmuebles, materia o no del litigio. Es en la reforma del Código de Procedimiento Civil de 1987, vigente en la actualidad, el que establece las medidas cautelares, el cual establece el libro tercero, denominándolo Del procedimiento cautelar y otras incidencias, donde se encuentran plasmadas las medidas, los requisitos para acordarlas, así como el procedimiento para hacer oposición a las mismas.

Finalidad de las Medidas Cautelares

La tutela cautelar tiene como finalidad garantizar a los justiciables el ejercicio de la jurisdicción tanto en el derecho de los particulares como en la función del estado y así cumplir con las exigencias de un verdadero estado de derecho cuyas normas no sólo sean válidas, vigentes y duraderas, sino fundamentalmente eficaces. En este sentido las medidas se consideran como una *finalidad mediata e inmediata*.

En este orden de argumentaciones la *finalidad mediata* consiste en garantizar a las personas el ejercicio de la jurisdicción, asegurando la majestad de la justicia y la plenitud del estado de derecho, desde el punto de vista de la colectividad y la existencia del estado, tal como lo establece el articulo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que entre sus características se encuentran la justicia, idónea, expedita, sin dilaciones, entre otras.

En cuanto a la *finalidad inmediata* y directa que afecta a la parte que solicitan la medida, y que constituye la justicia en concreto del caso particular sometido al conocimiento del juez y su jurisdicción; esta finalidad se desprende de la lectura del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil vigente, a saber: la autorización para a ejecución de determinados actos, la prohibición de la ejecución de los mismos y en tercer lugar, la adopción de las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Estas medidas perciben mediante el mandato de hacer o no hacer para evitar el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión, es decir, el juez autoriza o prohíbe la ejecución de ciertos actos.

Clasificación de las Medidas Cautelares

Las *medidas cautelares* han sido objeto por los doctrinarios de múltiples clasificaciones, sin embargo en esta investigación se opta por la que hace *Calamandrei* por la sistematización que presenta, las cuales se contienen en cuatro grupos que son: Providencias Instructorias Anticipadas, Providencias preventivas, Providencias provisorias o provisionales y Cauciones judiciales, Las cuales se comentan a continuación:

Se encuentran ubicadas en este primer grupo las *Providencias Instructorias Anticipadas* que aseguran la eficacia de la fase de conocimiento, en ellas se trata de fijar y conservar ciertas resultas probatorias, positivas o negativas que podrán ser utilizadas después en un posible y eventual proceso futuro y en el momento oportuno. Este grupo es admitido en todas las otras clasificaciones; son un ejemplo de ellas los justificativos para perpetua memoria y el reconocimiento judicial pre-constituido. En el ordenamiento jurídico venezolano es la evacuación de una prueba cuando haya temor de que desaparezcan algunos medios de defensa del demandante (artículo 675 CPC).

En el *segundo grupo* aparecen las *Providencias preventivas* las cuales aseguran la eficacia de la fase ejecutiva, comprende las providencias

que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzosa, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma.

Conforman las *Providencias provisorias o provisionales* el tercer grupo de las providencias cautelares, consiste en una decisión anticipada y provisoria del mérito, destinada a durar hasta el momento en que a esta regulación provisoria de la relación controvertida, se sobreponga la regulación de carácter estable, que se puede conseguir a través del más lento proceso ordinario. Mediante las cuales se satisface interinamente una relación controvertida en espera de que a través del proceso principal posterior se perfeccione la decisión definitivamente. Hallan su razón de ser en la urgencia de la decisión ante el peligro de daño que acarrea el retardo, daño referido más a la persona misma que a sus bienes. Como ejemplo se tiene los interdictos de amparo, restitutorio y prohibitivos, en cuanto al decreto primero, provisional.

El cuarto y último grupo las providencias sistematizado por Calamandrei corresponde a las *Cauciones judiciales*, cuya denominación revela puramente la finalidad cautelar, que consiste en la imposición por parte del juez de una caución; la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior providencia judicial, ejemplo son las dos

medidas de cautela del procedimiento de medidas preventivas, para decretarlas o para neutralizarlas.

Clasificación en el Sistema Jurídico Venezolano

El autor Ortiz (1997) comenta que en el sistema jurídico venezolano las medidas se clasifican en medidas típicas o nominadas, medidas o disposiciones complementarias, medidas innominadas y regímenes cautelares especiales

Las *Medidas típicas o nominadas* se encuentra establecida en las disposiciones del CPC vigente en su artículo 588: Medidas de Embargo de Bienes (procuran la garantía económica de la ejecución forzosa), Secuestro de Bienes determinados (tienden al aseguramiento de los bienes, para preservarlos a favor de quien resulte favorecido por la sentencia definitiva) y Prohibición de Enajenar y Gravar Bienes Inmuebles. (Procuran la garantía económica de la ejecución garantizar la ejecución forzosa de una eventual sentencia favorable.

El autor Ortiz (op. cit), define estas medidas de la siguiente manera:

> *Las medidas típicas o nominadas son aquellas disposiciones preventivas de carácter cautelar previstas expresamente en la Ley para situaciones específicas y con vistas a un temor de daño concreto, establecido por el legislador, son típicas en tanto que están previstas para un particular procedimiento y pueden revestir dos modalidades: primero, que el propio legislador establezca el contenido de la medida, y segundo, que se deje a criterio del tribunal la medida adecuada para el específico temor de daño alegado.*
>
> *Medidas típicas de contenido concreto: son aquellas en las cuales la, propia Ley señala el contenido de la medida y reciben una denominación específica en el texto de la Ley, Vg. el embargo,*

> *secuestro, prohibición de enajenar y gravar, o aseguramiento de bienes, ocupación judicial de bienes, la suspensión de efectos de un acto administrativo, etc. En segundo lugar:*
> *Medidas típicas de contenido indeterminado: en las cuales se le deja al juez la prudencia para determinar el contenido de la medida, pero con la peculiaridad de que sigue siendo típica para un procedimiento previamente establecido, así por ejemplo tenemos las medidas para salvaguardar la producción agraria (artículo 8 de la Ley Orgánica de Procedimientos Agrarios-hoy artículo207 de la Ley de _Tierras y Desarrollo Agrario-), las medidas de aseguramiento en materia de salvaguarda del patrimonio público(artículo 54 de la Ley Orgánica de salvaguarda del patrimonio público).*

Mientras que las *Medidas complementarias* están previstas en el único aparte del artículo 588, en los siguientes términos: “podrá también el juez acordar cualesquiera disposiciones complementarias para asegurar la efectividad y resultado de la medida que hubiere decretado”. Las medidas complementarias tiene razón de ser en cuanto que complementan o completan la eficacia o calidad de las medidas típicas; luego no funcionan autónomas e independientemente sino que deben adecuarse a aquellas.

Estas medidas sirven de complemento para asegurar la eficacia de las medidas de embargo secuestro o prohibición de enajenar y gravar. De tal manera que sólo cuando se hubiere dictado una medida típica y la misma se revele insuficiente y se siga corriendo el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, puede el juez acordar las medidas que considere adecuadas para garantizar la eficacia de la medida dictada.

Las medidas innominadas se encuentran establecidas en el Código de Procedimiento Civil en los parágrafos primero, segundo y tercero, en la forma siguiente:

> **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.
> **Parágrafo Segundo:** Cuando se decrete alguna de las providencias cautelares previstas en el Parágrafo Primero de este artículo, la parte contra quien obre la providencia podrá oponerse a ella, y la oposición se sustanciará y resolverá conforme a lo previsto en los artículos 602, 603 y 604 de este Código.
> **Parágrafo Tercero:** El Tribunal podrá, atendiendo a las circunstancias, suspender la providencia cautelar que hubiere decretado, si la parte contra quien obre diere caución de las establecidas en el artículo 590. Si se objetare la eficacia o suficiencia de la garantía, se aplicará lo dispuesto en el único aparte del artículo 589.

El autor Ortiz antes citado las define en la forma siguiente:

> Las medidas innominadas es el conjunto de disposiciones que, a solicitud de parte, puede acordar el juez y siempre que las considere -a su prudente arbitrio- adecuadas para evitar que se produzca una lesión en el derecho o en la situación fáctica de cualesquiera de los litigantes, o para impedir que continué la lesión si la misma es de carácter continuo en el tiempo.

Lo que se desprende de estas medidas es que todas están dadas con el objeto de hacer efectiva la tutela judicial, siempre precaviendo que no que ilusoria la ejecución del futuro fallo a dictarse.

Las Medidas Cautelares Especiales no se encuentran establecidas en el Código de Procedimientos Civil si no en otras normas dispersas las cuales son definidas por Ortiz (1997):

> Aquellas medidas cautelares que puede acordadas el Juez en virtud de una disposición especial y atendiendo a la finalidad, características, requisitos y procedimiento previstos en leyes especiales.

Entre estas medidas se puede distinguir las cautelares del Código de Comercio artículo 1.099, las cautelares de la Ley sobre el Derecho de Autor artículo 112, las medidas cautelares del articulo 296 del Código Orgánico Tributario, las cautelares contra el fisco nacional estados y municipios, regulado por ley orgánica de procuraduría general de la republica y la ley orgánica de hacienda publica nacional.

Características de la Tutela Cautelar

Las medidas cautelares tienen sus características bien diferenciadas: instrumentalidad, provisoriedad, urgencia y judicialidad, caracterización de las medidas cautelares ha sido objeto de múltiples opiniones, sin embargo las que se consideran más importantes son las ideadas por el maestro

Calamandrei en su obra Providencias Cautelares, que a continuación se detallan.

En cuanto a la *Instrumentalidad*, la mayoría de los doctrinarios, entre ellos La Roche (2000), Arguello(2004), Ortells (2000), Ortiz (1997) entre otros, coinciden con Calamandrei en que es el carácter genérico y eventual de todas las medidas cautelares de los grupos 2º al 4º, dentro de la clasificación antes señalada, es una instrumentalidad hipotética: las mismas funcionan como medios para asegurar la eficacia práctica de una providencia principal, en la hipótesis que esta tenga un determinado contenido concreto, del que se anticipan los efectos previsibles, por eso Calamandrei les llama instrumento del instrumento.

La Provisoriedad está en sintonía con la característica de instrumentalidad, esto significa que las medidas cautelares están a la espera de que otra providencia ulterior precava un peligro. Esa providencia ulterior, es entonces la providencia definitiva, la cual haría cesar la provisoria. En virtud de esta providencia cautelar suple un efecto de la providencia definitiva, y en virtud de aquella está a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente.

La Judicialidad, como característica de las medidas cautelares significa en el sentido de que, estando al servicio de una providencia principal, necesariamente están referidas a un juicio, tienen conexión vital con el proceso y la determinación de este obvia su existencia. Esta característica implica no que puedan convertirse en providencias materiales, es decir no satisfacen el derecho material o sustancial de manera irrevocable; por regla general aparecen insitas en un juicio, siendo el requisito de pendente lite.

Otra característica esencial de las medidas cautelares es *la Urgencia*, esta viene a ser la garantía de eficacia de las providencias cautelares. Este carácter de urgencia presenta dos manifestaciones distintas; una es la simplicidad de formas o trámites para lograr la rapidez en el tiempo y la superficialidad en el conocimiento previo de la materia de fondo, es decir del derecho reclamado en sede principal, antes de proceder a la ejecución. Por ello el juez hace una evaluación superficial de los requisitos fumus boni iuris y periculum in mora, sin entrar a conocer el fondo del asunto, pues le esta prohibido.

Requisitos de Procedencia de las Medidas Cautelares

Son aquellos presupuestos que permiten al juez evaluar la procedencia o no de la medida cautelar solicitada, esto se desprende del artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, el cual regula los requisitos de procedencia.

Estos presupuestos son conocidos en la doctrina nacional e internacional como el "fumus boni iuris" y el "periculum in mora", los cuales se detallan a continuación.

Fumus Boni Iuris

Calamandrei (1945), Henríquez (2000) y Ortells (2000), coinciden en que este presupuesto significa que la pretensión del demandante tenga apariencia de certeza. No debe exigirse la fundabilidad de la misma en un conocimiento exhaustivo y profundo de lo controvertido en el juicio principal, sino en conocimiento superficial que permitirá la decisión de probabilidad respecto de la existencia del derecho que se discute en el proceso.

Periculum In Mora

Al respecto en la opinión de Ortells (2001), es el principal reflejo de la finalidad institucional de la tutela cautelar en los presupuestos de las medidas cautelares, expone que el periculum in mora o peligro en la demora se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal; este riesgo puede aparecer motivado al retardo en la sentencia que concede la tutela.

Este requisito ha quedado establecido genéricamente en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil de la forma siguiente "…cuando exista

riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo y siempre que se acompañe un medio de prueba que constituya presunción grave de esta circunstancia…”

Por otra parte la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC, 2000) de España, establece con mayor claridad este requisito:

> Artículo 728.1: Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

CAPÍTULO III

LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL EN LA TUTELA CAUTELAR

El Poder Público Nacional se encuentra claramente establecido en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la disposición del artículo 136, el cual es dividido en legislativo, ejecutivo, judicial, ciudadano y electoral, con sus funciones propias cada uno, de conformidad con el artículo 253, corresponde a los órganos del poder judicial conocer del las causas y asuntos de su competencia, mediante los procedimientos que determinen las leyes , y ejecutar o hacer ejecutar sus sentencias, mientras que el poder legislativo tiene la obligación de crear las leyes y procedimientos acordes con la constitución Nacional, para que los jueces administren justicia.

En este sentido, la citada constitución establece en su artículo 26, la tutela judicial efectiva, que por interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia mediante sentencia Nº 269 de la SC de fecha 25 de Abril del año 2000 estableció que en este artículo esta inmanente la fundón de tutela cautelar en los términos siguientes:

> … *c)* **el derecho a una decisión oportuna y eficaz** –al que alude el único aparte del artículo 26-, el cual, **a su vez comprende el derecho a la tutela cautelar** de las partes en juicio y el correlativo poder cautelar general del juez para asegurar la efectividad del fallo definitivo. (Resaltado añadido).

Se desprende de esta decisión, la existencia en el sistema jurídico venezolano, de la función jurisdiccional cautelar, la cual se conjuga con las leyes ordinarias y especiales, para satisfacer las pretensiones de los justiciables, dada esta función sólo a los jueces, conforme al mencionado artículo 253 de la Carta Magna.

Poder cautelar general

El poder cautelar general se origina de la insuficiencia existente en las medidas típicas, conocidas como Embargo preventivo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar, que tienen sus requisitos y características bien definidas en la Ley, por eso se les llama típicas.

Las medidas innominadas, tal como encuentran establecidas un el sistematizadas en Código de Procedimiento Civil, Parágrafos primero, que se citó en punto de la clasificación de las medidas cautelares, de donde se extrae “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 este contexto, lo que se busca con estas medidas es una garantía procesal de las partes en un litigio, es ahí donde se diferencia del poder genérico de prevención. Según Calamandrei (op. Cit), lo que justifica las providencias cautelares en general es la existencia de un peligro de daño jurídico derivado del retardo de la providencia jurisdiccional definitiva.

En capítulos anteriores, se ha afirmado que el poder cautelar general es una manifestación de la jurisdicción cuando actúa en sede preventiva, de la característica de jurisdiccionalidad y que este se manifiesta como poder cautelar específico y poder cautelar general. En este sentido el autor Ortiz (1997) ha ensayado una definición de Poder Cautelar General:

> Es una función otorgada a los órganos jurisdiccionales en el proceso mediante la cual, las partes con vista a la situación fáctica concreta, pueden pedir y el juez acordar, las medidas innominadas o inespecíficas, para evitar una situación de daño o de peligro, o cuando una de las partes requiera de una actuación judicial para evitar la continuidad de un daño, pudiendo las partes suplir el silencio de la Ley en cuanto el contenido de la providencia y el juez evaluar la pertinencia o adecuación de las mismas.

En este orden de ideas el Tribunal Supremo de Justicia en la Sala Constitucional, mediante sentencia Nº 270 de fecha 16 de marzo de 2005 comentó acerca de esta noción usada en la práctica forense.

> Tal como pacíficamente sostuvo esta Sala, el poder cautelar general del juez constitucional puede ejercerse en el marco de los procesos de nulidad de actos de naturaleza legislativa, con el objeto de que se dicten las medidas que resulten necesarias para el aseguramiento de la eficacia de la sentencia definitiva; medidas

> cuya procedencia, según se expuso -entre otras muchas- en sentencias de 8-6-00, caso *Alexis Viera Brandt*, y de 13-6-02, caso *Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas*, depende fundamentalmente del cumplimiento de los requisitos que establece la Ley adjetiva, concretamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.
>
> Así, se lee en el artículo 19, parágrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, lo siguiente:
> "En cualquier estado y grado del proceso las partes podrán solicitar, y el Tribunal Supremo de Justicia podrá acordar, aun de oficio, las medidas cautelares que estimen pertinentes para resguardar la apariencia de buen derecho invocada y garantizar las resultas del juicio, siempre que dichas medidas no prejuzguen sobre la decisión definitiva".
>
> De allí que puede afirmarse que el juez expedirá la medida preventiva cuando exista presunción del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo, esto es, de que no sean plenamente ejecutables las resultas del juicio (*periculum in mora*), ya que, en función a la tutela judicial eficaz, las medidas cautelares en este ámbito no son meramente discrecionales de los jueces, sino que, una vez que se verifique el cumplimiento de los requisitos que establece la norma para su otorgamiento, el órgano jurisdiccional debe dictarlas.

Interpreta la Sala que el Poder Cautelar General del juez es aquel que lo faculta para dictar las medidas necesarias para garantizar la tutela judicial eficaz previo cumplimientos concurrentemente de los requisitos Periculum in Mora y Fumus Boni Iuris, además del perriculum in danni (peligro de daño), siendo para el juez obligatorio dictar la medida una vez cumplido estos requisitos y negar la medida cuando no estén llenos los extremos exigidos; previamente haciendo una ponderación de los intereses en conflicto.

Poder Genérico de Prevención

La primacía constitucional que no significa otra cosa que privilegiar la Constitución, esto es, preferir la aplicación e interpretación de la Constitución sobre cualquier mandato del ordenamiento jurídico; y la llamada 'primacía constitucional' deriva por ser producto del ejercicio de la soberanía de un pueblo, y nada más, que la voluntad del pueblo puede mandar sobre la voluntad de 'ese' pueblo. El artículo 7º constitucional establece no sólo una 'primacía objetiva' sino también 'subjetiva', es decir, las normas constitucionales se aplican preferente y privilegiadamente en todos los hechos o casos, y sobre todas las personas, sin excepción alguna.

Por los razonamientos antes expuestos, el legislador esta obligado a legislar y concretar procedimientos a fin de que la justicia sea eficaz, ya que hablar de juicio 'ordinario' es hoy en la República Bolivariana de Venezuela, es hablar de lentitud, ineficacia, insuficiencias, formalismos, caminos difíciles, múltiples laberintos, larguísimos trámites, complejas y múltiples modalidades procedimentales, etc. Si bien el Código de Procedimiento Civil trató de unificar los lapsos sin embargo hoy existen procedimientos especiales en casi todas la áreas del Derecho, hay en efecto un procedimiento laboral, mercantil, agrario, contencioso administrativo, tributario, penal, y así en cada rama del Derecho se establece un procedimiento distinto del ordinario.

En este sentido, si se cumpliera el diseño establecido del Código de Procedimiento Civil, no debería pasar de los 20 días para la contestación, 15 para promoción y 20 para evacuar pruebas, y luego los 60 días para sentenciar la causa, es decir, un proceso pensado para 115 días se convierte en varios años de espera. La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha tomado cartas en el asunto, y por ello en el artículo 257 se ordena al legislador el establecimiento de la 'simplificación, uniformidad y eficacia' de los trámites, y eso se logra, en principio y teóricamente hablando, con un procedimiento breve, oral y público.

En este orden de ideas si se piensa que el Derecho de defensa es el alma y el cuerpo del derecho al debido proceso, y por otro lado, se esta de acuerdo en que los recursos, o los medios técnicos de impugnación posibilitan el ejercicio del derecho de defensa, entonces el legislador debe dotar de instrumentos para que *en la interpretación y aplicación del derecho a la defensa* sea *'aquella que mejor desarrolle el precepto constitucional',* es en caso como éste, donde la noción de justicia entra en juego.

En este contexto, si justicia es *precisamente interpretar y aplicar el ordenamiento de la manera que mejor convenga a los derechos constitucionales,* entonces también debe concluirse que en materia del

recurso de oposición a las medidas decretadas según la disposición del artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario típicas de contenido especial genérico, debe interpretarse y aplicarse de la manera que mejor convenga a los preceptos constitucionales, lo cual es una manera de hacer realidad la abstracción de la justicia**.**

El Poder Genérico de Prevención, es pues esa facultad dimanante de la función jurisdiccional, la cual es dada al juez por el legislador para garantizar la justicia, dirigir el proceso hasta su conclusión, garantizando la tutela judicial efectiva valiéndose de las medidas cautelares del sistema de prevención típicamente taxado o determinado, cuando exista riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo a dictar.

Poder Cautelar Mixto

La Jurisdicción tiene asignada la loable función de otorgar el acceso de las personas naturales o jurídicas, a los órganos de administración de justicia, para hacer valer sus derechos e intereses, donde deben recibir la justicia requerida, en un tiempo razonable, de acuerdo al artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ortiz (2004), define esta noción jurídica como:

> La Jurisdicción es una función –potestad reservada por el Estado (*elemento constitucional)*, en uso de su soberanía (*elemento*

> *político)* para ejercerla en forma de servicio público (*elemento administrativo)* por órganos predeterminados e independientes, para la realización concreta de los intereses peticionados de los ciudadanos con carácter de definitivo y con posibilidad de coacción en un proceso judicial (*elemento procesal).*

El elemento procesal señalado por el maestro Ortiz en esta definición, es llevado a cabo únicamente por los tribunales en donde los jueces, los únicos dotados de jurisdicción realizan la tutela de los derechos e intereses peticionados, con esto no se pretende que se le de la razón a quien la invoca sino solo conocer, tramitar y decidir conforme a las reglas del derecho y los sentimientos de justicia que impriman en el ordenamiento jurídico. Es lógico que quien pida la tutela la encuentre, por cuanto en el proceso civil de la República Bolivariana de Venezuela los jueces no actúan de oficio sino sólo en los casos expresamente autorizados por la ley y tanta justicia pide quien demanda como también el demandado.

En este orden de ideas, el trámite para conseguir la sentencia que al final otorgará la razón a quien la tenga tiene un proceso donde hay que agotar los lapsos establecidos en el ordenamiento jurídico, mientras tanto quien solicita la tutela judicial se encuentra en incertidumbre, pues estos procedimientos son duraderos y se eternizan, por variadas razones, por ejemplo comisionar a un Tribunal para citar o notificar fuera de los límites del

territorio o de la Circunscripción judicial del Estado Portuguesa, desde Acarigua a la ciudad de Guanare, que dista a 80 kilómetros al sur de Acarigua, el Instituto Postal Telegráfico (IPOSTEL), tarda de treinta (30) a (60) días para la ida y el mismo tiempo para el regreso.

En este contexto, se observa que no es fácil lograr una justicia expedita cuando las mismas instituciones del estado conspiran contra esta; es por ello que el legislador previó el *poder cautelar genérico*, que permite asegurar las resultas de esta justicia tardía, por medio de las medidas preventivas típicas o nominadas y m*edidas típicas de contenido indeterminado:* en las primeras están determinadas en la ley y en las segundas se le deja al juez la prudencia para determinar el contenido de la medida, pero con la peculiaridad de que sigue siendo típica para un procedimiento previamente establecido, así por ejemplo tenemos las medidas para protección ambiental (artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario).

En este orden de ideas se observa que el mismo Código de Procedimiento Civil, mantiene un régimen cautelar con medidas innominadas, de contenido indeterminado, para buscar la *finalidad inmediata* y directa que afecta a la parte que solicitan la medida, y que constituye la justicia en concreto del caso particular sometido al conocimiento del juez y su jurisdicción; esta finalidad se desprende de la lectura del artículo 588 del

Código de Procedimiento Civil vigente, a saber: la autorización para a ejecución de determinados actos, la prohibición de la ejecución de los mismos y en tercer lugar, la adopción de las providencias que tengan por objeto hacer cesar la continuidad de la lesión.

Las señaladas medidas perciben mediante el mandato de hacer o no hacer para evitar el daño o hacer cesar la continuidad de la lesión, es decir, el juez autoriza o prohíbe la ejecución de ciertos actos.

Por los razonamientos expuesto se puede intuir que en la República Bolivariana de Venezuela existe un sistema cautelar mixto, por medio del cual coexisten: el ***Poder Cautelar específico*** con base a la posibilidad que tiene el juez de decretar medidas cautelares tipificadas o nominadas en el Código de Procedimiento Civil (embargo, secuestro y prohibición de enajenar y gravar) instituido a su vez, en que exista un temor fundado de daño(perriculum in mora) y la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris); y también las medidas preventivas típicas o nominadas previstas en leyes especiales.

Por otro lado el ***Poder cautelar general,*** que es u mecanismo previsto de manera general en el Código de Procedimiento Civil, por medio del cual, el juez puede acordar medidas innominadas en cualquier etapa y grado del

proceso, con la finalidad de evitar que durante el mismo una de las partes pueda causar un daño a los derechos de la otra, aplicables a cualquier procedimiento, salvo que haya disposición especial en contrario.

CAPÍTULO IV

APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS EN EL PROCEDIMIENTO AGRARIO

Medidas especiales agrarias

Estas medidas se encuentran reguladas en el articulo 207 de la ley de tierra y desarrollo agrario (LTDA, 2005) donde se observa sin duda que la función de los jueces agrarios es propiamente jurisdiccional y por tal motivo los jueces en el ejercicio de sus funciones están investidos del poder cautelar. En este caso en criterio del maestro Ortiz (1997) comenta que en la materia agraria convergen en una institución el poder genérico de prevención y el poder cautelar. Que el ***Poder genérico de prevención***, partiendo sobre la base de que la finalidad de la materia agraria, tiene un predominio el poder público, imprime una característica especial a las medidas que en dicho procedimiento se pueden acordar.

Este orden de argumentaciones bien se sabe que el derecho agrario tiene dos finalidades ideológicas: la función de la tierra y la justa distribución de la riqueza, principios estos que informan el tratamiento constitucional y legislativo de esta materia, sin embargo esta investigación se limita a las medidas especiales de protección ambiental, instituidas igualmente el

mencionado artículo 2007, que los jueces tienen el deber de proteger de conformidad con el artículo 127 al 129 de la Constitución Nacional, en este sentido se han establecido medidas especiales de naturaleza ciertamente preventivas, aunque no exclusivamente cautelares, es decir, están en función de proteger no tanto el fin del proceso y la sentencia que allí pudiera dictarse, sino la protección, en el caso especial de Derecho Ambiental.

Es necesario resaltar que a pesar de la medidas antes mencionadas, también se encuentra involucrada a la noción de protección del proceso, es decir que además de la defensa de la cosa agraria y ambiental, igualmente se protege el interés de las partes que será dilucidado en la sentencia futura, y en ello tales medidas son típicamente cautelares (***Poder cautelar***). Por eso la materia agraria constituye un caso especial en el marco del sistema cautelar, pues la misma medida es manifestación del poder genérico de prevención. Del texto de la norma del artículo in comento, que a continuación se cita:

> **Artículo 207***.* El juez agrario debe velar por el mantenimiento de la seguridad agroalimentaria de la Nación y **el aseguramiento de la biodiversidad y la protección ambiental**. En tal sentido, **el juez agrario, exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes** a objeto de asegurar la no interrupción de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales renovables, haciendo cesar cualquier amenaza de paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción. Dichas medidas serán vinculantes para todas las autoridades públicas, en acatamiento del principio constitucional de seguridad y soberanía nacional (negritas añadidas).

Se desprende que “el juez agrario, exista o no juicio, deberá dictar oficiosamente las medidas pertinentes”, la problemática en el caso de no existir juicio, es decir fuera del proceso, es de dónde el juez toma los fundamentos o requisitos, necesarios para vislumbrar que existe amenaza de ruina, desmejoramiento o destrucción del ambiente, al respecto se discierne que en este caso debe existir una prueba al menos indiciaria o presuntiva de la situación de peligro que debe verificarse.

Se deduce que, esta función no es para la defensa y protección del fallo definitivo a cuya consecución están dispuestas las medidas cautelares, sino a una finalidad trascendente al mero intereses de las partes, para ubicarse en los supremos fines de la justicia social (Protección ambiental). Ya que la misma Ley de Tierras y Desarrollo Agrario establece en el capítulo XVI, artículos 254 al 258 del procedimiento cautelar, las medidas cautelares típicas, que son una copia de las establecidas en el CPC, las cuales son decretadas en presencia de un juicio pendiente, estando presente en ese procedimiento el derecho de la parte con quien obre la medida, de efectuar la debida oposición.

Otro particular que es necesario agregar es que las sentencias interlocutorias a tenor del artículo 239 de la Ley de Tierras y Desarrollo

Agrario, no son apelables, con lo cual en el caso de dictarse una medida preventiva de oficio, fuera de un procedimiento, se estaría infringiendo flagrantemente el derecho de defensa de la persona contra quien obre la medida, pues esta se convertiría en una medida definitiva sin más.

Problemas que se Presentan en Ejercicio del Contradictorio

El derecho al ejercicio de la tutela judicial efectiva, corresponde a toda persona, a tenor del artículo 26 constitucional, esto implica el derecho al acceso a la jurisdicción y al Proceso Debido, que debe ser garantizado por los jueces en todo estado y grado de la investigación y del proceso, por lo que no escapa al procedimiento que debe seguir el juez Agrario al realizar investigación previa al decrete de la medida preventiva de protección ambiental conforme al artículo 207 ejusdem.

En este orden de ideas, el inicio de un procedimiento lleva consigo que debe notificarse a la parte afectada por la medida a dictar e informarle de las imputaciones que se le hacen y brindar la oportunidad hacer alegaciones y pruebas en la primera instancia del procedimiento, tal como lo prevé el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, esta fase es necesaria, por cuanto es en la primera instancia del procedimiento donde pueden promoverse todo tipo de pruebas y donde se produce la primera contención, el problema se presenta en el caso donde no existe otra

parte aparente, pues quien esta a cargo de decretar la medida sería juez y parte e ahí el caos.

En tal sentido, se asume que la medida de protección ambiental, tiene base en el poder de tutela preventiva del juez cuando haya amenaza de ruina, desmejoramiento o destrucción del ambiente, que toma la decisión de prevenir este acto, que además se encuentra tutelado por el orden constitucional, asegurando de este manera el orden público, pero no es armónico, el irrespeto al mismo orden constitucional, al negársele el derecho al proceso debido y por lo consiguiente el derecho a la defensa. Si es el Estado la parte contra quien debe constreñir el afectado de la medida, no puede ser el juez precisamente quien lo represente. Este es uno de los mayores problemas para el ejercicio del derecho de defensa, cuando un particular se ve afectado por una medida, sin derecho a impugnación.

Violación del Proceso Debido

Es posible que sea en la Carta Magna Inglesa (1215), donde según la historia del Reino Unido, que el *proceso debido,* se comenzó a estampar en normas, en el año 1215, en una cédula que el rey Juan "sin tierra" de Inglaterra otorgó a los nobles ingleses en cuyos artículos 38 y 39 otorga el principio de Jurisdiccionalidad como principal garantía procesal, que

constituye el presupuesto de todas las demás, y se expresa en el axioma "*nulla culpa sine iudicio"*

El concepto de debido proceso se incorporó en la constitución de los Estados Unidos en las enmiendas V y XIV. En la primera de ellas efectuada en 1791, se estableció que "ninguna persona será privada de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal". En la segunda realizada en 1866, se dispuso que "ningún estado privará a persona alguna de la vida, libertad o propiedad, sin el debido procedimiento legal, ni negará, dentro de su jurisdicción a persona alguna la igual protección de las leyes". Mientras la V enmienda impone la limitación a los poderes del gobierno federal, la XIV enmienda, establece la misma restricción pero a los poderes de los estados locales.

La implantación de esta noción es fundamental en muchos de los convenios internacionales por su importancia como garantía de los derechos fundamentales, así se observa en la *Declaración Universal de Derechos Humanos. 10 de diciembre de 1948,* en donde el numeral primero del artículo 11 establece "Toda persona acusada de delito tiene derecho a… conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa",

Similar tratamiento hace la *Convención Americana Sobre Derechos Humanos. 7 al 22 de noviembre de 1969*, la cual en su redacción del artículo 8 “Toda persona tiene derecho a ser oída,,, concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa, derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor”; igualmente el imputado tiene en el derecho de la defensa, de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos.

En este contexto, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. 23 de marzo de 1976, continúa concretando las garantías procesales de los justiciables, cuando instaura en el artículo 14 “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley”, además de que ese mismo artículo ratifica las garantías antes señaladas.

En Venezuela el Principio del Proceso Debido (Debido Proceso) se estampó expresamente por primera vez en el artículo 1 del Código Orgánico Procesal Penal sancionado en fecha 20 de enero de 1998, publicado en la Gaceta Oficial No. 5.208, Extraordinario, de fecha 23 de enero de 1998.

Luego en el artículo 49 de la Constitución de la Republica Bolivariana de Venezuela, como se señala más arriba.

Se denomina *proceso debido* -traducción de la frase inglés *due process of law*- a aquél proceso que reúna las garantías indispensables para que exista una tutela judicial efectiva. Es a esta noción a la que alude el artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, cuando expresa que el debido proceso (*proceso debido)* se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas.

Pero la norma constitucional no establece una clase determinada de proceso, sino la necesidad de que cualquiera sea la vía procesal escogida para la defensa de los derechos o intereses legítimos, las leyes procesales deben garantizar la existencia de un procedimiento que asegure el derecho de defensa de la parte y la posibilidad de una tutela judicial efectiva.

De la existencia de un *proceso debido* se desprende la posibilidad de que las partes puedan hacer uso de los medios o recursos previstos en el ordenamiento para la defensa de sus derechos e intereses. En consecuencia, siempre que de la inobservancia de las reglas procesales surja la imposibilidad para las partes de hacer uso de los mecanismos que garantizan el derecho a ser oído en el juicio, se producirá indefensión y la

violación de la garantía de un debido proceso y el derecho de defensa de las partes.

Al respecto el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional en sentencia Nº 1392 de fecha 28 de junio de 2005, hizo una ampliación del alcance del Proceso Debido.

> … resulta imperante para esta Sala destacar, que el debido proceso consagrado en el artículo 49 de la Constitución reviste una gran importancia a favor de todo habitante de la República, por cuanto el verdadero proceso es aquel, que descansa en el cumplimiento y respeto tanto de las reglas legales como de las garantías y derechos de los justiciables en sede jurisdiccional; lo cual, supone la existencia de partes contrapuestas, un órgano imparcial y la existencia de reglas de debate que disciplinen los derechos, garantías, poderes, y deberes de los sujetos procesales. Esto, conlleva a determinar que tanto en sede administrativa como en sede judicial, la protección al debido proceso y al derecho a la defensa en todas sus expresiones se obtiene con la sustanciación del debido procedimiento, en el que se garantice al interesado sus posibilidades de defensa y el empleo de los medios o recursos dispuestos para tal fin; por lo que su transgresión se configura no sólo cuando se tergiversa el procedimiento aplicable, sino también cuando se obvia alguna de sus fases esenciales, en virtud de lo cual, se le privaría de una oportunidad para exponer o demostrar lo que estime conducente quien se vea afectado, para preservar su derecho.

Destaca dicha Sala que el verdadero proceso es aquel, que descansa en el cumplimiento y respeto tanto de las reglas legales como de las garantías y derechos de los justiciables en sede jurisdiccional y hace una acotación muy importante de que ese proceso, supone la existencia de partes contrapuestas. Esta decisión ilustra claramente sobre el Proceso

Debido el cual engloba el derecho a la defensa, a su vez la tutela judicial efectiva cobija al Proceso Debido, éste es esencial para que exista dicha tutela conforme lo establece el artículo 26 de la Carta Magna; en este sentido no podrá haber justicia adecuada, apropiada, de fácil acceso o trato, que se acierte sin dudas, diáfano, libre, garante y dar a cada quien lo que le corresponde, sino se presenta un Proceso Debido.

Violación del Derecho a la Defensa

Entre las garantías constitucionales, sin lugar a dudas, una de las más importantes es el de la defensa, siendo suficiente para comprobarlo el múltiple reconocimiento de que es objeto tanto en tratados internacionales sobre derechos humanos, como también en las constituciones de los principales países europeos y latinoamericanos, de tal manera que el Diccionario de la Real Academia Española (2001) lo define:

> Etimológicamente la expresión defensa significa "oponerse al peligro de un daño" o, más gráficamente, "el rechazo a un ataque o agresión". Este ataque o agresión pasa a denominarse ofensa, constituyéndose, lógicamente, en el antecedente necesario de la defensa. Vale decir: la defensa exige previamente una ofensa y su nota esencial en consecuencia es su carácter reactivo.

El derecho a la defensa es un formalismo esencial (Ortiz, grabación 2007), ya que la Constitución Nacional establece en el artículo 257, que no se sacrificará la justicia por formalismos no esenciales, el destacado autor,

comenta que indudablemente la defensa no puede considerarse como no esencial.

Asimismo la citada Sala en sentencia Nº 878 de fecha 01 de Agosto de 2000, comentó lo siguiente:

> El artículo 68 de la derogada Constitución de 1961, consagraba el derecho de defensa, en los términos siguientes:
> "*Artículo 68: Todos pueden utilizar los órganos de la administración de justicia para la defensa de sus derechos e intereses, en los términos y condiciones establecidas por la ley, la cual fijará normas que aseguren el ejercicio de este derecho a quienes no dispongan de medios suficientes.*
> *La defensa es derecho inviolable en todo estado y grado del proceso*."
> El artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificado por Venezuela y aplicable de acuerdo con el artículo 23 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el derecho al debido proceso en los siguientes términos:
> (…) *1.- Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías (…)*
> *2.- Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad (…)*
> Dichos derechos han sido recogidos en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su artículo 49, cuyo texto es del tenor siguiente:
> "Artículo 49: *El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:*
> *1.- La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso (…).*

Se desprende de la interpretación anterior que tanto en la derogada Constitución de 1961 como en la vigente la noción de derecho a la defensa debe aplicarse a *todo estado y grado del proceso*, lo cual atendiendo al

significado literal de las palabras, “todo estado” significa que el derecho a la defensa debe ser garantizado por el tribunal sea en el inicio del proceso, en la etapa intermedia o en la etapa final de la instancia en que se encuentre y “grado del proceso” significa en cualquier instancia, es decir, en primera instancia, segunda instancia e inclusive en Casación. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías; esto se interpreta como el derecho de alegar, contradecir y probar a través de un proceso, permitiéndole a las partes los medios, lapsos y formas procesales para el ejercicio de su defensa.

De esta manera, la citada Sala en sentencia Nº 99 de fecha 15 de marzo de 2000, ha interpretado el Derecho a la Defensa como una parte del Proceso Debido en la forma siguiente:

> …Por lo que atañe al derecho a la defensa, éste es un contenido esencial del debido proceso, y está conformado por la potestad de las personas de salvaguardar efectivamente sus derechos o intereses legítimos en el marco de procedimientos administrativos o de procesos judiciales mediante, por ejemplo, el ejercicio de acciones, la oposición de excepciones, la presentación de medios probatorios favorables y la certeza de una actividad decisoria imparcial.

Inconstitucional la Medida Cautelar que sólo se Permita la Apelación

La Sala de Casación Civil (SCC) del Tribunal Supremo de Justicia, en fecha 26/04/2000, Exp. 99-153 con relación a la aplicación del artículo 1.099

del Código de Comercio esta sala reitera, en extensa decisión didáctica de fecha 31 de julio de 1997 y la cual estableció que la consagración de un proceso debe tener como mínimo la consagración de un trámite legal de primer grado de jurisdicción (Primera Instancia) previsto de tal forma que asegure a las partes todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del señalado derecho fundamental (derecho constitucional a la defensa).

En este contexto es conocido ampliamente que el ordenamiento jurídico venezolano muy semejante a como lo consagra la esfera del Derecho Comparado, están establecido los dos modos, grados o escalas básicas de acceso al proceso que, es el instrumento esencial para el cumplimiento de la función jurisdiccional que privilegian los tribunales.

Ilustra la Sala citada anteriormente que el hecho de que el proceso cautelar tenga carácter o naturaleza jurídica diferenciada, no excluye en lo absoluto la exigencia de que en su tramitación se respete el contenido esencial del derecho fundamental a la defensa, garantizado en la Constitución Nacional. Por lo tanto, de producirse en la esfera de un proceso cautelar la vulneración al contenido esencial del derecho a la defensa, como consecuencia de una norma dictada por el Poder Legislativo, se configuraría un claro supuesto de inconstitucionalidad, con todas las consecuencias

jurídicas que ello apareja; sin duda alguna haría procedente el empleo según los casos de los diversos mecanismos contemplados para la tutela jurisdiccional de la Constitución frente a las extralimitaciones del Poder legislativo.

Una vez que la Sala ha comentado de la existencia de dos instancias en el proceso para ejercer la tutela jurisdiccional, efectúa una interpretación del significado de estos grados o escalas, para un mayor entendimiento, de la siguiente manera:

Primer grado. El primer grado de la jurisdicción, denominado procedimiento de primera instancia, que constituye el modo inicial de acceder a los tribunales de justicia, en el que debe asegurársele a las partes todos los medios legales adecuados para el efectivo ejercicio del derecho constitucional a la defensa. Es decir, el procedimiento de primera instancia es el concebido por el legislador venezolano para un ejercicio pleno de contradictorio y del correlativo derecho a la defensa, permitiéndosele a las partes efectuar todas las alegaciones y pruebas que crea conveniente para el ejercicio de su defensa que, como apunta la doctrina constituye garantía fundamental de los justiciables, como *el derecho a la defensa y plenitud de las garantías del Proceso Debido.*

Segundo Grado. A esta escala ordinariamente se accede por conducto de la interposición de los recursos legalmente previstos, y a diferencia del primer grado de la jurisdicción de conformidad con el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, sólo se admiten tres medios de pruebas: Instrumentos Públicos, Posiciones Juradas y el Juramento Decisorio. Lo que quiere decir, que no podrán alegarse hechos nuevos u otras pruebas diferentes a las antes citadas; lo que significa que este sistema es un modelo limitador al derecho a la defensa en este grado. Esto implica que, aquellas alegaciones y/o pruebas que no se hayan aportado en el primer grado de la jurisdicción no podrán ser presentadas en la segunda instancia.

La Sala de Casación Civil concluye en esta sentencia, una vez analizados los criterios doctrinarios en el ámbito de la jurisdicción cautelar en la forma siguiente:

> … resulta manifiestamente viciado de inconstitucionalidad – por violación al contenido esencial del derecho fundamental a la defensa ex único aparte del artículo 68 de la Constitución de la República de Venezuela ("la defensa es derecho inviolable en todo estado y *grado del proceso*") – el régimen normativo de rango legal de un determinado *proceso* cautelar en el que al justiciable afectado por la providencia cautelar correlativa se le limite su posibilidad de contradicción, en sede de instancia, al solo ejercicio del recurso de apelación como vía primaria de impugnación de tal providencia, excluyéndosele, consecuencialmente, las posibilidades procesales de formular alegatos y promover pruebas en el primer grado de jurisdicción - primera instancia – de dicho proceso cautelar.

En este orden de ideas, el legislador venezolano está obligado a crear normas que garantice el contradictorio pleno en los procesos de la primera instancia o grado de la jurisdicción, sea en el proceso declarativo, de ejecución o cautelar para dar cumplimiento a la disposición del artículo 26 y 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Tratamiento de las Medidas Cautelares en los Tribunales de Instancia

El procedimiento empleado por los tribunales de instancia es el sistema mixto ya que utiliza indistintamente las medidas innominadas determinadas en el Código de procedimiento Civil o las cautelares especiales establecidas en la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, por ejemplo el Juzgado Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, del Transito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy. En fecha 16 de agosto de 2007, decretó la siguiente:

> En consecuencia, este Tribunal Tercero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Tránsito y Agrario de la Circunscripción Judicial del Estado Yaracuy, Administrando Justicia en Nombre de la República Bolivariana de Venezuela y por Autoridad de la Ley, DECRETA MEDIDA CAUTELAR INNOMINADA PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DIECIOCHO TRABAJADORES que realizan las labores de cuido y manejo del ganado, y que a continuación se identifican…
> Único: Se acuerda el apostamiento de una comisión de efectivos de la Guardia Nacional para el resguardo y protección de los trabajadores antes señalados y que laboran en el Fundo San Antonio ubicado en el sector Pueblo Nuevo, Municipio Veroes del Estado Yaracuy, por el lapso de UN (1) mes continuo contado a partir de la fecha de la presente decisión, o sea, desde el 16 de agosto de 2007 hasta el 15 de septiembre de 2007, a tales

> efectos, se ordena oficiar a la Guardia Nacional con sede en San Felipe del Estado Yaracuy. Líbrese oficio.

Tratamiento de las Medidas en el Tribunal Supremo de Justicia

Al respecto la el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Constitucional fecha 09 de mayo de dos mil seis, decidió recurso de nulidad interpuesto contra el artículo 211 (hoy 207) de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Así el fundamento del recurso se efectúo sobre la base de que dicho artículo 207, infringe el dispositivo del artículo 49 de la Constitución de la república Bolivariana de Venezuela, referido al Proceso debido y derecho a la defensa, viola el principio de separación de poderes, toda vez que, a su entender, desvirtúa la esencia de la función jurisdiccional como es la actuación a instancia de parte y dentro del proceso, el artículo 136 de la Constitución Nacional resulta lesionado por la norma atacada, ya que uno de los caracteres de la función jurisdiccional es la imparcialidad de los Jueces de la República, de acuerdo a la cual, los tribunales deben dirimir los conflictos, con fundamento en las normas jurídicas, pero sin que "actúen de oficio, sino a instancia de parte interesada".

Además manifestaron que así se elimina el carácter jurisdiccional de los tribunales agrarios ordinarios o especiales, para introducirlos sin más en el ámbito de actuación del Poder Ejecutivo, cuyos órganos gozan de la potestad de tutelar directa y personalmente el interés público, mediante la adopción de las medidas pertinentes para llevar a cabo su misión de gobernar y administrar, dicha actuación confunde a los Jueces agrarios con órganos del Poder Ejecutivo o del Poder Ciudadano, pues corresponde al Ejecutivo Nacional , al Instituto Nacional de Tierras, al Instituto Nacional de Desarrollo Rural y a los órganos del Poder Ciudadano la adopción oficiosa de medidas y actuaciones tendientes a la protección de las materias reguladas por la Ley, el señalado artículo vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad del Poder Público, por cuanto representa una norma abierta que estimula una actuación ilimitada, desproporcionada, excesiva y arbitraria del juez agrario, facultándolo para actuar sin que exista juicio, en una actividad cuyos resultados podrían conseguirse mediante otras actuaciones menos gravosas para el ordenamiento.

Los formalizantes arguyeron que es regla en todo Estado de Derecho que el margen de actuación de los Jueces está limitado por los términos de la controversia que debe dirimir, y del mismo modo, que las potestades, amplias o no, que las leyes les atribuyen para lograr tal cometido deben ser ejercidas en el curso de un proceso judicial orientado al respeto y el

restablecimiento de los derechos de las partes, y que ello desaparece cuando se otorgan poderes generales e ilimitados, cuyo ejercicio lleva fallos contrarios a derecho.

Por su parte la Sala Constitucional, esgrimió que el principio de separación de poderes se sostiene, precisamente, en la identificación de la pluralidad de funciones que ejerce el Estado y que aun cuando modernamente no se conciben distribuidas de forma exclusiva y excluyente entre los denominados poderes públicos, sí pueden identificarse desarrolladas preponderante por un conjunto de órganos específicos, y puntualiza la vigencia del principio de colaboración de poderes como un mecanismo de operacionalización del poder del Estado al servicio de la comunidad, que ha permitido, conjuntamente con el carácter subjetivo del contencioso administrativo, que órganos jurisdiccionales dispongan lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, según señala el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En este orden de ideas comentó, que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa tienen atribuida la facultad de sustituirse en determinados casos en la Administración, cuando ello sea necesario para garantizar una tutela judicial efectiva, que al contrario de lo señalado por las

recurrentes, se encuentra constitucionalmente habilitado para trascender el mero control de legalidad sobre la actuación administrativa de los órganos del Poder Público, toda vez que constituye un mandato constitucional, el deber de restituir las situaciones jurídicas que pudieran haber sido lesionadas por la actuación u omisión sub-legal del Estado.

De este modo, en materia de derecho privado por regla general priva el principio dispositivo en los procesos judiciales, mientras que en materia de derecho público, tal como ocurre en la denominada jurisdicción (competencia) contencioso administrativa, el legislador otorga amplios poderes de disposición al Juez. Conforme a estos poderes, es que para restablecer la constitucionalidad de una determinada situación jurídica, el Juez constitucional puede determinar de oficio, en ejercicio de sus poderes inquisitivos, la mejor manera de restablecer la situación jurídica infringida al accionante sin que éste haya realizado pedimento expreso al respecto.

En tal sentido, mal podrían limitarse las potestades del Juez contencioso-agrario para sustituirse en las funciones del correspondiente órgano o ente administrativo, cuando las circunstancias de hecho demanden su proceder en el sentido de propiciar un proceso judicial que inaudita parte provea lo conducente para la salvaguarda de la continuidad de la producción agraria y la preservación de los recursos naturales, restableciendo de este

modo la situación jurídica particular o colectiva lesionada, para seguidamente sustanciar el correspondiente contradictorio, ante quienes tuvieran interés en oponerse a la medida acordada. Con ello, resulta constitucionalmente legítima la actuación oficiosa de los órganos jurisdiccionales cuando el bien tutelado así lo amerite y exista disposición legal que lo faculte, como es el caso de la adopción de medidas que desde el punto de vista material, pudieran calificarse de funciones administrativas, tomadas en ejercicio de la potestad jurisdiccional para la salvaguarda de la seguridad agroalimentaria y de la biodiversidad.

En cuanto al argumento de que el artículo impugnado constituye una norma abierta que estimula una actuación ilimitada, desproporcionada, excesiva y arbitraria del juez agrario, precisó, que los conceptos jurídicos indeterminados, son "... *conceptos que resulta difícil delimitar con precisión en su enunciado, pero cuya aplicación no admite sino una sola solución justa y correcta, que no es otra que aquella que se conforme con el espíritu, propósito y razón de la norma*".

En consecuencia de lo anterior, la norma circunscribe el poder preventivo a la adopción de medidas en cuatro supuestos específicos, para obtener dos resultados perfectamente delimitados, por lo que desestimó de que el artículo recurrido es una norma en blanco, manifestando, que no sólo

se encuentran delimitadas las circunstancias que llevarían al juez agrario a actuar en un determinado sentido, sino que además están preestablecidos los dos objetivos que debe perseguir dicho órgano jurisdiccional con su proveimiento, el juez debe observar el deber de motivación de la providencia.

En cuanto a la violación del derecho a la defensa, expresó que la parte afectada por la medida ejerce el contradictorio, por medio del procedimiento pautado en los artículos 602 y siguientes del Código de Procedimiento Civil; ello ante la ausencia de un iter indicado expresamente por la Ley, conforme a la previsión contenida en el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Así, cuando el juez agrario desarrolle oficiosamente la competencia atribuida en la norma impugnada, procederá a la apertura inmediata del correspondiente contradictorio, donde le garantizará a aquel contra quien obre la medida y a los eventuales interesados, el derecho a la defensa y al debido proceso, a través de la notificación de la decisión, el acceso al expediente y la posibilidad de alegar y probar a favor de la eventual oposición.

Es de destacar que en dicha decisión hubo dos votos salvados, de los cuales se extrajo: el Dr. Jesús Eduardo Cabrera Romero manifestó disentir de la mayoría de sus colegas que suscriben el presente fallo, por las razones siguientes: Tratándose de medidas que pueden decretarse en juicio, su

naturaleza debe ser la de las medidas cautelares que persiguen minimizar los daños que la paralización, ruina, desmejoramiento o destrucción, pudieren causar a la producción agraria y a la preservación de los recursos naturales renovables.

Decretada en juicio, la parte perjudicada por dicha medida podrá ejercer contra ella su derecho de defensa, oponiéndose, apelando, etc, según las circunstancias.

Al magistrado le presenta dudas sobre la naturaleza de las medidas que sin juicio pendiente el juez agrario dicte, manifiesta que, si se trata de medidas cautelares para asegurar las resultas de un juicio, si bien es cierto que anticipadamente al juicio en casos excepcionales contemplados expresamente en la ley, pueden declararse, tal como lo prevé la Ley sobre el Derecho de Autor (artículo 112), por ejemplo, se hace necesario que el proceso principal al cual se adheriría la medida, sea incoado dentro de un número de días que la Ley indica, y la cautelar decae automáticamente si ello no sucede, ya que de no ser así se estaría dañando al perjudicado por la cautelar. En consecuencia, si se trata de medidas de esta naturaleza, la norma tenía que señalar el término para demandar, así como los efectos del no hacerlo, y al callar al respecto, el artículo se convertía en inconstitucional por violar el derecho de defensa y el debido proceso (artículo 49

constitucional) del perjudicado por la medida. Luego enfatiza que tal vez por interpretación constitucional del artículo 207 aludido, la Sala podía –aplicando por analogía otras normas- eliminar el vicio del artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, señalando un término para que sea incoara la acción y el subsiguiente decaimiento de la medida si ello no ocurre.

El desistente comenta que al no hacerse tal interpretación, a su juicio, el artículo –en este supuesto- es nulo por colidir con el artículo 49 constitucional. De ser esta la naturaleza de las medidas del nombrado artículo 207, se estaría ante una nueva figura procesal con raíz constitucional, según la propia ley, pero a pesar de ello, tal medida no puede decretarse genéricamente, contra todo el mundo, aún si se trate de infractores desconocidos, sino contra personas determinadas o indeterminadas que interrumpen la producción agraria o dañan los recursos naturales.

En este orden de ideas propone que tendría que existir un término para que estas personas afectadas por la medida, se opongan, así como un procedimiento a seguir en este caso, lo que la norma no contempla y convirtiéndose en fuente de indefensión para estas personas, no bastando para activarle al perjudicado el derecho de defensa, el que

jurisprudencialmente se le diga que puede oponerse a la medida, sin agregar cómo y por cuál procedimiento.

Agrega el disidente, que conforme al artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, no está prevista la citación de nadie, ni siquiera de los desconocidos por vía edictal, ni tiempo de duración de la medida, por lo que el perjudicado podría hasta no enterarse de la cautela, si no está presente en el país, y cuando comparece se le puede haber causado un daño sin oírlo. Por ello, si se tratare de una medida judicial de naturaleza autónoma, no por ello es innecesario citar a los interesados, bien personalmente o por carteles o edictos, según el caso. Al no tomar en cuenta el fallo todas estas alternativas y mantener la norma tal como está en la ley, el Magistrado Cabrera Romero lo considera inconstitucional y por ello salvo su voto.

Por otra parte, el segundo voto salvado corresponde al Magistrado José Leonardo Requena Cabello, quien es del criterio de que la asunción de esa interpretación textual imponía la declaratoria de nulidad por inconstitucionalidad del artículo 207 de la mencionada Ley ya que, en su contexto literal y gramatical estricto, dicha norma no se adapta al Texto Constitucional, para evitar esa declaratoria de inconstitucionalidad y en respeto al principio de preservación de la Ley, la Sala debió otorgar, con carácter vinculante, una interpretación integral y progresista –

constitucionalizante-, no literal, del otrora artículo 211 del Decreto Nº 1.546 con fuerza de Ley de Tierras y Desarrollo Agrario.

Este disidente propone una interpretación progresista con fundamento en el análisis integral de distintos preceptos recogidos en la Constitución, según su criterio conducía a la declaratoria de inconstitucionalidad, pues implica, tal como alegó la parte demandante, una indebida atribución de funciones administrativas a órganos judiciales, como lo es el ejercicio de la actividad de policía en el ámbito de la seguridad agroalimentaria de la Nación y la protección ambiental, exclusiva del Poder Ejecutivo; e implica, también, una desnaturalización de la función judicial y violación al derecho a la defensa y al debido proceso, porque le permite al juez que dicte de oficio medidas autónomas o autosatisfactivas, ajenas a todo debate judicial, sin previa ni posterior defensa de los eventuales afectados.

De allí que, para concebirse como una norma legal acorde con el marco constitucional, debió señalar la Sala que, efectivamente, el juez agrario puede y debe dictar medidas de resguardo de la seguridad agroalimentaria de la Nación y de protección ambiental, "*pero siempre dentro del ámbito de sus competencias jurisdiccionales, esto es, siempre con ocasión del ejercicio de la función judicial*". A falta de señalamiento expreso en contrario de la norma legal, resultaba imperante entender que "*si una Ley otorga*

competencias a un órgano judicial debe necesariamente entenderse que lo hace en el marco de su función judicial y de su concreta competencia en el orden de su especialidad”.

En este contexto comenta, si se trata de medidas cautelares que se expidan “sin que exista juicio”, la Sala debió entender que se trata de medidas anticipadas, esto es, previas a la interposición de una demanda pero dependiente de ese futuro proceso judicial que ha de iniciarse, necesariamente, con posterioridad a su otorgamiento, so pena de que decaiga dicha medida.

De esta manera comenta, la interpretación constitucionalizante del precepto llevaba a descartar la posibilidad de que la norma (artículo 207 del decreto n° 1.546 la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario) regulase una medida autónoma o autosatisfactiva, supuesto que sí sería inconstitucional, pues el juez no estaría actuando en función judicial, esto es, no estaría dictando una medida instrumental ni accesoria a un juicio principal y, por tanto, la medida no tendría como finalidad el restablecimiento *jurisdiccional* de situaciones jurídicas, sino por el contrario, el mantenimiento del orden público en materia de seguridad agroalimentaria y de protección ambiental y, por tanto, estaría actuando, ilegítimamente, como un órgano administrativo.

En abundancia, debe señalarse que el establecimiento de medidas autónomas o autosatisfactivas implica una violación al derecho a la defensa y debido proceso de los posibles afectados por ella, quienes carecen de oportunidad alguna, previa –pues la medida se dicta *inaudita parte*- o posterior –porque no habría juicio principal- para defenderse de ésta y solicitar su revocatoria.

CAPÍTULO V

CONCLUSIONES

Para dar respuesta a los objetivos de esta investigación, donde el objeto es fundamentalmente analizar La Limitación al Derecho de Defensa en las Medidas de Protección Ambiental del Artículo 207 de la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario en la República Bolivariana de Venezuela, se presentan las siguientes conclusiones:

La función jurisdiccional en Venezuela es monopolio del Estado, el cual por medio de los diferentes tribunales que conforman el Poder Judicial cumple las funciones de la tutela judicial efectiva en conocer, decidir y ejecutar las pretensiones propuestas por los justiciables, cuyas decisiones tienen carácter obligatorio con fuerza de verdad legal y con valor ejecutivo y ejecutable por los mismos, a los fines de conseguir la verdadera eficacia y vigencia del Derecho, siempre ceñido a las normas que integran el ordenamiento jurídico positivo.

.

En ese mismo sentido la tutela cautelar es una garantía, que el Estado debe otorgar por medio de la jurisdicción, en el entendido que esta es parte

de la Tutela Judicial Efectiva. Para otorgar esta tutela el Estado dispone de los procedimientos establecidos en diferentes normas, donde los jueces dotados de la facultad jurisdiccional deben tutelar los derecho e intereses peticionados por los interesados con una justicia sin retardos, previendo el Estado el sistema cautelar, para asegurar que el retardo no genere sentencias inejecutables y las lesiones a los derechos de los justiciables.

Por otra parte que la naturaleza de las medidas cautelares se encuentran implícita dentro de las nociones fundamentales de orden jurídico sistemático de, la Jurisdicción, Acción, Proceso y Pretensión, pues las cautelares no pueden existir al faltar uno de estos elementos, teniendo como características esencial la Instrumentalidad, Judicialidad, Provisoriedad y Urgencia, cuyos requisitos fundamentales para que procedan son el Periculum in Mora y Fumus Boni Iuris, con una finalidad mediata e inmediata.

Es evidente que en la República Bolivariana de Venezuela existe un sistema cautelar mixto, que administra el juez desde el punto de vista del Poder Genérico de Prevención y del Poder Cautelar General, el primero para garantizar las resultas del proceso, hasta su ejecución y el otro para garantizar los derechos de los justiciables dentro del proceso.

En este mismo orden y dirección, se destaca que en el Procedimiento Ordinario Agrario prevalece el principio de la especialidad en la aplicación de las medidas cautelares, de conformidad con el artículo 7 del Código de Procedimiento Civil y el 14 del Código Civil, no obstante que en forma supletoria son aplicables las medidas contempladas en el Código de Procedimiento Civil, siempre que se garantice a las partes el proceso debido y el derecho de defensa contemplado en el artículo 49 Constitucional.

A lo largo de los planteamientos hechos se verifica que existe violación al proceso debido y derecho de defensa en aquellos procedimientos donde se decreten oficiosamente o a instancia de parte medidas donde no se permita a la parte contra quien obre la medida preventiva o cautelar, la oportunidad de oponerse, alegar y probar sus respectivas pretensiones.

Después de las consideraciones anteriores, se puntualiza que, es inconstitucional la medida cautelar decretada de oficio en un proceso o fuera de este, donde sólo se permita el recuso de apelación.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Argüello I. (2004) ***Ejercicio de las Pretensiones Agrarias Referidas a la Propiedad y la Posesión*** Caracas: Italgráficas, S.A.

Bustos, C. (2005) ***Instancia de Petición y Jurisdicción Cautelar.*** VII Congreso de Derecho Procesal Garantista. Azul - Buenos Aires- Argentina – 2005.

Calamandrei, P. (1945) ***Providencias Cautelares***. Buenos Aires. Edit. Bibliográfica Argentina (**Trad. Santiago Sentis Melendo)**

Carnelutti F. (1942). ***Instituciones del Nuevo Proceso Civil Italiano*** (Trad. Jaime Guasp Delgado). Barcelona Bosch**.**

Carta Magna Inglesa (1215). ***La Revolución Inglesa***. Universidad de Valladolid cátedra de derecho Constitucional. España disponible en http://www.der.uva.es/constitucional/verdugo/carta_magna.html.

Chiovenda, J. (1977) Principios de Derecho Procesal Civil. T.1. Madrid Reus.

Código Orgánico Procesal Penal (1998) ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela*** No. 5.208, (Extraordinario), 23 de enero de 1998.

Código de Procedimiento Civil (1987**)** ***Gaceta Oficial de la República de Venezuela*** Nº 3694 (Extraordinaria) Enero 22 de 1986**.**

Código de Procedimiento Judicial (1836) ***Decretado en Caracas Mayo 15 de 1836.***

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

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

Convención Americana Sobre Derechos Humanos (1969). ***Pacto de San José de Costa Rica***. Organización de Estados Americanos. Disponible en http://www.cidh.org. Consultado el 8 de julio 2007.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789) (Asamblea Nacional Constituyente francesa). (1789 agosto 26). Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Declaracion_de_los_Derechos_del_Hombre_y_del_Ciudadano, consulta: 2008, marzo 3]...

Declaración Universal de Derechos Humanos. (Asamblea General de las Naciones Unidas). (194*8* diciembre 10). [Transcripción en línea. Disponible en http://es.wikipedia.org/wiki/Declaracion_Universal_de_Derechos_Humanos, consulta: 2008, marzo 3]...

La Roche R. (2000) ***Medidas Cautelares*** Caracas: Ediciones Liber.

Ley de Tierra y Desarrollo Agrario (2001). **Gaceta *Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela*** Nº 37.323 Noviembre 13 de 2001.

Ley de Enjuiciamiento Civil España 2000 publicada en el ***Boletín Oficial Del Estado*** Enero 8 de 2000

Ortiz-Ortiz R. (1997). ***El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas en el Ordenamiento Jurídico Venezolano***. Caracas: Paredes Editores SR.

Ortiz-Ortiz R. (2004). ***Teoría General de la Acción Procesal en la Tutela de los Intereses Jurídicos***. Primera Edición. Caracas: Editorial Frónesis, S.A.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976). (Asamblea General de las Naciones Unidas). (1976, marzo 23) [Transcripción en línea. Disponible htt//www.un.org] consulta: 2008, marzo 3

Real Academia Española (2001.). ***Diccionario de la Lengua Española XXI*** *Ed.* 2001. disponible en http://www.rae.es/rae.html. Consultado el 7 de mayo de 2007

Tribunal Supremo de Justicia (2000). Sala Constitucional**,** Sentencia Nº 878 de fecha 01 de Agosto de 2000. Consultado el 3 de mayo de 2007 en: http://www.tsj.gov.ve

Tribunal Supremo de Justicia (2000). Sala Constitucional**,** sentencia Nº 99 de fecha 15 de marzo de 2000, Consultado el 3 de mayo de 2007 en: http://www.tsj.gov.ve

Tribunal Supremo de Justicia (2005). Sala Constitucional**,** sentencia Nº 1392 de fecha 28 de junio de 2005. Consultado el 3 de mayo de 2007 en: http://www.tsj.gov.ve.

Tribunal Supremo de Justicia (2000). Sala de Casación Civil**,** sentencia de fecha 26/04/2000, Exp. 99-153. Consultado el 3 de mayo de 2007 en: http://www.tsj.gov.ve.