

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ÁNDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA EN DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

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

**Autor: José Emilio Giménez Mendía
Asesor: Carlos Luis Carrillo Artiles**

Caracas, Diciembre de 2008

UNIVERSIDAD CATÓLICA ÁNDRES BELLO
DIRECCIÓN GENERAL DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA EN DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por el ciudadano Abogado **JOSÉ EMILIO GIMÉNEZ MENDÍA**, titular de la cédula de identidad N°. V-13.265.233, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es **LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**; Considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En la ciudad de Caracas, a los 10 días de diciembre de 2008.

CARLOS LUIS CARRILLO ARTILES
C.I. N°. V- 6.897.344

DEDICATORIA

A Natalia José

AGRADECIMIENTO

A mi madre, Carmen Josefina Mendía de Giménez por la constancia, perseverancia y dedicatoria siempre incondicional y a mi padre, José del Carmen Giménez, por ser el mejor y mas íntegro ejemplo de padre, esposo y hombre, norte e inspiración en el desarrollo de la presente investigación.

A Tamara, mi amada esposa, por la paciencia y amor dado sin condiciones.

Al Dr. Carlos Luis Carrillo Artilles por sus oportunas, importantes y valiosas orientaciones no sólo para la realización de la presente investigación, sino en el curso de la especialización e Derecho Administrativo, en la digna oportunidad que tuve de ser su alumno.

A mis compañeros y amigos Crhistian Rodríguez y Juan Carlos Nicanor Noriega, a quienes conocí con motivo de la especialización en Derecho Administrativo y han aconsejado la elaboración de la presente investigación.

INDICE GENERAL

APROBACIÓN DEL ASESOR	ii
DEDICATORIA	iii
AGRADECIMIENTO	iv
INDICE GENERAL	v
RESUMEN	vii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	9
LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA y LAS MEDIDAS PROVISIONALES	9
A. Orígenes y Evolución de la Justicia Administrativa.	9
a. Base constitucional de la Justicia Administrativa en Venezuela.	29
b. El carácter normativo del Texto Constitucional y su aplicación inmediata.	45
1. Posición de la Doctrina.	45
2. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.	51
3. Las Medidas Provisionales en el Contencioso Administrativo.	55
CAPÍTULO II	63
LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PROCESAL GENERAL	63
1. La Noción, Concepto y Principios de las Medidas Anticipadas en el marco del Derecho Procesal.	63
a. Noción procesal de las Medidas Anticipadas.	63
b. Caracteres procesales de las Medidas Anticipadas.	84
2. La Naturaleza de las Medidas Anticipadas.	89
a. Sobre la Naturaleza Jurídica de las instituciones de derecho.	89
b. Sobre el carácter provisional de las Medidas Anticipadas.	100
C. Relación entre el Poder Cautelar General y las Medidas Anticipadas.	113
a. Breve sinopsis sobre el Poder Cautelar General.	113

b. Sobre el resalte en la doctrina de las diferencias y semejanzas entre el Poder Cautelar General y las Medidas Anticipadas.	120
CAPÍTULO III	140
LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	141
A. Introducción al sistema de las Medidas Anticipadas en el Contencioso Administrativo en Venezuela.	141
B. Régimen Jurídico de las Medidas Provisionales en el Contencioso Administrativo.	157
a. La regulación de la legislación previa a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.	157
b. La regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.	183
C. Aproximaciones al régimen de Medidas Anticipadas en el Contencioso Administrativo.	191
a. El balance general de la jurisprudencia en Venezuela sobre las Medidas Anticipadas.	191
b. La aproximación al régimen de requisitos para el otorgamiento de las Medidas Anticipadas.	210
c. En lo relativo a la apariencia del buen derecho.	221
d. En lo relativo al peligro del daño.	233
e. La ponderación de intereses como criterio de evaluación del sentenciador.	247
f. Significado de la Provisionalidad para la obtención de Medidas Anticipadas.	251
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	259
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	275

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ÁNDRES BELLO
DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
ÁREA EN DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

LAS MEDIDAS ANTICIPADAS CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Autor: José Emilio Giménez Mendía

Asesor: Carlos Luis Carrillo Artilles

Fecha: Diciembre de 2008

RESUMEN

El presente trabajo tuvo por finalidad desarrollar el tema de las Medidas Anticipadas en el Contencioso Administrativo. Siguiendo un diseño bibliográfico básico de las investigaciones documentales, se analizó las Medidas Anticipadas en el Contencioso Administrativo, a fin de determinar su ubicación en el contexto del Derecho Procesal, y más concretamente, el Derecho Procesal Administrativo; mediante el análisis del régimen de la Justicia Administrativa y su vinculación con las medidas provisionales; el estudio del régimen general de las Medidas Anticipadas en el Derecho Procesal mediante la determinación de la noción, el concepto, sus caracteres y la relación con otras formas de tutelas provisionales, con especial referencia a sus posibles diferencias y semejanzas. Por último, la determinación del régimen de las Medidas Anticipadas en el Contencioso Administrativo Venezolano. A partir de la revisión de la información en las fuentes escritas y electrónicas, se plantea las discrepancias e incongruencias teóricas en cuanto al objeto de análisis, lo que ha creado una ausencia de criterios científicos uniformes para su aplicación, lo que motiva el análisis del tema. Para el tratamiento de la información, se aplicó las técnicas de análisis de las fuentes documentales, con el objeto de efectuar el análisis cualitativo de las fuentes y las técnicas operacionales para el manejo de las fuentes documentales. Los resultados del estudio permitieron analizar las Medidas Anticipadas en el marco de la Justicia Administrativa, al realizar un estudio de tal institución en el Derecho Procesal General, y así determinar su inserción en el Contencioso Administrativo. Con la presente investigación se ofrece una contribución al análisis de una de las instituciones que constituye el paradigma del Derecho Procesal Administrativo, para con ello aportar un análisis que permite la implementación de las Medidas Anticipadas en la Justicia Administrativa.

Medidas Anticipadas. Contencioso Administrativo. Justicia Administrativa. Tutela Judicial Efectiva. Tutela Diferenciadas. Medidas Cautelares. Provisionalidad.

INTRODUCCIÓN

La existencia del Estado de Derecho necesariamente implica el establecimiento de mecanismos que revelen la efectividad de la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos. En el ámbito de las relaciones del Derecho Administrativo, la concreción del Principio de Legalidad y respeto de los Derechos Fundamentales, encuentra en el sistema contencioso administrativo, su fundamento.

Sobre la base de los mencionados principios se ha construido el Derecho Administrativo, incluyendo las instituciones que dentro del sistema permitan resolver los conflictos de intereses (por lo general, frente al particular), a través de la justicia administrativa. La expresa consagración del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva trae como consecuencia la edificación de mecanismos capaces de satisfacer las pretensiones conformes al ordenamiento.

En efecto, la realización del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva en el marco de los conflictos de intereses sometidos al conocimiento de la justicia administrativa, dependerá de aquellos mecanismos procesales que permitan de manera inmediata y efectiva la consecución de la misma. De allí que Alejandro Nieto, citado por Guido Santiago (1993, 78) afirmara:

La verdadera frontera entre un sistema democrático y un sistema dictatorial tanto político como jurídico no está en la

amplitud de las funciones administrativas, puesto que en ambos casos son y deben ser desmesuradas en la sociedad presente, sino mas bien en la posibilidad de su control. Un control jurisdiccional, tan amplio como sea posible de la Administración es, como se sabe, una de las claves imprescindibles del Estado de Derecho.

Asimismo, el profesor José Rodríguez Urraca, en el prólogo de Rodríguez, N. (1991, 15), señala:

No debe olvidarse que la democracia descansa en la posibilidad de que la actuación administrativa pueda ser controlada jurisdiccionalmente. Las garantías nada significarían si pudiesen quedar subordinadas a lo decidido por los órganos administrativos. La natural repugnancia con que los agentes de la Administración reaccionan contra la injerencia judicial de sus decisiones irregulares, constituyen prueba irrefutable de que la lucha entre el administrado y la Administración no ha concluido aún, y pasará mucho tiempo todavía sin que ello ocurra.

La entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en diciembre de 1999, así como en su oportunidad aconteció en España con la Constitución de 1978, tal como lo explica Eduardo García de Enterría, obliga a los operadores jurídicos reflexionar acerca del papel fundamental que juegan los órganos jurisdiccionales en la realización del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, y con mayor referencia, sin querer desmerecer las otras áreas de la Ciencia Jurídica, en el ámbito del Derecho Administrativo.

Ello sobre todo, si el valor normativo de los preceptos constitucionales y el carácter supremo de los principios en los que descansa el sistema

recogidos en el artículo 2 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, revelan un escenario nuevo y cambiante en las formas de administrar justicia, y de suyo, en los medios e instrumentos con los que los órganos jurisdiccionales del sistema contencioso administrativo tutelan efectivamente los derechos del justiciable-administrado.

Los mandamientos y principios que forman las propiedades de la función jurisdiccional consagrados magistralmente en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999), según los cuales “Venezuela es un estado de derecho y de justicia...” (Art. 2); “Todos tienen acceso a la justicia...se consagra la defensa de los intereses colectivos y difusos, y la tutela judicial efectiva....Se garantiza una justicia gratuita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos inútiles” (Art. 26); “El debido proceso será inviolable en todo proceso judicial y en todo trámite administrativo” (Art. 49); “El proceso es un instrumento para la justicia” (Art. 257); “Todos los jueces deben asegurar la integridad constitucional” (Art. 334), se erigen como normas jurídicas de eminente contenido valorativo, que inspiran el nuevo rumbo de la Justicia Administrativa.

El Derecho Procesal de manera general, y en su dimensión especial el Derecho Procesal Administrativo, han edificado una serie de formas diferenciadas de tutela, adaptadas a las exigencias y al objeto de la pretensión procesal. Dentro de la formas de Tutela Diferenciada que ha

construido el Derecho Procesal, se encuentra las **Medidas Anticipadas**, que ha sido el objeto de estudio en la presente investigación.

El Estado en su condición de depositario del poder jurisdiccional, le corresponde satisfacer los valores superiores del sistema, entre los cuales se encuentra **la Justicia**. Especial referencia merecerá si el valor se encuentra asociado al equilibrio en las relaciones fundadas en el Derecho Administrativo, dada la estrecha vinculación entre la satisfacción del mismo con la existencia misma del Estado de Derecho.

Desde la perspectiva por la cual el hombre se desprende de la posibilidad de *per se* tutelar sus derechos, a favor de reconocer en la función jurisdiccional el ámbito natural (en términos jurídicos) de la resolución de los conflictos de intereses, resulta claro que la tutela o protección que el Estado otorga debe ser efectiva. Al respecto Longo (2000, s/n), considera:

Con el Estado, pues, en el mismo instante de su nacimiento, se concretiza, a su vez, ni antes, ni después, la transmutación de ese derecho natural a la propia defensa que descansa en todo ser humano, para insertarse en el poder de tutela que asume el Estado, y es este acto de despojo, de sacrificio en lo individual, para beneficio de lo social, el que otorga sentido a la facultad jurisdiccional, cuya significación, según los términos en los que se la ha venido analizando, entraña el de un verdadero poder, inmediato y directo.

Para mantener el equilibrio y evitar la anarquía, el justiciable acude a los operadores de justicia para la satisfacción de sus intereses y derechos, implicando que dicho imperativo no puede revelarse contra el mismo justiciable que observa en él la manera legítima de satisfacer sus

necesidades. Tal como lo ha expuesto la doctrina procesal “la necesidad de acudir al proceso para obtener la razón no debe convertirse en un perjuicio para quien tiene la razón.

De esta manera Chiovenda, G. (1949) señaló que toda actividad realizada por los operadores de justicia debe estar dirigida a satisfacer el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, en aras de que el proceso sea, no el único, pero si el principal instrumento para la realización de la Justicia. Se trata, pues, del “*principio general de Derecho según el cual la necesidad del proceso para obtener razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón*” (Sentencia Factor tame del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo de 19 de junio de 1990).

Las **Medidas Anticipadas** es una institución procesal que procura, en el plano de la provisionalidad, tutelar de manera anticipada la pretensión procesal deducida. En el ámbito del Contencioso Administrativo, dicha institución permite realizar el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva mediante la satisfacción de la pretensión procesal con carácter provisional, con motivo del conflicto de intereses que surge entre dos o mas sujetos en el marco de una relación concebida como de Derecho Administrativo.

La diversidad de criterios y lo novedoso del tema de estudio en el Derecho Procesal, y mas concretamente en el ámbito del Derecho Procesal Administrativo, han creado opiniones disidentes y ausencia de uniformidad

en la concepción integral de la institución. Por tanto, la presente investigación tiene como propósito el estudio de las *Medidas Anticipadas* en el Contencioso Administrativo, a los efectos de contribuir con el análisis de una de las instituciones que constituye el paradigma del Derecho Procesal Administrativo del nuevo milenio.

La temática de estudio constituye una institución de suma importancia para los nuevos rumbos que debe tomar el Contencioso Administrativo en la realización de la Justicia en las relaciones entre los particulares y el Poder Público, inclusive en aquellas que aún no fundadas enteramente en el Derecho Público, sean parte de las pretensiones deducibles en el proceso contencioso administrativo.

El resultado del presente estudio puede servir de referencia en el ámbito de los sujetos relacionados con la Justicia Administrativa (justiciable-administrado, abogados en ejercicio, instituciones académicas, el foro venezolano y hasta el propio legislador en lo que concierne a futuras reformas procesales). De los resultados que del mismo se derivan, se podrían establecer con claridad y seguridad jurídica, los presupuestos procesales que giran en torno a las ***Medidas Anticipadas*** y su aplicación en el Contencioso Administrativo.

El presente estudio es de naturaleza teórica, con el añadido que ofrece una perspectiva que descansa sobre la base de las experiencias

judiciales sobre el tema objeto del mismo. En efecto, a través del análisis (de contenido, comparativo y construcción de sistemas de categorías, clasificación de casos, inducción y síntesis) de los textos normativos, doctrinales y jurisprudenciales, se pretende obtener un análisis profundo de la institución en referencia. Por ello el estudio es analítico y de desarrollo conceptual, con apoyo de una amplia revisión bibliográfica.

El análisis de la información es lógico y por ende la inducción y la deducción se dan de manera simultánea y combinada. Por otro lado, el análisis jurídico, la interpretación de la información es combinada, tanto en forma subjetiva como objetiva, por cuanto además de querer develar la voluntad de los operadores jurídicos creadores de las fuentes de la investigación, se pretendió declarar el sentido de la institución objeto de análisis, demostrándose de esta forma la coordinación y complementación que existe entre la interpretación subjetiva y la objetiva.

Del análisis progresivo de la información estudiada surgieron las conclusiones y recomendaciones, las cuales fueron evaluadas y analizadas a través de un proceso de síntesis, lo cual se entenderá como la recomposición de las partes o elementos de un todo que el análisis había separado, para integrarlas en una unidad coherente y con sentido pleno, que llevó a las conclusiones finales, racionalmente fundamentadas.

A fin de ofrecer la información en forma organizada, se presentan tres capítulos a saber: En el primer capítulo, se analiza la Justicia Administrativa y las Medidas Provisionales, a partir del origen y evolución de la Justicia Administrativa en el marco del Estado de Derecho Contemporáneo, el ámbito del Contencioso Administrativo y su incidencia en las Medidas Anticipadas; así como las bases constitucionales de dicho sistema.

En el segundo capítulo, se analizarán las **Medidas Anticipadas** en el contexto del Derecho Procesal General, partiendo desde su noción, concepto, principios, naturaleza, hasta sus diferencias con otras instituciones procesales también de naturaleza provisional.

En el tercer capítulo, se determinará la aplicación las **Medidas Anticipadas** en el Contencioso Administrativo, el régimen normativo aplicable hoy en día en Venezuela a través de otros institutos procesales asimilables, los criterios jurisprudenciales que ha fijado el máximo tribunal del país, así como los requisitos de procedencia de tal tipo diferenciado de tutela.

CAPÍTULO I

LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA y LAS MEDIDAS PROVISIONALES

A. Orígenes y Evolución de la Justicia Administrativa.

a. La jurisdicción Contencioso Administrativa en el marco del Estado de Derecho Contemporáneo y la Tutela Judicial Provisional Efectiva.

La jurisdicción Contencioso Administrativa aparece en el contexto del Estado Derecho contemporáneo como una consecuencia inmediata de la consagración del principio de legalidad, entendido como un axioma conforme al cual la actuación del Estado se encuentra sujeta al ordenamiento jurídico. En este sentido, el efectivo sometimiento del Estado, y mas concretamente de la Administración Pública, al imperio de la Constitución y la Ley, se garantiza mediante el control que sobre su acción ejercen los órganos de dicha jurisdicción.

La Administración Pública en un Estado de Derecho, está sometida a los controles que hacen efectivo el principio de la legalidad, postulado esencial del Estado de Derecho. La jurisdicción contencioso-administrativa aparece, en principio, como el mecanismo más eficaz para hacer efectivo el principio de la legalidad. Se señala en principio, dado que en sus orígenes tal

concepción no se asocia de manera trascendente a la tutela de los derechos e intereses legítimos de los administrados frente a la Administración Pública, sino sólo se apalanca en la idea del cumplimiento objetivo de la ley.

Los países tributarios del derecho continental han visto dos grandes vertientes en la aparición y organización de la jurisdicción contencioso administrativa. Por una parte el sistema francés, arraigado en el principio de la separación de poderes, motivado fundamentalmente por circunstancias históricas y contingentes, conforme a las cuales juzgar a la administración representaba administrar, y en consecuencia, el control de la legalidad y legitimidad de la actuación de la Administración Pública, sólo podía y puede hoy en día estar encomendadas a órganos.

El sistema francés pasó de retener el control de la Administración en su propio seno (Ley de 16-24 de agosto de 1790 –inicio del período de la **justicia retenida**-) a la creación de un sistema que, aún preservando la esencia del principio de separación de los poderes, permitió la concepción de un conjunto de órganos independientes que juzgasen el sometimiento de la Administración a la Constitución y la Ley, período conocido como el de la **justicia delegada** (Ley de 24 de mayo de 1872).

Por otra parte, y pese a la indudable y valiosa influencia del Derecho Administrativo francés sobre los sistemas de países latinos del mundo occidental que debiera conducir a un origen similar, el sistema contencioso

administrativo venezolano ha sido concebido como un conjunto de órganos especializados que dentro del Poder Judicial juzgan a la Administración. Esto es, el contencioso administrativo constituye un sistema de tribunales encargados de la función jurisdiccional para la resolución de conflictos que tienen como marco la relación jurídica administrativa.

En efecto, el derecho administrativo francés ha sido el de mayor influencia en el régimen administrativo de la mayoría de los países latinos. Sin embargo, su sistema contencioso administrativo no influyó al sistema Venezolano en lo relativo a su concepción orgánica.

Dicha especialidad vino dada por la misma influencia del sistema francés, tanto por el sujeto cuya actividad sería controlada, quien es, la Administración Pública, así como por el contenido de la relación de sujeción que expresa el criterio mismo del Derecho Administrativo. En efecto, en principio la concepción del sistema contencioso administrativo se encuentra relacionado con el fuero especial que representa juzgar a la Administración Pública, en la medida que ésta exprese en la relación jurídica en concreto el ejercicio de las potestades públicas, y el correcto ejercicio de éstas de cara al ordenamiento jurídico.

La construcción de este sistema ha tenido que superar dogmas y sustituir estructuras que han soportado su existencia. Tal como se delata, la jurisdicción contencioso administrativa fue concebida como un fuero

especial de la Administración Pública, entendida como aquella titular de potestad públicas administrativas que en su accionar, genera relaciones de derecho administrativo frente al ciudadano.

Ello significó en primer lugar, definir la aplicación o ámbito del derecho administrativo, lo que permitió en determinadas etapas de la evolución del sistema, excluir el control sobre la actividad de entes públicos (en sentido amplio) las cuales se encontraban reguladas por las normas del derecho común. Ejemplo de ello lo señala Brewer Carías, Allan (1997) al comentar los criterios jurisprudenciales que imponían la remisión a los órganos jurisdiccionales ordinarios el conocimiento para la resolución de asuntos mercantiles donde estuviesen involucrados Institutos Autónomos, o inclusive la misma remisión a los órganos jurisdiccionales ordinarios en las pretensiones civiles contra los Estados y Municipios conforme al art. 183 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, la previsión en algunos sistemas de un control concentrado de la Constitución, trajo como consecuencia la redimensión del ámbito del control, hasta el punto de excluir al sistema contencioso administrativo el control de la actuación de la Administración Pública cuando se tratase por motivos inconstitucionalidad. Ello inclusive representó, mediante la aplicación exegética del artículo 181 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, una derogatoria del juez natural contencioso administrativo al imponer el conocimiento de determinados

asuntos a la Corte Suprema de Justicia cuando los motivos de su impugnación fuesen por razones de inconstitucionalidad.

Sin embargo, el mismo sistema y la sensata comprensión del artículo 206 de la Constitución de 1.961, así como la previsión establecida en el artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como lo ha advertido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, ha superado éste aspecto, reconociendo que el juez contencioso administrativo es garante del texto constitucional, y de suyo, de la aplicación directa, inmediata y suprema de la carta magna, por lo que su control abarca la posible contrariedad de la actividad administrativa frente al ordenamiento jurídico en su totalidad.

Asimismo el sistema contencioso administrativo, en lo que respecta al proceso, se constituyó en un mecanismo de revisión de la actividad administrativa, concediéndose sólo remedio procesales para el control de determinadas manifestaciones de la Administración Pública, en el sentido que, en principio, sólo se reconoció los “recursos” de anulación (nulidad) y abstención, como mecanismos procesales que canalizan la pretensión contencioso administrativa.

Las acciones de condena patrimonial (denominado acciones de plena jurisdicción), en principio, se entendían como acciones dominadas por las normas del derecho común, y consecuencia, fuera del ámbito de las

relaciones del derecho administrativo (influencia importante de la teoría del fisco de origen francés), de suyo, el contencioso administrativo. Por otra parte, en la medida que aparecen nuevas formas de actividad administrativa, se ha hecho necesario construir remedios no ordinarios, no sólo ahora para garantizar el control de la Administración Pública (génesis del sistema), sino para además tutelar los derechos e intereses de los ciudadanos.

De este modo, el sistema contencioso administrativo deja de ser una herramienta para el control de la Administración, para convertirse en el remedio idóneo para garantizar el efectivo ejercicio de las libertades públicas y los derechos subjetivos de los ciudadanos. El “Recurso” de Nulidad de acto administrativo, deja de ser un simple juicio al acto para convertirse en una acción judicial dirigida a resolver un conflicto de derecho administrativo mediante el ejercicio de una acción de efectos anulatorios, determinando no sólo la legalidad y legitimidad del acto, sino además la posición del interesado de cara al derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses.

Modernamente, se ha previsto un conjunto de acciones contencioso administrativa (tal como ocurre en materia del contencioso funcional) que permiten superar los remedios clásicos y herméticos del contencioso administrativo, con acciones que pueden contener pretensiones mixtas (anulatoria, condena, entre otras), ofreciendo así al justiciable, una verdadera acción procesal que patentará el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por ello, y siguiendo a Gómez-Ferrer, R. (1982), el contenido de la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo los remedios procesales como el caso de la **Medida Anticipada**, parte ahora desde la perspectiva de los derechos fundamentales y mas concretamente de la efectividad de la tutela judicial, superando así la peculiar interpretación del principio de división de poderes derivado de la Revolución francesa. En este sentido la Sala Constitucional en la sentencia No. 2.629 de fecha 23 de octubre de 2002, caso: Varios vs. el Presidente de la República, el Ministro de Infraestructura y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, con motivo de la vía de hecho que constituiría el “uso abusivo de las denominadas ‘cadenas’ de radio y televisión”), ha señalado:

Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respecto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración -a pesar de que la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado - sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho

En este sentido, la jurisdicción contencioso administrativa, tal como el profesor Moles Caubet sostuvo, citado por Calcaño de Temeltas, J. (1995),

es como su nombre lo indica, una contención, una controversia con la Administración la cual se deriva de la relación jurídico administrativa, que por lo general, empero no siempre (tal como se analizará) expresa una relación de sujeción, criterio de la aplicación del derecho administrativo.

Tal como ha señalado Badell Madrid, R. (2005), en Argentina la doctrina -Tomas Hutchinsion- considera que la materia procesal administrativa está constituida por el conflicto jurídico que crea o puede crear el ejercicio de la función administrativa en general, para lo cual invoca lo señalado por Fiorini en cuanto a que la materia administrativa es la razón de esta jurisdicción.

En Venezuela, a raíz que el sistema imperante no se ha construido con base a los criterios de distinción entre justicia ordinaria y justicia administrativa (al menos en el plano orgánico y conceptual), la evolución y la concepción de la jurisdicción contencioso administrativa, al descansar en la competencia especializada de determinados órganos jurisdiccionales (integrantes del Poder Judicial) para conocer de litigios en los cuales interviene la Administración, ha permitido atar progresivamente dicho sistema al derecho a la tutela judicial efectiva.

Influencia que se hace cada vez mas patente cuando ahora se somete a la tutela de la jurisdicción contencioso administrativa, no sólo de las resolución de conflictos derivada de pretensiones deducidas del derecho

administrativo en contra de la Administración Pública, sino inclusive cuando se trate de acciones en contra del particular intentadas por ésta.

En efecto, los últimos rasgos que delatan la evolución del sistema, al menos en el caso Venezolano, evidencian una franca tendencia a ampliar la universalidad del control y del conocimiento del sistema contencioso administrativo inclusive a acciones que tradicionalmente han correspondido a la jurisdicción ordinaria, como ocurre en el caso de las demandas patrimoniales (por responsabilidad contractual y extra contractual) establecido a partir del vacío producido por la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (2004) y la necesaria, aunque cuestionable por lo poco ortodoxa, manera en que la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia ha establecido el régimen de competencia dentro del sistema contencioso administrativo.

Con la entrada en vigencia de la referida ley, y de suyo la derogación de las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y el sistema “provisional” contencioso administrativo edificado en Venezuela desde el año 1977, ha sido la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia quien ha tenido que “redefinir” (en franca contravención a la reserva legislativa en materia procesal) la organización y competencias de los órganos jurisdiccionales que integran este sistema.

Mas allá de la definición de los asuntos y competencias que corresponden a los órganos jurisdiccionales de estos sistemas, cuestión fuera del alcance del presente trabajo, importa destacar que la jurisprudencia en este proceso de organización ha ampliado el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, lo que denota una importante evolución que, se desconoce si con dicha intención, modifica los paradigmas y dogmas del sistema concebido al menos hasta el año 2004.

En efecto, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 1.315 en ponencia conjunta de fecha 07 de septiembre de 2004, caso: Alejandro Ortega Ortega vs Banco Industrial de Venezuela, estableció “que igualmente resultan aplicables las anteriores reglas para el conocimiento de todas las demandas que interpongan cualesquiera de los entes o personas públicas mencionadas anteriormente contra los particulares o entre sí”, todo ello, en atención al principio de unidad de competencia, la cual fue ratificada en la sentencia No. 1.551 de la Sala Político Administrativa del 14 de junio de 2000, caso: PDVSA.

Este planteamiento jurisprudencial de la Sala Político Administrativa es expresamente reconocido y aceptado por la Sala Constitucional del máximo tribunal, quien en las sentencias No. 5082 caso Rafael José Flores Jiménez y otros; y la sentencia No. 5087 caso Mario Freitas Sosa, ambas del 15 de diciembre de 2005, receptó los criterios de distribución de competencia establecida por la primera, aceptando que igual criterio competencial habría

que aplicar en cuanto a las cuantías para determinar el Tribunal competente dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, a todas las demandas que interpongan los entes públicos (República, los Estados, los Municipios, o algún Instituto Autónomo, ente público o empresa descentralizada de los anteriores) contra los particulares o entre sí.

En otros orden de ideas, la jurisprudencia de la Sala Constitucional sobre acciones autónomas de amparo contra la Administración Pública, entiende que los órganos del sistema Contencioso Administrativo tienen, en el marco del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, los suficientes poderes jurisdiccionales para tutelar inclusive derechos constitucionales, ampliándose de esta manera el ámbito del sistema no sólo a la resolución de los conflictos en donde se deduzca la trasgresión de relaciones de Derecho Administrativo que se desenvuelven por excelencia en el espectro sub legal, sino que además la potestad de tutelar los derechos y garantías constitucionales en el marco de las acciones contenciosas administrativas. Al respecto, Toro Dupoy, M. (2003) comentando la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado:

Salvo algún antecedente ya abandonado (p.e., s.S.C. nº 826 de 27.07.00), como ya tendrán muy claro quienes litigan con frecuencia en ambas jurisdicciones, es casi imposible obtener un amparo contra la actividad administrativa en la Sala Constitucional, y es que, prácticamente siempre, la Sala, no dará curso a tal solicitud porque el justiciable contaba con un medio judicial preexistente, idóneo para la protección constitucional lo cual, de conformidad con el artículo 6.5 de la

Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales excluye la admisibilidad del amparo como tutela adicional que el ordenamiento jurídico ofrece sólo en la eventualidad de inexistencia o inidoneidad de las vías judiciales ordinarias. Así, del propio texto del artículo 259 constitucional – consagratorio de la jurisdicción contencioso-administrativa-, se ha deducido que “... los derechos o garantías constitucionales que resulten lesionados por actos o hechos dictados o ejecutados en ejercicio de la función administrativa u omisiones o abstenciones de órganos o personas obligados por normas de derecho administrativo, se encuentran salvaguardados en virtud de la potestad que la Constitución otorga a esos órganos jurisdiccionales (los contencioso-administrativos)”. (s.S.C. nº 2369 de 23.11.01).

Asimismo, en materia de acciones de amparo constitucional contra omisiones de la Administración Pública, y con reflejo inmediato en el “recursos” de abstención, la jurisprudencia ha señalado, pese a que tradicionalmente sostenía el criterio por el cual debía distinguirse si existía un incumplimiento a una obligación genérica o una obligación específica, para determinar el remedio procesal idóneo, que es éste último remedio el idóneo para conocer de la acción, independientemente de la naturaleza del incumplimiento.

Pese a que el objeto del “recurso” de abstención o carencia, según la tradicional y pacífica jurisprudencia contencioso-administrativa (entre otras muchas, desde las sentencias de la Sala Político-Administrativa de 28-5-85, caso Eusebio Igor Vizcaya Paz; 13-6-91, casos: Rangel Bourgoing y Elías José Sarquis Ramos; hasta las más recientes de 10-4-00 caso Instituto Educativo Henry Clay; 23-5-00, caso: Sucesión Aquiles Monagas Hernández;

y 29-6-00, caso: Francisco Pérez De León y otros; así como de la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo, de 29-10-87, caso: Alfredo Yanucci Fuciardi; 19-2-87, caso: Inmacolata Lambertini de De Pégola y más reciente de 23-2-00, caso: José Moisés Motato), ha sido la pretensión de condena contra la Administración al cumplimiento de una obligación específica de actuación, quedando el Amparo destinado a la abstención genérica, la Sala Constitucional a partir de la sentencia no. 547 del 06 de abril de 2004, caso Ana Beatriz Madrid Agelvis, ha establecido que es la jurisdicción contencioso administrativa la pertinente e idónea para resolver una pretensión como la de condena frente a conducta omisiva de la Administración (sea genérico o específica), delatando inclusive remedios provisionales que hagan efectiva la tutela jurisdiccional.

Ello implica no sólo superar la clásica división y obsoleta división de las acciones contenciosa administrativa, sino además entender que la definición del ámbito del sistema analizado viene dado por la pretensión procesal administrativa, entendida, siguiendo al profesor González Pérez, J. (2001) como la declaración jurisdiccional fundada en las normas del Derecho Administrativo.

Por ello, y tal como lo ha resaltado la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 93 de fecha 01 de febrero de 2006, los remedios procesales del contencioso administrativo canalizan el verdadero ejercicio de acciones judiciales dominadas por el derecho a la tutela judicial

efectiva, y no, como se entendió en sus inicios, mecanismos de revisión de la actuación administrativa. Al respecto señala el fallo:

El enfoque del tratamiento y estudio del contencioso administrativo desde la óptica de la pretensión consigue, así, fundamento en el artículo 259 de la Constitución y es, además, consecuencia obligada de su función subjetiva y de su naturaleza jurídica: la de un orden jurisdiccional, inserto dentro del sistema de administración de justicia, cuya finalidad primordial es el restablecimiento de situaciones jurídico-subjetivas y que debe, por ende, informarse siempre con los principios generales del Derecho Procesal (cfr. González Pérez, Jesús, Manual de Derecho Procesal Administrativo, tercera edición, Civitas, Madrid, 2001, pp. 70 y ss.). De allí el error cuando se entiende que es el acto administrativo -en vez de la pretensión procesal- el objeto del proceso contencioso administrativo y de allí también la tradicional imprecisión terminológica que ha caracterizado el tratamiento de nuestro sistema contencioso administrativo, denominando recursos a medios procesales tales como, entre otros, el "recurso por abstención o carencia", que mal puede considerarse "recurso" ni "medio de impugnación", cuando su objeto es la pretensión de condena a una obligación de hacer o de dar por parte de la Administración.

Se ha querido significar, a grandes rasgos, la evolución del sistema contencioso administrativo, en el sentido de comprender la manera en cómo dicha redimensión de la institución, y fundamentalmente su apalancamiento en el derecho a la tutela judicial efectiva, ha de tener profundas y trascendentes consecuencias en los remedios procesales que se deben brindar para garantizar la efectividad de la tutela judicial, lo que incluye la anticipación de los efectos del mérito de la pretensión administrativa a través de **Medidas Anticipadas**.

b. El Ámbito del Contencioso Administrativo y su incidencia en las Medidas Anticipadas.

La doctrina de manera tradicional ha concebido el Contencioso Administrativo como la sede judicial que resuelve la contención o controversia entre un particular con la Administración, con motivo de una actuación administrativa (acción u omisión) calificada de contraria a derecho, como respecto a un derecho subjetivo lesionado, un interés sujeto a protección, o a la reparación de un daño.

El ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa toma como primer elemento la contención o el conflicto entre partes, a partir del contenido de la relación jurídico administrativa (se insiste, no necesariamente de sujeción en el esquema actual de la regulación), en donde por las mismas características y posición de los sujetos, el proceso procure la salvaguarda de las posiciones de éstos.

La jurisdicción contencioso administrativa, a través del juez, se encuentra dotada de poderes para determinar las consecuencias de su decisión acerca de la pretensión administrativa, que abarca la ilegalidad o contrariedad a derecho de la actividad sometida a su control, la lesión de los derechos subjetivos, la protección de los intereses, así como el restableciendo el orden jurídico con ello perturbado.

Tradicionalmente, aunque ello represente un franco anacronismo teórico, la literatura, la academia y la jurisprudencia definen el sistema a través del clásico esquema francés de la división entre un Contencioso Administrativo de Anulación y el Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción. En todo caso, depende del tipo de pretensión que se formule, la que determinará el contenido o remedio procesal respectivo.

Se tiene por una parte, el contencioso administrativo anulatorio (“recurso” de nulidad), protagonista histórico en la justicia administrativa desde sus orígenes, el cual se concibe como un proceso objetivo contra el acto administrativo (juicio al acto), en el cual la pretensión procesal del justiciable se limitaba a la anulación de dicho acto, debiendo el juez solo controlar la juridicidad del acto, sin que, en principio, pudiese resolver sobre la condena patrimonial a la Administración Pública por los daños producidos al justiciable.

Por otra parte, las acciones de plena jurisdicción, concebidas como un proceso subjetivo en el cual se entablaba una verdadera litis contra el ente público, cuya pretensión es de naturaleza condenatoria. Se trataba, en sus orígenes, de verdaderos procesos inclusive regulados procesalmente por las reglas ordinarias del derecho procesal (procedimiento ordinario - CPC) en los cuales se pretendía la condena patrimonial de la Administración Pública.

Aparecen con posterioridad en el sistema los “recursos” de abstención y de interpretación, como mecanismos jurisdiccionales que completan el sistema en la búsqueda de mayores y mas eficientes mecanismos de control de la actividad administrativa, empero que por estar atado a la concepción tradicional del sistema (sobretudo por su influencia francesa), se presentan como arquetipos ortodoxos no compatibles con la efectividad de la tutela judicial.

Sin embargo, la vigencia del Estado de Derecho, y dentro de éste, la consagración de la **Justicia** como valor superior del sistema, garantizado a través del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, ha permitido redimensionar el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, con miras a concebirlo como un real sistema de tutela de los derechos e intereses controvertidos en las relaciones de Derecho de Administrativo, el cual encuentra ahora su fundamento en la efectividad de la tutela judicial.

Como ha señalado el profesor García de Enterría, E. (1992) la proclamación constitucional del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva inexorablemente ha producido en el contencioso administrativo, con especial referencia al español, una transformación que ha tocado las bases mismas del sistema de justicia administrativa. Según el autor, el sistema Contencioso Administrativo es un instrumento de la Justicia para tutelar de derechos e intereses legítimos mediante la cláusula de universalidad o pleno control jurisdiccional.

La misma evolución jurisprudencial del sistema contencioso administrativo en Venezuela, y su concepción como verdadero sistema jurídico-subjetivo de protección de los particulares en el marco de relaciones de derecho administrativo, fortalecen, además del carácter universal del sistema que destaca Rocha Contreras, P. (2003), en cuanto a la posibilidad de juzgar hechos, actos u omisiones de la Administración Pública y de los particulares en el marco de relación jurídico administrativas, la necesaria construcción de un sistema de protección provisional de los derechos e intereses del justiciable, que en determinadas circunstancias y condiciones procesales y sustanciales, ameritará la anticipación de los efectos de la decisión de mérito, a través de **Medidas Anticipadas**.

Por ello, Hernández Mendible, V. (s/f) analizando el sistema español, ha señalado que todos los órganos del aparato jurisdiccional, incluyendo el propio Tribunal Constitucional, de manera contundente han concebido que el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, supone no sólo la aplicación de las medidas cautelares como la simple suspensión de ejecución de un acto administrativo, sino además la instrumentación de las "medidas, que según las circunstancias, fuesen necesarias, para asegurar, la efectividad de las sentencias que en juicio recayere", lo que ha permitido la concesión de cualquier medida cautelar idónea y eficaz, incluso de contenido positivo, que según los términos en que se otorgue y su relación con la pretensión

deducida en el proceso, podrá comportar los carácter de las **Medidas Anticipadas**.

Con base a lo anterior, el ámbito del contencioso administrativo, aunque sigue orbitando en la resolución de los conflictos derivados de las relaciones jurídico administrativas, redimensiona el contenido de la pretensión procesal, la cual, en este esquema, no puede estar definida por el efecto de la decisión (anulatoria, condena, declarativa) sino, tal como magistralmente es tratado por González Pérez, J. (2001), por la efectividad de la tutela judicial que se encuentra atada de manera inexorable a la declaración de voluntad que constituye el fundamento objetivo del proceso judicial.

Ello permite en consecuencia reflexionar acerca de la acumulación de peticiones fundadas en contenidos disímiles que hacen en un solo proceso una sola pretensión procesal, provocando así una nueva concepción de la acción contencioso administrativa, la cual, al liberarse del ortodoxo y anacrónico sistema de recurso de anulación y de plena jurisdicción, permitirían concebir a la jurisdicción contencioso administrativa como la vía idónea de la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos.

Y en dicha perspectiva la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 93 de fecha 01 de febrero de 2006, ha dado una comprensión amplia y conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva

sobre el contenido o ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, al señalar:

La constitucionalización de la justicia administrativa, a partir de la Constitución de 1961, implicó la adición de su función subjetiva o de tutela judicial de los administrados a su función tradicional u objetiva de control de la legalidad de la Administración Pública. De conformidad con esa premisa y la correcta lectura de las normas constitucionales que se transcribieron, la justicia contencioso-administrativa venezolana debe garantizar los atributos de integralidad y efectividad del derecho a la tutela judicial. De esa manera, y en lo que se refiere a la integralidad, toda pretensión fundada en Derecho Administrativo o que tenga como origen una relación jurídico-administrativa, debe ser atendida o amparada por los tribunales con competencia contencioso-administrativa, pues el artículo 259 constitucional no es, en modo alguno, taxativo, sino que, por el contrario, enumera algunas -las más comunes- de las pretensiones que proceden en este orden jurisdiccional (pretensión anulatoria y pretensión de condena a la reparación de daños) y enunciativamente permite, como modo de restablecimiento de las situaciones que sean lesionadas por la actividad o inactividad administrativa, la promoción de cuantas pretensiones sean necesarias para ello. Integralidad o universalidad de procedencia de pretensiones procesales administrativas que, además, son admisibles con independencia de que éstas encuadren o no dentro del marco de medios procesales tasados o tipificados en la Ley, pues, se insiste, es el Texto Constitucional el que garantiza la procedencia de todas ellas. Pero en atención a la cláusula constitucional de la jurisdicción contencioso-administrativa (artículo 259), ésta no sólo ha de dar cabida a toda pretensión, sino que, además, debe garantizar la eficacia del tratamiento procesal de la misma y en consecuencia, atender al procedimiento que más se ajuste a las exigencias de la naturaleza y urgencia de dicha pretensión.

De igual modo, la materialización del derecho a la tutela judicial efectiva inexorablemente replantea el escenario de medidas que en el plano provisional y preventivo puede y debe dictar el juez contencioso

administrativo. En dicho caso, ya no se trata del simple control de la actuación de la Administración Pública sometida al ordenamiento jurídico, sino de la acción judicial concreta dirigida a hacer verdaderamente útil y eficaz la tutela.

Solo en dicho marco conceptual es que puede entenderse, además de la constante y significativa evolución de la Justicia Administrativa, la posible aplicación de las medidas anticipadas como mecanismo ordinario de tutela preventiva y provisional de la pretensión procesal administrativa.

B. Régimen de la Justicia Administrativa en Venezuela.

a. Base constitucional de la Justicia Administrativa en Venezuela.

Hasta la Constitución de 1961 la jurisdicción contencioso administrativa no tiene definición alguna, ni constitucional ni legal. Existía tan solo una multiplicidad de competencias enrevesadas que, aplicando los módulos del derecho comparado, se hacía posible calificarlas como pertenecientes a la jurisdicción contencioso administrativa.

De este modo, la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela aparece en ámbitos concretos, como ocurre con las demandas contra los entes públicos (“recursos de plena jurisdicción”), en el ámbito contractual, a partir de la Constitución de 1830. Luego, en materia de contencioso de

anulación a partir de la Constitución de 1925. Empero es a partir del año 1961 que la Justicia Administrativa aparece como sistema compuesto por una estructura y un ámbito concreto y especializado del ejercicio de la función jurisdiccional

En efecto, el surgimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa en Venezuela se encuentra atado a los orígenes de la República. En este sentido, la Constitución 1830 consagra por la atribución de competencia a la Corte Suprema de Justicia para "conocer de las controversias que resulten de los contratos o negociaciones que celebre el Poder Ejecutivo por sí solo o por medio de agentes", fijando con ello la competencia para conocer de una acción contencioso administrativa por responsabilidad contractual de la Administración Pública. La doctrina patria ha señalado que esta disposición es el origen incipiente de la jurisdicción contencioso administrativa.

Esta regulación se mantiene inveterada en las Constituciones de 1857 y 1858, hasta que la Constitución 1864 al crear dos jurisdicciones: la jurisdicción de los Estados federados y la jurisdicción Federal, en cuya cúspide estaba la Alta Corte Federal. De este modo se crea como órgano máximo del Poder Judicial la Alta Corte Federal, que vino a sustituir a la Corte Suprema de Justicia, y a la cual se le otorgan amplias facultades que la convierten en guardián del sistema federal, era la reguladora de la Federación.

La jurisdicción de los Estados agotaba en cada entidad federal, autónoma e independiente, el ejercicio de la función jurisdiccional. Existía las Cortes Supremas Estadales, cuyas decisiones no tenían revisión ante la autoridad judicial federal. La experiencia relacionada con aplicación de la legislación nacional civil, mercantil y penal, produjo en cada Estado una interpretación disímil de las leyes, resultando así amenazada la unidad legislativa nacional, produciéndose reformas tanto en lo legal y constitucional, como ocurre en la constitución de 1881, en la búsqueda de unificar el sistema mediante la técnica de la casación, concebida como un tribunal de los Estados, y la Alta Corte Federal, concebido como un tribunal de la Federación, estableciéndose de esa manera un régimen de dualidad de jurisdicciones en el Poder Judicial.

Destaca en la Constitución de 1864 el inicio del control jurisdiccional sobre los actos del Congreso o del Ejecutivo Nacional, cuando fuesen actos normativos o actos de efectos particulares que violaran los derechos garantizados a los Estados en la Constitución o atacaran su independencia. En dicho caso, la titularidad de la acción correspondía a las Legislaturas Provinciales, pues de lo que se trataba era de proteger a los Estados federados y no a los particulares individualmente considerados, lo cual pudiéramos advertir como el origen del “recurso” de conflicto de autoridades

La Constitución de 1893 estableció por primera vez el control jurisdiccional sobre los actos emanados de autoridades nacionales o del

Distrito Federal, por usurpación de autoridad o por decisiones acordadas por requisición directa o indirecta de la fuerza, o por reunión del pueblo en actitud subversiva. Para algunos autores, como Iribarren Monteverde, H. (1987), la jurisdicción contencioso administrativa obtiene rango constitucional es en la referida Constitución.

Por su parte, la Constitución de 1901 introduce por primera vez la figura del "antejuicio de mérito" cuando se trate de altos funcionarios. De igual modo, y con mayor firmeza que la Constitución del año 1893, la Constitución de 1901 delinea la acción popular en el recurso de inconstitucionalidad.

La Constitución de 1904 establece el régimen unitario del Poder Judicial creando la Corte Federal y de Casación como tribunal supremo de la Federación y de los Estados; trayendo como consecuencia que las atribuciones que antes les correspondían separadamente, pasaran íntegramente al nuevo órgano creado.

Para Brewer Carías, A. (1997), la jurisdicción contencioso administrativa nace en Venezuela a partir de la Constitución de 1925, al contener los criterios básicos que configuran un sistema contencioso administrativo. Se estableció en su artículo 120, por primera vez, la posibilidad de que la Corte Federal y de Casación "declare la nulidad de los Decretos y Reglamentos que dictare el Poder Ejecutivo para la ejecución de

las leyes cuando alteren su espíritu, razón o propósito de ellas"), lo que equivale a un recurso contencioso administrativo de anulación, pero sólo contra actos administrativos generales o individuales dictados por el Presidente de la República, entre otros aspectos relevantes.

Luego, la Constitución de 1931 resaltó las bases establecidas en la de 1925, y estableció, por primera vez, la excepción de ilegalidad oponible en cualquier tiempo, asimismo contempló un lapso de caducidad para el ejercicio del recurso contencioso administrativo de anulación (13 meses), así como amplió el contencioso administrativo a cualquier caso de ilegalidad o por abuso de poder de los actos administrativos, dando así los primeros pasos hacia la consagración de la universalidad del control como principio fundamental del sistema.

Por ello la Constitución de 1936 extendió el control jurisdiccional a todos los actos del Poder Público, así como eliminó el lapso de caducidad con respecto a la impugnación de los actos que hayan violado alguna garantía o derecho constitucional.

La Constitución de 1945 suprime en su artículo 15.7 la competencia de los Estados federados en materia de administración de justicia, la cual se reserva a la competencia del Poder Federal, nacionalizándose de esta manera el Poder Judicial, como redimensión del modelo federal.

La Constitución de 1947 en sus artículo 220, ordinales 10º y 12, emplea el término "procedimiento" para referirse al contencioso administrativo, denotado así la idea de un sistema especializado arraigado en Poder Judicial.

Esta evolución constitucional del sistema contencioso administrativo tuvo un fugaz retroceso en la Constitución de 1953, en virtud de suprimir, al enumerar las competencias de la Corte Federal, la competencia para conocer la nulidad de los actos administrativos por ilegalidad o abuso de poder, perdiendo temporalmente el rango constitucional que venía ostentando hasta ese momento la jurisdicción contencioso administrativa.

Tal como se ha señalado, la Constitución de 1961 consolidó en el artículo 206 la jurisdicción contencioso administrativa, construyendo una teoría del sistema tanto orgánico, al atribuir a la Corte Suprema de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley el ejercicio de dicha jurisdicción, así como funcional, al describir el contenido de los poderes del juez contencioso administrativo, el cual, tiene la competencia: para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder; condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.

El contenido de este precepto no fue desarrollado hasta 1976, cuando se promulgó la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, legislación que de manera “provisional” desarrolló el contenido del referido artículo 206, conservando los esquemas del sistema francés en cuanto al procedimiento.

Dicha ley constituyó hasta el año 2004, fecha en la entrada en vigencia de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, el instrumento fundamental en la evolución del contencioso administrativo, porque en sus Disposiciones Transitorias estableció toda una organización estructural de la jurisdicción contencioso-administrativa y, además, en su articulado se reguló una serie de procedimientos respecto a las acciones y recursos que se instauran ante la prenombrada jurisdicción.

La interpretación del artículo 206 de la Constitución de 1961 denota claramente el carácter judicial de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, siendo aplicable todas las exigencias que la Constitución establece para el ejercicio de la función jurisdiccional, incluyendo el derecho a la tutela judicial efectiva como axioma sobre el cual descansa la administración de la justicia en Venezuela.

La vigente Constitución de 1999, consagra en el artículo 259 la jurisdicción contencioso administrativa, al señalar:

"La Jurisdicción Contenciosa Administrativa corresponde al Tribunal Supremo de Justicia y a los demás tribunales que determine la ley. Los órganos de la Jurisdicción Contencioso

Administrativa son competentes para anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración; conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos; y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa ".

La regulación del actual de la jurisdicción contencioso administrativa no afecta la concepción ya establecida en la Constitución de 1961, y así lo ha reconocido la misma jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, el cual a través de la Sala Político Administrativa, en sentencia No. 2.819 de fecha 27 de noviembre de 2001 señaló:

el (...) artículo 259 de la vigente Constitución, sólo se diferencia de la redacción del artículo 206 de la derogada Constitución de 1961, norma que establecía la esfera de materias atribuidas al conocimiento de la jurisdicción contencioso administrativa, en que indica expresamente que dicha jurisdicción conocerá de reclamos por la prestación de servicios públicos. En criterio de la Sala, tal modificación sólo pretende poner de relieve uno de los supuestos de responsabilidad de la Administración, ya implícitamente comprendido dentro del ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa en el anterior Texto Fundamental; de lo cual puede concluirse, que estamos en presencia de normas de similar contenido, ya que en verdad no se aporta un nuevo y distinto supuesto de hecho.

De este modo, existe una firme convicción del ordenamiento venezolano en reconocer el carácter constitucional de la Justicia Administrativa, concibiendo un sistema integrado por mecanismos o medios de control para solucionar los conflictos surgidos con ocasión del

quebrantamiento de las normas de convivencia, convertidas en derecho positivo en el ámbito de las relaciones jurídico administrativas.

Además se destaca el hecho que la Justicia Administrativa descansa en el ejercicio de la función jurisdiccional, la cual, como se ha denotado, encuentra en el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 26 de Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la esencia de su realización, al imponer la efectividad de la tutela como único medio para asegurar la existencia del Estado de Derecho.

Este poder de jurisdicción, no solo visto desde la Justicia Administrativo, sino en todo su ámbito conceptual, es la asignación de una función que le es en principio natural y esencial al hombre, con el objeto principal, de que a cambio de dicha concesión, le sea otorgada una tutela o protección efectiva de los derechos e intereses de cada hombre, grupo, colectivo o sociedad. Al respecto **Longo (2000)**, considera:

Con el Estado, pues, en el mismo instante de su nacimiento, se concretiza, a su vez, ni antes, ni después, la transmutación de ese derecho natural a la propia defensa que descansa en todo ser humano, para insertarse en el poder de tutela que asume el Estado, y es este acto de despojo, de sacrificio en lo individual, para beneficio de lo social, el que otorga sentido a la facultad jurisdiccional, cuya significación, (...), entraña el de un verdadero poder, inmediato y directo. (p. s/n)

El Poder de Jurisdicción además de velar por la correcta resolución de los conflictos interpersonales, debe velar también por la legitimidad de la

actividad de los distintos órganos del Poder Público y satisfacer las necesidades de los ciudadanos que se vean de alguna manera afectados por las actividades que éste ejerza.

Como fue señalado, con la formación del Estado existen manifestaciones directas e inmediatas del poder constituyente, que no son algo distinto al poder que todos los hombres han encomendado al Estado. Frente a estas, existen otras manifestaciones indirectas o mediatas, que el Estado, luego de constituirse, desarrolla para imponerlas socialmente, una de estas manifestaciones o poderes, es el ya mencionado, Poder Jurisdiccional.

Por ende el Estado en su condición de depositario de este poder de la jurisdicción, le corresponde satisfacer uno de los valores más profundos de la humanidad como lo es la Justicia, y de suyo, resultará el criterio de la Justicia Administrativa. El Estado debe garantizar a los ciudadanos la tutela efectiva de sus derechos e intereses en el ámbito de sus relaciones jurídico administrativas, de modo que la irremediable necesidad de acudir al proceso contencioso administrativo en la búsqueda de la resolución de los conflicto de naturaleza jurídico administrativa, debe sólo operar en la obtención de una tutela efectiva de los derechos e intereses de las partes en el proceso.

En este contexto, existe una estrecha relación entre las normas constitucionales enunciadas (26 y 259 de la Constitución de la República

Bolivariana de Venezuela) y el proceso judicial, por lo que se hace necesario presentar un conjunto de normas, las cuales sin duda constituyen el piso constitucional sobre el que ha de levantarse la nueva dimensión procesal de la Justicia Administrativa, en tanto y en cuanto se trata del sistema que el Estado dispone para la tutela de intereses jurídicos en el marco de las relaciones jurídico administrativas.

Así tenemos las normas constitucionales contenidas en los artículos 2, 49, 257 y 334 las cuales resumen la nueva tendencia constitucional en cuanto a la resolución de conflictos por vía judicial y por ende representan la base constitucional del proceso judicial en Venezuela a partir de la Constitución de 1999, de suyo, contenidos en el ámbito de la Justicia Administrativa. Se transcribe de forma resumida dichas normas:

“Venezuela es un estado de derecho y de justicia...” (Artículo 2)

Del análisis de esta norma se desprende indiscutiblemente que son los órganos de la jurisdicción los que tienen la potestad de imponer lo justo y que es esa potestad exclusiva la que se constituye en la base esencial para sostener el Estado de derecho. En esta función específica, la jurisdicción se ocupa de la tutela de los intereses en conflicto de los particulares entre sí.

Así, los órganos jurisdiccionales como órganos especializados son los únicos órganos del Poder Público que detentan la potestad de proteger la constitucionalidad y la legalidad de los actos que despliegan los demás

órganos del Poder Público. Incluso esto se desprende de la propia Constitución la cual es determinante en este sentido, toda vez que impone a la administración pública no jurisdiccional, actuar con “**pleno sometimiento a la ley y al derecho**”. (Artículo 141, de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) no se les permite actuar conforme a la **justicia**. Esta es una facultad exclusiva y excluyente del Tribunal Supremo de Justicia hasta los Tribunales de menor jerarquía.

“El debido proceso será inviolable en todo proceso judicial y en todo trámite administrativo”. (Artículo 49)

El derecho al debido proceso presenta un amplio contenido de lo que debe ser respetado, tanto por los demás órganos de la Administración Pública, así como el resto de los integrantes del Estado. Dicho contenido lo podemos resumir en el derecho a la jurisdicción, el derecho a la defensa, la garantía del juez natural, la igualdad de las partes en el proceso, derecho a la asistencia gratuita, la doble instancia, entre otras.

A las normas anteriormente señaladas, deben agregarse además “El proceso es un instrumento para la justicia”. (Artículo 257) “Todos los jueces deben asegurar la integridad constitucional”. (Artículo 334). Estas se erigen como normas jurídicas de eminente contenido valorativo, que inspiran el nuevo rumbo de la Justicia Administrativa, como será analizado posteriormente.

Asimismo, la instrumentación del proceso para la realización de la Justicia, se encuentra íntimamente ligado al Derecho genérico que tiene todo ciudadano a dirigir sus peticiones (pretensiones procesales) y obtener de los órganos del Poder Público oportuna y adecuada respuesta, tal como lo consagra el artículo 51 de la carta fundamental.

El concepto y alcance del debido proceso como garantía constitucional es asegurar la efectiva vigencia de los derechos individuales reconocidos por la Constitución, otorgando a toda persona la posibilidad de recurrir a la justicia para obtener la tutela jurídica de dichos derechos, por medio de un procedimiento legal previamente instituido en que se le brinda al peticionario la oportunidad de ser oído, ejercer el derecho de defensa, de producir pruebas y decidir la causa mediante sentencia.

En este marco, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia No. 708 de fecha 10 de mayo de 2001, ha delatado el verdadero contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, que como se ha señalado, se despliega en el ámbito de la Justicia Administrativa, al proclamar:

El derecho a la tutela judicial efectiva, de amplísimo contenido, comprende el derecho a ser oído por los órganos de administración de justicia establecidos por el Estado, es decir, no sólo el derecho de acceso sino también el derecho a que, cumplidos los requisitos establecidos en las leyes adjetivas, los órganos judiciales conozcan el fondo de las pretensiones de los particulares y, mediante una decisión dictada en derecho, determinen el contenido y la extensión del derecho deducido,

de allí que la vigente Constitución señale que no se sacrificará la justicia por la omisión de formalidades no esenciales y que el proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257). En un Estado social de derecho y de justicia (artículo 2 de la vigente Constitución), donde se garantiza una justicia expedita, sin dilaciones indebidas y sin formalismos o reposiciones inútiles (artículo 26 eiusdem), la interpretación de las instituciones procesales debe ser amplia, tratando que si bien el proceso sea una garantía para que las partes puedan ejercer su derecho de defensa, no por ello se convierta en una traba que impida lograr las garantías que el artículo 26 constitucional instaure.

De este modo, la jurisdicción contencioso administrativa, al menos en la óptica puramente constitucional, tiene delineado un claro régimen jurídico de normas y principios que inciden capitalmente en las instituciones que se desenvuelven en dicho sistema, incluyendo la aplicación de mecanismos de protección anticipada de los derechos e intereses de los sujetos de la relación procesal, esto es, mediante la palpable y recurrente aplicación, por mandato mismo de la efectividad de la tutela, de **medidas anticipadas**.

Además de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, se deben señalar otras normas que tienen un valor incluso superior al constitucional, como la propia carta fundamental esgrime. Estas normas están contenidas en los tratados internacionales suscritos por Venezuela en materia de Derechos Humanos.

Dentro de estos observamos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la cual en sus artículos 8 y 10 establece que: "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante

los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la Ley" y "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal".

Asimismo, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, de la Organización de Estados Americanos, contempla en los artículos 18 y 26, del título denominado "Derecho de Justicia", que: "Toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente" y "a) Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable.

Las normas anteriormente señaladas demuestran el papel fundamental que juegan los órganos jurisdiccionales en la perspectiva de una República, y por sobre todo, obliga reflexionar sobre la incidencia de la misma en los órganos que ejercen la jurisdicción contencioso administrativa, por ser esta, por excelencia, la llamada a resolver los conflictos de intereses en el ámbito de las relaciones jurídico administrativa.

La supremacía del Poder Jurisdiccional que se reseñaba anteriormente, se pone de manifiesto cuando se estudia la justicia administrativa o contencioso administrativo, dado que estos órganos del Poder Judicial, como categorías organizativas especializadas, son los que tienen conferida la facultad para desplegar el contenido del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Esto es, en el marco conceptual que la misma Constitución establece en el ejercicio de la función jurisdiccional, podrán los órganos judiciales encargados de administrar la justicia administrativa, anular los actos administrativos generales o individuales contrarios a derecho, incluso por desviación de poder, también “condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, o “conocer de los reclamos por la prestación de los servicios públicos y disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa”, con lo cual se le confiere a la jurisdicción contencioso administrativa la potestad para controlar al resto de la estructura orgánica especializada del Estado, que debe actuar con estricto apego a la legalidad, a la constitucionalidad y al derecho.

En este sentido, la satisfacción de la Tutela Judicial Efectiva en el Sistema Contencioso Administrativo y la realización (en lo ontológico) misma del sistema, dependerá de la edificación de suficientes condiciones, medidas

y relaciones procesales, que establezca el ordenamiento jurídico procesal, que sean atribuidos a los órganos de la administración de justicia, y que permitan efectivamente salvaguardar los intereses y derechos en el marco de los conflictos de intereses derivado de relaciones jurídico administrativa.

b. El carácter normativo del Texto Constitucional y su aplicación inmediata.

1. Posición de la Doctrina.

Nótese que la construcción jurídica del sistema contencioso administrativo debe ineludiblemente pasar por la concepción de orden jurídico, axiológico y ontológico que dispone la Constitución. De modo que la aplicación de la misma (de manera directa, inmediata y suprema) en el desarrollo de las instituciones procesales de la Justicia Administrativa, permitirán descifrar la aplicación de la medidas anticipadas en el marco de procesos llevados en su seno.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, como norma generadora de derecho, y fundamental para el resto del ordenamiento jurídico, en los actuales momentos pasa por un proceso de internalización jurídica, en la búsqueda de un naturaleza que realmente satisfaga el pacto político bajo la cual fue concebida.

Parte de dicho proceso, pasa por entender y aprehender su carácter normativo y la aplicación inmediata de la misma. En efecto, su gradación superior a cualquier otra fuente de derecho, no impide observar en ella, normas que deban aplicarse inmediatamente para sopesar el Poder Público, y garantizar las libertades públicas de los ciudadanos.

Dicho proceso se revela, dentro del ejercicio de la jurisdicción, con el otorgamiento de las debidas garantías que aseguren la realización de un Debido Proceso. Son los operadores de Justicia, los órganos jurisdiccionales, los llamados a quitar el velo dogmático que desde tiempos inmemorables han pretendido observar, sólo un carácter programático en la norma Constitucional, favoreciendo su aplicación inmediata para garantizar el Derecho a la Jurisdicción.

Es la labor pretoriana del juez, aunado a la consagración de un texto constitucional dinámico y vivo, el que asegurará la realización de dichas garantías, y de suyo, la satisfacción de la necesidad fundamental del justiciable, **la Justicia**. De allí que el Maestro Piero Calamandrei, citado por Mauro Cappeletti (1973) "En toda sociedad libre, la existencia de una Constitución dentro de la cual el Poder Judicial está colocado al mismo nivel del Congreso, no se puede adoptar una actitud agnóstica ante los deberes constitucionales del Órgano Judicial".

El más importante antecedente en los Estados Unidos, desde el año de 1803 cuando el juez Marshall, en el caso **Marbury vs Madison**, hace la precisión de no aplicar una disposición si es contraria a la Constitución.

Ahora bien, la doctrina más refinada en la búsqueda de un texto constitucional que se despliegue intensamente en la Actividad Jurisdiccional, es la que encabeza el Maestro Español **Eduardo Gracia de Enterría** a propósito de la entrada en vigencia de la Constitución española de 1978. Enseña el insigne profesor español lo siguiente:

Ya hemos formulado la advertencia que no es el sistema kelseniano puro de justicia constitucional el presente en nuestra Constitución y vamos a comprobar sobre su texto esta importante reserva. Lo primero que hay que establecer con absoluta explicitud es que toda la Constitución tiene valor normativo inmediato y directo, como impone deducir el artículo 9, 1: «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico.» Esta sujeción o vinculación es una consecuencia de su carácter normativo, por una parte; por otra, la Constitución, precisa este texto, es parte del ordenamiento jurídico, y justamente se ha de añadir parte primordial y fundamental, la que expresa los «valores superiores del ordenamiento jurídico» enunciados en el artículo 1 de la propia Constitución y desarrollados en su articulado. Los ciudadanos y a todos los poderes públicos, sin excepción, y no sólo al Poder legislativo como mandatos o instrucciones que a éste sólo cumplierse desarrollar -tesis tradicional del carácter «programático» de la Constitución-; y entre los poderes públicos, a todos los Jueces y Tribunales -y no sólo al Tribunal Constitucional. Pero hay más: del texto del artículo 9, 1 no se deduce sólo el carácter vinculante general de la Constitución, sino algo más, el carácter de esta vinculación como «vinculación más fuerte», en la tradicional expresión del constitucionalismo norteamericano (higher, superior obligation) hoy retomada por los alemanes (stirkere Bindung, gesteigerte Verpflichtungskraft des Grundgesetzes). En efecto, al declarar el precepto la vinculación directa de los ciudadanos y de los

poderes públicos «a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», da una primacía manifiesta a la vinculación constitucional, expresión de la supremacía de la Constitución en el ordenamiento. (p. 42.)

Y en plena sintonía con lo señalado por el profesor español, aparece en nuestra Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el artículo 7, el cual establece “La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

De dicha norma se desprende un mandato para todos los ciudadanos y para los órganos del Poder Público. En efecto, de la norma dimanán obligaciones de inmediato cumplimiento, que producen una plena, total e indisoluble vinculación entre dichos sujetos y el texto constitucional.

Este efecto de acatamiento y fundamento que el texto constitucional produce sobre los ciudadanos y el Poder Público, incidiendo de manera directa y profunda en la relación entre éstos, permite afirmar que la norma constitucional no es programática, y por ser norma jurídica de grado superior al resto del ordenamiento jurídico, al dimanar del Poder originario, tiene una «más fuerte pretensión de validez» respecto de cualquier otra norma o producto jurídico. Continúa señalando García de Enterría, E.:

Esta resistencia o plus de validez, o inmunidad de la Constitución frente a todas las normas y actos que de ella derivan, es la base misma de su supremacía y, por tanto, la

piedra angular de su eficacia como pieza técnica en la construcción del Estado y del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, para la presente investigación, el carácter normativo del texto constitucional, produce una incidencia de mayor relevancia en los órganos del Poder Público, y más en los órganos encargados de la Administración de Justicia, por ser éstos por excelencia, lo garantes de los derechos del justiciable.

Por tanto se divisan en el mismo texto constitucional controles sobre la vigencia práctica de la Constitución, como el que resulta del control difuso (artículo 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela) y el control concentrado de la Sala Constitucional (artículos 335 y 336 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela). El primero de dichos controles que imponen a todos los Jueces de la República a desaplicar cualquier norma que menoscabe el despliegue efectivo del texto constitucional; y el segundo, referido a medios específicos que atribuyen a la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia la interpretación constitucional y abrogación de cualquier norma jurídica que atente contra dicho texto.

Todas las normas constitucionales vinculan a todos los Tribunales y sujetos públicos y privados; importa ahora precisar que tanto los operadores de Justicia, en cuanto vinculados por la Constitución y llamados a su aplicación en la medida que se ha precisado, deben aplicar la totalidad de

sus preceptos sin posibilidad alguna de distinguir entre artículos de aplicación directa y otros meramente programáticos, que carecerían de valor normativo.

Por lo tanto, todos los artículos de la Constitución tienen un mismo alcance y significación normativas; todos, rotundamente, enuncian efectivas normas jurídicas, sea cual sea su posible imprecisión o indeterminación, lo cual es importante a efectos de la interpretación. Así, la interpretación de las normas procesales deben garantizar la plena efectividad y validez del texto constitucional, mediante el uso de las garantías y principios judiciales que el mismo texto constitucional reconoce.

Cobra mayor importancia la aplicación de la Constitución dentro del Proceso Judicial, dado que existe un vaso comunicante indisoluble, entre el discurrir del proceso judicial y los derechos fundamentales. Los artículos 7, 26 y 334 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela imponen la formula de los principios procesales de la misma Constitución, ha pretendido configurar verdaderos derechos fundamentales, y a su vez principios propiamente dichos que han de orientar la acción judicial del Estado como fines determinados.

Sin duda alguna, Los jueces y Tribunales deberán, pues, tomar como norma fundamental de su actuación, los principios procesales analizados *supra*, y tenerlos en cuenta para que la aplicación del texto constitucional no

sea baladí, y por el contrario, sea un instrumento de interpretación y configuración de una actividad jurisdiccional al servicio del Justiciable.

Así las cosas, se observa cómo en Venezuela, y a raíz de la promulgación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, se ha modificado sustancialmente la interpretación jurisprudencia, en miras a consagrar la aplicación inmediata del texto constitucional.

2. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia.

Se hace necesario para este estudio analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, con relación a lo que denomina la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia como “Jurisdicción Normativa”, referida al fenómeno mediante el cual, dicha Sala ha aplicado de manera inmediata y directa el texto constitucional. El epígrafe va dirigido al análisis de la sentencia de fecha 22 de Agosto de 2001 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia consultada en la página web de dicho organismo, la cual refiere:

Esta Sala Constitucional, desde sus primeros fallos (José Amando Mejía, Corpoturismo, Servio Tulio León), ha venido sosteniendo que las normas constitucionales, en particular los Derechos Humanos, los Derechos que desarrollan directamente el Estado Social, las Garantías y los Deberes, son de aplicación inmediata, sin que sea necesario esperar que el legislador los regule, por lo que, en ese sentido, no actúan como normas programáticas. Para lograr tal aplicación inmediata, la Sala se ha basado en la letra del artículo 335

constitucional, por ser el Tribunal Supremo de Justicia el máximo garante de la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales y, además, por ser las interpretaciones de la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales, vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República. En base a dicha norma (artículo 335), en los casos concretos donde surge alguna infracción constitucional, la Sala ha ejercido la jurisdicción en forma normativa, dándole vigencia inmediata a la norma constitucional, y señalando sus alcances o formas de ejercicio, así no existan leyes que la desarrollen directamente. Se trata de interpretaciones vinculantes que obran como una normativa restringida, hasta que la Asamblea Nacional legisle sobre la materia. Por esta vía no sólo se han colmado normas constitucionales que carecían de cualquier desarrollo legal, como ocurrió en los fallos que tratan sobre los derechos e intereses difusos o colectivos (Casos: Defensoría del Pueblo del 30-06-00; William Ojeda del 31-08-00; Veedores de la UCAB del 23-08-00); o el que se refirió a la legitimación en juicio de la sociedad civil (Caso: Gobernadores del 21-11-00); o el que resolvió lo relativo al habeas data (Caso: Insaca del 14-03-01), sino que en casos donde había que aplicar leyes que chocaban con la Constitución, se dejaron sin efecto artículos de dichas leyes, y jurisprudencialmente se sustituyeron las normas inconstitucionales, por interpretaciones de cómo se debía actuar, a fin que la institución prevista en la Constitución pudiera aplicarse. Esto último sucedió, por ejemplo, con el procedimiento de amparo (Caso: José Amando Mejía del 1º-02-00).

En efecto, la transcrita sentencia abrió la posibilidad de aplicar el procedimiento oral previsto en el Código de Procedimiento Civil, en virtud de que la pretensión de los querellantes no era propiamente la de restitución de los derechos constitucionales, efecto típico de la sentencia estimatoria de amparo; sino que la pretensión se extendía hasta la condena de una actividad por parte de órganos administrativos.

Conforme a lo anterior, se debe colegir que ha sido la interpretación de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia en ejercicio de la jurisdicción normativa, la que ha gestado la posibilidad de la redimensión de los procedimientos establecidos en las leyes procesales con el objeto de lograr la inmediata aplicación de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, y en este sentido continúa la sentencia señalando:

Ha sido así, que esta Sala, fundada en el artículo 335 constitucional, para que los principios, derechos, garantías y deberes constitucionales tengan aplicación inmediata, ha ido creando interpretaciones vinculantes que llenen los vacíos provenientes de la falta de desarrollo legislativo de las normas constitucionales, o de la existencia de una situación de desarrollo atrofiado de las mismas, producto de la ley.... Omissis ...Así mismo, ante la ausencia de procedimientos señalados en las leyes, y la necesidad de adaptar el proceso a las previsiones del artículo 26 de la vigente Constitución, la Sala, a fin de que dicho artículo tenga vigencia, ha implantado a procesos ya existentes, los requisitos de oralidad, gratuidad, celeridad, ausencia de dilaciones indebidas y formalismo inútiles (no esenciales), que informan a nivel constitucional la administración de justicia, como ya lo hizo con el procedimiento de amparo en sentencia del 1º de febrero de 2000 (Caso: José Amando Mejía).

Es de capital importancia los elementos que arroja el señalado fallo, hacia la determinación y comprensión de los mecanismos procesales, incluyendo las **medidas anticipadas**, en la búsqueda de una real satisfacción de las normas y valores que integran al sistema judicial que se ha analizado, y que de igual modo integran y contienen a la Justicia Administrativa en Venezuela.

A la luz del nuevo texto constitucional, se crea un impretermisible e indisoluble deber de articular los principios procesales de dicho texto, a los procedimientos judiciales, incluyendo los aplicados en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, y así realmente obtener una tutela jurisdiccional efectiva para los justiciables.

La Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, aplicando la señalada jurisdicción normativa, adaptó los principios procesales del artículo 26 constitucional, para lograr el desideratum de dicha norma: una justicia oral, expedita e idónea. En este sentido, la Sala aplica el proceso establecido en el Código de Procedimiento Civil para el juicio oral, pero con variantes destinadas a potenciar la oralidad, brevedad, concentración e inmediación de esta clase de procesos.

Las anteriores consideraciones confirman la relevancia y pertinencia de la presente investigación, cómo efectivamente dentro del proceso judicial es posible articular los procedimientos judiciales existentes, a los nuevos principios constitucionales, a los efectos de dar la debida satisfacción judicial del derecho de los sujetos que se desenvuelven en el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa.

3. Las Medidas Provisionales en el Contencioso Administrativo. (introducción).

Tal como evoluciona el proceso judicial, y mas concretamente el correspondiente a la jurisdicción contencioso administrativa, resulta necesario replantearse el contenido de los mecanismos tradicionales u ordinarios, los cuales, sólo permiten asegurar la continuidad de un sistema, donde el más poderoso puede obtener la Justicia Formal.

En este sentido Monroy G. y Monroy P. (2000), consideran que el proceso se destina básicamente a garantizar la *Seguridad Jurídica* a través de los siguientes principios: a) la neutralidad del juez; b) la defensa de la autonomía de la voluntad; c) la incoercibilidad del hacer; y d) el repudio a las formas sumarias de tutela. Los autores, consideran que estos principios no hacen más que atar la jurisdicción a formalismos que no podrán otorgar la verdadera Tutela Judicial Efectiva, y de ahí la constante búsqueda de formas diferenciadas y novedosas de lograr la satisfacción de dicho derecho.

Por ello, y en el marco de la tutela preventiva y provisional, el derecho a la Tutela Judicial Efectiva no será tal, si no se otorgan a los operadores de Justicia la potestad de dictar las medidas o providencias necesarias para garantizar la protección de dichos derechos e intereses durante el curso del proceso. De allí que Hernández Mendible, V. (1997), señala:

Este derecho constituye uno de los pilares fundamentales de los ordenamientos jurídicos modernos, el derecho a la tutela judicial efectiva tiene carácter fundamental y ha sido interpretado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como el derecho a obtener acceso a la justicia, el derecho a intentar todas las acciones y recursos procedentes en vía judicial, el derecho a la tutela judicial cautelar y el derecho a la ejecución del fallo. (p. 13)

La razón fundamental que explica estas nuevas formas de tutela diferenciada, se materializa en el principio por el cual "*il tempo necessario ad avere ragione non deve tornare a danno di chi ha ragione*" (la necesidad del proceso para obtener razón no debe convertirse en daño para el que tiene la razón), expuesto por Giuseppe Chiovenda y desarrollado por otros muchos en la doctrina.

En el caso de la jurisdicción contencioso administrativa, y tal como se desarrollará en el capítulo III de la presente investigación, la aparición de las **Medidas Anticipadas** se encuentra íntimamente ligada a la aplicación de las medidas cautelares, y sobretodo el desarrollo que la jurisprudencia ha dado a la aplicación de las medidas innominadas. De modo que, y sin que ello signifique aceptar que las medidas anticipadas comporten tal carácter, necesariamente el estudio de este tipo de medidas, pasa por el análisis y desarrollo del escenario cautelar en la jurisprudencia del sistema contencioso administrativo.

En Europa, resulta de sumo interés la cita que hace García de Enterría, E. (1997) sobre la reforma de la justicia administrativa y el "modelo

constitucional", en donde se destaca la ampliación del escenario cautelar, como fuente directa de la aparición de **medidas anticipadas**. Doctrina que se resume de la siguiente manera:

“En menos de veinte años las medidas cautelares se han metamorfoseado. En primer lugar, cuantitativamente, la expansión ha sido considerable, por no decir espectacular... Esta jurisdicción (cautelar), que en otro tiempo fue calificada de excepcional, puede preguntarse si no está a punto de suplantar a la jurisdicción ordinaria... Es sobre todo cualitativamente como las medidas cautelares se han transformado... El Tribunal de casación [belga] sí ha mantenido la prohibición al juez cautelar de dictar una decisión declarativa o constitutiva del derecho discutido, pero ha entendido que la Ley Procesal no le prohíbe fundar su decisión sobre el derecho propio de una parte o sobre una situación jurídica cuando el derecho o esta situación son evidentes o no pueden ser contradichos seriamente. Dado que el fallo del Auto no es ni declarativo ni constitutivo del derecho, el juez cautelar puede ordenar cualquier medida apropiada en función de las circunstancias, bien sean medidas conservatorias, creando una situación de espera que salvaguarde los intereses en conflicto, bien medidas que aseguren, **a título de anticipación**, el respeto de derechos que parecen no discutibles seriamente: el demandado será en este caso "condenado" provisionalmente, por vía de orden positiva de hacer, de no hacer o de pagar... La expansión espectacular de estas medidas ha dado lugar a una jurisprudencia extraordinariamente diversificada y abundante... Esta expansión -por no decir la explosión- de esta jurisdicción cautelar es uno de los fenómenos mayores que, en el curso de los últimos años, caracteriza la función de juzgar asumida por el poder judicial..., tanto más importante cuanto que comprende las relaciones de los particulares con el poder... [conduciendo] a un notable desarrollo de la censura de la acción administrativa». J. VAN COMPERNOUE, Crise du juge et contentieux judiciaire en Droit belge, págs. 17 y sigs. Libro Colectivo dirigido por J. LENOBLE, La crise du juge, Bruxelles, 1996.

En Venezuela, La tutela judicial preventiva y provisional se ha desarrollado mediante la evolución de las medidas cautelares. Se puede

tener como sentencia de principio la decisión de la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa caso "Lanman & Kemp Barclay Company de Venezuela" , de 4 de diciembre de 1967, donde se resolvió por vez primera, y sin texto legal expreso que habilitara este tipo de medida, empero apoyados en la existencia del pleno control judicial de la actividad del Poder Público, la suspensión de la ejecución de una resolución del Gobernador del Distrito Federal que había sido impugnada ante el Máximo Tribunal, hasta tanto se resolviese la pretensión anulatoria.

El desarrollo jurisprudencial permitió establecer los requisitos y presupuestos para la concesión de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares, que en definitiva informaran el contenido del artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia (suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares de contenido positivo). En dicho caso, la medida de suspensión apareció en la legislación como indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva.

Dentro de este escenario inicial, la jurisprudencia fue reconociendo en la potestad de reestablecimiento de situaciones jurídicas infringidas, la posibilidad que la suspensión cautelar de efectos permitiese, de manera poco ortodoxa, la emisión de medidas positivas que garantizaban, al menos en el plano provisional, la efectividad de la tutela judicial.

En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 30 de enero de 1980 (citada por Suárez Alcalde en Revista de Derecho Administrativo N° 9, 2000) emitió una decisión cautelar, con inminente contenido anticipatorio. Era el caso de una Escuela de Derecho que denegaba la inscripción al recurrente en el último año de la carrera; el tribunal suspendió los efectos del acto y permitió la inscripción del recurrente bajo los siguientes términos:

...esta Corte considera que verdaderamente, en el caso de autos, si la sentencia definitiva que al efecto haya de producirse en este proceso, le fuese favorable al recurrente, ésta no podría repararle la pérdida de los estudios durante el lapso de expulsión (1 año) de la Universidad, con el que ha sido sancionado con el acto impugnado ...(p. 161)

De igual modo a través de la suspensión de los efectos del acto, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 25 de noviembre de 1980, citada por Suárez Alcalde, F. (2000), suspendió los efectos del acto "...en virtud de lo cual el ciudadano Jesús Enrique Delgado Suárez deberá ser inscrito en el Colegio Nacional de Periodistas, **provisionalmente**, hasta tanto se pronuncie sentencia definitivamente firme acerca del fondo cuestionado".

De este modo, la progresiva institución cautelar, ha dado cabida –por la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva- a la posibilidad clara de anticipar efectos del fallo, constituyendo una manifestación palpable de la utilización de la técnica cautelar para dar cabida a la **Medidas Anticipadas**.

Posteriormente, la expansión de la tutela cautelar se acentúa con la entrada en vigencia de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales a finales de los años 80, que vino a establecer dos vías para la concesión de la tutela cautelar en el proceso. A través de esta Ley, se establece la posibilidad de conceder la tutela preventiva y provisional contra los actos administrativos de efectos particulares (entendida como cautelar por la misma jurisprudencia a partir del caso **tarjeta Banvenez 1991**), cuando estos hayan sido dictados en violación o amenacen con violar derechos y garantías constitucionales y sean impugnados a través del “recurso” contencioso administrativo de nulidad. Por otra parte, el artículo 3 de la referida ley estableció la medida de suspensión de leyes y demás actos normativos que lesionen o amenacen con lesionar derechos y garantías constitucionales, cuando exista la impugnación principal a través del “recurso” de inconstitucionalidad.

No obstante, se puede destacar una tercera expansión de la institución cautelar, e implícitamente de las **Medias Anticipadas**, mediante el empleo de las medidas cautelares innominadas previstas en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, por la remisión a la legislación procesal general que hacía el artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia. Ello dio una importante cabida a medidas asegurativas, innovativas o regulatorias que permitieron configurar una

protección preventiva y provisional amplia y congruente con la exigencias de la tutela judicial efectiva.

Se cree que esta valiosa evolución del instituto cautelar cobra en la Justicia Administrativa un especial referencia frente a las demás áreas y disciplinas jurídicas, en virtud de la complejidad que expresa tanto la relación jurídica administrativa como la resolución judicial de los conflictos que surgen en su seno.

Ello explica la necesaria aparición de fenómenos innominados, asegurativos, satisfactivos que expresan soluciones preventivas y provisionales mas complejas que las que se puedan dar en el ámbito de relaciones jurídicas ordinarias (en el derecho civil mercantil, laboral, entre otras), no con ello queriendo significar que en dichas disciplinas, el escenario cautelar, y mas concretamente las **Medidas Anticipadas**, no pueda ser desarrolladas de igual manera.

De la revisión jurisprudencial de esta evolución, se observa que la premisa fundamental para avanzar con pasos contundentes a la ampliación de la protección del justiciable mediante la tutela cautelar, es justamente constitucionalizar la tutela cautelar como mecanismo para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva frente al Poder Público.

Muestra de tal afirmación la constituyen precedentes significativos de la historia mas reciente del Derecho Procesal y el Derecho Público, como es

el caso de la célebre sentencia *Factortame* del 19 de junio de 1990, y por la cual el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas suspendió provisionalmente una Ley Inglesa para no afectar a los recurrentes mayoritariamente españoles.

A la luz de la exigencia de la tutela judicial efectiva y las demás normas constitucionales aquí expuestas que delinear el contenido de las relaciones jurídica procesales, inclusive dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, la comprensión del artículo 259 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, antes artículo 206 de la Constitución de 1961, hacen posible la inserción del instituto cautelar, incidentalmente de las **Medidas Anticipadas**. Es en dicho contexto en el que se podrá entender el desarrollo de este tipo de medidas en el ordenamiento jurídico venezolano.

CAPÍTULO II

LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL CONTEXTO DEL DERECHO PROCESAL GENERAL

1. La Noción, Concepto y Principios de las Medidas Anticipadas en el marco del Derecho Procesal.

a. Noción procesal de las Medidas Anticipadas.

La doctrina ha guiado la búsqueda de medios o instrumentos procesales que representen formas diferenciadas de tutela, las cuales pretenden asegurar el cumplimiento de aquella obligación que tiene el Estado para con los ciudadanos en cuanto a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses.

Se hace necesario preguntarse, ¿Cuáles son estas formas de Tutela Diferenciada que se han creado modernamente para cumplir con el mandato de la Tutela Judicial Efectiva?. Al respecto, Carbone, C. (2000) señala:

Todo lo discurrido nos convence para que hablemos entonces de una nueva categoría, la que denominaremos tutela jurisdiccional diferenciada, que engloba el llamado hasta ahora proceso urgente (medidas cautelares, hábeas corpus, amparo, hábeas data, interdictos posesorios, las medidas autosatisfactivas y los despachos interinos de fondo o anticipatorios), junto con específicos procedimientos, como el monitorio, tal el proceso santafesino inyuncional. (p. 126).

Si se compara con el sistema venezolano la cantidad de formas de tutela diferenciada que ha enumerado el maestro argentino, se deduce que en Venezuela también existen formas de tutela diferenciada, dado que el Derecho Procesal Administrativo Venezolano no puede pretender desconocer o ser ajeno a los avances procesales que le permitan construir un verdadero proceso al servicio del justiciable.

Se han previsto en leyes especiales, al igual que en la justicia ordinaria o entre particulares, y atendiendo a la singular tutela que merecen los derechos e intereses controvertidos, otras formas diferenciadas de tutela, tal es el caso del Amparo Constitucional previsto en la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, el Procedimiento de Calificación de Despido previsto en la Ley Orgánica del Trabajo y las formas de tutela diferenciada previstas en la Ley Orgánica para la Protección del Niño y el Adolescente, entre otras.

Este fenómeno de la Tutela Diferenciada se hace cada vez más necesario, dada la complejidad de las relaciones entre los hombres y el nacimiento de nuevos derechos e intereses, que merecen igual protección por parte de los órganos jurisdiccionales, en especial cuando se trata del quebrantamiento de las relaciones de poder entre el ciudadano y el Poder Público.

Muestra de tal afirmación, la constituye el reconocimiento expreso que realiza el artículo 26 en del texto constitucional vigente, de la existencia de intereses colectivos y difusos, y que los mismos también son titulares del Derecho a la Tutela judicial Efectiva.

La Tutela Diferenciada también se manifiesta en el plano provisional. La Doctrina moderna ha reconocido que la actitud de los órganos jurisdiccionales no sólo debe estar dirigida a declarar, constituir o condenar una relación jurídica, sino que también puede provisionalmente, tanto prevenir para asegurar la futura ejecución de la sentencia, como ocurre con las medidas cautelares, así como adelantar los efectos de la sentencia de fondo, como ocurre con las **Medidas Anticipadas**.

En los ordenamientos jurídicos extranjeros se ha realizado un amplio análisis de la Tutela o **Medidas Anticipadas** como institución. Este tipo de medida, no es creación caprichosa de los nuevos juristas y doctrinarios, sino que por el contrario en el Derecho Continental Europeo tienen larga data y su aplicación ha resultado provechosa, por lo cual no es extraño el fenómeno en la doctrina.

Calamandrei, P. (1934), relacionó las **Medidas Anticipadas** con la instrumentalidad que liga la Providencia Cautelar con la Providencia Principal y ubica a esta institución dentro de una clasificación de las providencias cautelares.

Henríquez La Roche, R. (1988), concibe a las Medidas Anticipadas como un fenómeno independiente por el cual se gestan las medidas cautelares, aunque extrañamente a este tipo de procesos lo denomina Tutela Cautelar Definitiva.

Por su parte Ortiz-Ortiz, R. (1997), asocia las **Medidas Anticipadas** con lo que el autor denomina, Poder Genérico de Prevención, al establecer que la sola función jurisdiccional, implica una labor de *tutela de derechos* ligada íntimamente a la naturaleza de dichos derechos.

Sosa Gómez, C. (2000), concibe a las **Medidas Anticipadas**, en el caso del Amparo Constitucional, como una manifestación del Poder Cautelar General del Juez Constitucional, quien en uso de sus facultades aplica lo que se conoce en la doctrina como una Medida Cautelar Innominada.

Se vislumbra entonces, una disidencia en cuanto al régimen general de la institución. La principal confusión obedece a la ubicación en el contexto existencial en que aparece la institución, en comparación a otras que aparecen en el contexto provisional. Esta suerte de indefinición de la institución, obstaculiza la posibilidad de diferenciarla realmente de otras instituciones, lo que coloca al juez contencioso administrativo, en la difícil situación de aplicar una institución, bajo los supuestos de otra, y que al efecto práctico, se traduciría en lesionar la función fundamental de

Administrar Justicia, en el otorgamiento de la Tutela Judicial Efectiva en el marco del Sistema Contencioso Administrativo.

La fuente más inmediata que permite obtener un significado científico sobre lo que se debe comprender por las Medidas Anticipadas, transita en primer lugar por aprehender o adquirir una idea o *noción* sobre la institución. En las líneas que siguen a continuación se procurará establecer una noción del objeto de análisis.

Para el Diccionario Enciclopédico Ilustrado FIDES (1961), la noción implica “el conocimiento o idea que se tiene de algo...conocimiento elemental” (V. 3). De igual modo, el Diccionario Enciclopédico QUILLET (1978) señala que la noción es “el conocimiento o idea que se tiene de una cosa” (p. 413). Tomando en cuenta estas definiciones se presume que la noción o conocimiento elemental que se ha manejado en el seno de la doctrina sobre las Medidas Anticipadas, puede ser producto de su ubicación procesal, dado el momento de su aparición como fenómeno en el curso de un proceso judicial.

Uno de los precursores en la doctrina, quien dedicó parte de su estudio a las Medidas Provisionales, fue el Maestro Piero Calamandrei. Se le considera uno de los primeros y mas representativos autores del Derecho Procesal Italiano en lo relacionado con las ***Medidas Anticipadas***. Para

Calamandrei, P. (1945), existe una clasificación que diferencia las subcategorías de Providencias Cautelares.

En este sentido, el mencionado autor señala cuatro fundamentales categorías de Medidas Cautelares, a saber:

- a) Providencias Instructorias Anticipadas, las cuales tienen como finalidad la de conservar *resultancias probatorias* en vista de un futuro proceso de cognición; se habla de aseguramiento o conservación de la prueba. Dentro de esta categoría se encuentra la denominada Prueba Anticipada.
- b) Providencias dirigidas a asegurar la Ejecución Forzada, estas medidas son las conocidas en nuestro medio como medidas cautelares típicas. Tienen como función impedir que quede ilusoria la ejecución del fallo, dado que de forma preventiva afecta los bienes del demandado, con la intención de que éste no pueda desapoderarse de ellos en desmedro del derecho del actor. Dentro de esa categoría encontramos el Secuestro, el Embargo Preventivo y la Prohibición de Enajenar y Gravar.
- c) Anticipación de Providencias Decisorias, mediante las cuales se decide interinamente una relación controvertida, que de seguir sin alguna determinación podría causar daños irreparables a una de las partes. Dentro de esta categoría se colocan las denuncias sobre *Obra Nueva* o *Daño Temido*, así como el Juicio de Alimentos, entre otros.

d) Las Cauciones Procesales, consisten en la imposición por parte del Juez de una caución, la cual va a servir para obtener una posterior providencia judicial. Tienen un fin asegurativo en caso de que sea necesaria la reparación de daños producidos por la revocación de la medida provisoria, a favor de aquel contra quien ha sido ejecutada.

El autor relaciona a las **Medidas Anticipadas** con una forma provisional de providencia de contenido definitivo. Parte del supuesto de que toda providencia que se dicte durante el íter procesal, tiene un contenido *Cautelar*. Como se observa, para Calamandrei aparentemente no existe diferenciación entre lo *Cautelar* y lo *Provisional*.

Considera además el autor, que las Providencias Cautelares a, b y d no regulan el fondo de la relación sustancial controvertida, limitándose sólo a asegurar los medios necesarios para facilitar la formación o la ejecución forzada de la futura decisión de mérito. Por su parte, la providencia que coloca en la subcategoría c, dentro de la clasificación de las Medidas Cautelares, están destinadas a resolver provisionalmente el mérito de la causa, el fondo de lo controvertido mientras se da por finalizado el proceso principal.

La razón por la cual el autor considera a esta categoría como verdaderas medidas cautelares, es en virtud de que observa en toda providencia provisional, la accesoriedad y dependencia que la liga a la causa

principal. Esta afirmación a la cual concluye Calamandrei, es consecuencia de concebir a las medidas cautelares, en todos sus especies, como *instrumentos del instrumento*, como mecanismos que sirven al proceso en su labor fundamental, es decir, otorgar Justicia.

Por otra parte, Carnelutti, F. (1973) señala una clasificación de las medidas o providencias cautelares, atendiendo a la finalidad que estas figuras representan dentro del proceso. La posición teleológica a la cual concluye Carnelutti, pasa por observar durante el Proceso, providencias de carácter instrumental, como sería el caso del Embargo Preventivo, dado que sirve al proceso, es un medio o instrumento para que el proceso tenga razón de ser y la sentencia de fondo sea ejecutable. En cambio, observa otras providencias que no tienen ese carácter instrumental al proceso principal, sino que las enmarca dentro de un proceso cautelar final. Este último tipo de medidas es el que la doctrina ha asimilado a las providencias o medidas anticipatorias.

Se observa en el contenido expuesto por Carnelutti, una analogía entre las medidas con el proceso o íter procedimental que se sigue para cada tipo de medida. Esto obedece a la discusión ya superada en Venezuela, sobre si las Medidas Cautelares son un proceso, una acción, o cualquier otro fenómeno procesal.

Por su parte Allorio (citado por Carbone, 2000), sostiene que las providencias señaladas por Calamandrei en el tercer grupo, esto es la Anticipación de Providencias Decisorias, no tienen finalidad cautelar ya que las mismas, por constituir una anticipación de la ejecución ordinaria, no son otra cosa que providencias ejecutivas, eliminándole así toda naturaleza cautelar a las providencias que signifiquen una ejecución anticipada de la sanción principal.

Por otra parte Liebman, E. (1980), reconoce la existencia de una hipótesis distinta a la de las medidas cautelares típicas e innominadas. Se refiere a aquellas que se dan cuando las cuestiones que constituyen el objeto de un proceso, presentan carácter de urgencia tal que no permite esperar a que el proceso se concluya. Señala el autor que “...en algunos casos, taxativamente previstos en la ley, podrán pronunciarse providencias de carácter interino que darán a aquellas cuestiones una solución provisoria, válida hasta que sobrevenga la decisión de la causa.” (p. 164).

Se observa en Liebman un aporte considerable a las **Medidas Anticipadas**, al verificar en ellas su carácter interino, dirigido a resolver *provisionalmente* el fondo del asunto contencioso sometido a la jurisdicción. Se infiere, a partir de las ideas del autor que existe una diferenciación fundamental entre lo *Cautelar* y lo *Anticipado*, dado que si bien aparecen en el plano *Provisional*, la cautelar sirve al proceso principal y la anticipada es una *principal provisoria*.

Tal diferenciación que se destaca del aporte realizado por Liebman se manifiesta en su afirmación por la cual “la función de este tipo de providencia –la anticipada- es afín, pero no idéntica a la función cautelar” (ibidem). La teoría de Liebman, se ve afectada al concluir que las providencias anticipadas son parte del proceso mismo en que son dictadas, por lo que no puede hablarse ni de una acción ni de un proceso autónomo, no pudiendo definir por tanto su carácter instrumental principal o secundario.

Especial referencia merece la opinión de Monroy G. y Monroy P. (2000), quienes analizan el fenómeno en la perspectiva de plantear nuevas formas diferenciadas de tutela, dada la influencia de la evolución de las situaciones personales y sociales en la esfera jurídica. En este sentido ubican a la *Tutela Anticipada* como parte integrante de las nuevas formas de Tutela Diferenciada en contraposición con la llamada Tutela Ordinaria que se consigue a través del Procedimiento Ordinario.

Según los autores, las **Medidas Anticipadas** son parte integrante de dos grandes grupos o formas de Tutela Diferenciada, entre las cuales tenemos: la *Tutela Diferenciada Preventiva*, que es aquella actividad jurisdiccional que tiene como finalidad eliminar las incertidumbres jurídicas u obtener sentencias condenatorias, no susceptibles de ser satisfechas por reparación patrimonial. Este tipo de Tutela, conocida como Inhibitoria, no es mas que una prestación jurisdiccional de naturaleza específica, destinada a

impedir la práctica, continuación o repetición de lo ilícito, por medio de una sentencia irremplazable de hacer o no hacer.

Asimismo existe una *Tutela Diferenciada de Urgencia*, que es aquella que tiene como finalidad eliminar o evitar las consecuencias derivadas del peligro en la demora en un proceso determinado. Dentro de esta Tutela de Urgencia, los autores citados diferencian dos subtipos, como son la *Tutela de Urgencia Cautelar* y la *Tutela de Urgencia Satisfactiva*.

La primera se configura como un medio de evitar los embates del tiempo en el proceso, es decir, su finalidad es evitar que el tiempo ocasione mayores daños y graves consecuencias a las partes dentro de un proceso. Dentro de esta Tutela Cautelar, se encuadran las Medidas Cautelares no coincidentes, las cuales tienen como característica principal asegurar que no quede ilusoria la ejecución del fallo definitivo, pero sin referirse en ningún momento a la pretensión principal. Y las Medidas Cautelares coincidentes, las que igualmente aseguran la eficacia de la decisión final, pero teniendo su contenido íntima relación con el contenido de la pretensión principal, ya que coinciden en sus efectos.

Sin embargo, señalan los autores que si bien este tipo de medida se relaciona directamente con la pretensión principal, es equivocado pensar que ésta anticipa los efectos de la sentencia final, ya que como siguen siendo medidas cautelares, no perderán su carácter instrumental y provisional en

razón al juicio principal, por lo que concluyen “*lo que en realidad hace la cautelar coincidente es establecer una coincidencia práctica entre lo que se ejecuta y los efectos de lo pedido*” (p. 201).

En segundo lugar señalan la Tutela de Urgencia Satisfactiva, como aquella que se puede dictar en casos en los que se presenten graves circunstancias, además debe presentarse con una *probabilidad intensa* de ser acogida, es decir, es una solución inmediata y definitiva que podría ser dictada en virtud de determinadas circunstancias, y en razón de la importancia e interés jurídico de los derechos tutelados en el juicio, que tendría como finalidad satisfacer de forma completa y definitiva la pretensión intentada por alguno de los litigantes. Este tipo de Tutela Satisfactiva, es necesario que posea la calidad de ser ejecutada de manera inmediata y que dicha ejecución reciba la autoridad de la cosa juzgada, igualmente ésta puede ser dictada con o sin conocimiento de la parte afectada.

De lo anteriormente expuesto se observa que para los autores citados, la sentencia anticipada puede ser Provisional o Satisfactiva. Provisional en el sentido que puede ser dictada para adelantar los efectos de la sentencia de fondo, continuando con el íter procesal; y Satisfactiva, al ser definitiva, con o sin audiencia de parte, lo que es inadmisibles por lo menos en el ordenamiento venezolano, en virtud de que el Derecho de la Defensa es inviolable en cualquier tipo de proceso y en cualquier grado e instancia de la

causa, conforme al artículo 49 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

En otro orden de ideas, vinculadas a la noción de las **Medidas Anticipadas**, se encuentra la posición de Carbone, C. (2000) quien arroja una serie de elementos que permiten vislumbrar el contenido o idea de lo que se debe entender cuando la tutela jurisdiccional se anticipa, en el sentido de que revela la vinculación o identidad que existe entre lo que se pretende decidir en el fondo de la controversia y lo que es objeto de ser anticipado a su momento natural . En este sentido señala:

En rigor de verdad, esta tutela anticipatoria no cautelar no es una sentencia por el solo hecho de que se dicta dentro del marco de un proceso que le dará su confirmación con la sentencia definitiva; ergo, no produce la declaración de certeza de un derecho como lo hace la sentencia de mérito, sino que impone un comportamiento, adelanta una condena de no hacer o hacer, y si se quiere, mas empíricamente, está adelantando la misma ejecución de la sentencia declarativa de cognición. (p. 159).

Una vez analizada la idea general o noción de lo que se debe entender por las **Medidas Anticipadas**, corresponde analizar el concepto de tal institución.

Concepto Procesal (unificación doctrinaria) de las Medidas Anticipadas.

Según el Diccionario Enciclopédico Ilustrado FIDES (1961), el concepto de una cosa u objeto, implica el “pensamiento expresado por medio

de las palabras...idea que forma o concibe el entendimiento...” (V. 2). El Diccionario Enciclopédico QUILLET (1978) señala que el concepto es “idea o pensamiento de un ser u objeto... opinión...” (p. 6).

Al analizar el concepto de las **Medidas Anticipadas**, debe revisarse en primer lugar el significado de las dos palabras que integran la institución, esto es, revisar que comprende la *Tutela* y que comprende la palabra *Anticipada*. En el lenguaje común, tutela o tutelar no es mas que aquello que guía, ampara, protege o defiende. En este sentido, Pérez Ragone, A. (2000), define la *tutela* como “protección, resguardo o defensa, entendiendo como tal, aquellos medios, facultades o conjunto de herramientas que el Derecho brinda para asegurar y posibilitar su eficacia...” (p. 235).

La Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia de fecha 11 de mayo de 2000, caso *LINACA*, con ponencia del Magistrado Rafael Ortiz-Ortiz, definió el término *tutela* de la siguiente manera “de modo pues, que una primera aproximación a esta institución nos coloca de cara a lo que “es”, es decir, se trata de una <protección> o una <salvaguardia>” (p. 25). En el Diccionario Enciclopédico QUILLET (1978) se señala que anticipar es “hacer que ocurra o tenga efecto alguna cosa antes del tiempo regular o señalado” (p. 343).

La simple exégesis de los términos que integran las **Medidas Anticipadas**, indican que la misma está dirigida a proteger, tutelar y defender

los derechos e intereses del justiciable, de manera anticipada a su momento natural. Es *Anticipar* los efectos de la *Tutela Judicial*, llenados los extremos para que proceda tal forma especial de protección por parte de los órganos jurisdiccionales. Aun así, esta exégesis debe ser complementada con el elenco de conceptos ofrecidos por la doctrina, en aras de dar una concepción debidamente soportada por el Derecho Procesal.

Para Calamandrei, P. (1945) la *Tutela Anticipada* o aquellas providencias que encuadran en la subcategoría c, es decir, la Anticipación de Providencias Decisorias, es concebida como:

...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 mas lento proceso ordinario. (ob. cit., p. 59).

Por su parte Carnelutti, F. (1973) considera que las **Medidas Anticipadas** son aquellas “providencias anticipatorias”, que resultan independiente en sí misma, configurando un propio y autónomo proceso preventivo para conjurar el daño proveniente de la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado, el que puede devenir irreparable.” (p. 126). El referido autor, más que un concepto de *Tutela Anticipada*, establece la causa o motivo de que la tutela sea prestada en forma anticipada al tomar en consideración la prevención del daño que pueda ocurrir y su posible irreparabilidad.

Por su parte, Carbone, C. (2000), al delimitar el concepto de lo que denomina Despacho Interino de Fondo o mas específicamente, Tutela Anticipatoria, concluye en los siguientes términos:

El que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos), otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el Juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla mas idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito. (p. 92).

El autor aporta supuestos que permiten realizar sobre el concepto de las Medidas Anticipadas, la extracción de elementos sólidos para construir una definición aceptable. En este sentido, concibe que la *Tutela Anticipada* puede ser total o parcial, no en cuanto a su provisionalidad o definitividad, sino en el sentido de lo que se anticipa puede ser toda o una parte de la pretensión que se quiere hacer valer en juicio, con lo cual se ha considerado que flexibiliza el concepto de **Medidas Anticipadas**, y lo moldea a los intereses y derechos que requieren de la tutela especial.

Por su parte, Rengel-Romberg, A. (1997), realizó una investigación sobre las Medidas Cautelares Innominadas. El autor consideró que en el

tema de estudio existe insuficiencia histórico dogmática que revele el alcance de la misma. Expuso la teoría de la técnica de la anticipación propuesta por la doctrina italiana. Concluye el autor en la investigación que la medida innominada incide sobre la relación sustancial y por lo tanto tiene carácter anticipatorio, y aconsejó la técnica de la anticipación aun cuando la institución de la medida innominada no permitiese identificar suficientemente la estructura de las **Medidas Anticipadas**.

Y tal como se ha expuesta a modo de inicio, las medidas anticipadas han tenido cabida en la jurisdicción contencioso administrativa justamente en los períodos de expansión del instituto cautelar, jugando especial referencia la inserción de la medidas innominadas reguladas en el Código de Procedimiento Civil y que han sido remitidas a la Justicia Administrativa.

Mandrioli (citado por Rengel-Romberg, 1997), considera que la *Tutela Anticipada* es aquella que ha sido construida a favor de una especie de *técnica de la anticipación* en el sentido de que la tutela está dirigida a incidir de manera provisional sobre la misma materia que constituirá el objeto de aquella sentencia de fondo, con la prescindencia de los formalismos que puede arrojar el proceso. Para Mandrioli el concepto de la *Tutela Anticipada* se encuentra configurado por distintos elementos a saber:

- Que la providencia *anticipatoria* está destinada a ser pronunciada antes de la sentencia de primer grado.

- Que la providencia anticipatoria llega primero a la meta de la otra (anticipante), pues cuando se dice que un fenómeno anticipa a otro, no se dice solamente que viene antes que el otro, sino también, que llega primero a la misma meta del otro; de tal modo que la providencia anticipante está comprendida en los límites objetivos de la anticipatoria.
- Que en la providencia anticipatoria se cumple una combinación de la anterioridad cronológica con la dirección funcional. De tal modo que el elemento funcional concurre a cualificar la técnica de la anticipación en el sentido de que el empleo de dicha técnica se puede encontrar solamente cuando la ley configura una providencia a pronunciarse antes de la sentencia de primer grado sobre su mismo objeto y para conseguir su mismo fin; de donde se deduce que bajo el perfil de la técnica jurídica procesal, no puede haber otra razón para anticipar la decisión de primer grado sino aquella de obviar el hecho de que ella no puede ser pronunciada inmediatamente. Es esta la razón funcional típica o jurídica, independientemente de que pueda existir otra “razón política” que aconseje también proveer inmediatamente. (p. 305).

Mandrioli realiza un análisis estructural de lo que comprende la anticipación de la tutela jurisdiccional en el sentido de revelar en el concepto de *Tutela Anticipada* la esencia provisoria de la misma sin desvincular tal tipo de tutela a la que se debe otorgar en la sentencia de fondo, con lo cual reconoce la identidad que debe haber entre la tutela que se anticipa y la tutela que se pretende en la sentencia de fondo.

Por su parte, Carbone, C. (2000), al delimitar el concepto de lo que denomina Despacho Interino de Fondo o mas específicamente, Tutela Anticipatoria, concluye en los siguientes términos:

El que tiende a obtener una providencia no contemplada en previsiones legislativas específicas (sin perjuicio de la regulación que pueda hacer el legislador en determinados casos), otorgando en forma anticipada total o parcialmente el objeto mediato de la pretensión contenida en la demanda y que según la naturaleza del interés, el carácter del peligro que lo amenaza o las particulares circunstancias que surgen de la situación jurídica por la inminencia o presencia efectiva de un perjuicio irreparable o de difícil reparación, atento el grado de convicción enmarcado en la certeza suficiente que se forma el Juez en forma sumaria en base a la prueba aportada, y de acuerdo a su criterio discrecional por conceptuarla mas idónea para obviar las consecuencias disvaliosas de un evento que podría producir la supresión o la restricción de los efectos obligatorios o ejecutivos de la decisión sobre el mérito. (p. 92).

El autor aporta supuestos que permiten realizar sobre el concepto de *Tutela Anticipada*, la extracción de elementos sólidos para construir una definición aceptable. En este sentido, concibe que la *Tutela Anticipada* puede ser total o parcial, no en cuanto a su provisionalidad o definitividad,

sino en el sentido de lo que se anticipa puede ser toda o una parte de la pretensión que se quiere hacer valer en juicio, con lo cual se ha considerado que flexibiliza el concepto de *Tutela Anticipada*, y lo moldea a los intereses y derechos que requieren de la tutela especial.

Para Álvarez (2000), las Tutelas Anticipatorias, sea cual fuese su tratamiento legislativo en los distintos ordenamientos jurídicos, comprende siempre un simple concepto, y por el cual las sentencias anticipatorias son aquellas que “otorgan ‘anticipadamente’, valga la tautología, el objeto buscado por la pretensión”. (p. 370).

Según Cava y Eguren (2000), la *Tutela Anticipada*, o como la denomina las autoras citadas, *Sentencias Anticipadas* “son aquellas que a pedido de parte podrá dictar el magistrado, anticipando total o parcialmente los efectos de la tutela pretendida en la demanda”. (p. 210).

Rivas (citado por Rankin y Pecchinenda, 2000) define a las sentencias anticipatorias como “aquellos pronunciamientos que se producen antes de la finalización del proceso sin perjuicio de su continuidad hasta la sentencia definitiva, mediante los cuales se da satisfacción provisoria total o parcial, al objeto de la pretensión” (p. 334).

Un criterio contrario a los señalados anteriormente es el de Ferrer (2000), quien considera a la *Tutela Anticipada* como Cautela Material. Afirma que ésta tiene carácter cautelar expresando lo siguiente:

La medida cuya denominación enunciamos en el rotulo que encabeza este capítulo [la sentencia anticipatoria] constituye, sin duda, la mas acabada expresión de 'sustantividad' en materia de precautorias. Consiste nada mas y nada menos, que en el pronunciamiento de una decisión de mérito sobre el fondo de la pretensión sustantiva deducida en la causa, mediante un decisorio equivalente a la sentencia definitiva (en cuanto a la materia sobre la que se pronuncia), que se dicta en forma anticipada (antes del estadio procesal que el ordenamiento reserva a la "sentencia"). (p. 355).

El autor se ubica en la corriente que da por sentado que el tipo de medidas que anticipan los efectos de la sentencia definitiva, siguen siendo cautelares. En tal sentido señala a manera de ejemplo el caso de una pretensión por daños y perjuicios en la que el actor ha sufrido un accidente de tránsito que lo imposibilita para mantenerse, y que una vez transcurrido todo el largo lapso del proceso, y aunque la sentencia de mérito le sea favorable, quizás ésta "equivaldría para el damnificado la condena de muerte por inanición". Así, señala el autor:

En casos como el descrito debe anticiparse por vía cautelar la ejecución del decisorio sujeto a recurso, como único arbitrio para garantizar la eficacia del proceso, pues de no obrar en tal sentido, la resolución definitiva llegaría demasiado tarde. Es ésta la precautoria "material" que llamamos "ejecución anticipada". (ob. cit., p. 359)

Igualmente se puede observar la corriente de pensamiento del autor, cuando al describir las características que comporta este tipo de medidas, encuentra la instrumentalidad, ya que consideradas por él como *medidas precautorias*, su vigencia se prolonga sólo al lapso de duración del proceso

principal, dado que su finalidad es la de evitar los perjuicios irreparables que se derivan de la demora en la que incurre el normal desenvolvimiento del proceso. Igualmente señala que es esencialmente mutable, ya que es posible su modificación, hasta el extremo de su revocación en tanto se modifiquen las circunstancias de hecho que le dieron origen.

Una vez analizada la noción y concepto de las **Medidas Anticipadas**, corresponde analizar los caracteres procesales que se desprenden de la institución.

b. Caracteres procesales de las Medidas Anticipadas.

Tal como lo plantean Carbone, Cava y Eguren, la **Medida Anticipada** supone un adelanto parcial o total de la pretensión, lo que favorece la construcción de un concepto moldeable a las necesidades de los intereses que requieren de la especial tutela. Sin embargo, el aporte más significativo de la doctrina, es en torno a las características que se derivan del Concepto de *Tutela Anticipada*. Los rasgos característicos de las sentencias anticipatorias son los siguientes:

1. *La Provisionalidad*, dado que “se tiende a satisfacer el goce del objeto mediato de la pretensión del actor que habrá de ser eventualmente consagrado por la sentencia definitiva...las resoluciones anticipadas no

producen el efecto de la cosa juzgada, no configuran prejuzgamiento”
Cava y Eguren (p. 211).

Como lo entendiese Piero Calamandrei “la provisoriedad está en íntima relación y es una consecuencia necesaria de la instrumentalidad o subsidiariedad. En virtud de ésta la providencia cautelar sule un efecto a 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”.

Dentro de la jurisdicción contencioso administrativa, la jurisprudencia parece entender que la base fundamental de la **Medida Anticipada** descansa justamente en el carácter provisional de la anticipación de los efectos, asociándola a la no producción de la cosa juzgada formal. En este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 27 de julio de 2007 caso: Ricardo Enrique Gutiérrez Sandoval, señaló:

Por otra parte, se observa que el a quo también fundamentó la improcedencia de la acción de amparo, aduciendo que de ser éste decretado, se vaciaría de contenido la acción principal, ya que con dicha declaratoria se ordenaría la protocolización del documento traslativo de propiedad efectuado por el ciudadano Ricardo Enrique Gutiérrez Sandoval, a la sociedad mercantil ‘Inversiones Villa Mar, C.A. En virtud de ello concluyó que “...la presente solicitud debe ser declarada improcedente, al no verificarse la presunción de buen derecho a favor del accionante, resultando inficioso pronunciarse sobre el periculum in mora por ser estos requisitos concurrentes. Así se decide...”.

Al respecto, resulta oportuno efectuar algunas precisiones ya que las consideraciones realizadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo pudiesen conducir a conclusiones erradas.

En principio se debe sostener que si bien los efectos del amparo son restablecedores, ya que la pretensión se encuentra centrada en retrotraer la situación jurídica infringida al momento anterior a la violación constitucional y que dichos efectos se preservan aún en los casos de amparos interpuestos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad, **no obstante, por tener éste naturaleza cautelar, la decisión que resuelva dichos amparos produce cosa juzgada formal y en consecuencia, sólo pudiesen acordarse en aquellos supuestos en los cuales con su otorgamiento no se crea una situación nueva e irreversible, pues sus efectos son meramente restablecedores y no constitutivos, siendo entonces necesario para su procedencia que no exista posibilidad de que a través de ella se creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas preexistentes.**

En este orden de ideas, nada impide al juez constitucional proveer cautelarmente, restableciendo la situación jurídica lesionada, cuando éste constate en esta etapa del proceso , que hubo una lesión flagrante a un derecho o a una garantía constitucional, **sin embargo, tal pronunciamiento previo no implicaría que se ha decidido la cuestión de fondo planteada, en virtud de que la sentencia que se pronuncie en relación al recurso principal podrá resolver en forma distinta a lo acordado provisionalmente por vía cautelar.** No obstante, si le estaría vedado al juez otorgar dichas medidas cuando la situación que se crea es irreversible.

2. El Carácter de Acto Procesal o Sentencia y por el cual “su despacho tiene lugar mediante resolución fundada, una vez trabada la litis, y dicha providencia no impide la prosecución del juicio hasta su finalización” Cava y Eguren (ibidem).
3. *Requisitos Propios* distintos a la cautelares, en virtud de que “el grado de conocimiento que requieren supera la simple ‘apariencia del derecho’...sin

llegar a requerir la certeza definitiva propia de las sentencias de mérito, reclaman una dosis de verosimilitud bastante mas reforzada que aquella” (ibidem).

4. *Es Principal*, dado que no tiene carácter instrumental secundario, dado que “a diferencia de las medidas cautelares, las resoluciones anticipatorias no engendran un proceso accesorio o sirviente, sino que constituyen un elemento integrante del juicio principal” Cava y Eguren (ibidem).

5. Como *Tutela Anticipada* o sentencia sobre el fondo de carácter provisional, como acto procesal del juez, es una Sentencia Interlocutoria, lo que conlleva a concluir que “la prestación anticipada resultará viable únicamente cuando ésta aparezca como esencialmente reversible...puntualizaremos que la naturaleza propia de estas medidas impone que sean apelables al solo efecto devolutivo” Cava y Eguren (ibidem).

Por otra parte, Rojas, J. (2000), concibe a la *Tutela Anticipada* dentro de un fenómeno que se da en determinada circunstancia, al cumplirse sus presupuestos procesales. En este sentido señala que la *Tutela Anticipada*:

...se da cuando la jurisdicción adopta una decisión, que si bien se superpone con el objeto de la pretensión principal en un litigio, la demora en adoptarla podrá causar un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior, adelantando de ese modo –por lo menos en parte- su decisión final. (p. 222).

Pérez Ragone (2000), al igual que Monroy G y Monroy P. (2000), ubica primero el fenómeno en las categorías de tutela diferenciada, para luego aportar su concepto. En este sentido señala que la *Tutela Anticipada*:

Es una tutela diferenciada de urgencia que, con base en una cognición sumaria (juicio gnoseológico de posible) y llenados los requisitos de procedencia, satisface anticipadamente al requirente, otorgándole una atribución o utilidad que pudiera probablemente obtener en la sentencia futura con autoridad de cosa juzgada material. (ob. cit., p. 253).

Se observan ciertos elementos comunes en cada una de las definiciones que se han aportado en la doctrina. En primer lugar, se debe destacar el carácter del acto procesal, en el sentido de que involucra un pronunciamiento del órgano jurisdiccional dirigido a prevenir, restablecer el derecho que se ha visto menoscabado o en peligro de ser lesionado. Este carácter de acto procesal del órgano jurisdiccional es como manifestación de la *Tutela*, de la protección que reclama el justiciable y quien espera de los operadores de justicia la satisfacción de sus derechos e intereses que no han podido ser satisfechos por la violación que se ha creado en la norma primaria. Es un acto dirigido hacer *efectiva* la Tutela.

En segundo lugar, se observa como elemento común en la doctrina lo que se debe comprender por *anticipado*. La *Anticipación* de los efectos de la sentencia está íntimamente ligada a la pretensión que se quiere hacer valer en juicio. Se puede anticipar el fondo de la sentencia una vez llenado los extremos para su procedencia, por lo que el fondo lo constituye la pretensión

principal que necesita ser anticipada en su protección o tutela. De allí que la medida posea identidad con la pretensión principal, bien sea parcial o total, y por la cual no puede ser homogénea, dado que en ese caso no cumpliría con la satisfacción de la tutela.

Sin embargo, poder definir que es lo que se debe Anticipar, en cuanto a los efectos de la sentencia definitiva, corresponde a los extremos necesarios que se deben cubrir para que opere la *Tutela Judicial* de manera especial. El adelanto o *anticipo* de la *Tutela Jurisdiccional* obedece a una serie de circunstancias que sirven como presupuestos fundamentales para su otorgamiento y que corresponde al sector de los requisitos de procedencia de la *Tutela Anticipada* que serán analizados *infra*.

2. La Naturaleza de las Medidas Anticipadas.

a. Sobre la Naturaleza Jurídica de las instituciones de derecho.

La noción de Naturaleza Jurídica no aparece desarrollada en el estudio de la ciencia jurídica, por cualquiera que sea la rama especializada o disciplina complementaria que se aboque al análisis de tal concepto. Esta suerte de ambigüedad sobre el concepto de

naturaleza jurídica en el seno de la ciencia jurídica, hace necesario retomar otras disciplinas y ciencias que permitan esclarecer su noción.

Se observa en el ejercicio pedagógico del derecho, la segura discusión metodológica acerca de la *naturaleza jurídica* de determinada institución, sin que en realidad se logre obtener un significado exacto o por lo menos aceptable científicamente sobre lo que se debe entender por *naturaleza jurídica*.

La doctrina se ha pronunciado sobre el efecto de la indeterminación del concepto de naturaleza jurídica. Montero Aroca, J. (1990), corrobora la situación aquí planteada, acerca de la significación de lo que se debe comprender por *naturaleza jurídica*. En este sentido, el maestro español señala:

Al iniciar los juristas el estudio de cualquier institución suele plantearse el problema sobre su naturaleza jurídica. Tanto es así que puede afirmarse que prácticamente el esquema general para estudiar cualquier institución jurídica es, primero, dar el concepto y, después, hallar la naturaleza. Con todo, llama la atención que no suela cuestionarse lo que debe entenderse por naturaleza jurídica. Se asiste así, en multitud de ocasiones, a un desfile de teorías y teorías y discusiones en torno a un instituto, llenando páginas y más páginas, sin que el lector se le aclare qué sentido tiene ese esfuerzo, qué utilidad va a reportarle. En el fondo lo que se deja sin explicar es lo que debe entenderse por naturaleza jurídica. (p. 101).

Sobre la base de lo expuesto por el autor, debe ubicarse el fenómeno en su plano fundamental, a los efectos de no incurrir en el mismo error ya denunciado.

La Naturaleza Jurídica de una institución involucra necesariamente el examen iusfilosófico sobre lo que comprende la naturaleza de un *ser*, entrando por tanto el mundo de la ontología jurídica. En ningún caso se pretende realizar un análisis exhaustivo del tratamiento de la *naturaleza de las cosas*, dado que no es objeto del estudio realizar una disquisición filosófica del concepto, sino por el contrario, extraer los elementos que la historicidad de la filosofía de la humanidad arrojan a favor de constituir, de manera simple y comprensible, un concepto sobre *naturaleza jurídica*. Tal afirmación lleva indisolublemente a plantearse un problema de dimensiones ontológicas.

En este sentido es necesario consignar una interesante y sencilla definición de lo que debe entenderse como Ontología Jurídica. Al respecto Olaso, J. (1979) señala que se trata de saber qué es el Derecho para definirlo y precisar su concepto. Un estudio permite ubicarlo como un fragmento del mundo cultural humano que se refiere a la conducta del hombre en su dimensión social y se expresa por medio de normas.

Para poder establecer la Naturaleza de un *ser*, se necesita acudir a las premisas filosóficas derivadas de la era griega, en especial las

enseñanzas de Aristóteles acerca de la naturaleza de las cosas. Naturaleza, se deriva del término latino *Natura*, que tiene su equivalente en griego *Physis*.

En este sentido, se le atribuye a Aristóteles la construcción de los cimientos fundamentales de la filosofía occidental. Aristóteles (citado por Fuenmayor, 1992), consideró que “*el conocimiento de la verdad es, ante todo, conocimiento de los fenómenos de la naturaleza*” (p. 73). Por lo tanto hace una crítica indirecta a la filosofía platónica, al considerar ésta, que la esencia de las cosas partían del mundo de las ideas.

Las *ideas* Platónicas estaban ubicadas en un mundo trascendente donde constituían los *paradigmas*. Aristóteles, discípulo de Platón, se constituyó en su principal crítico situando las “ideas” del Atinense, dentro del mundo visible de las cosas como naturaleza de éstas, como su verdadera realidad, con lo cual hace de la naturaleza el objeto principal de su filosofía sin que esto dejara por un lado la inminente necesidad de conceptuar o concebir, qué o cuál era la naturaleza de un ser.

Aristóteles, consideró que el ser ontológico, firme y eterno, se encuentra en los entes individuales. La filosofía Aristotélica concibió a este *ser* del ente, como la substancia *ousía*, como la esencia del ente. En este sentido, Burk, I. (s.f), parafraseando a Aristóteles señaló:

La esencia, en general, es la substancia del ente, expresada en forma de una definición correcta. Esencia es, pues, un término lógico; mientras que substancia es un término ontológico. Quien puede definir el ente, esto es: decir su esencia, conoce su substancia; posee su ciencia. (p. 177).

La substancia pertenece, según la filosofía Aristotélica, a la estructura general del ser. Aristóteles, obsesionado por el problema del ser acometió su pensamiento contra la indagación de cómo se encuentra estructurado el ser, siendo en el libro de las *Categorías*, en su obra *Metafísica* donde Aristóteles analiza la estructura del ser. García Morente, M. (1980), señala al respecto:

Él –Aristóteles- quiere encontrar aquellos puntos de vista desde los cuales podemos considerar cualquier ser, el ser en general, y pretende fijarlos conceptualmente. Pero como Aristóteles está profundamente imbuido del postulado Parmenídico de la identidad entre el ser y el pensar, estos puntos de vista nuestros, desde los cuales podemos enfocar la contemplación del ser, se le aparecen inmediatamente e indistintamente como propiedades objetivas del ser mismo. Así es que las categorías van a ser para Aristóteles, tanto directivas del pensamiento lógico, como aspectos reales, aunque generales, de todo ser en general. (p. 84).

La substancia constituye la primera categoría de la estructura del ser, lo que nos permite determinar que una cosa es *él*, y no otra cosa. Las demás categorías, entre las cuales se encuentra la cantidad, la cualidad, la relación, el lugar, el tiempo, la acción, la pasión, son categorías distintas a la substancia y que forman los elementos accidentales del ser. Aristóteles, tomado del Diccionario de Filosofía en CD ROM (2000), señaló:

Naturaleza es, pues, lo que se ha dicho. Y las cosas que tienen tal principio se dice que «tienen naturaleza». Cada una de estas cosas es una substancia, pues es un substrato y la naturaleza está siempre en un substrato.

Así, en un sentido se llama naturaleza a la materia primera que subyace en cada cosa que tenga en sí misma un principio del movimiento y del cambio. Pero, en otro sentido, es la forma o la especie según la definición. Porque, así como se llama «arte» lo que es conforme al arte y a lo artificial, así también se llama «naturaleza» lo que es conforme a la naturaleza y a lo natural.”

De lo anterior se puede inferir claramente que la naturaleza de la cosa está conformada por su esencia, como primera categoría que integra la estructura del ser. La substancia, concepto ontológico, llevado a lo lógico a través de la esencia permite determinar la naturaleza del ser, lo que el ser en sí mismo significa.

Aun así, la filosofía Aristotélica se preocupó por analizar los elementos que integran la substancia. Para Aristóteles la substancia no es sólo lo que existe, sino lo que existe en unidad indisoluble con lo que es, con su esencia. Con la anterior afirmación se obtiene la estructura de la substancia, dado que hay un ser existencial y un ser esencial, de allí se desprende que el *ser es*, *exista*, o el *ser sea*, en su *esencia*.

Por esto, Aristóteles consideró que el ser se predicaba de muchas maneras, con lo cual se planteaba la distinción entre el ser en general y el ente. García Morente, M. (1980) considera que: “El ser en general será lo

que todos los entes tienen en común; mientras que el ente es aquel que es, aquel que tiene el ser.” (ob. cit., p. 87).

La filosofía aristotélica fue difundida de manera genial por Santo Tomás de Aquino durante la última etapa de la Edad Media. En el advenimiento del Renacimiento y el avance del pensamiento filosófico logró plantearse el problema del ser. Al respecto Descartes (citado por Burk, s/f), considerado como el primer filósofo de la modernidad, al tratar de analizar la esencia o naturaleza de las cosas señaló:

Cuando imagino un triángulo, aun no existiendo acaso una tal figura en ningún lugar, fuera de mi pensamiento, y aun cuando jamás la haya habido, no deja por ello de haber cierta naturaleza, o forma, o esencia de esa figura, la cual es inmutable y eterna, no ha sido inventada por mí y no depende en modo alguno de mi espíritu; y ello es patente porque pueden demostrarse diversas propiedades de dicho triángulo_-a saber, que sus tres ángulos valen dos rectos, que el ángulo mayor se opone al lado mayor, y otras semejantes-, cuyas propiedades, quiéralo o no, tengo que reconocer ahora que están clarísima y evidéntísimamente en él. (ob. cit., p. 205).

La filosofía Cartesiana aportó al estudio del problema ontológico del ser, el considerar “*la cosa en sí*”, además de que agrega el componente que formaría luego el concepto estructural de naturaleza, al observar en el ser un conjunto de *propiedades*. Sin embargo, el objetivo de la filosofía de su época no era enfrentarse a las ideas platónicas, como ocurría con Aristóteles, sino plantearse el problema del espíritu y la substancia pensante, por lo cual, lejos de realizar modificaciones sustanciales al planteamiento aristotélico, trasladó

y adaptó la herencia griega, a los problemas filosóficos de su época, sobre todo en su inserción a la filosofía racional.

Descartes encontró, como principal adversario en la filosofía con relación al problema ontológico del *ser*, a Emmanuel Kant. Para Kant, el problema se planteó con relación al *ser pensante* y a su substancia, pero sin que en ningún caso desconocieran los componentes y estructura que integran el *ser*, manteniendo por tanto, a grandes rasgos las bases fundamentales sobre lo que se debe comprender de la *naturaleza de una cosa*.

Por tanto para la filosofía, la naturaleza de una cosa es el conjunto de propiedades que tiene un ser, que lo hacen ser él y no otro y que puede aparecer de manera existencial de diferentes formas, dado que "*ser se dice de diferentes modos*", tal como lo planteó Aristóteles pero que en su esencia lo hacen *ser él*. De allí que el hombre es *él* y no otro, sin que las diferencias raciales, corporales, idiomas signifiquen diferencias en su naturaleza, dado que como se apreció, tales circunstancias son *categorías* inferiores a su naturaleza y por lo tanto no afectan su substancia, no afectan su esencia.

El hombre puede morir, puede convertirse en polvo, pero no deja de ser hombre en su esencia, ser vivo y racional, sino que su muerte afecta la existencia de él. Aún siendo un elemento que integra su *substancia*, no

afecta la esencia misma del Hombre, no afecta su naturaleza. La Enciclopedia Jurídico Española (1932) define como naturaleza:

Conjunto de caracteres constitutivos y distintivos de un ser o de una cosa, real o ideal: Dios, el triángulo, la Justicia, etc. en otro sentido, que en vez de propiedades como estas, designa los seres o substancias que lo poseen, el conjunto de las cosas existentes ...(p. 330).

Para Jolivet (citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba, 1958), la esencia, por tanto, la naturaleza es “aquello por lo cual una cosa es lo que es y se distingue de las demás cosas” (p. 74). La Naturaleza de una cosa se traslada al mundo o esfera jurídica, en la medida de que dicha cosa, institución, contenga propiedades de juridicidad.

Se observa que la Naturaleza Jurídica la determinan las propiedades que tiene una institución que **es** tal, es jurídica, por tener un contenido de juridicidad y que si bien distintas instituciones pueden aparecer *existencialmente* en diferentes planos, poseen la misma esencia, por compartir propiedades en común lo que las hace *ser* o tener la misma naturaleza.

La Enciclopedia Jurídica (1958) al pretender establecer una correlación entre lo que implica la naturaleza, y como esta permite determinar la naturaleza del derecho, plantea lo siguiente:

Referido al mundo jurídico, esto significa establecer una equivalencia entre la naturaleza del derecho y su esencia.

Dicho de otro modo, la naturaleza del derecho es el conjunto de propiedades que permiten definir, entre los objetos, un sector que presenta características comunes (la juridicidad), y al cual llamamos <lo jurídico>. (ibidem)

Se infiere claramente, que la concepción citada *supra* sobre lo que debe entenderse por naturaleza, conlleva a establecer un denominador común, representado por el hecho de que entre dos o mas cosas u objetos, existan propiedades que le sean comunes. Tendrán naturaleza jurídica aquellas instituciones que en una categoría mas general, tengan una propiedad o esencia común o idéntica, la cual lo representa en este caso, *lo jurídico*. Tal es el caso, de una compra-venta, de una sanción penal; en estos casos hay una propiedad común, la cual es su contenido jurídico.

Existen instituciones que aparecen en el mundo del derecho, el mundo de la juridicidad, que tienen una misma *naturaleza* en tanto y en cuanto tengan propiedades del derecho, pero no siempre la misma *naturaleza jurídica*. Dado que hay instituciones, en el mundo de la juridicidad que no pueden tener la misma *naturaleza jurídica*, como sería el caso de la compra-venta en comparación con la sanción penal, ya que no comparten propiedades dentro de lo jurídico, es decir, no están en la misma categoría jurídica.

La Naturaleza Jurídica de una institución viene determinada por tener un género, es decir, un conjunto de propiedades que definan un género, por tener o *ser* en su estructura determinadas propiedades que la hacen *ser* ella

y no otra en la esfera jurídica o de contenido esencialmente formado por la juridicidad.

Montero Aroca, J. (1990) considera que "...el aclarar la naturaleza de una institución es algo básico si se pretende comprenderla" (p. 102). En efecto, pareciera que el análisis sólo filosófico del problema conllevaría a plantear una disyuntiva que se mantiene dentro de esa disciplina, y que lejos de hallar un concepto lógico y simple sobre tal institución, no resolvería el problema aquí planteado. En este sentido, el profesor español ofrece un resultado sencillo y comprensible acerca del mismo y como tal plantea:

Cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, está buscando la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde, no a un puro deseo de jugar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una clara finalidad práctica: se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, que normas son aplicables supletoriamente. (*ibidem*).

Se observa en el análisis del autor, una contundente conclusión a un problema que en el orden filosófico aparentemente no tiene final y que bien, de manera sencilla, toma de las grandes posiciones filosóficas que se han expuesto cada elemento que le permite construir lo que a su modo de ver significa *la naturaleza jurídica de una institución*.

b. Sobre el carácter provisional de las Medidas Anticipadas.

Una vez establecida la noción de Naturaleza Jurídica, se puede *determinar* la Naturaleza Jurídica de la *Tutela Anticipada* o Anticipatoria, así como su ubicación dentro de la sistemática del proceso. En este sentido, se han tomado de cada aporte de la doctrina, aquellos elementos que son comunes y que permiten verificar propiedades de una categoría jurídica.

Durante cierto tiempo se ha venido observando un proceso de constitucionalización de las medidas cautelares que sirve como referencia para determinar la *naturaleza jurídica de la Tutela Anticipada* en razón a los siguientes planteamientos:

Durante la última década del siglo XX fueron grandes los aportes realizados en función de encaminar la actividad jurisdiccional hacia la consagración de una verdadera *Tutela Judicial Efectiva*. Muestra de tal afirmación la constituyen precedentes significativos de la historia mas reciente del Derecho Procesal, como es el caso de la célebre sentencia *Factortame* del 19 de junio de 1990, y por la cual el Tribunal de Justicia de Comunidades Europeas suspendió provisionalmente una Ley Inglesa para no afectar a los recurrentes mayoritariamente españoles.

A partir de esta decisión se ha construido un proceso que se ha denominado la *Constitucionalización de las Medidas Cautelares*, y por el cual se ha concluido que las Medidas Cautelares son manifestación del

Derecho a la Tutela Judicial Efectiva. En este sentido Campo Cabal, J. M. (1989) ya había señalado “Precisamente esas medidas conducentes a garantizar los efectos de la sentencia son las medidas cautelares, que derivan como garantía del derecho a la tutela judicial efectiva” (p. 2).

En España han sido amplios los alcances de la Tutela Judicial Efectiva dentro de la sistemática cautelar. Así se tiene a García de Enterría, E. (1990), señalando el valioso aporte de la sentencia *Factortame* y las consecuencias que de la misma se derivan, afirma que “... la existencia de medidas cautelares y la exigencia de que resulten plenamente eficaces las ha obtenido el Tribunal de Justicia exclusivamente del concepto de «efectividad de la tutela» o de «tutela judicial efectiva»” (p. s/n).

Como se observa, sobre la base del precedente creado por la sentencia *Factortame*, en la cual se suspende provisionalmente la aplicación de una ley sobre la base de la sistemática cautelar, se ha edificado un soporte rico para la doctrina procesal y los nuevos rumbos que debe tomar los sistemas judiciales a fin de garantizar la Tutela Judicial Efectiva, aunque realmente en el caso *sub iudice* se ha otorgado una medida que tiene características de una *Tutela Anticipada*.

La doctrina venezolana no ha sido ajena a tal hecho trascendente en el mundo de la ciencia jurídica, especialmente en la doctrina del derecho administrativo. En este sentido, Ortíz Álvarez, L.. (1999) ha señalado que

las medidas cautelares son un reflejo directo del derecho constitucional a la defensa y a la *tutela judicial efectiva*.

De igual modo, la Jurisprudencia venezolana se ha pronunciado en favor de que las medidas cautelares son integrantes del derecho a la Defensa y a la Tutela Judicial Efectiva. En este sentido, una sentencia de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia del 15 de noviembre de 1995, caso *Lucía Hernández* (citada por Brewer Carías y Ortiz Alvarez, 1996) señaló:

Lo anterior, por cuanto una protección integral del derecho constitucional a la defensa y a una tutela judicial efectiva requiere siempre de mecanismos cautelares idóneos y suficientes que permitan dar a la sentencia definitiva la eficacia que, en caso de transcurrir la totalidad el proceso sin correctivos, se vería absolutamente cercenada o, al menos, menoscabada. (p. 830).

Canova González, A. (1996) al establecer los nuevos principios que dominan en el escenario cautelar precisamente en el Contencioso Administrativo, ha señalado:

Pues bien, es justamente en este sentido que se afirma sin lugar a dudas que las medidas cautelares –que son instrumentos de la justicia dispuestas para hacer que el fallo final sea ejecutable, que sea totalmente eficaz y que el transcurso del proceso no perjudique de forma alguna a quien tiene la razón-, se presente como un elemento de ese derecho absoluto a la defensa, gracias al cual además aquellas encuentran justificación. (p. 107).

Para el autor, el Derecho a la Defensa y a la Tutela Judicial Efectiva se encuentran en un mismo rango, en una misma categoría jurídica, por lo que concluye afirmando:

...las medidas cautelares resultan, a todas luces, fundamentales a los fines de alcanzar la instauración de un verdadero sistema jurídico en el que se respete el derecho fundamental a la defensa y a la tutela judicial efectiva o, lo que es lo mismo, en el que impere la justicia. (ob. cit., p. 129).

A los efectos de determinar el alcance de lo que la doctrina ha estudiado sobre la sistemática cautelar, se puede afirmar que se ha descubierto el velo de la *naturaleza jurídica* de la institución. Tal afirmación obedece a que si se ha concluido universalmente que las medidas cautelares “*son manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva*” se está reconociendo en la medida cautelar su propiedad o substrato *esencial*, localizar su naturaleza en el mundo del derecho, esto es, afirmar que la *naturaleza jurídica* de las *medidas cautelares es*, en su ser, *la Tutela Judicial Efectiva*.

Este proceso sirve de referencia y fundamento para poder determinar la *naturaleza jurídica* de la *Tutela Anticipada*. La *Tutela Judicial Efectiva* constituye el eslabón perdido de las sociedades contemporáneas. Se observa en todo el cúmulo de aportes gestados por la doctrina moderna, que la Naturaleza Jurídica de la *Tutela Anticipada* giran en torno a la *Tutela Judicial Efectiva*.

Asimismo, Carbone, C. (2000) señala que “...uno de los grandes males de la maquinaria judicial resulta lo desproporcionado de sus pesados engranajes” (p. 76). Para el profesor argentino, el aparato jurisdiccional se configura como ineficaz para dar solución a las peticiones de los ciudadanos debido a la *falta de celeridad* en la emisión de la respuesta. Sostiene el autor, que se debe luchar porque el proceso de una vez por todas “*posibilite el real acceso a la justicia de la población*” (*ibidem*) convirtiéndose así en, “*instrumento eficaz para solucionar controversias aquí y ahora*”. (ob. cit., p. 77).

Suficiente ha sido el reconocimiento en la doctrina de las distintas clasificaciones o modos de comportamiento del proceso, en virtud de que éste es uno sólo, pero puede tener ciertas formas de conducta durante el íter procedimental. Tal afirmación obedece a que en Venezuela no se puede hablar de distintos procesos, como ocurre en Italia, sino por el contrario, de un solo Proceso donde aparecen distintas etapas por las cuales puede discurrir o diluirse la función jurisdiccional. Existe por tanto dentro del desarrollo del Proceso, la fase de conocimiento, entendido como aquel donde se desarrolla la *cognitio* de los sujetos procesales (partes y juez), existe la fase declarativa, donde existe por excelencia la sentencia como forma natural de terminar el Proceso; y por último una fase ejecutiva como manifestación del principio por el cual *el juez tiene la facultad de ejecutar lo por él decidido*.

Modernamente se ha reconocido como esencial dentro de la función jurisdiccional la fase preventiva, que más que fase, es un comportamiento dirigido a complementar la exigencia de que la *Tutela Judicial* que presta el Estado sea efectiva, dado que no puede ser ubicada en orden sistemático a las demás etapas o fases señaladas.

La *Anticipación* de los efectos de la sentencia de fondo, como manifestación de la jurisdicción adelantando la satisfacción de manera provisional, bien sea total o en parte, obedece a que la Tutela Ordinaria resulta ser inoperante frente a los cambios que se dan en las relaciones jurídicas, por lo que desde hace muchos años, según el autor precitado:

...comenzaron a surgir nuevas figuras desde los tribunales y los entes legislativos, que no encajaban en la clasificación enunciada, que se fueron englobando primeramente en un marco de tutela preventiva y luego se crearon herramientas donde el acento siempre se puso dentro de los que se llama tutela urgente, que incursiona llamativamente en la relación entre las medidas mismas y el Derecho sustancial. (ob. cit., p. 78).

De allí que para el autor es posible vislumbrar un nuevo principio general del derecho que no es mas que: *“El proceso no debe ir en contra del actor que tiene la razón”*. La espera de la sentencia final puede ser ineficaz si bien no se asegura, como puede ser subsanado con la cautela, o bien no se anticipa los efectos de la sentencia en aras de evitar un daño, que no puede, máxime si existe un proceso que tiene como objetivo fundamental

de existencia la efectividad y eficacia de la protección que merece el justiciable. El autor señala que:

...la Tutela de Urgencia no es relevante por si misma sino como parte de mas amplia tutela jurisdiccional, garantizando el acceso a la justicia en términos de efectividad a través de la tutela satisfactiva, y para nosotros es un genero de la llamada tutela jurisdiccional diferenciada. (ob. cit., p. 144).

Por otra parte, Monroy G y Monroy P, señalan que la evolución de la sociedad y por tanto de los derechos que la asiste, han convertido a los derechos materiales en derechos sociales, sean colectivos, difusos o públicos; estos derechos poseen una serie de nuevas características esenciales, en función de las cuales se propugna una nueva forma de protegerlos y hacerlos valer, así, en primer lugar estos derechos se presentan como infungibles, es decir, no susceptibles de ser satisfechos patrimonialmente, y en segundo lugar, son derechos que no soportan el transcurso del tiempo del proceso. A este respecto señalan los autores:

...además de nuevos, estos derechos requieren una cobertura judicial urgente, porque si van a ser resueltos una vez concluido un proceso ordinario, el agravo a su titular se convertiría en definitivo y el proceso habría significado una actividad infructuosa. El tiempo, se va a tragar a todos los nuevos derechos si se pretende que su eficacia se concrete a través de un proceso con cognición plena. (pp. 176-177).

La *Tutela Ordinaria* resultó ser según la doctrina, insuficiente para soportar la necesidad de concretar y proteger la eficacia de esos nuevos derechos, por lo que ha surgido la imperiosa necesidad de adecuar esta

tutela, nacida en base a los derechos materiales, a los nuevos retos que se presentan en la sistemática del proceso. En este sentido los autores citados afirman:

Una nueva concepción del proceso sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalidad y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de la tutela ordinaria así como sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso para hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían formulas procesales mas expeditivas, es cuando aparece la llamada tutela jurisdiccional diferenciada. (*ibidem*).

Dicha Tutela Diferenciada, entre las que se destaca la *Tutela Anticipada*, se presenta como el género que contiene una serie de especies como lo son la Tutela Preventiva y la Tutela de Urgencia, esta última a su vez continente de la Tutela de Urgencia Satisfactiva. Como se señaló, este tipo de tutela surge por la necesidad de ofrecer tutela eficiente y oportuna a una especie de nuevos derechos. Por la naturaleza de esos derechos, las consecuencias que puede producir el transcurso del tiempo respecto de alguno de ellos son tan graves que la sola consideración de que van a ser discutidos en un proceso de cognición plena, transforma la afectación al derecho en irremediable.

La tutela de estos derechos merece una urgencia de tal magnitud, que ni siquiera la *tutela cautelar coincidente* es suficiente para protegerlos y hacerlos valer de forma efectiva y oportuna. La tutela cautelar coincidente es

manejada por Monroy, G y Monroy P, como una forma de tutela cautelar que coincide en sus efectos con la decisión final.

Existe en la doctrina una nueva corriente que señala la necesidad, de una jurisdicción oportuna, como presupuesto fundamental para la Tutela Judicial Efectiva. Al respecto, Cava, C. A. y Eguren, M. C. (2000) señalan que existe una serie de situaciones que por su naturaleza no toleran el desarrollo del diálogo procesal en toda su amplitud, dado que el solo transcurso del tiempo torna inoperante la solución jurisdiccional.

Frente a esta situación, señalan las autoras que la tutela cautelar clásica se tornaba insuficiente para resolver el problema de la tutela oportuna y eficiente, por lo que surgieron otros mecanismos como lo son las medidas autosatisfactivas y las sentencias anticipatorias, ubicadas dentro de la sistemática de los procesos urgentes. Estos nacen de la vieja noción de lo justo, que según las autoras “no se detiene en la meta *de dar a cada uno lo que le corresponde*, sino que la transpone en su designio de *dar a cada uno lo que le corresponde cuando le corresponde*” (ob. cit., p. 210).

Por su parte Morello (citado por Rojas, J. 2000) se refiere a la existencia de una necesidad de proteger derechos o situaciones cuya gravedad o urgencia requieren una *tutela efectiva* por parte de los órganos de justicia, en la cual se requiere una *justicia útil* que atienda en forma eficaz las necesidades del hombre. Afirma el autor que: “La tutela anticipatoria no

es un hallazgo de biblioteca o un producto académico, es un capitular con las exigencias de una nueva realidad, que las necesidades del justiciable impone y que la gente estimula” (ob. cit., p. 224).

Pérez Ragone, A. (2000) señala que el problema de la ineficiencia del procedimiento ordinario, derivada de su lentitud, fue paliada de forma efectiva por la tutela cautelar, la cual en ausencia de instrumentos jurisdiccionales adecuados, pasó a ocupar un espacio necesario y fundamental para la prestación de la tutela jurisdiccional efectiva.

Esta importante función de la tutela cautelar, quedó desnaturalizada al momento de tratar de ofrecer efectividad en la tutela de ciertos derechos, así sucede que los justiciables no sólo tienen derecho a una tutela jurisdiccional del Estado, sino a una *adecuada y efectiva tutela jurisdiccional*, en tanto *poder-deber* del Estado. En razón de estas apreciaciones han surgido nuevas tendencias judiciales en la aplicación de una efectiva tutela judicial, a través de figuras como la tutela de urgencia y mas específicamente la *Tutela Anticipada*.

En este mismo sentido Peyrano, M. (2000) señala que las instituciones clásicas de protección a los ciudadanos han ido cediendo ante un proceso *complicadamente lento, disfuncional, y por ende cada vez mas inaccesible*. Es por esta razón que han surgido nuevas perspectivas y nuevas instituciones que tienen por finalidad sobrepasar estas barreras

trazadas por el sistema judicial actual. Dentro de estas figuras se encuentra la tutela anticipatoria o la tutela autosatisfactiva, que aunque de diferentes características, son catalogadas por el autor como *verdaderos paradigmas de la actual renovación en materia cautelar que sufre el proceso*.

Se observa en cada uno de los aportes doctrinarios expuestos anteriormente, acerca de la *naturaleza jurídica* de la *Tutela Anticipada* un elemento común: la satisfacción de los intereses y derechos del justiciable quien reclama una Tutela Judicial Efectiva y la vinculación directa de esta satisfacción con la legitimidad del Estado, en ejercicio de una potestad que se ha depositado en él. De allí que, según Ortiz-Ortiz, R. (1997):

...la mayoría de los autores hayan señalado la relación entre la función jurisdiccional y la soberanía del Estado pues siendo la jurisdicción la tutela formal y material de las relaciones jurídicas de los particulares, es “esencial”, para la subsistencia del Estado su poder soberano, el cual dimana, precisamente, de esos particulares. Jurisdicción y Legitimidad están íntimamente conectados en la existencia misma del Estado y allí convergen ambas instituciones. (ob. cit., p. 5).

Las **Medidas Anticipadas**, según se desprende de la doctrina, está dirigida a cumplir con el mandato de la Tutela Judicial Efectiva y por lo tanto su propiedad o substrato esencial es la *efectividad* que debe tener la tutela de los órganos jurisdiccionales cuando así lo reclama el justiciable. Al respecto afirma el autor:

Si la función jurisdiccional llega tarde es como si no hubiese llegado, o de otra manera, una justicia tardía es peor que la

injusticia, y ello es lo que puede ocurrir cuando por efecto de la tardanza en el proceso de cognición se diluya la posibilidad de ver satisfecha la pretensión definitiva. (ob. cit., p. 9).

De lo anterior se infiere que la primera propiedad que forma la substancia de la **Medidas Anticipadas** es aquella por la cual ésta se encuentra vinculada directamente al Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, en el sentido de que cuando se solicite la tutela de los operadores de justicia, la misma sea otorgada cuando deba ser otorgada a través de los mecanismos de *Tutela Diferenciada*, y no después cuando no tiene *razón de ser*.

Esta actitud y aptitud de los órganos jurisdiccionales dirigida a otorgar tutela judicial de manera *provisional*, puede comportar dos modalidades o subcategorías. La primera es la función cautelar, tendente a asegurarla futura ejecución de la sentencia. La Segunda dirigida a *anticipar*, no la sentencia, sino los efectos que de ella se derivan de manera provisional, dado que no puede ser alterado por el Juez el íter procesal por ser de orden público.

Señala Ortiz-Ortiz, R. (1997) que al lado de las medidas cautelares los órganos jurisdiccionales tienen un *Poder Genérico de Prevención* dirigido a proteger intereses superiores del ordenamiento jurídico; en este sentido afirma:

El ordenamiento jurídico ha dotado a los particulares y al mismo órgano jurisdiccional de herramientas y mecanismos jurídicos para hacer efectivo el estado de Derecho, es decir, para

garantizar la plenitud del ordenamiento jurídico y evitar las arbitrariedades. Por ello hemos afirmado que el mismo ordenamiento jurídico tiene un fin preventivo... (ob. cit., p. 217).

El autor ubica el fenómeno de la *Tutela Anticipada* dentro de lo que él denomina *Tutela de Derechos*. El acierto de su posición radica en observar que la **Medida Anticipada** se diferencia de las medidas cautelares, pero aparecen en el mismo plano o espectro preventivo, que lo hacen de suyo provisional. En este sentido afirma:

Por ahora sólo nos referiremos a la función de tutela que ejercen los órganos jurisdiccionales, y desde ahora podemos afirmar que tal función se realiza de manera preventiva y ejecutiva; preventiva a través de las medidas cautelares (típicas e innominadas) y medida de Tutela de Derechos en general con carácter preventivo mientras que, ejecutivamente, se realiza a través de las medidas decretadas en orden a cumplir el fallo definitivo. (ob. cit., p. 218).

En base a lo expuesto por el autor se puede hacer la segunda consideración en cuanto a las propiedades que forman la *naturaleza jurídica* de las **Medidas Anticipadas**. La misma radica en el hecho de que si las **Medidas Anticipadas** encuentran su causa en la *Tutela Judicial Efectiva*, su aparición existencial dentro de la sistemática del Proceso es como ejercicio de una facultad de *anticipar provisionalmente* la satisfacción de la Justicia, por lo que deviene su carácter instrumental principal dentro del Proceso.

C. Relación entre el Poder Cautelar General y las Medidas Anticipadas.

a. Breve sinopsis sobre el Poder Cautelar General.

A fin de poder determinar las posibles relaciones entre el Poder Cautelar General y las **Medidas Anticipadas**, es necesario realizar una breve sinopsis sobre lo que debe entenderse por el primero de las instituciones. En este sentido, debe realizarse un análisis a la luz de la doctrina venezolana y algunas referencias doctrinales extranjeras sobre las principales características de esta institución, así como las razones que han dado cabida a su previsión legislativa.

Cobra mayor relevancia el análisis de dicha relación, sobretodo de cara a establecer los elementos comunes y disímiles que en la doctrina han elevado el debate acerca de la naturaleza de las instituciones.

La mayoría de los ordenamientos jurídicos han establecido medidas cautelares típicas o nominadas y atípicas o innominadas. Las primeras tienen larga data en los sistemas procesales contemporáneos, proceden frente a determinadas situaciones o circunstancias que necesitan ser prevenidas para asegurar la efectividad de la sentencia, generalmente de carácter patrimonial, tal es el caso del Embargo Preventivo y la Prohibición de Enajenar y Gravar; o para evitar un daño al bien objeto del litigio, como ocurre en el caso del Secuestro.

Las segundas medidas adoptadas en los ordenamientos jurídicos se denominan atípicas, innominadas o indeterminadas por no aparecer explícitamente con una identificación singular, sino que por el contrario están previstas para que se adapten a las exigencias de cada caso en concreto.

El Juez, que por excelencia realiza una labor pretoriana, debe a través de la medida innominada edificar la providencia preventiva que permita garantizar la efectividad de la sentencia de fondo, y que no pueden ser prevenidas con las cautelas típicas, dado que éstas, se configuran como inútiles e ineficaces. Sobre la base de las Medidas Innominadas se ha edificado lo que se conoce como el Poder Cautelar General del Juez.

Henríquez La Roche, R. (1988) señala que las razones fundamentales del surgimiento de la figura del Poder Cautelar General son las siguientes:

Los casos que ha presentado la práctica forense de situaciones de peligro evidente y cierto en la mora, no contemplados en ninguna disposición legal del ordenamiento jurídico, así como los escasos ejemplos del Derecho Comparado, han originado en la doctrina, e incipientemente en la jurisprudencia, la figura del Poder Cautelar General, como una tentativa insegura y novedosa por conseguir el modus operandi para eliminar esas situaciones de verdadero peligro... (ob. cit., p. 65).

Por su parte Quintero Tirado (citada por Ortiz-Ortiz, 1997), señala que el Poder Cautelar General se presenta en la dimensión fáctica del derecho, en ciertos casos o circunstancias, en los cuales las medidas cautelares típicas o taxativamente señaladas en la legislación no son suficientes para garantizar la tutela de algún derecho, y concluye señalando que:

En todos esos casos prácticos es evidente la existencia de un peligro de daño jurídico, puesto de manifiesto por el desenvolvimiento necesariamente lento del proceso dirigido a la emanación de la providencia definitiva. Negarle protección al interés legítimo que así lo exige sería desconocer el carácter mediato de la jurisdicción, como instrumento del derecho para la realización de los fines de justicia y seguridad. (ob. cit., p. 263).

Según Rondón de Sansó, H. (1997), dentro del proceso se distinguen tres modalidades del procedimiento, estas son: la cognición, la ejecución y la conservación, entendida esta última como la prevención o aseguramiento de derechos, la cual:

...tiene como finalidad esencial evitar que las sentencias se hagan ilusorias, conservar la igualdad de las partes mediante el mantenimiento del estado de los hechos y del derecho existentes al plantearse el litigio, impedir cualquier circunstancia que pudiera alterar la situación precedentemente indicada y, anticipar provisoriamente, la realización de la justicia. Las medidas preventivas se destinan así a garantizar el resultado de las decisiones futuras. (p. 307).

Señala la autora que en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil de 1987 se consagra de forma inequívoca un Poder Cautelar General, norma de la cual se desprenden los principios rectores del otorgamiento de las medidas cautelares.

En primer lugar se señala que tanto para dictar una cautela innominada, como para una típica, es necesaria la discrecionalidad del juez. En este punto se plantea la autora si dicha discrecionalidad es una potestad libre del juez de acordar o negar la medida, o por el contrario, una vez

llenados los extremos previstos en la norma, esto es, *fumus bonis iuris* y *periculum in mora*, el juez está en la obligación de dictar la medida. La respuesta no es sencilla, pero en todo caso, y dado que esto sólo depende del análisis que haga el juez de las circunstancias, éste deberá, en el auto que acuerde o niegue la cautela, expresar los motivos y situaciones que lo llevaron a tomar dicha decisión.

El segundo de los principios rectores del otorgamiento de las medidas cautelares es el de la suficiencia cautelar, según el cual las cautelas sólo serán dictadas en aquellas controversias donde sean aplicables. Un tercer principio es el de la celeridad procesal, en base al cual la urgencia que faculta a que sean dictadas las medidas, exige igualmente de actuaciones inmediatas y sin dilaciones. Por último se presenta el principio de igualdad procesal, según el cual las partes dentro del proceso deben tener igual tratamiento e igualdad de oportunidades para expresar y presentar sus alegatos, defensas y pruebas.

De igual modo, Canova González, A. (1996) ha propuesto los nuevos principios que dominan el escenario cautelar, específicamente en el Contencioso Administrativo. Sin embargo, tomando en cuenta que el proceso es uno solo, se debe considerar que estos principios también dominan el escenario cautelar en todo fenómeno de naturaleza procesal.

El autor señala como principios: a) Las medidas cautelares son manifestación del derecho a la defensa y a la tutela judicial efectiva; b) las medidas cautelares son el instrumento destinado a impedir que el transcurso del proceso atente contra quien tiene la razón; c) las medidas cautelares son instrumentos inherentes a la función de juzgar y ejecutar lo juzgado; d) las medidas cautelares son parte de un Poder Cautelar General; e) las medidas cautelares protegen cualquier tipo de pretensión; f) las medidas cautelares no atentan contra el interés general, g) las medidas cautelares pueden anticipar los efectos del fallo definitivo; y h) las medidas cautelares proceden cuando exista peligro de infructuosidad del fallo definitivo y exista presunción de que quien la pida ostente el derecho controvertido.

El autor adopta la posición de equiparar la *Tutela Anticipada* a las *Medidas Cautelares*, sobre lo cual se volverá *infra*, cuando se determinen las diferencias entre una institución y otra. Sin embargo, se debe destacar el valioso aporte de Canova González al construir una sistemática cautelar vinculada directamente a la función jurisdiccional y la trascendencia que representa el aseguramiento de la resultas del juicio como manifestación del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

Por su parte Ortíz-Ortíz (1997) realiza un análisis de la institución *sub examine* y considera que el Poder Cautelar General presenta una serie de circunstancias, tales como: a) es una institución propiamente cautelar dado que está preordenada a la preservación del fallo definitivo del juicio principal;

b) tiene un carácter tutelar de derechos, ya que tiende a evitar que una de las partes cause un daño a los derechos de la otra, o evitar su prosecución; c) es una manifestación de la jurisdicción cuando actúa en sede preventiva; d) se materializa a través de la institución de las medidas innominadas.

Lo anterior permitió al autor delinear un concepto de lo que debe entenderse como Poder Cautelar General. Este es manifestación del poder de jurisdicción a través del cual se pretende evitar que una de las partes en juicio sufra un daño o peligro de daño, frente a una circunstancia distinta a las planteadas por las medidas cautelares típicas. Finalmente señala que el Poder Cautelar General:

...es una función encargada a la misión jurisdiccional del Estado mediante la cual el Juez ... sumariamente demostradas, pueda acordar medidas innominadas o inespecíficas para evitar una situación de daño o de peligro que una de las partes pueda desplegar en contra de la otra en un proceso, pudiendo el órgano judicial suplir el silencio de la Ley en cuanto al contenido de la providencia, previa evaluación de la pertinencia o adecuación de las medidas necesarias. (ob. cit., p. 280)

Igualmente se ha concebido el Poder Cautelar General como una potestad jurisdiccional, otorgada a los jueces y dimanante de la voluntad del legislador mediante la cual éstos pueden dictar las medidas cautelares que consideren conveniente en el caso concreto, a fin de proteger o evitar que se ocasione un daño o lesión a una de las partes dentro de un proceso, poniendo igualmente en peligro a la justicia.

Por su parte, Duque Corredor (1999) prevé la existencia de una denominada función jurisdiccional cautelar, haciendo referencia al Poder Cautelar General, distinta a la facultad de instrucción, declarativa o decisoria, “cuya finalidad es la de garantizar la eficacia de las sentencias que lleguen a dictarse y la de evitar daños irreparables o de difícil reparación a las partes mientras dure el proceso” (p. 137). De forma concluyente, afirma el autor que:

...la jurisdicción cautelar garantiza la efectividad de la función pública de administrar justicia o jurisdicción y protege el derecho fundamental de la acción o de acceso a los tribunales, en razón de la tardanza en obtener en el proceso una sentencia definitivamente firme. (ob. cit., p. 138).

La función cautelar, como parte integrante del poder jurisdiccional, tiene como justificación evitar los posibles peligros y daños que se deriven del transcurso del tiempo que hay entre la introducción de la demanda y la sentencia definitiva, razón por la cual, según el autor citado:

...dentro de la función jurisdiccional se le reconoce a los jueces un Poder Cautelar General, que va mas allá de la posibilidad de dictar las medidas preventivas establecidas por el legislador, que les permite, según su criterio de conveniencia y oportunidad, dictar las providencias que consideren adecuadas para asegurar los resultados del proceso y la ejecución de sus sentencias a fin de evitar daños irreparables a las partes. (ibidem).

Ahora bien, se considera la existencia de un Poder Cautelar General como integrante de los distintos poderes que posee el órgano jurisdiccional

para garantizar el ofrecimiento de la tutela jurídica y por ende de la justicia. Correspondería entonces al juez analizar las diversas circunstancias fácticas que se le presenten y determinar la mas adecuada solución.

b. Sobre el resalte en la doctrina de las diferencias y semejanzas entre el Poder Cautelar General y las Medidas Anticipadas.

En la doctrina venezolana pareciera no haber discusión aparente acerca de las diferencias entre la Medidas Cautelares y las **Medidas Anticipadas**. A la Luz de la doctrina venezolana, toda providencia que aparece en el plano provisional tiene naturaleza cautelar. En este sentido, sólo suele haber diferencias entre denominaciones.

Para Henríquez La Roche, R. (1988) las providencias que en el sistema venezolano tienen un inminente carácter anticipatorio, y que serán determinadas *infra*, son denominadas para el autor *Medidas Cautelares Definitivas*. Para Sosa Gómez, C. (2000) la *Tutela Anticipada* no es más que una medida cautelar innominada.

De igual modo Rengel Romberg, A. (1997) ha advertido que la *Tutela Anticipada* encuentra su modo de aparición en el proceso a través de las medidas cautelares innominadas, especialmente la innovativa, compartiendo en consecuencia la misma posición que sostiene Rondón de Sansó, H. (1997).

En el sector de la doctrina venezolana dedicada al Contencioso Administrativo es donde aparece mas arraigada la idea de la naturaleza cautelar de la *Tutela Anticipada*. En este sentido los autores más significativos de la doctrina cautelar son Canova González y Ortiz Álvarez quienes consideran que a través de la medida cautelar innominada es posible adelantar los efectos de la decisión de fondo.

Se debe destacar la posición expuesta por el autor venezolano Rafael Ortiz-Ortiz quién considera que existen medidas provisionales que no tienen carácter cautelar, y por el contrario pertenecen a un *Poder Genérico de Prevención*. Sin embargo no parece haber una diferencia científica entre lo preventivo y lo cautelar, lo que no es objeto de la presente investigación, pero que aún así hace rechazar en parte la posición expuesta por el profesor venezolano.

Sin embargo, es él quien en la doctrina venezolana ha señalado que existen ciertas medidas provisionales que no tienen carácter cautelar. Estas medidas señaladas por el autor son coincidentes con el sistema de *Tutela Anticipada* presente en el ordenamiento jurídico venezolano, y que serán determinadas *infra*.

En todo caso, es la doctrina procesal universal la que arroja las posiciones encontradas acerca de las posibles diferencias entre el *Poder Cautelar General* y la *Tutela Anticipada*. En este sentido, el primero que ha

levantado su voz por establecer diferencias entre las medidas cautelares y la *Tutela Anticipada* ha sido Cristofolini (citado por Calamandrei, 1945) quien considera que:

...el criterio de distinción entre declaraciones con predominante función ejecutiva y providencias provisionales y cautelares se debe buscar en el efecto práctico de la medida, según que la misma tienda a la realización plena del derecho declarado cierto como si la declaración de certeza fuese definitiva, o que se limite a asegurar su posibilidad de realización para el caso de que la declaración definitiva de certeza (o la provisional) haya de producirse a continuación; y este criterio lo lleva a incluir en todos los casos entre las declaraciones de certeza con predominante función ejecutiva, la ejecución provisional, las “provisionales”, etc...(ob. cit., p. 59).

De igual modo Allorio (citado por Calamandrei, 1945) considera que:

...gran parte de las providencias cautelares comprendidas bajo este grupo c) [anticipación de providencias decisorias] y entre ellas la cláusula de provisional ejecución no tienen naturaleza cautelar, en cuanto las mismas, por constituir una anticipación de la ejecución ordinaria, no son otra cosa que providencias ejecutivas. (ibidem).

Frente a estas primeras aseveraciones se observa que la doctrina ha sido vacilante al aceptar el carácter cautelar de la *Tutela Anticipada*. Corresponde determinar las posibles diferencias entre el Poder Cautelar General y la *Tutela Anticipada*.

En este sentido, en lo que respecta a las **posibles diferencias o semejanzas en cuanto a su función, objeto y finalidad dentro del proceso**, Calamandrei en 1945 consideró que la *Tutela Anticipada* tenía

carácter cautelar colocándolas en el curso de su investigación como las “*providencias cautelares*” del grupo c), es decir, anticipación de providencias decisorias.

Sin embargo advirtió que tales providencias presentan ciertas singularidades, lo que hizo necesario su estudio de manera específica. Las diferencias entre las medidas cautelares asegurativas y las anticipaciones de providencias decisorias o *Tutela Anticipada*, son explicadas por Calamandrei mediante un claro ejemplo:

Si el titular de un crédito, que no se siente en modo alguno perjudicado por el hecho de haber de esperar largo tiempo la satisfacción de su crédito, teme que durante la espera su deudor se deshaga de todas sus sustancias mobiliarias, en forma que haga prácticamente vana la ejecución forzada que pueda intentarse contra él dentro de algún tiempo, buscará auxilio contra este peligro, en el secuestro conservativo. [embargo preventivo en nuestro derecho]. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad (porque, supongamos ha quedado reducido a la miseria y encuentra en el cobro de su crédito la única esperanza de sostenimiento), teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su derecho, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares que únicamente estén dirigidas a tener en reserva para el día de la ejecución forzada los bienes del deudor, necesitando, en cuanto el derecho positivo lo prevea, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada. (ob. cit., pp. 72 y 73).

El autor demuestra de forma clara la diferenciación funcional entre una medida y otra, y frente a la interrogante que se plantea en el ejemplo citado responde de la siguiente manera:

En el primer caso el acreedor está dispuesto a esperar, pero quiere estar seguro de que su espera no será vana; en el segundo caso, aun teniendo la seguridad de poder encontrar en el patrimonio del deudor, después de un cierto periodo de espera, los medios para satisfacerse, quiere, sobre todo, escapar a los daños que se le derivarían de tal espera, al final de la cual la providencia principal, aun siendo objetivamente eficaz, llegaría demasiado tarde para poder ayudar. (ibidem)

En cuanto al objeto o función dentro del proceso Eguren, M. (2000) ha considerado que “el objeto de la medida cautelar no suele identificarse con el objeto de la pretensión” (ob. cit., p. 307); mientras que en las medidas o sentencias anticipadas sucede lo contrario, dado que esta “asimilación entre lo reclamado y lo anticipado constituye su característica fundamental” (ob. cit., p. 308).

Considera la autora que las medidas cautelares tienen como función primordial prevenir que la sentencia definitiva pueda ejecutarse, protegiendo el objeto de la pretensión; en cambio la medida anticipada tiene como función fundamental mantener a aquel que pretende tener la titularidad de un derecho en el goce del mismo durante el transcurso del proceso. Al respecto señala la autora:

...las medidas cautelares están encaminadas a resguardar las probabilidades de efectivización de la sentencia de mérito a dictarse en autos y lo hacen protegiendo hasta ese momento el objeto de la pretensión ...
En cambio la resolución anticipatoria procura que quien aparece primigeniamente como el titular del derecho, transite por el íter procesal gozando del mismo. Si se quiere podría

aseverarse –y en esto bien vale aludir a un gráfico ejemplo- que quien recorre un desierto padeciendo los embates de un sol implacable, no valorará en igual grado el acarrear consigo varios litros de agua cautelados en herméticos envases con la finalidad de evitar que se evapore (medida cautelar), que la posibilidad de beber durante el trayecto con miras a impedir que sea su propia vida la que se ‘evapore’ (decisión anticipatoria). (ibidem)

El primer tránsito de la autora por el sistema jurisprudencial argentino respecto a la *Tutela Anticipada* la llevó a considerar que el medio de aplicación de la misma debía ser la medida cautelar innovativa, debido a la ausencia de previsión legislativa, solución que, como se observa en el Capítulo III de la presente investigación, ha sido una de las vías escogidas por la jurisprudencia venezolana para dar cabida a las Medidas Anticipadas en la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela.

En este sentido señaló Eguren, M. (2000) en una investigación conjunta con Cava (2000), que en varias sentencias se utilizó como medio para anticipar los efectos de la sentencia, la medida cautelar innovativa; al respecto señala:

Parece vislumbrarse que en este sistema se cuenta con una herramienta útil a los mismos efectos de los tenidos en mira al concebirse la medida anticipatoria.

Las evidencias sugieren, pues, que la medida cautelar innovativa -cuando esta entraña un anticipo de la sentencia- y las resoluciones anticipatorias sólo parecen distinguirse en aspectos meramente operativos, que más tienen que ver con el modo de instrumentar formalmente las mismas que con su destino específico. (ob. cit., p. 216).

Posteriormente, las autoras replantean la cuestión inicialmente acotada, en torno al estudio de los denominados procesos urgentes, dentro de los que se encuentra los procesos cautelares, la tutela anticipatoria y las medidas autosatisfactivas. En este sentido concluyen:

En síntesis, desde el punto de vista metodológico se nos ocurren dos alternativas posibles a la hora de situar esa franja de la medida cautelar innovativa en la que “lo anticipado” se identifica con “lo pretendido”.

O bien admitimos que la corriente ortodoxa en materia cautelar ha experimentado un ensanchamiento en sus contornos, o bien aceptamos que esa realidad no se incluye en la categoría de lo cautelar –aunque si dentro del proceso urgente- sino que constituye una esfera particular configurada por las resoluciones anticipatorias. (ob. cit., p. 218).

Por su parte, Pérez Ragone, A. (2000) comparte la posición que niega el carácter cautelar de la *Tutela Anticipada*, señalando que las diferencias fundamentales entre ambas instituciones, se presenta tanto por su función o finalidad dentro del proceso, como por la eficacia desde el punto de vista práctico que tiene cada una de ellas. Al respecto señala el autor:

Las medidas cautelares refieren a asegurar la eficacia útil de una resolución por venir, y no anticipar directamente en el plano sustancial el efecto de esa resolución; si bien en ambos casos estamos en la “provisoriedad”, simplemente por no tener res iudicata, véase que en un caso se puede haber quitado a uno, pero no dado a otro (cautelaridad); en el otro caso se quitó a uno y se hizo a su vez una atribución al requirente (anticipatoriedad).

Hablando claro, estas medidas satisfactorias por anterioridad no son desde ningún punto de vista “medidas cautelares”, por esa razón no hablamos de cautelar innovativa ni de cautelar material, simplemente no vemos la razón para objetivizar y/o

sustantivizar con el término “cautelar” allí donde no hay cautelaridad. (ob. cit., p. 252).

Continúa el autor afirmando que la *Tutela Anticipatoria* no es de ninguna manera cautelar, por lo que sería inútil tratar de subsumir la una en la otra. De este modo explica la diferenciación fundamental entre ambas figuras de la siguiente manera:

Lo que hay –esta es la diferencia específica con la tutela cautelar- es no resguardo de lo eventualmente útil, sino directamente concesión atributiva, total o parcial, satisfaciendo en el plano del Derecho material al tutelado. (ob. cit., p. 254).

Kraiselburd, S. (2000) apoyando la doctrina mayoritaria abocada al estudio del tema de la *Tutela Anticipada*, considera que la principal diferencia entre la medida cautelar y la *Tutela Anticipada* es en cuanto a su función y objeto dentro del proceso. En este sentido afirma:

Aquellos que sostienen que la misma tiene naturaleza propia, diferente de la cautelar, basan su argumentación en que el carácter instrumental del proceso cautelar no es el elemento adecuado para identificar la función cautelar. Consideran que la base de la distinción está en la función del proveimiento jurisdiccional. Así, mientras la función cautelar se agota en el aseguramiento del resultado práctico de otro pedido, la anticipación de tutela soluciona provisoriamente aquello que fue pedido en la demanda. (ob. cit., p. 427).

En igual orden de ideas se encuentra Furtado Fabricio (citado por Kraiselburd, S. 2000) quien considera que la diferencia fundamental entre la

Tutela Anticipada y la *Tutela Cautelar*, se encuentra en el objeto o finalidad que tiene cada una dentro del proceso judicial, así se tiene que:

La tutela anticipatoria, aunque provisoriamente, tiene por objeto la satisfacción de los intereses invocados por el actor (total o parcialmente) y no la simple garantía de conservación e indemnidad de su objeto a lo largo del trámite judicial. (ibidem).

Por su parte Marinoni (citado por Kraiselburd, S. 2000) señala que la *Tutela Anticipada* no es cautelar, ya que se diferencian respecto del objeto que persigue cada una dentro del proceso, así afirma el autor que:

...la tutela anticipatoria no es cautelar, porque la tutela cautelar debe limitarse a asegurar la viabilidad de la realización del derecho afirmado y tiene siempre referibilidad al derecho a cautelar, en tanto que la tutela sumaria satisfactiva no tiene esa referencia, ya que ningún derecho es protegido o cautelado. (ob. cit., p. 427-428).

Ahora bien, existen en la doctrina algunas corrientes que consideran a la *Tutela Anticipada* dentro del mismo género *Cautelar*, pero con diferente especie. Esta posición se basa en considerar que aunque la función u objeto de la tutela anticipatoria es cautelar o preventiva, no lo es de los bienes jurídicos objeto de la pretensión, sino del daño irreparable o de difícil reparación que se podría producir de no ser otorgada la tutela en el momento oportuno. Dentro de esta postura se encuentra Alvaro de Oliveira (citado por Kraiselburd, S. 2000), quien sostiene lo siguiente:

...la tutela anticipatoria tendría eminentemente una función cautelar de prevención del daño, considerando lo cautelar en un

sentido amplio, genérico, que a fin de no confundir con la tutela cautelar que llamaríamos tradicional propone que la misma está incluida dentro de la tutela de urgencia como una especie de dicho genero. (ob. cit., p. 430).

De las posturas anteriormente expuestas infiere Kraiselburd, S. (2000), que a la luz del ordenamiento jurídico brasileño, en el cual la tutela anticipatoria no se encuentra dentro de los procedimientos cautelares, el legislador trató de purificar el seno de las medidas cautelares, intentando que vuelva a su forma exclusiva de tutela de seguridad, lo que obliga a los estudiosos del derecho a comprender adecuadamente “lo que es realmente una tutela procesal y a plantearse sobre la existencia o no de una pretensión de seguridad, como clase especial y autónoma de la pretensión de derecho material”. (ob. cit., p. 432).

Contrariamente a las posturas anteriores , existe una posición que sostiene impermitiblemente el carácter cautelar de la *Tutela Anticipada*. Esta posición es sostenida por Ferrer, S. (2000) y está basada en los siguientes argumentos: a) toda medida cautelar es un *anticipo* de la tutela jurisdiccional; b) la mayor o menor trascendencia material, objetiva o sustancial de la cautelar no es óbice a su procedencia; y c) la *sentencia anticipatoria* es una medida cautelar de naturaleza material que opera mediante la medida precautoria innominada

Se observa que el autor es firme al considerar la *Tutela Anticipada* como una medida de naturaleza cautelar, pero a su vez añade una

característica que la diferencia de la tutela cautelar tradicional, esta es, el carácter de *Cautela Material* de la *Tutela Anticipada*.

Por otra parte, se presenta una posición ecléctica aportada por un sector de la doctrina, que aunque considera a la anticipación de tutela como parte integrante de la tutela cautelar, señalan algunas diferencias existentes entre una y otra, de lo que se desprende la distinta naturaleza que posee cada figura. En este sentido, Jové, M. (1995) señala:

De tal modo, en estas ultimas, la resolución cautelar se limita a prevenir el riesgo de que pueda resultar ilusoria la ejecución de la sentencia, mientras que en las de carácter satisfactivo [tutela anticipada] se incide en la relación jurídica que es objeto del proceso de fondo –anticipando el contenido del pronunciamiento-, a la espera de que esa medida satisfactiva se sustituya por la que se dicte posteriormente en el mas amplio y lento proceso ordinario.

La diferencia fundamental entre ambas se aprecia indiscutiblemente: la diversa perspectiva de la efectividad de la sentencia....

En las medidas asegurativas se contemplaría desde un aspecto objetivo, y en las anticipatorias desde uno subjetivo, la situación de necesidad del solicitante. (p. 117).

Es importante destacar la posición adoptada por Moscariello, M. (2000) quien ubica el fenómeno de la *Tutela Anticipada* en su aparición procesal. En este sentido señala la existencia de dos tipos de procesos diferentes, uno provisional (anticipatorio) y otro cautelar. Considera que la diferencia fundamental existente entre las medidas provisionales y las medidas cautelares, radica en lo siguiente: “En las primeras, el daño que se quiere evitar es independiente del que se puede causar si se confirma el

peligro de inejecución de sentencia, siendo este peligro el que amerita el dictado de la medida cautelar anticipada” (ob. cit., p. 440). Esta situación es claramente explicada por la autora a través de un gráfico ejemplo:

...si se pretende condenar a prestar alimentos a persona de notoria solvencia, no va a existir peligro en la inejecución de la sentencia (por lo que no hay mérito para que se disponga de medidas cautelares), y sin embargo puede probarse que se causa un grave daño al no satisfacerse esa pensión durante el trámite del proceso, de donde es admisible el dictado de una medida provisional que disponga el pago de la misma hasta que se resuelva en definitiva por la sentencia. (ibidem).

De igual modo, se debe tomar en consideración la referencia realizada por Abal Oliú (citado por Moscariello, M. 2000) quien señala una clara diferenciación entre las medidas cautelares y las provisionales anticipadas, pero sin negar la existencia de ciertas similitudes entre ambas, incluso en el régimen procedimental aplicable.

Señala el autor citado que las medidas provisionales anticipadas, a diferencia de las cautelares, son aquellas diligencias que sirven para *asegurar provisionalmente la decisión de fondo* y que siguen las reglas de las cautelares *en lo que les sea aplicable*. Especial referencia merece la solución propuesta por el autor en cuanto al régimen procedimental aplicable, en virtud de las soluciones prácticas que tal afirmación puede ofrecer frente al vacío legal existente en cuanto al procedimiento o trámite para la *Tutela Anticipada*.

En lo que respecta a las **posibles diferencias o semejanzas en cuanto a los elementos o características**, Calamandrei, P. (1945) observó en la instrumentalidad de la *Tutela Anticipada* ciertas peculiaridades que la distinguían de las demás medidas cautelares. En este sentido consideró el autor:

Es fácil comprender la diversidad de presentación de la instrumentalidad de la providencia cautelar en estos dos casos: en ambos la providencia sirve para asegurar la eficacia práctica de la providencia principal, pero mientras en el primero esta eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo (conservación de los bienes que deben subsistir para que produzca su fruto la ejecución forzada), en el segundo caso está valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto, poniendo en relación los efectos de la providencia principal con la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil como una ejecución forzada infructuosa por falta de bienes contra los cuales dirigirse. (ibidem).

Esta situación ha sido observada en la doctrina española por Jové, M. (1995) quien considera que “...Ya Calamandrei señalaba que la instrumentalidad en las providencias de carácter anticipatorio era profundamente diversa a la que se daba en las denominadas cautelares tradicionales” (ibidem).

Por otra parte, la doctrina se ha pronunciado en cuanto al carácter provisorio o provisional de las medidas cautelares y de la *Tutela Anticipada*. En este sentido, se observa que la aparición procesal de cada uno de estos institutos revela una similitud en cuanto al elemento o carácter provisional

presente en ambas. Al respecto, Rivas (citado por Carbone, 2000) considera que la *Tutela Anticipada* presenta ciertas similitudes con las medidas cautelares innominadas en cuanto a su provisoriedad, observando algunas diferencias desde el punto de vista formal y sustancial.

Carbone, C. (2000) considera que si bien es cierto que ambos tipos de medidas son provisionales, la anticipatoria se hace mucho mas estable y no es temporal como las medidas cautelares que son modificables en cualquier grado de la causa, esto le da carácter irreversible e interino a las medidas anticipadas. Para el autor citado la causa fundamental de esta diferencia es mas sustancial, básicamente, los requisitos de procedencia de ambas; así, en la **Medida Anticipada** es necesario poseer una certeza suficiente, mientras que en la medida cautelar sólo se necesita la verosimilitud.

Considera el autor que el carácter interino de la **Medida Anticipada** es diferente al carácter provisional de las medidas cautelares. Como consecuencia, mientras la medida anticipada tiene su duración hasta que tenga lugar la sentencia definitiva que hace cesar sus efectos; la duración de los efectos de la medida cautelar está condicionada por cualquier de las circunstancias posteriores, como lo son la mutabilidad o la variación. Así señala el autor:

La diferencia está en que temporal es lo que no dura siempre, tiene una duración limitada independientemente de que sobrevenga otro evento.

Lo interino, en cambio, está destinado a durar hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo, en vista y en espera del cual el estado de interinidad subsiste durante el tiempo intermedio.

El evento sucesivo es la sentencia de fondo, definitiva.

Por eso está bien decir que todas las providencias cautelares son provisorias, pero no todas las providencias interinas son cautelares: la resolución interina de fondo o anticipatoria es una muestra de ello. (ob. cit., p. 161).

Para Moscariello, M. (2000) el carácter provisional de la **Medida Anticipada**, involucra que la misma mantiene su vigencia y sus efectos satisfactorios hasta el fin del proceso principal. La autora ha preferido denominarlas *despachos interinos de fondo*, al igual que Carlos Carbone, debido a que su interinidad está supeditada al resultado del juicio principal, de allí su similitud provisional con las medidas cautelares.

Las anteriores consideraciones respecto a la similitud de la provisionalidad o provisoriedad presente tanto en la *Tutela Anticipada* como en el Poder Cautelar General, ha provocado la discusión en cuanto al carácter irrevocable de la medida anticipada.

Al respecto, Rankin, S. y Pecchinenda, M. (2000) consideran que la **Medida Anticipada** crea la denominada *Cosa Juzgada Provisional*, dado que la medida es irrevocable hasta tanto no llegue la sentencia definitiva. Frente a esta situación señalan las autoras:

Las medidas cautelares se basan en el principio del *rebus sic stantibus*...subsistirán mientras duren las circunstancias que la determinaron; no ocurre lo mismo con las sentencias anticipatorias como regla general, ya que una vez dictadas no

podrán sin efecto hasta el fallo definitivo, así como si fueran rechazadas tampoco podrá insistirse en obtenerlas. Esto último marca también otra diferencia pues el rechazo de una cautelar no impedirá su replanteo en tanto cambien las situaciones fácticas que no permitieron su adopción. (ob. cit., p. 337).

Es en dicha perspectiva que la jurisprudencia de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela ha concebido la aplicación de medidas anticipadas, partiendo justamente de la posible reversibilidad de los efectos del fallo anticipatorio, mediante al posibilidad de revocatoria de la medida otorgada. En este sentido, la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia del 23 de enero de 2008, caso: Contralor del Municipio Caroní del Estado Bolívar, señaló:

Como es de apreciarse, lo peticionado por la representación del Contralor del Municipio Caroní del Estado Bolívar es exactamente el fin que persigue a través de la interposición del conflicto; dicho de otra forma, la intención del actor es que esta Sala decrete, por intermedio de una medida cautelar, de naturaleza accesoria a la causa principal, lo que en definitiva constituye el fin último de la interposición de esta última, **desconociendo con ello que las medidas cautelares como la de autos persiguen garantizar los efectos de la sentencia de mérito, mas no adelantarlos con riesgos de irreversibilidad.**

En este sentido, resulta necesario ratificar lo expuesto por esta Sala en reiteradas oportunidades en cuanto a que las medidas cautelares acordadas **no deben comportar una vocación definitiva sino que habrán de circunscribirse a la duración de la querrela judicial incoada y, en tal orden, ser susceptibles de revocatoria cuando varíen o cambien las razones que inicialmente justificaron su procedencia.** (Vid. Sentencia N° 00964 del 1º de julio de 2003)

En otro orden de ideas, se plantea las ***posibles diferencias o semejanzas en cuanto a su relación con la pretensión principal***, es

decir, su carácter de homogeneidad o de identidad. Así, la doctrina ha señalado que esta relación entre la providencia cautelar o anticipada y la sentencia de fondo, está igualmente ligada a la finalidad que tiene cada una dentro del proceso. En este sentido considera Carbone, C. (2000) lo siguiente:

...la medida cautelar asegura el resultado práctico de la sentencia futura y tiene como carril el peligro en la demora, mientras que el despacho interino de fondo [como lo denomina el autor] satisface total o parcialmente la pretensión en la instrucción de la causa y su soporte es evitar un daño de difícil reparación.

También vimos que los despachos interinos de fondo son nada más y nada menos que el adelantamiento de los efectos de la ejecución de la sentencia de mérito, mientras que las cautelares son un instrumento para asegurar el resultado práctico del fallo. (ob. cit., p. 62).

Por su parte, Eguren, M. (2000) ha señalado que los perfiles de la **Medida Anticipada** y el Poder Cautelar General, comportan claras diferencias. La medida cautelar no se identifica con el objeto de la pretensión principal, sino que debe ser sólo homogénea con éste, mientras que la **Medida Anticipada** tiene identidad de objeto con la causa principal, en este sentido señala la autora:

...el objeto de la cautelar no suele identificarse con el objeto de la pretensión, en tanto que lo contrario sucede en el supuesto de las decisiones anticipatorias, en que la aludida asimilación entre lo reclamado y lo anticipado constituye su principal arista. (ob. cit., p. 307).

Por último es necesario señalar la opinión de Ortíz-Ortíz, R. (1997) quien considera que la homogeneidad con el derecho pretendido en la pretensión de fondo es elemento básico de la medida cautelar, por tanto no se podría con ésta adelantar los efectos de la decisión principal, dado que se desnaturalizaría el instituto cautelar, como si ocurre con la **Medida Anticipada**. Al respecto señala:

Ahora bien si esta homogeneidad fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya tutela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada de la sentencia de mérito. En este caso, la medida dejaría de ser cautelar y se convertiría en una autentica medida ejecutiva, se obtendría una ejecución adelantada, o sin titulo suficiente para la misma. (ob. cit., p. 472).

De igual modo, la doctrina se ha pronunciado respecto a las **posibles diferencias o semejanzas en cuanto a** los requisitos de procedencia de cada una. Eguren, M. (2000) ha señalado que existen diferencias tanto en el orden científico, como en el práctico. Esta afirmación la realiza la autora partiendo por indicar que existen diferencias fundamentales en relación a los requisitos necesarios para que proceda el despacho de las medidas cautelares y las medidas anticipadas o anticipatorias.

A la luz de la legislación procesal brasileña, pionera en la materia de **Medida Anticipada**, la autora afirma que la medida anticipatoria presenta grandes similitudes con la cautelar innovativa. Esta situación se debe a que este tipo de medida innominada es el medio utilizado en algunos países para

obtener un pronunciamiento anticipado. Sin embargo, a pesar de estas similitudes, la autora observa diferencias sustanciales en cuanto a los requisitos de procedencia de ambas figuras, y señala:

La Tutela Cautelar se satisface con la apariencia del derecho mas el peligro en la demora, en tanto que la tutela anticipatoria requiere el acopio de los elementos indispensables para provocar en el Juez un mayor grado de certeza acerca de la existencia del derecho, debiéndose además acreditar la alta probabilidad de un perjuicio irreparable o de difícil reparación o la falta de contestación seria o el abuso de derecho por parte del demandado, entre otros. (ibidem)

Este grado de conocimiento que fue analizado *supra*, debe ser estudiado con detenimiento, dado que el mismo está referido a la certeza suficiente necesaria para la procedencia de la medida, se trata de una convicción provisional no definitiva sobre la *litis*.

En este sentido señala Moscariello, M. (2000) que “a diferencia de las medidas cautelares, las sentencias anticipatorias requieren para su dictado una certeza provisional, de mayor entidad o contundencia que las requeridas para las primeras” (ob. cit., p. 441).

En cuanto al requisito de Daño Irreparable se ha presentado la oportunidad en la doctrina de fijar posiciones. En primer lugar el maestro Piero Calamandrei diferencia cada tipo de daño, aún concibiendo a la *Tutela Anticipada* como una medida cautelar. En este sentido, la **Medida Anticipada** encuentra su procedencia una vez verificada la *insatisfacción del*

derecho que hace ilusoria la tutela efectiva por parte de los órganos jurisdiccionales.

Por su parte Abal Oliú (citado por Moscariello, M. 2000) señala que para el dictado de una ***Medida Anticipada***, es necesario que se acredite la probabilidad o el peligro de que se esté causando un daño grave adicional al existente al momento del inicio del proceso por la insatisfacción de la pretensión durante el mismo. Al respecto señala que no se trata de que exista un peligro en la inejecución de una futura sentencia, como sucede en las medidas cautelares, sino de la seguridad de que se causa un daño real y actual.

Moscariello, M. (2000) parte de la idea de que existe una diferenciación desde un punto de vista funcional entre las medidas asegurativas (medidas cautelares) y las provisionalmente satisfactivas (*tutela anticipada*), dada la naturaleza del daño que se puede producir en cada caso. En este sentido indica la autora:

En las primeras se trataría de evitar fundamentalmente el daño que puede ocasionar a la parte la mora del proceso (*periculum in mora*), por el hecho evidente de que la resolución definitiva no puede dictarse inmediatamente al proponerse la demanda. Sin embargo, en las medidas anticipatorias, el peligro no consistiría tanto en la dilación de la sentencia, como en la prolongación del estado de insatisfacción del derecho reclamado, debido al riesgo inminente de que la resolución definitiva llegará demasiado tarde, y será ya irreparable el daño causado a la parte. (ob. cit., p. 439).

Por último es necesario destacar que la doctrina ha apuntado una diferencia entre las instituciones en estudio. Tal diferencia se configura sobre la base de los sujetos o personas a favor de quien puede obrar la providencia anticipada. señala esta postura que las medidas cautelares proceden a pedido de cualquiera de las partes, mientras que la anticipatoria sólo puede proceder a favor de la parte actora. Se observa que esta diferencia encuentra su límite en el caso de que el demandado además de oponerse a la pretensión formule reconvencción, pudiendo a su vez solicitar el decreto de una medida anticipatoria.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS ANTICIPADAS EN EL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

A. Introducción al sistema de las Medidas Anticipadas en el Contencioso Administrativo en Venezuela.

Tal como lo ha señalado Jové, M. (1995) existen supuestos en los que es inevitable reconocer que la aplicación de una medida de carácter asegurativo es insuficiente para garantizar la tutela efectiva. Esta consideración conduce a la reflexión acerca de la inserción de las medidas anticipadas en los sistemas procesales, con especial referencia a la Jurisdicción Contencioso Administrativa, donde se debate justamente la tutela de los derechos e intereses dentro de una relación jurídica administrativa, que de suyo, trae como consecuencia la ponderación de los intereses generales en lo que respecta a la aplicación del ordenamiento jurídico.

Un sector importante de la doctrina (Araujo Juárez, Hernández Mendible, entre otros) sostiene que el estudio de la disciplina procesal administrativa, debe necesariamente pasar por la investigación y análisis de las instituciones procesales, de modo que sean empleadas, sin olvidar las peculiaridades del Derecho Público, de manera correcta en la resolución de los conflictos que surgen con motivo de las relaciones jurídico administrativas.

Asimismo, es oportuno recordar que la relación jurídico administrativa se caracteriza por la posición de sujeción en la que se encuentra el Administrado frente a la Administración, quien al detentar potestades públicas sometidas a un régimen exorbitante de derecho, reviste su acción de la ejecutividad y ejecutoriedad (autotutela declarativa) que permite presumirla de legítima y legal. Dicho elemento resulta caracterizador del mismo Derecho Administrativo, tal como lo señalan Hauriou.

En efecto, la potestad de autotutela de la Administración, y más específicamente de la autotutela declarativa, permite visualizar y justificar, en protección del interés general, que la actividad de la Administración, con especial referencia a los actos administrativos, aparece en las relaciones jurídico administrativas fundado en la presunción de legalidad, esto es, la veracidad y certeza de su validez y eficacia descansa en la presunción que es conforme a derecho, derivándose el privilegio de ejecutividad y ejecutoriedad, tal como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa en la del 9 de noviembre de 1989, caso "Arnaldo Lovera".

Además de ello, y ya en el ámbito concreto de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, debe recordarse el conjunto de prerrogativas y privilegios que en el marco de los procesos judiciales detenta la Administración, las cuales representa un importante corolario de la

ejecutividad de la actividad administrativa sometida al juzgamiento del Poder Judicial.

Tal escenario ha justificado la búsqueda de la aplicación de mecanismos que permitan efectiva la realización del derecho a la tutela judicial efectiva, entre los cuales destacan aquellos que se presentan en el plano provisional. De allí que siguiendo a Pacteau, citado por Ortiz Álvarez, L. (1999), la condición de eficacia de la acción contencioso administrativa, en cualquier de sus manifestaciones, dependerá de la protección cautelar, se entiende provisional, que se otorgue al justiciable.

Se trata, pues, del pleno despliegue del principio fundamental de derecho reconocido en la jurisprudencia extranjera, haciendo eco de la doctrina (Chiovenda, Calamandrei, García de Enterría, entre muchos otros), conforme al cual “la necesidad del proceso para obtener razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón”, destacando en este sentido la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de Luxemburgo del 19 de junio de 1990, caso: Factortame.

La misma jurisprudencia venezolana ha conseguido en dicho principio el sustrato teleológico de las medidas provisionales (cautelares, anticipadas, entre otras), tal como lo hizo el Tribunal Constitucional Italiano en sentencia del 26 de junio de 1985, asumiéndolo como parte integrante dentro del sistema judicial en la sentencia de la Sala Constitucional del 07 de agosto de

2007, caso: Ordenanza del Impuesto sobre Actividades Económicas de Industria, Comercio, Servicios o de Índole Similar del Municipio los Salias del Estado Miranda.

Dicho despliegue del derecho a la tutela judicial efectiva en el plano provisional, puede ser condensado en el caso de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, en la aparición de un elenco de medidas cautelares previstas, de manera poco clara, en el ordenamiento jurídico, y que han sido desarrolladas por la jurisprudencia.

De modo que siguiendo a Ortiz Álvarez, L (1999), se debe entender que existe un derecho derivado del derecho a la tutela judicial efectiva, representado por el derecho a una tutela provisional (cautelar en palabras del profesor) efectiva de los derechos del justiciable que acude a la jurisdicción contencioso administrativa en su búsqueda.

Se debe destacar que el preámbulo de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela orienta la futura legislación que regule la jurisdicción contencioso administrativa, en el sentido de dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario, de oficio a instancia de parte, para dictar “cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados”.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en su exposición de motivos concibe dentro los poderes del juez contencioso

administrativo, la posibilidad de restablecer situaciones jurídicas infringidas de manera provisional, incluyendo órdenes de hacer o no hacer, así como el pago de sumas de dinero de manera anticipada; orientación que ya la jurisprudencia pre constitucional había concebido, queriendo con claridad reconocer, dentro del elenco cautelar, la aplicación de **medidas anticipadas** que se impongan a la Administración dependiendo del caso concreto. Resulta importante citar nuevamente el texto en referencia, para resaltar su importancia en el contexto de la investigación:

“la legislación deberá dotar al juez contencioso administrativo de todo el poder cautelar necesario para decretar de oficio a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva de los administrados y el restablecimiento de sus situaciones jurídicas infringidas mientras dure el proceso de que se trate, bien sea a través de la suspensión de los efectos del acto administrativo correspondiente, o a través de ordenes de hacer o no hacer, incluyendo el pago de sumas de dinero, que se impongan a la administración dependiendo del caso concreto”.

Dicha disposición tuvo eco inmediato en la jurisprudencia del recientemente creado Tribunal Supremo de Justicia, el cual, mediante sentencia de la Sala Constitucional de fecha 25 de abril de 2000, caso: ICAP, expresamente señaló:

En estos términos, se observa que en la recién promulgada Constitución, uno de los mayores logros del Constituyente fue la expresa consagración del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 26 ejusdem. Este derecho alcanza implícitamente dentro de su contenido a otros derechos fundamentales como lo son a) el derecho de acceso a la jurisdicción que se encuentra expresamente mencionado en el aludido artículo 26,

b) el derecho a la defensa y al debido proceso, los cuales han sido especialmente desarrollados en el artículo 49 constitucional, y 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.

Por ello es que la misma Sala Constitucional en sentencia del 23 de octubre de 2002, caso: Varios vs. el Presidente de la República, el Ministro de Infraestructura y la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, ha observado dentro de los poderes que ostenta el juez en el ámbito de la justicia administrativa, la posibilidad de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva mediante la protección provisional, inclusive anticipativa, de los derechos del justiciable. Señala el fallo en referencia:

De allí que al Poder Judicial le cumpla hacer efectivo, conforme lo ordena el artículo 26 constitucional, el derecho que tienen todas las personas de acceder a los órganos de administración de justicia para hacer valer sus intereses, incluso los colectivos o difusos, a través de una tutela efectiva de los mismos sin dilaciones indebidas. Ello se traduce, a la luz del carácter vinculante de la Constitución, en que todos los órganos judiciales devienen tutores de los derechos fundamentales, esto es, les corresponde ejercer sus atribuciones en orden a un goce efectivo por las personas de los bienes que la comunidad política ha elevado a rango constitucional.

Otro de los preceptos constitucionales que informan este sistema reforzado de garantías judiciales de los derechos fundamentales, es el contenido en el artículo 253 de la misma Constitución, de acuerdo con el cual a dichos operadores judiciales les concierne ejecutar o hacer ejecutar lo juzgado (...) no hay verdadera justicia sin medios que permitan la anticipación del fallo o la prevención de su ejecución. De suerte, que ante una evidente lesión a un derecho constitucional (aun sin necesidad de solicitud expresa) los jueces podrán hacer uso del poder cautelar general que dimana

del precepto in commento, con el objeto de prodigar una tutela preventiva que mantenga indemne a las partes por el tiempo que dure el proceso o que prevenga la ejecución del fallo.

Omissis

Resulta claro que la jurisdicción contencioso-administrativa, no está limitada a asegurar el respecto de la legalidad en la actuación administrativa, ya que el artículo 26 de la Constitución concibe a toda la justicia, incluyendo a la contencioso-administrativa, como un sistema de tutela subjetiva de derechos e intereses legítimos, por lo tanto, a partir de la Constitución de 1999, la jurisdicción contencioso-administrativa no puede concebirse como un sistema exclusivo de protección de la legalidad objetiva a que está sometida la administración -a pesar de que la ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, regula procedimientos objetivos, cuya finalidad es declarar la nulidad del acto impugnado - sino un sistema de tutela de situaciones jurídicas subjetivas, que no permite reducir, limitar o excluir las lesiones producidas por actuaciones materiales o vías de hecho.”

En efecto, con base al proceso de constitucionalización del escenario o elenco provisional (cautelar) en el ámbito del contencioso administrativo, la Sala Constitucional con anterioridad a dicho fallo: sentencias del 13 de marzo de 2001, caso: Henrique Capriles Radonski; sentencia del 15 de octubre de 2002, caso: Leopoldo López Mendoza; sentencia del 26 de junio de 2001, caso: Jesús Rafael Flores Abaduco y otros; sentencia del 25 de marzo de 2002, caso: Luis Alfredo Toro Garcés y otros; sentencia del 13 de agosto de 2001, caso: Gloria América Rangél Ramos; sentencia del 05 de junio de 2001, caso: José Angel Guía y otros; sentencia del 19 de septiembre de 2002, caso: Miguel Eduardo Moncada Peñalosa; y sentencia del 30 de enero de 2002, caso: Asociación Civil de Juristas y Abogados Litigantes de Venezuela; entre otras, había reconocido los amplios poderes

provisionales, inclusive de tipo anticipativos (**Medidas Anticipadas**), como parte de las manifestaciones que detenta el juez contencioso administrativo en procura del derecho a la tutela judicial efectiva.

Más recientemente la misma Sala Constitucional en sentencia del 10 de agosto de 2006, caso: Telecomunicaciones Movilnet, y ratificada en del 24 de noviembre de 2006 caso: Baumeister & Brewer, analizó el contenido del derecho a la tutela judicial cautelar, precisando:

“En relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, la doctrina de esta Sala ha sido conteste al subrayar la importancia de la potestad cautelar -en general- como uno de los contenidos fundamentales del derecho reconocido en el artículo 26 de la Constitución (SC n° 269/2000, caso: ICAP).

El sustrato teleológico de tales providencias, se resume con gran agudeza en la máxima conforme la cual «la necesidad del proceso para obtener razón, no debe convertirse en un daño para quien tiene la razón», que encontró amparo jurisprudencial en la sentencia n° 180, de 26 de junio de 1985, del Tribunal Constitucional Italiano, que declaró inconstitucional la previsión normativa que limitaba la tutela cautelar en el ámbito del contencioso administrativo a la sola suspensión de los efectos del acto impugnado (vid. SC n° 355/2000, caso: Eduardo Manuitt).

En el estadio constitucional actual, como herramientas del justiciable para procurar la ejecutabilidad de un posible fallo estimatorio a su pretensión, las medidas cautelares son comprendidas -sin lugar a dudas- como herramientas destinadas a hacer valer el postulado constitucional reconocido en el artículo 257 de la Carta Magna, según el cual el proceso es un instrumento fundamental para la realización de la justicia. Desde esta visión, las providencias cautelares son, en palabras del Profesor CALAMANDREI (Providencias Cautelares, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1984, p. 45), «el instrumento del instrumento».

Por ello la Sala -en no pocas oportunidades- ha dejado perfectamente claro que la tutela en sede cautelar no es potestativa del juez sino que, por el contrario, constituye un

deber ineludible procurarla (véanse, entre otras, sentencias nos 1832/2004, caso: Bernardo Weininger; 3097/2004, caso: Eduardo Parilli Wilhem; 269/2005, caso: Defensoría del Pueblo; 270/2005, caso: B.P. Oil Venezuela Ltd. y 4335/2005, caso: Wilmer Peña Rosales).

A modo de repaso, baste traer a colación la doctrina vertida en una reciente decisión:

«Al Poder Judicial se le otorgan constitucionalmente garantías (la autonomía es una de ellas), pero a la vez el Poder Judicial queda sujeto a una serie de deberes que son el correlativo de los derechos de los justiciables. Sin vacilación, la Sala afirma que el principal derecho de los justiciables es el de la tutela judicial efectiva. De allí, la razón por la que se trata de un derecho de contenido tan amplio como diverso [...].

No es necesario insistir en su amplitud y precisar las muchas manifestaciones del derecho a la tutela judicial efectiva, entre las cuales se encuentran, claro está, los tres derechos que la parte actora considera lesionados. Lo que si es pertinente destacar es que el derecho a la tutela judicial efectiva implica el reconocimiento a los jueces de poderes para la protección cautelar y para la ejecución de sus sentencias.

Efectivamente, el poder cautelar de los jueces se erige como auténtico deber en caso de que el peticionante en el proceso alegue y demuestre que se dan las circunstancias necesarias para obtener una protección anticipada. De esta manera, para la parte en el proceso el otorgamiento de medidas cautelares es un derecho y para el juez, un deber. Esta Sala lo ha reconocido así en numerosas ocasiones y, con base en ello, ha concedido la tutela solicitada en cuanta ocasión lo ha estimado procedente, en cumplimiento de su misión constitucional» (SC nº 960/2006, caso: ICAP II)».

Y no sólo la referida Sala ha reconocido el importante aporte que sobre el régimen cautelar dispone la debida comprensión del derecho a la tutela judicial efectiva, sino que además la Sala Político Administrativa en sentencia del 22 de marzo de 2006, caso: Beco Sucesora de Blohm & Co. y otros, (como en similares términos lo desarrolló en la sentencia del 22 de mayo de 2008, caso: Alcalde Interino del Municipio Río Negro del Estado

Amazonas) reconoció expresamente la estrecha vinculación de la tutela provisional (cautelar) con el derecho a la tutela judicial efectiva, al señalar:

“En este sentido, la Sala además de precisar que en efecto el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, consagra el derecho a la tutela judicial efectiva y que éste constituye el fundamento de las medidas cautelares en general, ya que del mismo deriva la consagración de un derecho fundamental a la tutela cautelar, considera necesario transcribir el contenido del aparte diez del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela, del cual dimana específicamente, el poder para acordar dicha protección cautelar en los juicios que se ventilen ante este máximo Tribunal en el siguiente sentido.”

No debe obviarse que desde antes de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la estrecha e indisoluble vinculación entre la tutela cautelar y la tutela judicial efectiva había sido expresamente reconocida en nuestra jurisprudencia en las sentencias dictadas por la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 15 de noviembre de 1995, caso: Lucía Hernández, la sentencia del 10 de octubre de 1996, caso: A.E Delmont Mauri, recogidas expresamente en los fallos de la misma Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias del 17 de abril de 2001, caso: Casbú, y del 26 de febrero de 2002, caso: BBO Financial Services Inc.

En dicho contexto aparece de manera contundente en la jurisprudencia las nociones por las cuales, en aras de garantizar una tutela

judicial efectiva, puede el juez contencioso administrativo otorgar las medidas provisionales (cautelares) que se estimen necesarias para cada caso en concreto. Como elemento común de los precedentes jurisprudenciales antes citados, se estima la posibilidad de anticipar efectos del fallo, por lo que necesariamente debe analizarse el régimen de las Medidas Anticipadas a la luz del proceso de evolución del escenario o elenco cautelar en el ámbito de la Justicia Administrativa.

En efecto, tal como lo ha reconocido con alguna intermitencia la Sala Político Administrativa en la sentencia del 21 de septiembre de 2005 y del 06 de junio de 2007, caso: Municipio Baruta del Estado Miranda, la garantía de la tutela judicial efectiva no se agota con el libre acceso a los órganos de administración de justicia, ni con la posibilidad de obtener un pronunciamiento expedito o de hacer efectiva la ejecución de un fallo, sino también con la protección anticipada de los intereses y derechos en juego, cuando éstos se encuentren apegados a la legalidad.

El ordenamiento en consecuencia dispone para los justiciables de un conjunto de medidas de naturaleza provisional, destinadas a procurar la protección anticipada de quien acude a juicio, alegando ser titular de una situación jurídico-subjetiva susceptible de ser protegida, de forma tal, que el transcurso del tiempo no obre contra quien tiene la razón, y el juez contencioso administrativo, garante de la satisfacción de la tutela judicial

efectiva, incluyendo la provisional (cautelar), se encuentra en la obligación de otorgarla, so pena de quebrantar dicho derecho fundamental.

En este sentido, Canova González, A. (1996), al realizar un estudio relacionado con los Principios Modernos sobre Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo, analiza las tendencias del ordenamiento jurídico venezolano tomando como marco de referencia el proceso de constitucionalización de las medidas cautelares, considerando éstas como manifestación de la Tutela Judicial Efectiva y del Derecho a la Defensa.

El referido autor, con fundamento en el proceso de constitucionalización de las medidas cautelares, ha admitido la posibilidad de aplicar *medidas positivas* o medidas cautelares innovativas, que realmente comportan caracteres de las **Medidas Anticipadas**. En este sentido señala el autor que:

“...sin importar el tipo de pretensiones que se deduzcan contra la Administración siempre tiene el juez potestad de garantizar provisionalmente la efectividad del fallo definitivo, resulta forzoso concluir que en nada obsta para que las medidas cautelares –en virtud del principio de homogeneidad entre las medidas provisionales y la pretensión principal- pueden tener un carácter anticipativo o, como llaman algunos, innovativo.” (ob. cit., p. 123)

De igual modo, Suárez Alcalde. F. (2000), al realizar una investigación sobre las Medidas Cautelares frente a la inactividad de la Administración, consideró que el campo de las medidas cautelares debía dirigirse a la

satisfacción de la Tutela Judicial Efectiva, proponiendo la unificación de todas aquellas medidas provisionales que permitiesen obtener tal logro frente al óbice que representa la dispersión de cada instituto cautelar. Por ello el autor concluye que entre unas de las providencias cautelares que deben ser unificadas en el sistema de protección provisional, se encuentran las medidas innominadas de carácter positivo o anticipatorio.

Sin embargo, en Venezuela no se han realizado suficientes estudios sobre las **Medidas Anticipadas** que permitan establecer un conjunto de elementos conceptuales y jurídicos sobre la institución, con especial referencia a los requisitos de procedencia y su ubicación frente a otras instituciones de naturaleza provisional, con el objeto de analizar su inserción en el sistema Contencioso Administrativo. Ello puede ser producto de la disidencia que se encuentra en la doctrina, acerca de la concepción de dicha institución.

No hay un criterio uniforme en el análisis sistemático de la tutela cautelar, y de suyo, de las **Medidas Anticipadas**. Por el contrario, se vislumbra un elenco de opiniones disidentes sobre esta institución objeto de estudio, así como una jurisprudencia poco clara y contradictoria en su devenir. Se considera principalmente que estas diferencias de opiniones son producto mas de criterios especulativos, que de los resultados de la investigación científica.

Un análisis de las **Medidas Anticipadas** en el Contencioso Administrativo, permitiría determinar el alcance de la institución dentro del Derecho Procesal Administrativo, dado que tal labor, se encuentra directamente vinculada a la posibilidad de otorgar los mecanismos e instrumentos procesales suficientes e idóneos que garanticen el cumplimiento del mandato constitucional del Derecho a la Tutela Judicial Efectiva.

El estudio de las **Medidas Anticipadas** encuentra su causa en la búsqueda de la correcta implementación de tal forma de tutela diferenciada y justifica la relevancia de la presente investigación, máxime cuando su estudio se circunscribe a la Justicia Administrativa, como sistema tendiente a la protección del justiciable en sus relaciones con el Poder Público en ejercicio de la función administrativa.

En dicho sentido, la protección preventiva y provisional en el contencioso administrativo impone, con unanimidad en la doctrina nacional (Ortíz Álvarez, Canova González, entre otros), la inexistencia de poderes discrecionales del juez, en virtud de la inminente obligación de adopción de la tutela respectiva o correspondiente, so pena de afectar la esencia o naturaleza de este tipo de tutela y lesionar el derecho a la protección judicial efectiva de quien la reclama y requiere. Al respecto, Canova González, A. (1996) enseña:

“Lo primero que hay que reconocer es que, por ser las medidas cautelares parte del derecho a la Defensa y a la Tutela Judicial Efectiva de los ciudadanos, dejan automáticamente los jueces de ostentar “poderes” o “potestades” para juzgar sobre la conveniencia o no de la emisión de ellas en cada proceso concreto en que se soliciten. No son de forma alguna esas medidas potestativas, y los juzgadores están en la obligación - so pena de vulnerar derechos fundamentales previstos en el Ordenamiento- de expedir este tipo de mandamientos provisionales siempre que se cumplan los requisitos para su procedencia y sea imperioso para impedir que la sentencia final sea, así fuese en parte, ineficaz” (p. 56)

Asimismo, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha dejado claro que la tutela en sede cautelar no es potestativa del juez sino que, por el contrario, constituye su deber ineludible procurarla, tal como lo ha expresado en las sentencias del 24 de agosto de 2004, caso: Bernardo Weininger; sentencia del 14 de diciembre de 2004, caso: Eduardo Parilli Wilhem; las sentencia del 16 de marzo de 2005, caso: Defensoría del Pueblo y caso: B.P. Oil Venezuela Ltd., entre otras.

Por su parte, en Europa se han desarrollado en el ámbito de la Justicia Administrativa tendencias modernas dirigidas a reconocer la aplicación de **medidas anticipadas** como garantía de la efectividad de la tutela judicial. En Francia, cuna del Derecho Administrativo continental del cual el sistema venezolano es tributario, salvo en lo referente a la naturaleza de la organización de la jurisdicción contencioso administrativa, a partir del dictado

del Decreto 907 del 02 de septiembre de 1988, se introdujo una innovación importante en materia de medidas anticipadas.

A partir de la reforma del artículo 102 de la ley que regula el contencioso administrativo se ha dispuesto la creación de la institución del *référé provision* que permite imponer a la Administración medidas de contenido positivo, incluyendo el pago anticipado de cantidades de dinero.

Asimismo, en la reforma de la legislación respectiva en 1992, se creó la figura de la “petición de urgencia precontractual”, la cual permite al juez contencioso administrativo suspender preventivamente y provisionalmente la conclusión de un contrato público. Todas medidas que por su naturaleza, delatan características anticipatorias de la pretensión de fondo.

En España, con la entrada en vigencia de la Constitución de 1978 y liderados fundamentalmente en la doctrina por García de Enterría en sus obras “Hacia una nueva justicia administrativa” y “Las Batallas por las Medidas Cautelares”, se han dado signos evidentes sobre avance en las nuevas tendencias de tutela preventiva y provisional.

La Ley 29 del 13 de julio de 1998 “Reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa” resalta las medidas cautelares inominadas en el Título II, Capítulo II, estableciendo en los artículos 129 a 136 que los interesados en el procedimiento contencioso administrativo podrán solicitar

en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. Dicha normativa evidencia que la legislación española admite la posibilidad del otorgamiento de medidas anticipadas en tanto y en cuanto satisfagan la tutela judicial efectiva

Frente a este escenario, se hace necesario determinar la manera en que la legislación y la jurisprudencia en Venezuela ha desarrollado, en primer lugar el conjunto de dispositivos provisionales, los cuales ha dando cabida a la protección de los derecho del justiciable mediante medidas de tipo anticipatorio.

B. Régimen Jurídico de las Medidas Provisionales en el Contencioso Administrativo.

a. La regulación de la legislación previa a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999.

Antes de la entrada en vigencia de la hoy extinta Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia en el año de 1977, en el ordenamiento jurídico positivo venezolano no existía norma expresa que atribuyese al juez contencioso administrativo la potestad de otorgar medidas cautelares.

La doctrina, destacándose entre muchos Brewer Carías, A. y Ortiz Álvarez, L. (1996), informan que antes de entrar en vigencia la referida ley, había sido la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa, quien en sentencia del 4 de diciembre de 1967, caso

"Lanman & Kemp Barclay Company de Venezuela", resolvió por vez primera, sin texto legal expreso, la suspensión del acto que "cancela" la patente de funcionamiento de la resolución del Gobernador del Distrito Federal que había sido impugnada, mientras se pronunciaba la sentencia definitiva.

Dicha decisión representó el inicio, por vía jurisprudencial, del establecimiento de los requisitos y presupuestos de la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares que fueron recogidos en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el cual establecía la suspensión de la ejecución de los actos administrativos de efectos particulares. Se entendió que dicha suspensión sólo operaba contra actos de contenido positivo, cuando mediase solicitud del recurrente y fuese indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la sentencia definitiva. Disponía la norma:

"A instancia de parte, la Corte podrá suspender los efectos de un acto administrativo de efectos particulares, cuya nulidad haya sido solicitada, cuando así lo permita la Ley o la suspensión sea indispensable para evitar perjuicios irreparables o de difícil reparación por la definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Al tomar su decisión, la Corte podrá exigir que el solicitante preste caución suficiente para garantizar los resultados del juicio.

La falta de impulso procesal adecuado, por el solicitante de la suspensión, podrá dar lugar a la revocatoria de ésta, por contrario imperio." (artículo 136)

Una vez entrada en vigencia la referida norma se construyó un sistema de protección anclado en la suspensión de actos de efectos particulares de contenido positivo, y fue entendido en el foro, principalmente en la jurisprudencia, como una excepción al principio de ejecutividad y ejecutoriedad, tal como lo recogió la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de febrero de 1995, caso: Angel Enrique Zambrano.

Esta concepción sobre la referida medida, dándole un carácter excepcional, permitía observar una desconexión total de ésta con la misma naturaleza tutelar del proceso judicial. Ello se entiende en la medida que bajo el esquema procesal previsto en la referida ley, resultaba clara la influencia de los dogmas sobre el carácter sólo revisorio de la jurisdicción contencioso administrativa, mas que tutela de los derechos fundamentales del ciudadano.

Tal como se observará luego, la necesidad de someter a la tutela jurisdiccional conflictos surgidos con motivo de la actividad administrativa distinta a los actos de efectos particulares de contenido positivo, trajo como consecuencia una aplicación extensiva de la medida prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, inclusive para actos de efectos denegatorios, cuya pretensión cautelar representaba medidas positivas en su mayoría de contenido anticipatorio.

Una segunda etapa interpretativa de la referida disposición, y en virtud de la aparición de otros medios provisionales como el amparo cautelar y la medida cautelar innominada, trajo como consecuencia comprender a la medida de suspensión de efectos como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, tal como lo reconoció la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en las sentencias del 15 de noviembre de 1995, caso: Lucía Hernández; del 30 de julio de 1998, caso: Juan Rafael Gómez; del 16 de diciembre de 1998, caso: Carmen Teresa Brea; y de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo del 5 de mayo de 1997, caso: PepsiCola, todas citadas por Brewer Carías. A. y Ortiz Álvarez, L. (1996).

Una vez entrada en vigencia la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999, y realizando la jurisprudencia u revisión de sus criterios en torno a este tipo de protección provisional, se puede afirmar que se ha producido una redimensión de la disposición contenida en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, reestableciéndose el carácter excepcional sin obviar su vinculación con el derecho a una tutela judicial cautelar efectiva.

Esta ha sido la nueva postura sobre el referido dispositivo por parte de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en las sentencias del 17 de febrero de 2000, caso: Luis Hinestrosa Pocaterra;

sentencia del 17 de abril de 2001, caso: Aserca Airlines, C.A.; sentencia del 31 de julio de 2001, caso: Rhône Poulenc Rorer de Venezuela; sentencia del 02 de julio de 2003, caso: Maria Elena Valera; sentencia del 02 de julio de 2003, caso: Construcciones Hernández C.A.; sentencia del 19 de junio del 2003, caso: Merck Sharp & Dohme de Venezuela, S.R.L.; entre muchas otras (obtenidas de la página web del Tribunal Supremo de Justicia).

De igual modo, la jurisprudencia que ha interpretado la referida disposición bajo la vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela ha entendido que el artículo de la 136 Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no procede contra actos generales, en virtud que el referido dispositivo ha sido configurado procesalmente sólo para la suspensión de actos de efectos particulares, y así lo ha entendido la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencias del 1 de abril de 2001, caso: Casbú; sentencia del 12 de febrero de 2003, caso: Guy Carpenter & CO Vzla, C.A.; sentencia del 10 de junio de 2003, caso: Angel Mendoza Figueroa; todas obtenidas de la página web del Tribunal Supremo de Justicia.

En el mismo orden, recientemente la jurisprudencia concluyó, pese a la interesante construcción que desde los años 80 había realizado en torno a ello, que la referida medida cautelar prevista en el artículo 136 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia no resultaba aplicable en el marco

de impugnación de actos denegatorios, tal como lo ha establecido la Sala Político Administrativa en sentencia del 26 de julio de 2001, caso: Inversiones Al Manssura, C.A.; así como la Sala Electoral en sentencia del 11 de febrero de 2003, caso: Municipio Iribarren (obtenidas de la página web del Tribunal Supremo de Justicia), por cuanto escapaba de los efectos procesales dispuestos para esta medida.

Posteriormente, se inicia un período de expansión de la tutela provisional una vez entra en vigencia la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales en 1988. El referido texto previó dos vías para el otorgamiento de medidas provisionales, la primera referida a la posibilidad de otorgar tutela cautelar contra las leyes y demás actos normativos que lesionen o amenacen con lesionar derechos y garantías constitucionales, siempre que sean impugnados a través del recurso de inconstitucionalidad (artículo 3 parágrafo único eiusdem). La segunda vía referida a la suspensión de los actos administrativos de efectos particulares, cuando estos hayan sido dictados en violación o amenacen con violar derechos y garantías constitucionales y sean impugnados a través del recurso contencioso administrativo de anulación (artículo 5 eiusdem).

Aunque la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales no calificó expresamente a las referidas vías como cautelares, ha sido la jurisprudencia a partir de la Sala Político Administrativa

en sentencia del 10 de julio de 1991, caso Tarjeta Banvenez, la que ha dado tal carácter a la acción de amparo constitucional que se acumula con otra acción principal, con especial referencia a las que componen la médula del contencioso administrativo, como lo es el “recurso” de nulidad de actos de efectos particulares y el “recurso” de nulidad de actos de efectos generales.

Ha señalado expresamente el referido fallo:

“...En cualesquiera de estos supuestos de acumulación la acción de amparo reviste una característica o naturaleza totalmente diferente a la anteriormente analizada (autónoma) pues en estos casos no se trata de una acción principal, sino subordinada, accesoria a la acción o el recurso al cual se acumuló, y por ende, su destino es temporal, provisorio, sometido al pronunciamiento jurisdiccional final que se emita en la acción acumulada, que viene a ser la principal. Esta naturaleza y sus consecuencias se desprenden claramente de la formulación legislativa de cada una de las hipótesis señaladas, que únicamente atribuye al mandamiento de amparo que se otorgue, efectos cautelares, suspensivos de la aplicación de la norma o de la ejecución del acto de que se trate “mientras dure el juicio”.

Un importante resumen jurisprudencial sobre el carácter cautelar del amparo que se puede interponer de manera conjunta a un “recurso” contencioso administrativo se puede observar en la sentencia de la Sala Político Administrativa del 27 de julio de 2007 caso: Ricardo Enrique Gutiérrez Sandoval, en la cual se estableció:

La Sala, previamente debe establecer que, en casos como el que se analiza, cuando se ha ejercido acción de amparo

constitucional conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad, contra un acto administrativo de efectos particulares, conforme al segundo párrafo del artículo 5 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, esta acción tiene el carácter y la función de una medida cautelar, mediante la cual el Juez con su pronunciamiento, debe evitar que al accionante le sean violentados derechos o garantías de rango constitucional, mientras dure el juicio principal.

Así, la reiterada jurisprudencia de la Sala ha establecido que en estos casos, basta el señalamiento de la norma o garantía constitucional que se considere violada, fundamentada en un medio de prueba que constituya presunción grave de violación o amenaza de violación para que el Juez, en forma breve y sumaria, acuerde la suspensión de los efectos del acto como medio para tutelar anticipadamente los efectos de la sentencia que posteriormente habrá de dictar en el juicio de nulidad.

El mismo desarrollo de los referidos dispositivos, y especialmente el referido al amparo cautelar contra actos de efectos particulares, permitió entender que la medida provisional comprendía mas allá de meros efectos suspensivos del acto, incluyendo la posibilidad de establecer medidas reestablecedoras, en el ámbito provisional, de situaciones jurídicas constitucional verosímilmente amanzadas o en estado de violación, tal como lo reconoció la Sala Político Administrativa en sentencia del 20 de junio de 1991, caso: Varios Vs. MARNR y en sentencia del 01 de diciembre de 1994, caso: Carlos Morana).

La distorsionada aplicación del Amparo Constitucional, y fundamentalmente la potestad de restablecer de manera inmediata la

situación jurídica infringida, prevista en el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, trajo como consecuencia su anulación por sentencia de la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 21 de Mayo de 1996.

Las razones de dicha inconstitucionalidad radicaron en que el artículo colidía con los artículos 49 en su último aparte, y 68 de la Constitución Venezolana de 1961, normas contentivas de la Acción de Amparo, el derecho a la Tutela Judicial Efectiva y el derecho a la Defensa, permitiendo en acciones autónomas de amparo constitucional, el otorgamiento, sin debido proceso, de tutela constitucional con carácter definitivo, pese a que la jurisprudencia recomendó la aplicación del referido dispositivo sólo cuando se tratase de amparos cautelares.

Ha sido la jurisprudencia la que ha definido la tramitación del amparo cautelar, estableciéndose en principio, y a raíz de la citada sentencia, la aplicación de los artículos 23 y siguientes como cauce procedimental de los amparos cautelares. Posteriormente, la misma necesidad de unificar el régimen de tutela cautelar en el contencioso administrativo, ha orientado a la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa a cambiar la tramitación de la referida medida de amparo cautelar, tal como se estableció en la sentencia del 20 de marzo de 2001, caso: Marvin Sierra, al señalar:

Dentro de ese contexto, luce adecuado destacar el carácter cautelar que distingue al amparo ejercido de manera conjunta y en virtud del cual se persigue otorgar a la parte afectada en su esfera de derechos constitucionales, una protección temporal, pero inmediata dada la naturaleza de la lesión, permitiendo así la restitución de la situación jurídica infringida al estado en que se encontraba antes de que ocurriera la violación, mientras se dicta decisión definitiva en el juicio principal.

Ahora bien, a partir de la nulidad del artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, declarada por la Sala Plena de la extinta Corte Suprema de Justicia en fecha 21 de mayo de 1996, se determinó que el procedimiento a aplicar en todos los casos de interposición de la acción de amparo sería el establecido en el artículo 23 y siguientes de la Ley que rige la materia, todo con el fin de proteger el contradictorio, esto es el llamamiento del presunto agravante y la confrontación de sus alegatos y pruebas con las del presunto agraviado.

Esta posición, inspirada originalmente en la idea de lograr un equilibrio entre los derechos de la parte quejosa y el derecho a la defensa de la parte presuntamente agravante dentro del procedimiento judicial incoado, no ha resultado exitosa en la práctica judicial, pues la experiencia ha demostrado que la medida cautelar de amparo pierde lo que constituye su verdadera esencia. En efecto, es menester recordar que su razón de ser, fundamentalmente radica en la idea de otorgar protección en la forma más breve y eficaz posible a los derechos de rango constitucional, dada la naturaleza que revisten.

En razón del análisis efectuado, se ve esta Sala en la necesidad de reinterpretar los criterios expuestos en la materia, particularmente en lo que concierne a la acción de amparo ejercida conjuntamente con la acción de nulidad, sin menoscabo del aporte jurisprudencial que precede a los nuevos tiempos. Así, se considera que con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, publicada en Gaceta Oficial Nro. 36.860 de fecha 30 de diciembre de 1999, resulta de inmediata exigencia adaptar la institución del amparo cautelar a la luz del nuevo Texto Fundamental.

La Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en su afán de reforzar la idea de una tutela judicial efectiva, basada en el derecho que tiene toda persona de acceder a los órganos judiciales y a obtener con prontitud la decisión correspondiente, estableció expresamente en su artículo 26, la garantía de una justicia gratuita, autónoma, sin dilaciones indebidas o reposiciones inútiles.

Sobre la base de ese mandato se pronunció el Constituyente de 1999 en su exposición de motivos, en virtud de la creación de la Sala Constitucional a la cual se le otorgó la competencia en materia de amparo constitucional autónomo, incluida la que anteriormente era atribuida a las diferentes Salas de la extinta Corte Suprema de Justicia. Asimismo y con relación al ejercicio conjunto del amparo, insistió en el poder cautelar propio del juez contencioso-administrativo para decretar de oficio o a instancia de parte, cualquier tipo de medida cautelar que fuere necesaria para garantizar la tutela judicial efectiva.

Tales planteamientos obligan a dilucidar la verdadera intención del Constituyente, en lo que se refiere específicamente a la medida cautelar en análisis. En tal sentido, surgen dos hipótesis en la regulación actual, conforme a las siguientes interrogantes: ¿ se persigue eliminar la acción de amparo ejercida conjuntamente ? o ¿ acaso se trata de que el procedimiento que actualmente se sigue para su resolución, resulta ya incompatible con el propio texto constitucional ?.

Estima esta Sala, como máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que los valores recogidos en la nueva Carta Constitucional, según los cuales se consagra de manera específica la figura de una justicia garantista que asegure la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses, incluso los colectivos o difusos, (artículo 26 eiusdem); la simplificación de trámites, derivado de la concepción del proceso como instrumento fundamental para la realización de la justicia (artículo 257 eiusdem); y finalmente, la atribución conferida a esta jurisdicción de “disponer lo necesario” para el restablecimiento de la situación jurídica subjetiva lesionada por la actividad administrativa (artículo 259 eiusdem), así como la regla contenida en el artículo 27 ibídem, con acuerdo a la cual la autoridad judicial competente “tendrá potestad para restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida, o la situación que más se asemeje a ella”; sólo permiten concluir en la afirmación de la segunda de las hipótesis enunciadas.

En definitiva, que el examen de los principios constitucionales comentados, lleva implícito el reforzamiento del poder cautelar del juez contencioso-administrativo, particularmente, cuando actúa como árbitro dentro de un procedimiento en el cual se ventilan violaciones a derechos y garantías constitucionales.

Como consecuencia de este planteamiento, resulta de obligada revisión el trámite que se le ha venido otorgando a la acción de amparo ejercida de forma conjunta, pues si bien con ella se persigue la protección de derechos fundamentales, ocurre que el procedimiento seguido al efecto se muestra incompatible con la intención del constituyente, el cual se encuentra orientado a la idea de lograr el restablecimiento de derechos de rango constitucional en la forma más expedita posible.

Por ello, a juicio de la Sala, al afirmarse el carácter accesorio e instrumental que tiene el amparo cautelar respecto de la pretensión principal debatida en juicio, se considera posible asumir la solicitud de amparo en idénticos términos que una medida cautelar, con la diferencia de que la primera alude exclusivamente a la violación de derechos y garantías de rango constitucional, circunstancia ésta que por su trascendencia, hace aún más apremiante el pronunciamiento sobre la procedencia de la medida solicitada.

En tal sentido, nada obsta a que en virtud del poder cautelar que tiene el juez contencioso-administrativo, le sea posible decretar una medida precautelativa a propósito de la violación de derechos y garantías constitucionales, vista la celeridad e inmediatez necesarias para atacar la transgresión de un derecho de naturaleza constitucional.

Con tal objeto, y en tanto se sancione la nueva ley que regule lo relacionado con la interposición y tramitación de esta especial figura, la Sala Político-Administrativa estima necesaria la inaplicación del procedimiento previsto en los artículos 23, 24 y 26 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, por considerar que el mismo es contrario a los principios que informan la institución del amparo, lo cual no es óbice para que la Ley continúe aplicándose en todo aquello que no resulte incongruente a la inmediatez y celeridad requerida en todo decreto de amparo. En su lugar, es preciso acordar una tramitación similar a la aplicada en los casos de otras medidas cautelares.

Se justifica, entonces, que una vez admitida la causa principal por la Sala, se emita al mismo tiempo un pronunciamiento

sobre la medida cautelar de amparo solicitada, con prescindencia de cualquier otro aspecto, cumpliéndose así con el propósito constitucional antes acotado.

En ese sentido, es menester revisar el cumplimiento de los requisitos que condicionan la procedencia de toda medida cautelar, adaptados naturalmente a las características propias de la institución del amparo en fuerza de la especialidad de los derechos presuntamente vulnerados. Dicho lo anterior, estima la Sala que debe analizarse en primer término, el *fumus boni iuris*, con el objeto de concretar la presunción grave de violación o amenazas de violación del derecho constitucional alegado por la parte quejosa y que lo vincula al caso concreto; y en segundo lugar, el *periculum in mora*, elemento éste determinable por la sola verificación del requisito anterior, pues la circunstancia de que exista presunción grave de violación de un derecho de orden constitucional, el cual por su naturaleza debe ser restituido en forma inmediata, conduce a la convicción de que debe preservarse ipso facto la actualidad de ese derecho, ante el riesgo inminente de causar un perjuicio irreparable en la definitiva a la parte que alega la violación.

Se ha citado en extenso dicho fallo, con el objeto de resaltar los importantes aportes que sobre el elenco de medidas que dispone el juez contencioso administrativo. En efecto, se debe destacar la ratificación del carácter cautelar que la doctrina jurisprudencial del máximo tribunal ha dado, lo cual delata la necesaria inserción de la referida medida dentro del conjunto de medidas que dimanar del derecho a la tutela provisional (cautelar) efectiva, esto es, que el amparo cautelar es una manifestación más del poder cautelar del juez contencioso administrativo.

Esta conclusión resulta de vital importancia, en virtud que ha permitido a la Sala Político Administrativa equiparar, ahora también en cuanto al

trámite, el amparo cautelar al resto de las medidas cautelares, de modo que todas las medidas que expresan la garantía del derecho a la tutela provisional (cautelar) efectiva, son parte de una misma manifestación jurisdiccional, que en aras de simplicidad de las formas y obtención de una tutela judicial efectiva, conducen a su unificación en cuantos a sus requisitos y trámites.

El criterio establecido en la sentencia Marvin Sierra, que como se ha denotado, aporta un sólido paso a la unificación del elenco cautelar en el contencioso administrativo en Venezuela, ha sido acogido inclusive por la Sala Constitucional para tramitar los amparos cautelares contra impugnación de normas de rango legal o en ejecución directa e inmediata de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, tal como la receptó expresamente la sentencia del 19 de julio de 2005, caso: Nulidad del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda (cambiando así la tramitación que originalmente había establecido la misma Sala en la sentencia del 14 de marzo de 2000, caso: Ducharme de Venezuela).

Con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela en 1999, la tendencia es que el ordenamiento jurídico simplifique el escenario cautelar, lo cual ha incidido en la figura del amparo cautelar al asimilarlo a cualquier otra medida cautelar, al menos en

su requisitos y trámite, tal como lo ha entendido la Sala Político Administrativa en sentencia del 11 de junio de 2003, caso: Imagen Publicidad (criterio ratificado en la sentencia del 19 de octubre de 2005, caso: Carmen Yolanda Rodríguez Guerra), y lo ha compartido la Sala Constitucional en sentencia del 02 de julio de 2003, caso: Ligia Ternad, al señalar que el amparo cautelar el “resto de su estructura se equipara a los demás elementos que integran las medidas cautelares”.

A futuro no se tratará de una redimensión de la figura del amparo cautela sino propiamente de la supresión de este medio procesal, en obsequio de unificar la tutela cautelar bajo un solo tipo de medida que en su contenido pueda expresar los mas amplios poderes cautelares del juez contencioso administrativo. Es oportuno recordar que la misma exposición de motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en lo que refiere a la supresión a futuro del amparo cautelar, ha dispuesto lo siguiente:

“Por su parte, como consecuencia de lo anterior y dado que sólo la Sala Constitucional será competente para resolver las acciones de amparo en el Tribunal Supremo de Justicia, la ley orgánica respectiva deberá eliminar la acción cautelar de amparo que se ejerce conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad y que permite a las Salas Político-Administrativa y Electoral, suspender los efectos de los actos administrativos cuya nulidad les corresponde conocer y decidir”.

Por otra parte, todo este progresivo proceso de constitucionalización del régimen cautelar del contencioso administrativo, y de suyo la necesidad de brindar una tutela judicial cautelar realmente efectiva, trajo consecuencia que en aplicación del artículo 88 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, se permitiese la aplicación del régimen de medidas innominadas previstas en el Código de Procedimiento Civil.

Ello permitió en el escenario cautelar del contencioso administrativo, la aplicación de medidas cautelares conservativas, asegurativas, innovativas o regulatorias, en aplicación de los artículos 585 y 588 eiusdem. La recepción en Venezuela de este régimen fue reconocido por la Sala Político Administrativa en sentencia del 17 de diciembre de 1991, caso: Mirna Salas, y ratificada en las sentencias del 12 de mayo de 1992, caso: Jesús Soto, entre otras muchas.

Se debe recordar que, tal y como se encuentra dispuesto los referidos dispositivos, la aplicación de la referida medida tiene como objeto evitar que las “partes” se generen daño, lo que ha motivado a una profunda discusión en la doctrina y jurisprudencia acerca de la aplicación de este tipo de medidas en procesos judiciales donde en sus orígenes, el contencioso administrativo se concebía como un juicio a la actividad administrativa, esto es, un juicio al acto, y en consecuencia, puro control objetivo de la legalidad de la actuación de la Administración.

Sin embargo, la jurisprudencia, en la misma medida que redimensionó el verdadero carácter tutelar de derechos subjetivos de la jurisdicción contencioso administrativa, fue superando y reinterpretando los referidos dispositivos a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto trajo como consecuencia la efectiva aplicación de este tipo de protección provisional, destacándose las sentencias de la Sala Político Administrativa en fecha 14 de febrero de 1996, caso: Propesa; sentencia del 02 de abril de 1997, caso: Provecensa y otros; y mas recientemente, la sentencia del 17 de febrero de 2000, caso: Municipio Villalba.

La aplicación de las medidas innominadas inclusive ha permitido, frente a la aplicación de la medida típica de suspensión de efectos prevista en el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, el otorgamiento de suspensión de actos de efectos generales, tal como lo reconoció la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa, entre otros fallos, en la sentencia del 11 de marzo de 2003, caso: Contralores Internos vs. Contralor General de la República.

De este modo, la aplicación de las medidas cautelares innominadas permitió reforzar las insuficiencias de la legislación cautelar contenida en la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, y en consecuencia, ampliar el escenario cautelar en el contencioso administrativo, como parte de los

elementos efectivos que garantizaban la realización del derecho a la tutela judicial efectiva.

La discusión mas importante que ha traído la aplicación de las medidas innominadas previstas en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, versa sobre el conjunto de requisitos que según algún sector de la doctrina, con intermitentes ecos en la jurisprudencia, deben concurrir para el otorgamiento de este tipo de medida, con especial referencia al *periculum in damni* o riesgo inminente de la lesión grave y definitivamente irreparable, o de difícil reparación, que las partes se puedan ocasionar.

La jurisprudencia de los 90 entendió en algunas oportunidades que la concesión de una medida cautelar innominada, como toda de su especie, sólo requiere la comprobación efectiva de la apariencia del buen derecho (*fmus bonis iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*). Esta posición congruente con la doctrina extranjera y lo dispuesto en el artículo 588 del Código de Procedimiento Civil había sido aceptada de manera pacífica por la Sala Político Administrativa en sentencias del 18 de julio de 1996, caso Transporte Ejecutivo Maracaibo; sentencia del 10 de noviembre de 1996, caso: Marshall y Asociados; y la sentencia del 19 de febrero de 1997, caso: La Causa "R", entre muchas otras.

Sin embargo, en otras oportunidades interpretó la misma disposición y reconoció dentro del conjunto de requisitos de la medida cautelar innominada, la aparición de una especie de peligro en la demora especial o específico como condición adicional exigido en el artículo 588 eiusdem. En este sentido se puede observar, entre otras muchas, la sentencia de la Sala Político Administrativa del 14 de mayo de 1998, caso: Dina Camiones S.A.

Mas recientemente la intermitencia de la jurisprudencia antes referida, delata la inconsistencia con la que la jurisprudencia ha tratado el asunto. En este sentido, la Sala Político Administrativa en sentencia del 22 de marzo de 2006 caso: Beco Sucesora de Blohm & Co. y otros, señaló:

“De las disposiciones antes transcritas, la Sala observa que representa el fundamento legal que permite al juez gozar de un amplio poder cautelar, entre los que destaca la suspensión de los efectos, la cual no ocurre en forma automática, sino que debe ceñirse a los términos y condiciones formales y sustanciales que la ley le señale, en especial lo dispuesto en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil; a saber: i) cuando resulte presumible que la pretensión procesal principal resultará favorable, lo cual deberá determinarse en autos a través de medios de prueba que evidencien una presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*); ii) la existencia del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*); y en el caso de las medidas innominadas, iii) se requiere que exista el temor fundado de que una de las partes pudiera causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in damni*), sin perjuicio de que el juez en virtud de su poderes cautelares pueda sustituir de oficio la medida cautelar solicitada por otra que resguarde de manera más adecuada los derechos e

intereses de la contribuyente, previo cumplimiento de las formalidades anteriormente señaladas.

En ese sentido, esta Sala estima que para la procedencia de las medidas deben concurrir las exigencias enunciadas en el artículo anteriormente señalado, porque la existencia de una sola de ellas no es capaz de lograr la consecuencia jurídica del texto legal, cual es la suspensión de los efectos del acto impugnado, no existiendo en el ámbito contencioso tributario - como tampoco ocurre en el contencioso administrativo- una razón lógica para soportar lo contrario, a saber, la procedencia de la medida cautelar de que se trate por la sola verificación de uno de los aludidos extremos...”.

De manera mucho mas explícita, la misma Sala Político Administrativa en sentencia del 05 de abril de 2006 caso: Municipio Urdaneta del Estado Trujillo estableció expresamente:

“Analizados como han sido los argumentos expuestos por la Síndica Procuradora Municipal del Municipio Urdaneta del Estado Trujillo, para fundamentar sus pretensiones cautelares, esta Sala pasa a decidir y en tal sentido observa, que el poder cautelar debe ejercerse con sujeción estricta a las disposiciones legales que lo confieren, y por ello la providencia cautelar innominada sólo se concede cuando existan medios de pruebas suficientes que constituyan presunción grave del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo, así como el derecho que se reclama (*fumus boni iuris*); el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (*periculum in mora*) y el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a la otra (*periculum in damni*).

En lo que respecta al primero de los requisitos mencionados (*fumus boni iuris*), su confirmación consiste en la existencia de apariencia de buen derecho, pues cuando se acuerda la tutela cautelar, no puede prejuzgarse sobre el fondo del asunto planteado. Puede comprenderse entonces como un cálculo preventivo o juicio de probabilidad y verosimilitud sobre la pretensión del demandante; correspondiéndole al Juez analizar los recaudos o elementos presentados junto con el libelo de la

demanda, a los fines de indagar sobre la existencia del derecho que se reclama.

En cuanto al segundo de los requisitos (*periculum in mora*), ha sido reiterado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que su verificación no se limita a la mera hipótesis o suposición, sino a la presunción grave del temor al daño por violación o desconocimiento del derecho si éste existiese, bien por la tardanza de la tramitación del juicio, bien por los hechos del demandado durante ese tiempo tendentes a burlar o desmejorar la efectividad de la sentencia esperada.

Y en lo que se refiere al tercer requisito *periculum in damni*, éste se constituye en el fundamento de la medida cautelar innominada para que el tribunal pueda actuar, autorizando o prohibiendo la ejecución de determinados actos y adoptando las providencias necesarias para evitar las lesiones que una de las partes pueda ocasionar a la otra.

OMISSIS

De conformidad con lo anteriormente expuesto, resulta imperativo examinar los requisitos exigidos en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, para poder decretar medidas cautelares, esto es, la presunción grave del derecho que se reclama (*fumus boni iuris*) y el peligro grave de que resulte ilusoria la ejecución de la decisión definitiva (*periculum in mora*). Ahora bien, al tratarse la petición cautelar de una medida innominada debe necesariamente analizarse el artículo 588 *eiusdem*, el cual impone una condición adicional que es el fundado temor de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación a la otra (*periculum in damni*).”

Mas recientemente, la Sala Político Administrativa volvió a pronunciarse sobre el punto en referencia, ratificando la existencia de un requisito adicional en el otorgamiento de las medidas cautelares innominadas, en sentencia del 26 de septiembre de 2007, caso: Fisco Nacional, donde señaló:

“A tal efecto, es preciso destacar que el decreto de cualquier medida cautelar está condicionado al cumplimiento concurrente

de varios elementos, a saber: que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger con la medida cautelar, esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca fundadamente como probable y verosímil (*fumus boni iuris*); que exista riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en obtener la decisión definitiva; y, por último, específicamente para el caso de las medidas cautelares innominadas, que exista el temor fundado de que una de las partes pueda causarle lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra (*periculum in damni*).

Los elementos enunciados tienen como finalidad conferir al juez que decreta la cautelar la racionalidad de la solicitud de protección, al permitirle conocer los argumentos que sustentan la pretensión, para luego determinar la viabilidad de conceder la medida requerida.”

Este criterio de la Sala Político Administrativa ha sido ratificado en otros recientes fallos, tales como la sentencia de fecha 30 de enero de 2008, caso: Síndico Procurador Municipal del Municipio Libertador del Distrito Capital; sentencia del 26 de marzo de 2008, caso: RCTV; sentencia de fecha 22 de mayo de 2008, caso: Alcalde Interino del Municipio Río Negro del Estado Amazonas; y la sentencia de fecha 13 de agosto de 2008, caso: Contralor Interino del Municipio Libertador del Estado Monagas.

Sin embargo, en otras oportunidades donde ha analizado el conjunto de requisitos necesarios para la obtención de la tutela cautelar innominada, no ha reconocido la existencia de este peligro especial o específico. En este sentido, la Sala Político Administrativa en sentencia del 06 de junio de 2007, caso: Municipio Baruta del Estado Miranda, ha establecido:

“Se ha señalado que el poder cautelar debe ejercerse con estricta sujeción a las disposiciones legales que lo confieren, en razón de lo cual la providencia cautelar sólo se concede cuando existen en autos medios de prueba que constituyan presunción grave de la existencia concurrente del riesgo manifiesto de quedar ilusoria la ejecución del fallo y del derecho que se reclama, por cuanto la emisión de cualquier medida cautelar, tal como lo disponen los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, está condicionada al cumplimiento coincidente de dos requisitos, a saber, que se presuma la existencia del buen derecho que se busca proteger con la cautelar (*fumus boni iuris*), es decir, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil, o sea, que de la apreciación del sentenciador al decidir sobre la protección cautelar, aparezca tal derecho en forma realizable en el sentido de existir altas posibilidades de que una decisión de fondo así lo considere; y que exista el riesgo de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), vale decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante, por el retardo en obtener la sentencia definitiva.”

Y pese a que después del anterior fallo la Sala Político Administrativa ratificó el criterio conforme al cual el *periculum in damni* debía ser considerado como requisito para el otorgamiento de una tutela provisional innominada, recientemente la misma Sala ha dicho lo contrario, expresando en la sentencia de fecha 23 de enero de 2008, caso: Contralor del Municipio Caroní del Estado Bolívar y la sentencia del 06 de noviembre de 2008 caso: Asociación Civil De Trabajadores de la Empresa B.R.C. Corporation, C.A. (ASOTBRCO), lo siguiente:

“Corresponde a esta Sala analizar la procedencia de la medida solicitada, a cuyo fin resulta menester señalar que la ley atribuye expresamente a los jueces -y entre ellos los de la jurisdicción contencioso administrativa- la facultad para decretar las medidas preventivas que se requieran en cada caso concreto, con el objeto de asegurar las resultas de un juicio.

En tal sentido, se previó en el Parágrafo Único del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

OMISSIS

Así, la procedencia de cualquier medida cautelar, tal como lo dispone el dispositivo in commento, en concordancia con lo previsto en el artículo 585 eiusdem, está condicionada al cumplimiento concurrente de varios requisitos, a saber: (a) Que se presuma la existencia del buen derecho cuya protección se persigue con la cautelar (*fumus boni iuris*), esto es, que el derecho que se pretende tutelar aparezca como probable y verosímil, vale decir, que de la apreciación realizada por el sentenciador al decidir sobre la protección cautelar, aparezca tal derecho en forma realizable en el sentido de existir altas posibilidades de que una decisión de fondo así lo considere; y (b) Que exista riesgo de quedar ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), es decir, la amenaza de que se produzca un daño irreversible para la parte peticionante por el retardo en la obtención de la sentencia definitiva.”

Por último, tanto para el amparo cautelar como para la medida cautelar innominada, la jurisprudencia desde los años 90 hasta la actualidad, y con cierta consistencia, ha establecido el carácter subsidiario de dichas peticiones provisionales, lo cual se puede ver de manera mas reciente en las sentencias de las Sala Político Administrativa del 27 de julio de 2000, caso “Centro Médico Los Teques S.R.L.”; sentencia del 19 de octubre de 2005, caso: Carmen Yolanda Rodríguez Guerra; sentencia del 13 de diciembre de 2006, caso: Noleida Hernández Rivero; sentencia del 12 de julio de 2007, caso: Jesús Rafael Montaner Riera; y la sentencia del 29 octubre de 2008, caso: Gloria María Vargas Vargas, entre otras.

Siguiendo a Ortiz Álvarez, L. (1999), no existe fundamento alguno que permita estimar un carácter subsidiario de estas peticiones cautelares frente

a la medida típica de suspensión de efectos, por cuanto, tal como laboriosamente se ha construido en la jurisprudencia, existen presupuestos procesales para cada medida que imponen razones de aplicación distintas e independientes, de modo que resulta injustificado la aplicación del criterio de subsidiariedad.

Sin embargo, conforme al proceso continuo de unificación de requisitos, trámites y presupuestos para el otorgamiento de cualquiera de las medidas que integran el elenco cautelar en el contencioso administrativo, y por la misma orientación que realiza la exposición de motivos del texto constitucional, debe entenderse que la futura legislación del sistema contencioso administrativo debe unificar el régimen de la tutela provisional bajo un solo medio procesal, lo cual pareciera ser la tendencia concebida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Por ello es que siguiendo a Toro Dupouy, M. (2003), se debe concluir que el extraordinario desarrollo y evolución de la jurisdicción contencioso-administrativa con miras a universalizar la resolución de los conflictos derivados de la actividad administrativa, tienden a extinguir las instituciones que en su oportunidad sirvieron para ampliar la efectividad de la tutela, como ocurre con el amparo constitucional –tanto autónomo como cautelar-, para reconocer la suficiencia y justificación constitucional de los poderes del juez contencioso administrativo para la tutela de derechos y garantías constitucionales. Esto incluye por supuesto, los más amplios poderes

preventivos y provisionales: cautelares, anticipativos, satisfactivos, sin importar su denominación.

En este sentido, Hernández Mendible, V. (s/f) afirma que la unificación del régimen cautelar en cuanto a los elementos para su otorgamiento y ejecución: requisitos, trámites, presupuestos, resulta un aspecto capital en la consagración de un sistema provisional de protección al justiciable, por la claridad que otorgaría la seguridad jurídica derivada de una regulación unificada, simple, transparente y expresa en lo que a ello concierne. En efecto, señala el autor:

“En lo que respecta al Proceso Administrativo, debemos señalar que aun cuando la legislación es clara y no amerita complejidad en su interpretación, quizás la dispersidad de textos, así como de modalidades de solicitud y concesión de las medidas cautelares, pueden producir dudas y confusión acerca del medio más idóneo para alcanzar la tutela judicial cautelar, razón por la cual se impone que el operador jurídico realice un estudio detenido de la jurisprudencia contencioso administrativa, a los fines de determinar las tendencias de la tutela judicial cautelar.

Omissis

Una reflexión final nos permite afirmar, que debemos caminar hacia la unificación de los presupuestos -*fumus boni iuris* y *periculum in mora*- para la concesión de la tutela cautelar en el procedimiento y en el proceso administrativo, unificación que consideramos se debe consagrar de manera expresa en las leyes que regulan el Derecho Procesal Administrativo, para brindar una mayor seguridad jurídica.”

Se ha analizado que luego de la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, la jurisprudencia ha tenido el deber de reinterpretar el sistema contencioso administrativo de

protección provisional (cautelar) a la luz del expreso reconocimiento del derecho a una tutela cautelar efectiva que realiza el texto fundamental.

Es la misma Constitución de la República Bolivariana de Venezuela la que establece de manera categórica los principios y fundamentos que debe atender toda legislación que a futuro pretenda regula el ámbito del contencioso administrativo. En Venezuela, el régimen “transitorio” que sustenta las bases de la jurisdicción contencioso administrativa desde el año 1977, se mantiene en dicho estado a raíz de la promulgación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el año 2004 y la falta de sanción de una ley que expresamente regule dicho sistema.

En consecuencia, se deben analizar los elementos que incorpora la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia dictada en el año de 2004, con el objeto de establecer los posibles aportes que sobre el régimen de medidas provisionales, y mas concretamente el de las ***Medidas Anticipadas***, realiza el referido texto.

b. La regulación de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

Se puede afirmar que el aporte mas trascendental, por no establecer el único, que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha realizado en el régimen de medidas provisionales, es lo dispuesto en el artículo 19 parágrafo 11, conforme al cual: “*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”.

Sobre la referida norma la jurisprudencia de la Sala Constitucional en sentencia del 16 de marzo de 2005, caso: Defensoría del Pueblo, ha señalado lo siguiente

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 dictar 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, y, concretamente los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil.

La novísima Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia recogió, de manera expresa, ese derecho a la tutela cautelar, que es garantía del derecho a la tutela judicial eficaz y postuló la existencia de un poder cautelar general en el marco de los procesos que se sustancien de conformidad con esa Ley. Así, se lee en el artículo 19, parágrafo 11, de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia lo siguiente:

Omissis

La norma hace suyo el primero de los requisitos de procedencia propios de toda medida cautelar: la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*). Además, y aunque no lo establezca con la misma claridad, exige el segundo de los requisitos inmanentes a toda medida cautelar, como lo es la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), desde que dispone que la cautela no tiene

otra finalidad que la garantía de los resultados del juicio. No podría entenderse de otra manera, pues la exigencia de ambos requisitos es consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida cautelar, tanto así que si el legislador prescindiera de alguno de tales supuestos, estaría desnaturalizando la esencia misma de las medidas cautelares (CALAMANDREI, PIERO, *Providencias Cautelares*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1984, pp. 69 y ss.).

De allí que puede afirmarse que el juez dictará 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 los resultados del juicio (*periculum in mora*), ya que, en función a la tutela judicial efectiva, 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 acordarlas.

En definitiva, el otorgamiento de una medida cautelar sin que se cumplan los requisitos de procedencia violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió con sus requisitos; y, al contrario, negarle tutela cautelar, a quien cumple plenamente con dichas exigencias, implicaría una violación a ese mismo derecho fundamental, uno de cuyos atributos esenciales es el derecho a la ejecución eficaz del fallo, lo cual sólo se consigue, en la mayoría de los casos, a través de la tutela cautelar (Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, segunda edición, Civitas, Madrid, 1989, pp. 227 y ss.). Asunto distinto es que en la ponderación del cumplimiento de los supuestos que se reclaman para la tutela cautelar, el juez tenga una amplia facultad de valoración que lo lleve a la conclusión de que, efectivamente, existen condiciones suficientes para el pronunciamiento de la medida.

Tales extremos deben cumplirse de manera concurrente, por lo que si falta alguno de estos elementos, el juez no podría decretar la cautela. En este orden de ideas, debe agregarse que, en materia de Derecho Público y más concretamente en el ámbito de la jurisdicción constitucional, donde necesariamente están en juego intereses generales, el juez también deberá realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que

una medida particular no constituya una lesión a los intereses generales en un caso concreto.

Del anterior fallo se puede destacar lo siguiente: En primer lugar, el análisis de la disposición antes transcrita, representa una franca tendencia a unificar en un solo tipo de medida provisional, el conjunto de medidas que se pueden dictar en el marco de la protección que garantice la satisfacción de la tutela cautelar efectiva. Dicha unificación se desenvuelve dentro de un poder jurisdiccional que detenta el juez concebido por el Poder Cautelar General, que además representa un verdadero derecho del justiciable.

En segundo lugar, de manera categórica circunscribe este Poder Cautelar General al cumplimiento de los extremos establecidos en lo dispuesto en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, los cuales han sido expuestos con claridad en la doctrina, salvo algunas excepciones en donde se pretende concebir requisitos adicionales.

En efecto, la decisión in comento expresa claramente que los requisitos para el ejercicio de este poder jurisdiccional son la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), so pena que el agregar otro requisito o suprimir alguno de estos, represente una desnaturalización consustancial a la naturaleza jurídica de toda medida

cautelar, siguiendo para ello las bases conceptuales establecidas en la doctrina liderada por Calamandrei.

Sólo dichos requisitos configuran la exigencia de una tutela judicial provisional efectiva, en virtud que su falta de verificación, tal como lo entiende la Sala Constitucional, *violaría flagrantemente el derecho a la tutela judicial eficaz de la contraparte de quien solicitó la medida y no cumplió con sus requisitos*. De igual modo, configurados los requisitos, se insiste, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y la verificación del riesgo manifiesto de que quede ilusoria la ejecución del fallo (*periculum in mora*), debe de manera inexorable otorgarse la tutela, so pena, como lo entiende la Sala Constitucional, de producir una *violación a ese mismo derecho fundamental*.

No se puede dejar de mencionar el importante aporte que hace el comentado fallo con relación al hecho que los requisitos se presentan como elementos sometidos a la apreciación de juez quien deberá juzgar, en el plano de la provisionalidad, la verificación de los mismos, en cuyo caso podrá realizar una *ponderación del cumplimiento de los supuestos que se reclaman para la tutela cautelar*, la cual debe ser a la luz de los intereses públicos relacionados en el caso en concreto.

Por ello la misma Sala Constitucional en sentencia del 01 de agosto de 2007, caso: Cámara Venezolana de la Televisión por Suscripción

(CAVETESU) resumió su posición con relación a los requisitos para la configuración de la protección provisional en el ámbito del Derecho Público, y mas concretamente, el Derecho Administrativo de la siguiente manera:

“Visto el carácter de necesidad, del cual se encuentran imbuidas las medidas cautelares dentro de un determinado procedimiento, se observa que los requisitos exigidos para acordar la procedencia de las mismas (fumus boni iuris y periculum in mora), se reducen a un simple examen del juez de acuerdo a su sano criterio de acordar o no tales medidas, tomando en consideración las circunstancias particulares del caso sometido a su examen, así como la ponderación de intereses.”

Sobre los requisitos para el otorgamiento de la protección provisional anticipada y la cláusula de ponderación de intereses se volverá luego.

Se debe destacar el hecho que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, sin que constituya la ley correspondiente a la jurisdicción contencioso administrativa la cual sigue en mora legislativa, ha realizado un proceso de unificación de la tutela provisional, que analizada a la luz del derecho a la tutela judicial provisional efectiva y las orientaciones hechas por la misma exposición de motivos del texto constitucional, permiten concluir que debe entrar en desuso (mediante la técnica de la derogatoria tácita) la aplicación de las medidas cautelares innominadas del Código de Procedimiento Civil y el amparo cautelar. Esto es, dar paso a la aplicación de un solo tipo de medida provisional (cautelar, anticipada, asegurativa, entre otras) que, en obsequio de la tutela judicial efectiva, ha unificado el régimen

de requisitos y tramitación de las medidas cautelares en el contencioso administrativo.

Sin embargo, la lectura que la jurisprudencia ha dado a la regulación contenida en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia denota que no se ha concluido de la misma manera, pese que en reiterados fallos (vid. Sentencia de la Sala Político Administrativa del 2 de marzo 2004, caso: William Fernando Uribe Regalado, ratificada en la sentencia del 27 de julio de 2007, caso: Ricardo Enrique Gutiérrez Sandoval), se ha reconocido que la exposición de motivos del texto fundamental ha impuesto una clara orden a unificar el régimen de la tutela cautelar en el contencioso administrativo.

De la revisión jurisprudencial se observa que tanto los abogados litigantes así como los tribunales con competencia en materia contencioso administrativa, continúan aplicando el esquema o elenco cautelar que se ha construido en Venezuela de manera previa a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

Ello se puede inferir por el hecho que la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia en el aparte vigésimo primero del artículo 21 ha conservado la medida cautelar típica del contencioso administrativa representada por la suspensión de efectos de actos administrativos de efectos particulares, establecida anteriormente en el artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, cuando la

tendencia a la unificación suponía la agrupación de todo el elenco cautelar en una única figura procesal.

La jurisprudencia de la Sala Político Administrativa ha mantenido su posición acerca de la referida medida, al entenderla como una excepción al principio de ejecutoriedad del acto administrativo, consecuencia de la presunción de legalidad, la cual procura evitar lesiones irreparables o de difícil reparación al ejecutarse una eventual decisión anulatoria del acto, dado que ello podría constituir un atentado a la garantía del derecho fundamental de acceso a la justicia y al debido proceso (vid. sentencias de la Sala Político Administrativa del 20 de julio de 2005, caso: C.N.A. de Seguros La Previsora, y del 23 de noviembre de 2005, caso: Corpomedios G.V. Inversiones, C.A. -GLOBOVISIÓN-).

Una postura distinta a la expuesta acerca de la unificación del sistema de protección provisional y derogatoria tácita del elenco cautelar existente en el régimen venezolano, inclusive con anterioridad al texto constitucional, podría justificar la continuación de dicho esquema con base al hecho que aún no se ha dictado la ley que regule la jurisdicción contencioso administrativa. La Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia ha mantenido la suspensión de efectos de acto administrativo de efectos particulares como medida típica.

Este panorama que presenta el ordenamiento jurídico ha servido de base para que en diverso fallos del máximo tribunal, y en atención a la realización del derecho a la tutela judicial efectiva, conciba la aplicación de **Medidas Anticipadas** bajo el instituto cautelar. De este modo, es a través de la consecuente evolución en la jurisprudencia venezolana, que se puede determinar los aportes sobre la institución objeto de estudio.

C. Aproximaciones al régimen de Medidas Anticipadas en el Contencioso Administrativo.

a. El balance general de la jurisprudencia en Venezuela sobre las Medidas Anticipadas.

En cuanto a las **Medidas Anticipadas** en el Contencioso Administrativo en Venezuela, se observa que ha sido la jurisprudencia la que ha realizado una labor significativa supliendo los vacíos legislativos. Esta situación se da con mayor énfasis en el Contencioso Administrativo, donde se aplica con mayor amplitud el Derecho a la Tutela Judicial Efectiva, a través de la medida cautelar innovativa. Es precisamente esta medida innovativa la que ha permitido la aplicación de la **Medida Anticipada**.

Tal como se reseñara anteriormente, con base a el proceso de constitucionalización del escenario o elenco provisional (cautelar) en el ámbito del contencioso administrativo, la Sala Constitucional en reiterados fallos (sentencias del 13 de marzo de 2001, caso: Henrique Capriles

Radonski; sentencia del 15 de octubre de 2002, caso: Leopoldo López Mendoza; sentencia del 26 de junio de 2001, caso: Jesús Rafael Flores Abaduco y otros; sentencia del 25 de marzo de 2002, caso: Luis Alfredo Toro Garcés y otros; sentencia del 13 de agosto de 2001, caso: Gloria América Rangél Ramos; sentencia del 05 de junio de 2001, caso: José Angel Guía y otros; sentencia del 19 de septiembre de 2002, caso: Miguel Eduardo Moncada Peñalosa; y sentencia del 30 de enero de 2002, caso: Asociación Civil de Juristas y Abogados Litigantes de Venezuela, entre otras.), ha reconocido los amplios poderes provisionales, inclusive de tipo anticipativos, **Medidas Anticipadas**, como parte de las manifestaciones que detenta el juez contencioso administrativo en procura del derecho a la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, se observa que en algunos fallos proferidos por el Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político Administrativa y Sala Electoral, expresamente se ha señalado, en contra del derecho a la tutela judicial efectiva y lo dispuesto en la exposición de motivos del texto fundamental, la imposibilidad del otorgamiento de **Medidas Anticipadas** en el ámbito de procesos judiciales, destacándose las sentencias de la Sala Político Administrativa del 31 de julio de 2002, caso: Fospuca Guacaipûro; sentencia del 07 de agosto de 2002, caso: Estacionamiento 747; sentencia del 29 de mayo de 2002, caso: Juan Serva Cammarano; sentencia del 27 de mayo de 2003, caso: Ciyansa; y la sentencia del 25 de junio de 03, caso: Cigo, C.A,

entre otras. En el mismo sentido la sentencia de la Sala Electoral del 14 de noviembre de 2002, caso: Sindicato de Trabajadores del Petróleo del Municipio Simón Rodríguez.

Criterios que en el caso de la Sala Político Administrativa resultan contrarios a los principios y valores que en torno a la protección del derecho a la tutela judicial cautelar efectiva se han establecido en las sentencias del 26 de febrero del 2002, caso: BBO Financial Services, y la sentencia del 06 de febrero de 2003, caso: Ceprotec Corporation, ambas de la misma Sala.

Como se ha señalado, la jurisprudencia del contencioso administrativo ha admitido las **Medidas Anticipadas** bajo el nombre de la medida cautelar innovativa. Sin embargo, las primeras decisiones que concedieron tales medidas, lo hicieron mediante la suspensión de los efectos del acto.

En este sentido, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en sentencia 30 de enero de 1980, citada por Suárez Alcalde. F (2000), emitió una decisión anticipatoria. Era el caso de una Escuela de Derecho que denegaba la inscripción al recurrente en el último año de la carrera; el tribunal suspendió los efectos del acto denegatorio conforme al artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia y permitió la inscripción del recurrente bajo los siguientes términos:

“...esta Corte considera que verdaderamente, en el caso de autos, si la sentencia definitiva que al efecto haya de producirse en este proceso, le fuese favorable al recurrente, ésta no podría

repararle la pérdida de los estudios durante el lapso de expulsión (1 año) de la Universidad, con el que ha sido sancionado con el acto impugnado ...”(p. 161)

De igual modo a través de la suspensión de los efectos del acto conforme al artículo 136 de la derogada Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia del 25 de noviembre de 1980, citada por Suárez Alcalde, F. (2000), suspendió los efectos del acto “...en virtud de lo cual el ciudadano Jesús Enrique Delgado Suárez deberá ser inscrito en el Colegio Nacional de Periodistas, provisionalmente, hasta tanto se pronuncie sentencia definitivamente firme acerca del fondo cuestionado.”

La jurisprudencia del contencioso administrativo ha ampliado la protección y cumplimiento de la Tutela Judicial Efectiva, no sólo a través de la medida de suspensión de los efectos del acto, sino a través de otras instituciones de carácter provisorio como lo son: el Amparo Cautelar y la Medida Innominada. En este sentido señala Suárez Alcalde, F. (2000) lo siguiente:

“... es de subrayar que la protección cautelar frente a actos denegatorios no sólo ha sido acordada, en nuestro ámbito jurisprudencial, mediante la vía de la suspensión de los efectos, sino que además existen atinadas decisiones, que por vía cautelar y por vía de la medida cautelar innominada, han enervado los efectos de actos negativos mediante órdenes de ejecución provisional. “(ob. cit., p. 165)

Muestra de esta afirmación la constituye la sentencia del 6 de octubre de 1992, emanada de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, citada por Brewer Carías, A. y Ortíz Álvarez, L. (1996) en la cual se concede provisionalmente la pretensión reclamada en el juicio principal. Al respecto la Sala del máximo tribunal señaló:

...debe asegurarse, mientras dure el proceso principal, la inviolabilidad de los derechos a la igualdad y una subsistencia digna y decorosa consagrados en la Constitución. Por tanto, se ordena al Ministro de la Defensa que realice lo conducente para que le sea concedido al accionante el monto suficiente para una subsistencia conforme a lo dispuesto en la Constitución, lo cual, estima la Sala, se verá satisfecho con el pago del monto previsto en el artículo 17 literal a), de la Ley de Seguridad Social de las Fuerzas Armadas del 28 de noviembre de 1989, a partir de la publicación de esta decisión. Estos pagos se deberán realizar mensualmente, y no se le adicionarán bonificaciones anuales o cualquier otro tipo de primas o beneficios, hasta que sea decidido el recurso de nulidad intentado, donde habrá una declaración sobre la legalidad del acto cuestionado. En caso de declararse sin lugar el recurso de nulidad, y, por tanto confirmarse judicialmente el acto impugnado, surge el derecho de la Administración en ser resarcida y recuperar el monto global de los pagos realizados, y así se declara. (p. 895)

Igual solución aportó la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 19 de noviembre de 1992, citada por Brewer Carías, A. y Ortíz Álvarez, L. (1996). Se trata de un caso donde el *petitum* fue concedido provisionalmente, por vía del Amparo Cautelar. En dicha oportunidad la Sala señaló: "...en el caso de especie, la Sala, con los elementos de prueba aportados por el actor, ha llegado a la conclusión

preliminar de que éste fue tratado en forma discriminatoria...” (ob. cit., p. 899).

Se debe destacar el presente extracto de la sentencia, dado que dicha *conclusión preliminar* a la que llegó la Sala, se manifiesta como una *Certeza Suficiente* de la violación, rasgo típico de las **Medidas Anticipadas**, sin dejar de mencionar las apreciaciones frente al daño irreparable que de igual manera realizó la sentencia anterior.

Por otra parte la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, en sentencia de fecha 19 de octubre de 1995, citada por Brewer Carías, A. y Ortiz Álvarez, L. (1996) otorgó por vía de Amparo Cautelar una **Medida Anticipada**. Tal situación lo revela el mismo dispositivo del fallo, donde se ordena “...el pago inmediato a la actora del monto total que por concepto de prestaciones sociales le corresponde”. (ibidem).

Debe destacarse el voto salvado de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó, con el cual delata que, en su entender, la medida acordada no tenía carácter cautelar dado que:

...el contenido del amparo acordado se contradice incluso con la naturaleza ‘cautelar’ que le ha sido otorgada a la acción, justificativa de la vía escogida para acordarla, por cuanto, significa otorgar el beneficio que el recurrente pretende a través del recurso de nulidad” (ob. cit., p. 905).

Por otra parte, de acuerdo con lo establecido en el artículo 27 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, en la jurisprudencia han surgido nuevas interpretaciones en relación al poder de restablecimiento inmediato de la situación jurídica infringida, en los casos de violación de derechos constitucionales.

Muestra de tal situación lo representa la sentencia de la Sala Político Administrativa del 16 de marzo del año 2000, en la cual se acordó la **Medida Anticipada** a través de la figura de la Medida Provisionalísima. En su oportunidad la Sala señaló:

“Es de gran importancia resaltar que la procedencia de esta Tutela Anticipada sólo tiene como fin garantizar el ejercicio provisional de los derechos presumiblemente violados al querellante, en la espera de la decisión definitiva del amparo como proceso cautelar que persigue suspender los efectos de la actuación de la administración, en la espera, a su vez, de la decisión del fondo del asunto constituido por el proceso de nulidad del acto, que persigue borrar el mismo de la esfera jurídica.

Para la procedencia de la referida tutela anticipada es necesario examinar la existencia de sus tres elementos esenciales en virtud de su contenido cautelar ...

Visto lo anterior debe esta Sala afirmar la potestad del Juez Contencioso-Administrativo para acordar las denominadas “medidas provisionalísimas” como mecanismo idóneo dentro de la tutela cautelar para garantizar el tantas veces mencionado principio de la tutela judicial efectiva.”

Tal criterio fue ratificado por la misma Sala en sentencia del 10 de abril del año 2000, en la cual se anticipó provisionalmente el petitorio de los

recurrentes mientras se tramitaba el recurso principal de amparo constitucional. En dicha oportunidad la Sala señaló:

“En lo que se refiere a la existencia de las llamadas medidas cautelares provisionalísimas, ya la doctrina tanto extranjera como la nacional, ha analizado la procedencia de tales medidas como parte del poder cautelar general del Juez, que, tiene a su vez, su base en la tutela judicial efectiva, hoy de expresa consagración constitucional en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, indicándose que para su procedencia deben cumplirse los extremos exigidos para las cautelares principales, en un contexto de suma urgencia, donde la exigencia de buen derecho es mas evidente; los daños a tomar en cuenta deben ser de muy difícil reparación; y, no debe existir riesgo de daños a intereses generales.”

Mas recientemente la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa recogida en las sentencias del 21 de septiembre de 2005, caso: Servicios Generales de Electricidad e Instrumentación, S.A. (SERGENSA), ratificada en similares términos en la sentencia del 30 de julio de 2008, caso: FONTUR y en la sentencia del 06 de noviembre de 2008 caso: Asociación Civil de Trabajadores de la Empresa B.R.C. Corporation, C.A. (ASOTBRCO), señala:

“En reiteradas oportunidades esta Sala ha resaltado que la garantía de la tutela judicial efectiva (artículo 26 de la Constitución) no se agota con el libre acceso a los órganos de administración de justicia, ni con la posibilidad de obtener un pronunciamiento expedito o de hacer efectiva la ejecución de un fallo, sino también, con la protección anticipada de los intereses y derechos en juego, cuando éstos se encuentren apegados a la legalidad. Es por ello que nuestro ordenamiento coloca a disposición de los justiciables un conjunto de medidas de naturaleza preventiva, previstas para procurar la protección anticipada de quien acude a juicio alegando ser titular de una posición o situación jurídico-subjetiva susceptible de ser

protegida, de forma tal, que el transcurso del tiempo no obre contra quien tiene la razón.”

Por su parte, la concepción anticipatoria de la tutela judicial derivada de la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida consagrada en el artículo 27 de la Constitución vigente en materia de amparo, fue observada en principio por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo.

En este sentido, en sentencia del 3 de febrero de 2000 dicho tribunal acordó la **Medida Anticipada**. La controversia sometida al conocimiento del tribunal, es con motivo de la negativa, por vía de hecho del Colegio de Abogados del Distrito Federal, en otorgar una “Carta Deontológica” al recurrente quien la requería con urgencia para optar a una cargo público. La sentencia en la oportunidad de admitir la acción de amparo señaló lo siguiente:

Este mandato de “restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida” impone el deber de la autoridad judicial a buscar, en el contexto del ordenamiento jurídico, mecanismos que puedan ayudar a ser realidad la norma contenida en el artículo 257 según el cual “El proceso constituye un instrumento fundamental para la realización de la justicia”; pero esta posibilidad de “restablecimiento inmediato” que ordena la Carta Magna debe respetar el derecho de defensa y al debido proceso que también tienen rango constitucional, con lo cual no podría dictarse una decisión “restablecedora” sin haber agotado previamente el íter procesal necesario para que el sujeto imputado como agravante pueda defenderse y utilizar los mecanismos procesales en aras de la protección de sus propios derechos, facultades y potestades.

Sin embargo, observa esta Corte que en la doctrina venezolana se ha plasmado la idea fecunda y legítima de la “tutela cautelar constitucional preventiva anticipativa” que permite un “restablecimiento preventivo” y de carácter provisional mientras se dilucida el mérito del asunto planteado. (pp. 7-8).

La Sentencia *in comento* ha consagrado de manera nominal la figura de las **Medidas Anticipadas**, bajo la denominación de la “*Tutela Constitucional Anticipativa y Preventiva*”. Concluye la sentencia disponiendo:

“...procede a dictar un mandamiento preventivo dirigido al supuesto agravante para que proceda inmediatamente y sin condición alguna a expedir provisionalmente la “Certificación de antecedentes correctivos o disciplinarios” al querellante, ello sin prejuzgar sobre el mérito de procedencia de las denuncias, y sujeta a su demostración durante el íter procesal correspondiente, y así se decide.

Con esta dispositiva se evidencia el otorgamiento anticipado provisionalmente del *petitum* del recurso principal, en este caso una acción autónoma de amparo. Sobre esta sentencia, comenta Ortiz-Ortiz, R (2001), quien fungía como magistrado del referido tribunal en la oportunidad de dictarse, que se trata efectivamente de la anticipación de los efectos de la pretensión de la acción principal, que si bien se trataba de una acción de amparo constitucional la cual en el esquema actual del uso de esta acción frente a la inactividad administrativa sólo pudiese tramitarse bajo la acción de abstención o carencia, representaba un claro mecanismo donde sólo la anticipación de los efectos podían garantizar la efectiva realización del derecho a la tutela judicial efectiva. Señala el autor:

“ Como se desprende del texto de la decisión, la pretensión de amparo fue presentada en la corte el día 26 de febrero de 2000, bajo la circunstancia que el concurso, para el cual el querellante estaba optando, se cerraba el día viernes 04 del mismo mes y año; para el amable lector resultará claro que si se admitía el amparo y se notificaba para que tuviera lugar la audiencia constitucional con posterioridad, dicho concurso se hubiese cerrado y, en tal caso, todo el procedimiento hubiese sido realmente ineficaz, y el derecho constitucional del querellante, esto es, el derecho al trabajo y el derecho a recibir adecuada y oportuna respuesta, hubiese sido un displicente saludo a la nada. Esta es la razón por la cual, se admitió la demanda, y se decretó la tutela anticipada el mismo día. Sin duda los formalistas de siempre criticarán que se ejecuto anticipadamente el fallo, y eso es verdad, porque a nuestra manera de ver, era la única forma de salvaguardar los derechos fundamentales.

Ese mandato restablecedor era “ provisional” es decir estaba sujeto a lo que, en definitiva se resolviera en el procedimiento principal del amparo en el cual se podía revocar, modificar o confirmar la orden anticipada. La principal motivación fue la de considerar que el nuevo texto fundamental postula el trabajo (en sentido amplio) como un “proceso fundamental” para lograr los fines del Estado, y el derecho de respuesta oportuna y adecuada, es de carácter fundamental. Estos valores deben estar por encima de cualquier formalidad no esencial del proceso que, en el caso comentado, no se afectan en absoluto los derechos fundamentales del Colegio de Abogados, y además el carácter provisional de la tutela, hacia que la situación anticipada fuese totalmente reversible.” (p. 437-438).

Tal institución fue ratificada por la Corte Primera de lo Contencioso

Administrativo en distintos fallos posteriores entre los cuales destaca la sentencia del 11 de mayo de 2000. Dicha sentencia ratifica el contenido de la institución indicada. Sin embargo, se considera pertinente resaltar lo establecido por la misma en cuanto al carácter anticipatorio, en ese sentido señaló:

“... en la doctrina española se ha manejado la idea de que toda medida debe guardar “homogeneidad” pero no “identidad” con lo debatido en juicio principal.

... por vía preventiva, se adelantan algunos efectos de la sentencia que habrá de dictarse en el juicio principal;...y en materia del juicio de alimentos, se permite la adopción de unas medidas anticipativas por medio de la cual se le ordena al deudor de la obligación de alimentación que conceda lo suficiente para la manutención del acreedor ...

Sin embargo, a pesar de este carácter anticipativo en modo alguno deriva necesariamente en un pronunciamiento anticipado sobre el mérito, por cuanto los “efectos” serán completamente diferentes, a saber: a) El efecto de la tutela será necesariamente provisional mientras se dicta la sentencia de mérito del juicio principal, esto deriva de su carácter preventivo y provisional; b) El efecto de la sentencia principal será resolver definitivamente la controversia suscitada entre partes; c) No puede haber total identidad. Además debe recordarse que en la apreciación del derecho denunciado de lesión no se juzga de manera definitiva, es decir, no hay un juicio de verdad sino un simple cálculo de probabilidades de la seriedad del derecho reclamado, o mejor, un juicio de verosimilitud.

Como puede apreciarse, la institución construida por esta Corte es:

- a) ‘Tutela’ por su carácter protector y de salvaguarda;
- b) ‘Constitucional’ por cuanto se trata de un mandato y una orden constitucional de restablecer la situación constitucional lesionada;
- c) ‘Preventiva’ por cuanto se persigue evitar o corregir el quebrantamiento constitucional de manera preventiva y provisional; y
- d) ‘Anticipativa’ por cuanto avanzan algunos efectos del juicio principal.”

Se observa en dicha sentencia, que el Tribunal ha ido moldeando la institución hacia su concepción doctrinaria, lo que ha constituido un avance progresivo del criterio sobre la naturaleza anticipada de la potestad de restablecer inmediatamente la situación jurídica infringida.

Sin embargo, la misma Corte Primera de lo Contencioso Administrativo, en sentencia de fecha 30 de junio de 2000, ha puesto en tela de juicio el criterio sobre la naturaleza de la institución que había venido edificando el mismo tribunal. La sentencia negó la **Medida Anticipada** en razón de los siguientes argumentos:

“Una vez admitida la pretensión de amparo constitucional, considera esta Corte pertinente pronunciarse sobre la solicitud de medida cautelar anticipada. Así las cosas, se observa que los peticionantes de amparo solicitaron que se permita el acceso a su representada a los Libros de Actas de Junta Directiva de CORPOTURISMO y que se expida con la urgencia del caso Copia Certificada de las que a bien tenga ésta a señalar.

Ahora bien, por cuanto el petitorio cautelar guarda identidad total con el objeto de la pretensión de amparo, esta Corte no considera pertinente su procedencia debido a que de ser el caso se estaría acordando el mandamiento de amparo de manera anticipada, y así se declara.”

Asimismo, la Corte Primera en sentencia del 09 de marzo de 2000 estableció, en un importante esfuerzo en diferenciar las **Medidas Anticipadas** del elenco de medidas cautelares que hasta la fecha se utilizaban en el contencioso administrativo, con especial referencia a la medida cautelar innominada, los criterios que en cuanto a la subsidiariedad sobreponen la aplicación de la medida innominada sobre la medida anticipada, así como los criterios aplicables en materia de requisitos de procedencia. Sobre esta sentencia, resulta oportuno citar los comentarios realizados por su ponente, el Dr. Ortiz Ortiz, R. (2001), quien señaló sobre esta lo siguiente:

“El aspecto mas importante a destacar en esta decisión es la relación entre las medidas cautelares innominadas (parágrafo primero del artículo 588 del Código de Procedimiento Civil) y la tutela constitucional anticipada, recordemos el rompimiento, que esta institución significa, con respecto de la tutela ordinaria, en cuyo caso debe operar cuando los mecanismos ordinarios de protección sea ineficaces o insuficientes. Ciertamente entre la cautela innominada y la tutela anticipada presentan rasgos bien estrechos, pero no hay que olvidar su finalidad: la cautela ordinaria innominada debe cumplir con *periculum in mora* es decir no solo estamos en presencia de un daño de unas de las partes frente a otra (*periculum in damni*) es necesario además, que ese daño pueda hacer que la ejecución del fallo sea ilusoria. La tutela anticipada lo único que persigue es la protección inmediata derecho constitucional que se ve amenazado, o que ha sido transgredido.

Repare el amable lector, que el contenido de la cautela innominada y ;la tutela anticipada pueden “coincidir” (el supuesto de amenaza de daño de un derecho constitucional de una de las partes frente a otra y que además ponga en riesgo la futura ejecución del fallo), pero no siempre esta coincidencia se da en términos absolutos, así por ejemplo, la cautela innominada no es “restablecedora” de situaciones lesionadas, en cambio la tutela anticipada puede lograr un restablecimiento inmediato de la situación infringida o la situación que más se asemeje a ella; en segundo lugar, la cautela innominada no puede dictarse de oficio, salvo en el procedimiento de amparo constitucional por tratarse-el amparo-como un medio de servicio de la Constitución y los derechos fundamentales que le imprime el carácter de orden publico, en cambio que la tutela anticipada- como regla general- en todo tipo de proceso puede dictarse de oficio. La conclusión a la que llega la decisión está en que si se decreta la cautelar innominada (que casualmente en este caso coincidía con el objeto de la tutela anticipada) entonces desaparece el *periculum in dammi*, el cual es un requisito indispensable para la tutela anticipada. Es la razón por la cual se optó en acordar la cautela innominada y declarar improcedente la tutela anticipada.” (p. 450)

De dicho fallo, que se puede interpretar a la luz del comentario que sobre el mismo realiza su ponente con posterioridad, debe destacarse en primer lugar la manera que el fallo pretende establecer una relación de tutela ordinaria y extraordinaria entre la medida innominada y la medida anticipada, cuando en realidad la jurisprudencia hasta la fecha entendió que el carácter anticipado de la medida resultaba canalizable mediante las diversas categorías y tipos de medidas previstas en el ordenamiento.

Además de ello, no existe en el ordenamiento jurídico criterio que develase un supuesto carácter extraordinario de la medida anticipada, para entender que al existir la medida innominada como tutela cautelar ordinaria, la primera resultaba inadmisibile. Por esta razón, resulta poco claro en el comentario, el hecho que ambas medidas pueden “coincidir”, cuando en realidad, como se ha señalado, el carácter anticipado resulta ajeno al medio procesal para su otorgamiento, resultando trascendental la efectividad de la tutela.

Ello revela la necesidad de la unificación de un solo tipo de tutela provisional, concebida de manera unificada en cuanto a sus requisitos y su trámite, quedando en manos del sentenciador la ponderación del contenido de la medida que satisfaga de mejor manera el derecho a la tutela judicial efectiva. De esta manera, la justificación de la tutela provisional que materialice efectivamente el derecho a la tutela judicial efectiva, impondrá la

adecuación de la medida en cuanto a su contenido (anticipativo, asegurativo, conservatorio), cuestión que dependerá de cada caso en concreto. Y en este sentido resulta oportuno lo señalado por la Sala Político Administrativa en las sentencias del 01 de julio de 2003, caso: Mantenimientos, Servicios y Decoraciones Deco 2000, C.A.; y la sentencia del 18 de junio de 2008, caso: Estado Mérida, donde se estableció:

“Igualmente, que las mismas deben ser lo suficientemente acordes con la protección cautelar adecuada para cada caso, para lo cual, el Juez no deberá incurrir en exceso o disminución en cuanto al ámbito o extensión de la medida. Una medida insuficiente hará nugatoria la protección cautelar y una medida exorbitante hará mella de la necesaria ponderación del interés general cuyo garante es la propia Administración Pública, creando a su vez una desigualdad procesal frente a la otra parte en litigio.

Por último, debe señalarse que la medida cautelar constituye un medio para garantizar los efectos de la sentencia definitiva, y como tal, queda sujeta a la suerte de esta última; aún cuando, el contenido de la misma pueda ser, en esencia, similar o de idéntica virtualidad al expresado por el dispositivo del fallo definitivo.”

La consagración en la jurisprudencia de la aplicación de **Medidas Anticipadas** en el contencioso administrativo ha tenido episodios de confusión con otras instituciones, tal como se observa en la sentencia de la Sala Constitucional del 15 de diciembre de 2005, caso: Banco Sofitasa, C.A., en donde se entendió como medida de tipo anticipado, aquellas que pueda dictar el juez con anterioridad a la admisión de la acción principal, como pudiera ocurrir con la medidas cautelares que, rompiendo con el principio o

carácter accesorio, pueden ser dictadas conforme a algunas leyes especiales antes de la existencia del juicio principal (medidas cautelares autónomas). En la misma confusión, en cuanto al verdadero carácter de las Medidas Anticipadas, incurre la Sala Político Administrativa en sentencia del 08 de febrero de 2007, caso: Inspector General de Tribunales, cuando señala:

“Distinto es el caso de las llamadas medidas cautelares anticipadas. Éstas son aquellas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda, cuando la espera del inicio del procedimiento haga temer la imposibilidad de evitar la producción de daños irreparables, lo cual justifica su adopción. Sin embargo, las referidas medidas anticipadas no dejan de ser accesorias e instrumentales con relación al procedimiento judicial que deba iniciarse posteriormente, ya que su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión definitiva a ser dictada en el juicio.

Además, debe resaltarse que en este tipo de medidas anticipadas la falta de inicio oportuno del procedimiento judicial y de la subsiguiente ratificación de aquella, trae aparejado su decaimiento pues, como quedó dicho, su naturaleza sigue siendo accesorio a la acción principal, aunque se acuerde antes de su inicio.

Por otra parte, es menester resaltar que no pueden existir medidas cautelares totalmente autónomas, menos aún si causan un gravamen, toda vez que estaríamos en presencia de una limitación de un derecho indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional. (Vid. sentencia Sala Constitucional de fecha 9 de diciembre de 2005, exp. No. 00-0853). Ejemplos de las referidas medidas anticipadas los encontramos en la Ley de Derechos de Autor, la Ley de Tierras y Desarrollo Agrario, Ley Penal del Ambiente, entre otras.”

Por otra parte, la noción expuesta en la presente investigación acerca de las **Medidas Anticipadas**, permite entender que el objeto de la pretensión provisional es similar, total o parcialmente, a la pretensión de la acción principal, de modo que dicha identidad sólo se distingue por el carácter

provisional de la medida anticipatoria y no definitiva, la cual encuentra su justificación en la realización del derecho a la tutela judicial efectiva.

Siendo ello así, la jurisprudencia da signos de incomprensión acerca de la noción de la medida anticipatoria, al establecer recientemente en sentencia de la Sala Político Administrativa del 16 de enero de 2008, caso: Municipio Caroní del Estado Bolívar lo siguiente:

“Ahora bien, las medidas cautelares son actos judiciales que pretenden anticipar los efectos de un fallo mientras transcurra la tramitación de un juicio, con el fin de salvaguardar el derecho que se arroga el solicitante, por existir riesgo manifiesto de que se produzca un daño irreparable (mientras no se haya dictado la sentencia definitiva) que ponga en peligro la satisfacción del derecho que se invoque. Es por ello que la pretensión cautelar debe estar debidamente justificada, por cuanto en caso de decretarse su procedencia, el Juez dispondrá de actos de ejecución tendentes a impedir que los efectos de la sentencia definitiva sean ineficaces.

En tal sentido, debe advertir la Sala que el objeto de la pretensión cautelar no puede ser el mismo que el de la pretensión principal, por cuanto la decisión sobre este último se dicta una vez concluido el debate sobre los hechos controvertidos, mientras que la decisión sobre aquél se dicta *prima facie*.

Al respecto, la Sala observa que lo pretendido por el Concejo Municipal, en vía cautelar, es decir, el reintegro inmediato de los dozavos correspondientes a los meses transcurridos del presupuesto del ejercicio fiscal de los años 2006 y 2007, hasta el momento en que se incoó el recurso, constituye el objeto de la acción principal, razón por la cual, este Máximo Tribunal no puede pronunciarse de manera preventiva sobre el objeto de la pretensión, pues tal pronunciamiento vaciaría de contenido la sentencia definitiva; en cuya virtud deviene en improcedente la medida cautelar innominada solicitada. Así se declara.”

Asimismo, contrariamente a todo un desarrollo jurisprudencial que de manera previa a la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela había permitido la aplicación de medidas anticipatorias de carácter económico, (similares al référé provisión francés), la Sala Político Administrativa en sentencia del 10 de junio de 2004, caso: Cypress Lane Fund INC., consideró inadmisibles en el marco del escenario cautelar, que ha servido con tales fines, la posibilidad de otorgar tutelas anticipatorias, al señalar:

“Con relación a este dispositivo, la Sala debe advertir que a través de la acción de amparo cautelar, el órgano jurisdiccional, con base en la existencia de presunciones graves de violaciones a derechos constitucionales, debe limitarse a restablecer la situación jurídica lesionada, sin que pueda anular actos administrativos, ni establecer indemnizaciones por medio de este mecanismo de protección constitucional. Debe tenerse en cuenta, que existen otros recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para la anulación de los actos administrativos, con etapas procesales adecuadas a dicho fin, como es el que se ventila en el juicio principal.

Este medio expedito está destinado al restablecimiento inmediato de las situaciones generadas por violaciones constitucionales, entendiéndose que este efecto restablecedor significa poner una cosa en el estado original, sin que se puedan crear nuevas situaciones, lo que impide que a través de este mecanismo constitucional se ordene la inscripción de un documento de compra-venta, ya que “se crearía a favor de las partes objeto de la operación de compra-venta una serie de derechos o status que aún formalmente no ostentan, lo que resulta ajeno y contrario a la naturaleza del amparo constitucional”. (Vid. Sentencia de esta Sala N° 809 de fecha 3 de junio de 2003).”

Este panorama permite observar profundas inconsistencias en la determinación por parte de la jurisprudencia de un escenario claro y seguro

sobre el mecanismos para el empleo por parte del sentenciador de Medidas Anticipadas, de modo que no puede ser expresado un criterio uniforme con relación a los elementos procesales para su utilización, tales como requisitos y formas de tramitación.

Por ello, de seguidas se deberá establecer los elementos comunes que tanto en la doctrina y en la jurisprudencia permitan realizar una aproximación acerca de los requisitos que permitan, con seguridad jurídica, establecer las condiciones para la procedencia de una **Medida Anticipada**.

b. La aproximación al régimen de requisitos para el otorgamiento de las Medidas Anticipadas.

En la Doctrina Procesal ha surgido la discrepancia acerca de cuales son los requisitos de procedencia para el otorgamiento de las **Medidas Anticipadas**. En este sentido pareciera que la diversidad de requisitos aparecen en torno a unos cuantos que moldean y representan las singularidades de la institución en cada sistema jurídico. Corolario de lo anterior se observa de la siguiente manera.

Como consecuencia del análisis del régimen existente en Brasil, a partir de las reformas introducidas luego de la entrada en vigencia del Código Procesal Civil de dicho país, Peyrano, J. (2000), ha señalado como requisitos necesarios para la obtención de una tutela anticipatoria los

siguientes: la prestación de contracautela; los efectos reversibles; prueba inequívoca de la posición del requirente y la concurrencia de una suerte de plus del requirente por sobre “el peligro en la demora” corriente en las medidas cautelares.

Los requisitos del mismo régimen ha sido analizados por Kraiselburd, S. (2000), quien encuentra como requisitos de procedencia de la tutela anticipatoria, la prueba inequívoca que convenza al Juez de la verosimilitud de la alegación, el fundado temor de daño irreparable o de difícil reparación, el abuso del derecho de defensa o manifiesto propósito dilatorio por parte del demandado y la reversibilidad de los efectos.

Nótese que existe congruencia entre las observaciones hechas a la legislación brasileña por parte de los anterior autores, en cuanto a los requisitos de procedencia de la **Medida Anticipada**, con la sola salvedad de la contracautela, observándose además que los requisitos señalados por los autores son los mismos requisitos propios de las Medidas Cautelares. Sin embargo, se evidencia que tales requisitos aparecen en categorías especiales, dado que se exige un mayor grado de los mismos al plantear algo más que la simple verosimilitud para la apariencia del buen derecho y una inminencia en el daño que se puede producir o que se está produciendo.

Por otra parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en fallo de fecha 5 de Febrero de 1998 en el caso *Camacho Acosta*,

reseñado por Peyrano, J. (2000) indicó los requisitos fundamentales necesarios para el dictado de una medida anticipatoria, estableciendo lo siguientes: la existencia de un “perjuicio irreversible”, la apariencia de buen derecho reforzado (fumus bonis iuris denso), y el carácter reversible de la medida.

Se observa en el análisis del precedente que constituyó la sentencia *Camacho Acosta*, que la figura procesal utilizada para otorgar la Tutela Anticipada es la Medida Cautelar Innominada, específicamente la Medida Innovativa y por tanto, parte de los requisitos típicos de la cautela pero agregando calificativos como plus en cuanto al periculum in mora, además de la densidad que se le agrega al fumus bonis iuris.

Por su parte, Pérez Ragone, A. (2000) divide los requisitos de procedencia de la Tutela Anticipada en requisitos reales y requisitos sucedáneos. Los requisitos reales no son mas que el fumus bonis iuris y el periculum in mora de las Medidas Cautelares, sumando las circunstancias que deben ser observadas por el juzgador, mediante una cognición sumaria. Esta situación es la que, según el autor, se traduce en lo que se denomina peligro de irreparabilidad o gravedad de daño actual o eventual, esto es, cuando los efectos del daño sobre el derecho no son reversibles. Igualmente considera el autor que la contracautela no es mas que un requisito de efectivización de la medida y no un requisito real.

Los requisitos sucedáneos, son aquellos que hacen dar por supuesta la existencia de los requisitos reales. Estos son: el abuso de derecho a la defensa por parte del demandado con la finalidad de retardar la realización de un derecho que se configura como evidente; y la conducta abusiva o mala fe procesal con la que actúe el demandado en juicio.

Se observa que se equiparan los requisitos de la Medidas Cautelas a los de la **Medida Anticipada**, sólo agregando la circunstancia de que la potestad jurisdiccional debe estar dirigida a adecuar la tutela preventiva de la manera que mas satisfaga la exigencia del justiciable. La medida debe estar dirigida a satisfacer la exigencia de la Tutela Judicial Efectiva, lo cual se considera asociado directamente a la cláusula de adecuación de la tutela provisional a la que ha hecho referencia la Sala Político Administrativa en las sentencias del 01 de julio de 2003, caso: Mantenimientos, Servicios y Decoraciones Deco 2000, C.A., y la sentencia del 18 de junio de 2008, caso: Estado Mérida, antes citadas.

Lo anterior permite observar una tendencia importante en la doctrina a asociar los requisitos de la tutela anticipatoria a la de las medidas cautelares, destacando el hecho que debe haber un grado de certeza a nivel superior o mayor de *fumus bonis iuris*, así como un plus en cuanto al daño que se puede ocasionar o que se está ocasionando si no se adelantan los efectos de la tutela judicial. Por ello es que para Ferrer (2000) al igual que Peyrano, los requisitos de la **Medida Anticipada** son los mismos que los requisitos de

la cautela; pero agregándoles la intensidad de la cual deben estar revestidos para el otorgamiento de la anticipación de la tutela.

A partir del análisis que Abal Oliú (citado por Moscariello, M. 2000) realiza de la legislación uruguaya, los requisitos de procedencia y de admisibilidad de la Medida Anticipada son la posibilidad o probabilidad de que se dicte, en definitiva, la providencia cuya ejecución se dispone en forma provisional (constituyendo un claro *fumus bonis iuris*), la probabilidad o el peligro de que se esté causando un daño grave adicional al existente al momento del inicio del proceso, la aptitud de la medida para evitar ese daño adicional, disponiendo la anticipación de la sentencia que satisface la pretensión (anticipación que puede ser parcial, en cuyo caso será apta para evitar parcialmente el daño adicional), adecuada proporción entre el grado de probabilidad de que se va a dictar finalmente una sentencia recogiendo, por lo menos, el contenido de la provisional, y la gravedad del daño que se causa por la insatisfacción de la pretensión durante el proceso.

Además de ello, el derecho positivo uruguayo añade a estos presupuestos y requisitos, la prestación de una contracautela que garantice adecuadamente la reparación del perjuicio, eventualmente injusto, que se puede causar a la contraparte con la medida provisional, como mecanismo de reversibilidad de la medida anticipatoria en caso de improcedencia de la pretensión principal.

Se debe destacar el aporte fundamental que expone el referido autor, en lo que refiere a la relación de causalidad que debe haber entre la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora, a fin de que haya una correlación directa y proporcional entre ambos requisitos que permita la debida adecuación de la tutela provisional invocada, operando inclusive como medio de compensación entre ambos requisitos, tal como lo ha aceptado la Sala Electoral en sentencia del 29 de octubre de 2001, caso: Carlos Ricardo Mendoza, en la cual se expresó:

Por otra parte, ha puesto de relieve la doctrina y jurisprudencia extranjera, especialmente la europea, que existen casos en los cuales un escaso cumplimiento del requisito relativo al *fumus boni iuris* (fundamental en condiciones normales para determinar la procedencia o no de acordar una tutela de orden cautelar), puede resultar compensado con los resultados del análisis de los otros requisitos, a saber, el *periculum in mora*, y la ponderación de los intereses afectados, tanto los de los intervinientes en la controversia, como los de la colectividad (al respecto, véase en la doctrina nacional: ORTIZ-ÁLVAREZ, Luis: La protección cautelar en el contencioso-administrativo. Editorial Sherwood. Caracas, 1999), ponderación de intereses que en material electoral adquiere especial relevancia, dada la naturaleza de interés público que en buena parte de los casos debe presidir ésta, a los fines de salvaguardar la fiel expresión de la voluntad soberana del pueblo...

En el continente europeo, Barbero, O. y Carbone, C. (2000) consideran que a la luz de la legislación Alemana, los extremos o requisitos necesarios para el dictado de una medida anticipatoria deben estar dirigidos en primer lugar al grado de conocimiento consistente en una certeza suficiente, al punto de exigirse que puede ser dictada únicamente con la

condición de un alto grado de atendibilidad del pedido. En cuanto a la urgencia para su despacho se exige que se tema la producción de un daño y se requiere que este temor no sea subjetivo, sino objetivo, en relación al hombre medio.

El Derecho positivo Alemán aporta dos términos que necesariamente deben ser observados a la luz de los otros autores ya mencionados. El primer término de valioso aporte es el referido a la certeza suficiente, que puede ser equiparada a lo que supra fuese denominado grado mayor de *fumus bonis iuris* en virtud de la atendibilidad de la tutela que se exige. El segundo término está referido al temor objetivo, el grado mayor, el plus del daño que se puede producir de no ser resuelto el derecho de manera Anticipada.

Las anteriores aproximaciones doctrinales, conjugados con la intención del constituyente en unificar el conjunto de medidas que integran el régimen de protección provisional en el contencioso administrativo en Venezuela (incluyendo el referido a las **Medidas Anticipadas**), permiten afirmar que en obsequio a la simplicidad y acceso al justiciable a este tipo de tutela diferenciada, deben considerarse como requisitos de las Medidas Anticipadas, los mismos que aplican a las medidas cautelares con las singularidades y connotaciones que se revelan en el marco de la Justicia Administrativa.

Ha comentado Carbone, C. (2000), tomando en cuenta las conclusiones tomadas en el Congreso Nacional de Derecho Procesal de Corrientes de 1997, que hasta tanto se regule legalmente, en las leyes procesales, el otorgamiento de las medidas anticipatorias, la misma exigencia del derecho a una tutela judicial efectiva impondrá que las mismas se podrán fundamentar en la potestad cautelar genérica dado algunos puntos en común que guarda con las medidas cautelares.

En este sentido, debe resolverse por la remisión al sistema general concebido en la legislación ordinaria, tal como lo ha señalado la Sala Político Administrativa en la sentencia del 15 de marzo de 2007, caso: Fisco Nacional, en la cual expresó:

“Conforme con el criterio jurisprudencial sentado en el fallo antes transcrito, el cual se ratifica una vez más mediante la presente decisión, estima esta Sala que las exigencias enunciadas en el artículo 263 del vigente Código Orgánico Tributario, no deben examinarse aisladamente, sino en forma conjunta, esto en virtud de que la existencia de una sola de ellas no es capaz de lograr la consecuencia jurídica del texto legal, cual es la suspensión de los efectos del acto impugnado, siendo además, que mal podrían enervarse los efectos de un acto revestido de una presunción de legalidad si el mismo no supone para el solicitante un perjuicio real de difícil o imposible reparación con la sentencia de fondo, o si aquél no ostenta respecto del acto en cuestión una situación jurídica positiva susceptible de protección en sede cautelar.

Tan es así, que las previsiones generales en materia de medidas cautelares contenidas en el Código de Procedimiento Civil, exigen la concurrencia de los requisitos de procedencia de tales medidas, no existiendo en el ámbito contencioso tributario -como tampoco ocurre en el contencioso administrativo- una razón lógica para sostener lo contrario, esto

es, la procedencia de la medida cautelar por la simple verificación de uno de los aludidos extremos. “

La aplicación del régimen ordinario cautelar previsto en el Código de Procedimiento Civil, encuentra justamente en la ausencia de un régimen claro y seguro del elenco cautelar previsto en el contencioso administrativo, la aplicación en el ámbito de la Justicia Administrativa. Existe la inminente necesidad de obtener de manera supletoria la aplicación de un régimen que exprese los requisitos necesarios para toda tutela provisional. Y en este sentido la Sala Político Administrativa en sentencia del 15 de noviembre de 2007, caso: Terminales Maracaibo, C.A. expresó:

“De las normas parcialmente transcritas, se aprecia la previsión de la medida de suspensión de efectos del acto administrativo recurrido, como medida típica del procedimiento contencioso administrativo. Asimismo, se evidencia la supletoriedad de las normas del procedimiento ordinario contenidas en el Código de Procedimiento Civil, únicamente ante el silencio de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela.

En efecto, el legislador estableció una medida cautelar que por la especialidad de la materia, es de aplicación preferente; lo cual no significa que la medida innominada o cualquier protección cautelar dispuesta en otro instrumento legal no pueda ser solicitada y acordada en procesos como el de autos, “en garantía de la tutela judicial efectiva y previo cumplimiento de los requisitos establecidos precisamente, en los artículos 585 y 588 del Código de Procedimiento Civil, a fin de disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa, conforme lo consagra el artículo 259 del Texto Fundamental.” (Vid. sentencia de esta Sala N° 1332 de fecha 26 de julio de 2007).

Se destaca en este sentido, los importantes aportes acerca de los requisitos aplicables a las medidas cautelares señalados por Hernández Mendible, V. (s/f) quien ha estimado que:

“En nuestro criterio, los requisitos siguen siendo, los dos clásicos consagrados en el artículo 585 del Código de Procedimiento Civil, es decir, la apariencia de buen derecho y el peligro en la mora, que en el caso de las medidas cautelares innominadas, está constituido por un presupuesto agravado, que supone la exigencia del "temor fundado de que una de las partes pueda causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho de la otra", es decir, que en lo referente a las medidas cautelares innominadas, no existen tres presupuestos como ha pretendido entenderlo la Corte actuando en función jurisdiccional -recordemos que no lo ha entendido así, cuando ha actuado en el ejercicio de su competencia administrativa disciplinaria-, sino sólo dos requisitos, siendo el referido al peligro en la mora, un presupuesto agravado, que supone no sólo el temor de que el transcurso del tiempo que se debe esperar para que se satisfaga el derecho, haga nugatoria la sentencia que lo reconozca o fruste la satisfacción del derecho, sino que supone el temor fundado de que mientras transcurre el tiempo que se debe esperar para la tramitación del proceso, se puedan causar lesiones graves o de difícil reparación al derecho del solicitante.”

Como se ha sostenido anteriormente, se debe considerar como requisitos de las **Medidas Anticipadas** los mismos que aplican a las medidas cautelares, los cuales deben ser aparecer de manera concomitante para su procedencia, tal como se ha reconocido de manera pacífica en la jurisprudencia en las decisiones de la Sala Político Administrativa del 3 de junio de 2004, caso: Deportes El Márquez, C.A., y ratificadas en los fallos del 30 de junio de 2004; del 11 de agosto de 2004; del 27 de abril de 2006, caso:

Warner Lambert De Venezuela, S.A.; y del 15 de noviembre de 2007, caso: Terminales Maracaibo, C.A., entre muchos otros.

Se debe recordar que dicha concurrencia no resulta aplicable ni a la República ni a los Estados conforme a los privilegios y prerrogativas en el ámbito de los procesos judiciales, ello conforme al artículo 90 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y el artículo 33 de la Ley Orgánica de Descentralización (vid. Sentencias de la Sala Político Administrativa del 07 de febrero de 2007, caso: Procuraduría General de la República; sentencia del 06 de junio de 2007, caso: Municipio Baruta del Estado Miranda; sentencia del 18 de junio de 2008 caso: Estado Mérida, entre otras).

Para concluir, y como de manera diáfana lo ha dispuesto la Sala Constitucional (vid. sentencias del 16 de marzo de 2005, caso: Código del Cuerpo de Seguridad y Orden Público del Estado Aragua; sentencia del 12 de diciembre de 2005, caso: Cervecería Polar C.A.; sentencia del 19 de julio de 2006, caso: Cámara de la Industria Venezolana de Especies Alcohólicas – CIVEA-, entre otras), la procedencia frente a una solicitud de medida cautelar, y de suyo extensible por las razones antes expuestas a las **Medidas Anticipadas**, salvando las singularidades, depende fundamentalmente de que se verifiquen la apariencia de buen derecho (fumus boni iuris) y el peligro en la demora (periculum in mora) y que,

adicionalmente, en el análisis de los mismos se ponderen los intereses en conflicto.

c. En lo relativo a la apariencia del buen derecho.

El primero de los requisitos de procedencia es el olor al buen derecho o *Fumus Bonis Iuris* como le es conocido en la doctrina. El olor al buen derecho aparece en la doctrina con un concepto casi uniforme y por el cual sólo se realiza un juicio de probabilidad o verosimilitud del derecho que se reclama, pudiéndose observar esta noción en las sentencia de la Sala Electoral del 21 de febrero de 2001, caso: Conrado Peñalosa, del 11 de abril de 2002, caso: Bernabé Arana, del 30 de septiembre de 2002, caso: Carlos Julio Rivera y otros, así como de manera reitera y pacífica en la Sala Político Administrativa, destacado, entre otras, en la sentencia del 27 de marzo de 2001, caso: Matadero Yacambú.

Por ello Calamandrei, Piero (1945) señala que el otorgamiento de la tutela provisional supone un juicio de probabilidades y verosimilitud, razón por la cual basta que, según un cálculo de probabilidades, se puede prever que la providencia principal declarará el derecho en sentido favorable a aquel que solicita la medida cautelar, teniendo este juicio de primera fase caracteres de hipótesis.

Este carácter hipotético descansa en el hecho que la verosimilitud del derecho que se reclama no tiene carácter definitivo, en primer lugar, por ser esto propio de la sentencia definitiva (fundamentalmente por su carácter provisional incapaz de producir cosa juzgada), y por otra parte, por plantearse una probabilidad en forma de hipótesis. La justificación de la verosimilitud que se realiza sobre el derecho que se reclama ubica al solicitante de la medida en la situación de ver satisfecho su derecho en el futuro al pronunciarse la sentencia de fondo.

Por su parte Ortíz-Ortíz, R. (1999) relaciona el requisito del olor al buen derecho con la instrumentalidad que la medida cautelar detenta frente al proceso principal ya que según éste la providencia cautelar debe presuponer un calculo preventivo de probabilidades acerca del contenido de la providencia cautelar. Define el *fumus bonis iuris* como la apariencia de certeza o de credibilidad del derecho invocado por parte del sujeto que solicita la medida y señala que la cognición cautelar se limita en todos los casos a un juicio de verosimilitud, de carácter sumario y sin prejuzgar el fondo.

Ese cálculo preventivo de probabilidad del derecho que se reclama o verosimilitud del derecho es el que produce que tal juicio no sea definitivo sino provisional de modo que no prejuzgue el fondo del asunto. El carácter sumario en que aparece la cognición del juez en el ámbito cautelar afianza la

idea que la brevedad y la urgencia de tal juicio de verosimilitud no sea de carácter definitivo.

En este sentido ha señalado Rondón de Sansó (1997) que la sumariedad en la que aparece la medida cautelar no verifica el pleno conocimiento del juzgador sobre el fondo del asunto, y por lo tanto, la urgencia que las medidas cautelares exigen, impide que el sentenciador obtenga la absoluta certeza de que el derecho invocado por el peticionante existe, por cuanto para obtenerlo debería efectuar largas indagaciones asociados a la tramitación del proceso principal, conduciendo al sentenciador a conformarse con tener un elemento que determine su apariencia.

En el ámbito de la **Medida Anticipada**, y en función de ese plus que expone la doctrina como grado superior de certeza, la valoración que hace el sentenciador debe crear una fuerte probabilidad de existencia del derecho, que no alcanza el grado de certeza definitiva por lo acotado del debate procesal, tal como lo ha entendido Carbone (2000).

Por ello es que para el referido autor, el grado de conocimiento necesario a la hora de decretar una **Medida Anticipada** debe ser de una intensidad tal, que exista convicción provisional sobre el proceso, lo cual comprende para el autor, la 'fuerte' probabilidad de asistencia de la razón y el aditamento del daño irreversible o de difícil reparación si no se anticipa la tutela cuando se pide. Tal como lo ha reconocido la jurisprudencia

venezolana, deberá siempre el sentenciador realizar una interpretación conjunta de ambos requisitos mediante la relación de causalidad, lo cual permitirá develar la necesidad de la anticipación de la tutela.

Se trata entonces, y siguiendo el parafraseo que hace Carbone a García de Enterría, de un asunto que va mas allá de la apariencia del derecho en el sentido que se da ordinariamente en la doctrina, no bastando sólo el humo aplicable a las medida cautelares, el cual sirve como punto de partida, sino además el olor y el perfume del buen derecho.

Existe una diferencia evidente entre este grado de conocimiento y el pleno que se requiere para la decisión de fondo, por cuanto el primero es necesario para el despacho de la medida anticipatoria, mientras que el segundo es necesaria para la sentencia de fondo. Este grado de conocimiento encuentra en la probabilidad, su máxima expresión, dado que se obtiene mediante la clara apariencia del derecho que se reclama conjugados por los graves elementos aportados. Al respecto, el autor en referencia señala:

“No está de mas entonces recordar la diferencia entre la probabilidad y la certeza: hay probabilidad, entendida como componente de la certeza suficiente cuando la razón, apoyándose en motivos graves, tiene por verdadero un hecho, pero sólo en el caso de que los motivos poderosos en contrario no hayan completamente desaparecido, y para ir adentrándonos en la diversidad de los conceptos recordemos que aquí la convicción recae en ciertos datos que aun no son lo suficientemente poderosos para producir una certeza...la probabilidad es un concepto no definitivo y sólo justificará una

sentencia de mérito si alcanza o era suficiente para conocer con certeza el hecho: si se desvaneció la posibilidad de lo contrario.” (ob. cit., p. 130).

En este sentido, se cree que este requisito debe ser visto desde el enfoque del conocimiento que sobre la litis tiene el juez dentro de un proceso, el cual puede ser horizontal, cuando se trate de la amplitud de dicha cognición, esto es, si es parcial o total, o, puede enfocarse verticalmente cuando se trata del grado de la misma, es decir, si hay un mayor o menor grado de conocimiento, tal como lo ha expuesto Pérez Ragone (2000).

Para el autor, la verticalidad representa el ámbito de profundidad del conocimiento, elaborando una clasificación que parte desde una cognición superficial, en la cual existe un simple juicio de verosimilitud *stricto sensu*, como la requerida para admitir una demanda; por otra parte, una cognición sumaria, en la cual existe un grado mas profundo como el requerido en la concesión de una cautelar, la cual, en determinados circunstancias puede ser una cognición sumaria profundizada, donde el grado es el de la verosimilitud probable o certeza probable sucedánea (fuerte probabilidad), requerido para el otorgamiento de la medida anticipatoria; y por último, la cognición exhaustiva requerida para sentencia definitiva.

Dicho grado de conocimiento, y siguiendo al respecto a Eguren, M. (2000), debe ser el necesario para tener una certeza provisional de la pretensión que será tutelada en dicho plano del proceso judicial. De allí que

un importante sector de la doctrina y la jurisprudencia observen en el carácter reversible de la tutela provisional, esto es, la posibilidad de revocar la tutela otorgada de manera anticipada y retrotraer sus efectos, un claro mecanismo para determinar el grado de la certeza profunda, provisional y no definitiva de dicho conocimiento.

Este grado de probabilidad debe ser alto, y entendido a su vez como la previsibilidad de que un hecho o circunstancia se lleve a cabo. En este sentido debe haber una relación directa del grado del conocimiento que se obtiene como requisito y su causalidad con el daño que puede ser ocasionado. Esta causalidad en algunas circunstancias hace que el daño que se puede ocasionar o que se está ocasionando, vincule al juez de tal manera, que no hace falta tal magnitud de certeza, dado que ésta viene dada por el mismo daño que se ocasiona o se puede ocasionar. De allí que la previsibilidad del daño juegue un papel fundamental en cada circunstancia fáctica.

Sin embargo, la doctrina tradicional no se ha visto muy congraciada con la idea de un juicio de certeza tan profundo para el otorgamiento de medidas provisionales, bien sean cautelares, bien sean anticipadas. Esta animadversión es una reminiscencia de la doctrina tradicional que se inclina por pensar que tal situación significaría un pronunciamiento sobre el fondo, un prejuzgamiento que crearía la incompetencia subjetiva del tribunal por adelantar opinión.

En la doctrina tradicional, así como en la jurisprudencia, existe cierto temor a plantear el tema del conocimiento sumario que debe obtener el juez para el otorgamiento de una medida provisional, bien se cautelar, bien sea anticipada. Se asume que la labor realizada por el juez al verificar la *Certeza Suficiente* para acordar la *Tutela Anticipada*, por lo general podría llevarlo a quebrantar el Derecho Fundamental de ser Juzgado por los Jueces Naturales, dado que carecería de imparcialidad, la cual constituye una garantía de que la función jurisdiccional sea ajustada al Derecho y a la Justicia. Su quebrantamiento significaría lesionar las bases más sólidas de la actividad jurisdiccional.

El quebrantamiento de la imparcialidad que debe estar siempre presente al momento de decidir crea una incompetencia subjetiva por parte del operador de justicia. La garantía del ejercicio de la Jurisdicción desde el punto de vista subjetivo, reposa sobre el titular del órgano que es el Juez. Este, como elemento integrador del sistema de justicia debe llenar los extremos de *imparcialidad*, objetividad, idoneidad, etc.

Tal argumento ha servido de base para que se piense que por medio del juicio sumario denso y profundizado necesario para otorgar la ***Medida Anticipada***, el juez adelanta opinión y se incurra en lo que la doctrina ha denominado falta de capacidad subjetiva del órgano. En este sentido Ortíz Álvarez, L. (1999) ha señalado:

“Otra de las tendencias –actualmente excesiva y distorsionada- de nuestra jurisprudencia –apoyada a veces por algunos rezagados doctrinarios- ha sido la de sostener, sin mayores explicaciones técnicas, que la medida de suspensión de efectos, y en general las medidas cautelares son improcedentes cuando estas pueden prejuzgar sobre el fondo o anticipar éste.” (ob. cit., p. 333).

Al respecto Carbone, C. (2000), considera que en distintos ordenamientos jurídicos extranjeros, estas decisiones anticipadas las toma el juez instructor, mientras que la causa principal la decide el juez de juicio, tal como pudiera ocurrir hoy en día en Venezuela con la forma en que se encuentra organizada la administración de la justicia laboral, lo que pudiera servir como orientación para una reforma en el contencioso administrativo.

Esta suerte de actitud hacia el prejuzgamiento ha sido resaltada y criticada por la doctrina patria. Al respecto el autor venezolano Ortíz Alvarez, L. (1999) realiza una consideración que puede ser llevada al escenario de la **Medida Anticipada**; dado que para él, aún siendo un conocimiento profundizado, como ocurre en el caso de la anticipación, el mismo es de naturaleza preventiva, dirigido a que el proceso no cause un daño a quien tiene la razón. En este sentido señala:

“Al tener el juez que actuar en condiciones de urgencia y tener que conformarse con la apariencia de los alegatos de nulidad, la función del juez en sede cautelar, por muy detallada que pueda –e incluso deba- presentarse, no pasará de ser nunca más que un “preventivo cálculo de probabilidad”, para utilizar la conocida expresión de CALAMANDREI.” (ob. cit., p. 336).

En este sentido, considera Vargas, A. (2000) que la decisión anticipatoria no configurará prejuzgamiento debido a que la misma no constituye una sentencia definitiva, sino por el contrario adelanta los efectos de la misma con carácter provisional. El referido autor estima que no debe confundirse la “anticipación de los *efectos* de la sentencia” con “anticipación de la sentencia”. Para ello, según el autor, hay que partir de la eficacia de la sentencia como norma jurídica, la cual, en el caso de la sentencia interlocutoria que otorga una medida anticipada, produce no un adelanto de opinión, sino un adelanto de la tutela en un plano provisional.

De allí que en los tiempos actuales de profundización del derecho a la tutela judicial efectiva, incluyendo la de tipo provisional, no debería privar la idea de que tal tipo de conocimiento signifique adelantar opinión sobre el fondo. Contrariamente el juez debería enfrentarse a la realidad de la tutela que se exige y hacer uso de la forma más idónea de satisfacerla.

Sin embargo, esta no ha sido la posición de la jurisprudencia venezolana, la cual ha desconocido los grados del conocimiento que se pueden emplear para determinar la configuración de este requisito para el otorgamiento de una medida provisional. Se cree en este sentido que el asunto no debería ser tratado como un problema de admisibilidad de la vía provisional, sino de improcedencia en cada caso, la cual se obtendrá de los

resultado de la valoración de los elementos de convicción en los diversos grados del conocimiento antes analizados.

Por el contrario, la Sala Constitucional en sentencia del 21 de junio de 2005 caso: Willian Claret Girón Hidalgo, señaló lo siguiente:

“Igualmente, se ha señalado que, por ser cautelar la naturaleza de los amparos ejercidos de forma conjunta con las acciones de inconstitucionalidad, éstos no pueden ser acordados cuando para la determinación de su procedencia o no, se tenga que realizar un examen de las normas impugnadas que, de tal modo, se esté analizando cuestiones que corresponden al fondo del asunto, como lo sería en este caso el análisis sobre la Resolución impugnada, razón por la cual se niega dicha solicitud de suspensión y así se decide.

Por otra parte, respecto de la solicitud de cautela innominada de suspensión –mientras dure el juicio- del Reglamento de Castigos Disciplinarios No. 6, a juicio de la Sala, en el caso de autos, dicha pretensión excede del simple análisis de presunción de buen derecho y del peligro en la mora como requisitos esenciales para acordar una medida cautelar, ya que ésta requiere un examen detenido de lo denunciado, lo cual conllevaría igualmente a un pronunciamiento sobre los vicios imputados que agotaría el objeto del recurso principal, por lo cual dichas denuncias deben ser determinadas o no en la resolución del fondo del asunto y no con ocasión de una cautela, la cual se caracteriza -como toda medida cautelar- por su provisionalidad o temporalidad y por su efecto preventivo para proteger los derechos de quien lo solicita, sin que, con su decisión, pueda adelantarse opinión sobre el fondo.

De allí que, a juicio de la Sala, en el presente caso, lo solicitado a través de las medidas implica la intromisión en cuestiones que corresponden al análisis final que esta Sala deba hacer respecto a la solicitudes de inconstitucionalidad formuladas (vid, sentencia del 15 de julio de 2003, caso Ricardo Enríquez, Daniel Oquendo y Enrique Chacón); por lo tanto, se niegan las medidas cautelares solicitadas por la parte recurrente. Así se declara.”

En igual sentido, la misma Sala en sentencia del 19 de julio de 2005, caso: Nulidad del artículo 23 de la Ley Especial de Protección al Deudor Hipotecario de Vivienda, señaló lo siguiente

“No cabe duda que para analizar si existe una presunción de buen derecho en el presente caso, habría que definir el modo en que se afectaría la cláusula valor en los contratos de préstamos hipotecarios de vivienda, cuando el precio fijado es en dólares. Esto a su vez, llevaría a esta Sala a revisar los mecanismos de actualización del valor de la moneda y, más aún, la estructura de los diferentes contratos de préstamos hipotecarios en dólares, análisis que no puede realizarse en esta etapa del proceso para otorgar la cautelar solicitada, pues evidenciaría un pronunciamiento de fondo incuestionable.

En cuanto al segundo de los argumentos presentados, la violación del principio de razonabilidad y proporcionalidad de la norma impugnada, éste implica la verificación de que el legislador no ha sido arbitrario o ha actuado caprichosamente, pues la norma elaborada debe adecuarse respecto del derecho fundamental desarrollado en ella al contenido constitucional declarado, por lo que este principio apunta a los objetivos o fines de la norma. Todo esto “(...) implica la obligación del juez constitucional de indagar sobre la adecuación de los medios escogidos por el legislador para lograr los fines constitucionalmente previstos (...)”. De tal manera, que el análisis de tales razonamientos esbozados por los actores, no deja alternativa alguna para realizar algún pronunciamiento tangencial al respecto, de manera que no descubra el sentido de la decisión de fondo que deba tomarse.

En ese sentido, cuando defienden que de conformidad con el principio así definido, “no puede considerarse como un fin legítimo el desconocer elementos esenciales de un contrato, dándole efectos retroactivos a una norma jurídica prohibitiva”, así como tampoco puede admitirse que la norma cuestionada exceda “(...) los principios rectores de la misma LEPDHV (sic) cuando se refiere a cualquier vivienda y no sólo a las viviendas principales, en contraposición a los establecidos en el artículo 53 eiusdem”, no permiten los recurrentes que pueda estudiarse cautelarmente la finalidad de la norma o el objeto protegido por la ley, pues evidentemente serían aspectos que avizorarían la solución definitiva.

En conclusión, si los tres principios constitucionales alegados como conculcados por la última parte del artículo 23 ejusdem, relativo al otorgamiento de créditos hipotecarios en moneda extranjera y según el cual en tales casos deberá reponerse el mismo a su estado original en bolívares al tipo de cambio de referencia vigente para la fecha del contrato, giran alrededor de los efectos de la norma en la cláusula valor en la cual hacen tanto hincapié los solicitantes, ésto implica el estudio pormenorizado de la estructura del crédito otorgado en dólares, para así determinar la posible lesión denunciada, lo cual, sin duda, no sería parte de un pronunciamiento provisional, sino un verdadero adelanto del fondo de lo planteado en el recurso principal, razón por la cual se hace innecesario analizar los demás requisitos de procedencia. En ese sentido, se ha pronunciado pacíficamente la Sala (Vid. Sentencia N° 1.939 del 15 de julio de 2003, caso: “Ricardo Henríquez y Otros”). De tal manera que, apenas asomar en el presente caso una simple decisión al respecto, desnaturalizaría la figura de la medida cautelar innominada, de allí que esta Sala concluya en la improcedencia de la medida cautelar innominada planteada. Así se decide.”

Por su parte, la Sala Político Administrativa en las sentencias del 29 de mayo de 2002, caso: Juan Serva Cammarano, ratificada en la sentencia del 25 de junio de 2003, caso: Consorcio Industrial Ganadero Ospino (CIGO), C.A. y la sentencia del 25 de febrero de 2004, caso: Cooperativa de Transporte de Pasajeros Comunidad 93, ha expuesto la siguiente doctrina jurisprudencial:

“De otra parte, estima la Sala que en el presente caso, el amparo constitucional no es la vía idónea para obtener una tutela cautelar anticipada, ya que el acuerdo impugnado, revoca la concesión de administración y explotación del Matadero Municipal de San Felipe del Estado Yaracuy otorgada al recurrente, alegando incumplimiento contractual. Luego, al encontrarse en juego el interés colectivo derivado de la prestación de un servicio público, no podría restablecerse la situación jurídica infringida, esto es, devolver la concesión al

actor, sin verificar que éste hubiese cumplido con los deberes que le imponía la ejecución de la misma, lo cual conllevaría a una confrontación probatoria entre las partes y a la revisión del contrato suscrito, desvirtuándose la naturaleza del amparo constitucional. “

Se debe reparar en el hecho que la mayoría de los fallos judiciales inhiben entrar al conocimiento de la pretensión con el objeto de estimar la procedencia de una protección provisional. Se funda esta posición en que tal circunstancia requeriría un examen definitivo de la controversia, obviado que lo que se requiere en este estado de la tutela, es un conocimiento profundo pero no definitivo del contenido de la pretensión provisional.

En todo caso, el asunto entonces no estriba en la idoneidad de la medida provisional solicitada (suspensión de efectos, medida innominada, amparo cautelar), esto es, no se trata de un asunto de inadmisibilidad del remedio procesal provisional, sino de la generación de los suficientes elementos de convicción, que en un grado resaltante del conocimiento sobre la pretensión, permitan estimar la procedencia de la tutela provisional invocada.

d. En lo relativo al peligro del daño.

El segundo y último de los requisitos de procedencia para el otorgamiento de las medidas cautelares, y conforme se ha expuesto extensible a las Medidas Anticipadas, es el *periculum in mora* o peligro en la

demora producto de los trámites ordinarios del proceso y la posibilidad de que éste tiempo haga ilusoria la futura ejecución de la sentencia.

Se le atribuye a Calamandrei en 1945 haber establecido un concepto integral de lo que debe ser entendido por el peligro en la demora o *periculum in mora*. Para el citado autor el *periculum in mora* puede presentarse de dos formas dentro del proceso. Una primera forma se presenta como un peligro relacionado con la duración natural del proceso y la posible insatisfacción de la ejecución de la sentencia. En este sentido señala:

“Algunas de las providencias cautelares...no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente de suministrar anticipar los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza...o la ejecución forzada...del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente más favorables; en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz.” (ob. cit., p. 71).

Una segunda forma se presenta como un daño que aparece inminente, no susceptible de ser asegurado, sino satisfecho. En este sentido señala:

“En cambio en otros casos [haciendo referencia a la letra c) de la clasificación cautelar propuesta por él y la que en este trabajo se denomina Tutela Anticipada] la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituida ... precisamente la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre el que se contiene en el juicio de mérito.” (ob. cit., p. 72).

Como ya fue señalado supra, Calamandrei señala cuatro tipos de providencias cautelares, como lo son: a) las providencias instructorias anticipadas; b) las providencias dirigidas a asegurar la ejecución forzada; c) la anticipación de providencias decisorias; y d) las cauciones procesales. De esta clasificación se desprende la existencia de dos tipos de peligro en la mora o *periculum in mora*. Al respecto considera el autor:

“Algunas de las providencias cautelares (y precisamente las consideradas bajo las letras a, b, d) no tratan de acelerar la satisfacción del derecho controvertido, sino solamente suministrar anticipadamente los medios idóneos para conseguir que la declaración de certeza (sub a) o la ejecución forzada (sub b, d) del derecho, se produzcan, cuando la lentitud del procedimiento ordinario lo consienta, en condiciones prácticamente favorables: en otras palabras, lo urgente no es la satisfacción del derecho sino el aseguramiento preventivo de los medios aptos para determinar que la providencia principal, cuando llegue, sea justa y prácticamente eficaz. Por esto, aun después de la emanación de la providencia cautelar, la relación sustancial continua teniendo el carácter de controvertida y el de no prejuzgada...”(ob. cit., p. 71).

Se observa en el análisis del texto transcrito, que el autor asomaba la singularidad del daño que puede existir en las diferentes formas de lo que para él forman el escenario cautelar. Sin embargo, lo que se debe destacar se encuentra en la afirmación por la cual, las providencias anticipatorias, requieren una especie *sui generis* de daño. En este sentido señala el autor:

“En cambio en otros casos (y precisamente en los considerados bajo la letra c), la providencia interina trata de acelerar en vía provisoria la satisfacción del derecho, porque el *periculum in*

mora esta constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la formación o para la ejecución de la providencia principal sobre el mérito, sino precisamente por la prolongación, a causa de las dilaciones del proceso ordinario, del estado de insatisfacción del derecho, sobre que se contiene en el juicio de mérito.” (ob. cit., p. 72).

Así se tiene que el daño irreparable o de difícil reparación pareciera tener una especie propia y singular en el escenario de la Tutela Anticipada. Sin embargo, el tránsito en la doctrina sobre este requisito se ha visto mas centrado en la discusión acerca de su vinculación con la Certeza Suficiente.

Se considera importante la concepción del peligro en la demora de las medidas cautelares a la cual llega Ortíz-Ortíz, R. (1999). En este sentido define al *periculum in mora* de la siguiente manera:

“Es la probabilidad potencial de peligro de que el contenido del dispositivo de la sentencia pueda quedar disminuida en su ámbito económico, o de que de una de las partes pueda causar un daño en los derechos de la otra, debido al retardo de los procesos jurisdiccionales, con la lamentable consecuencia de quedar burlada la majestad de la justicia en su aspecto practico.” (ob. cit., p. 43).

Al considerar los elementos que componen el peligro en la demora, como requisito de las medidas cautelares, el autor citado considera que la misma se funda en dos aspectos a saber:

- a) “La falta de aptitud del proceso para dictar una sentencia que dirima el conflicto en un tiempo suficiente para garantizar el derecho de defensa de las partes y al mismo tiempo una justicia rápida y eficaz, tal como abogan la

mayoría de los textos sobre Derechos Humanos y las modernas Constituciones Políticas de los países...

- b) La segunda consideración es en torno a la presunción derivada de hechos por parte del deudor y de su morosidad o bien, de acciones que permitan deducir su manifiesta insolvencia, o que se encamina a insolventarse.” (ob. cit., p. 44-45).

Por su parte Rondón de Sansó, H. (1997) considera que el *periculum in mora* traduce y alude “al riesgo de que pueda hacerse nugatorio el contenido decisorio del fallo; a la urgencia de asumir determinada providencia; y al imperativo de conservar el estado actual de las cosas” (ob. cit., p. 320).

La autora venezolana sigue la concepción expuesta por Calamandrei al observar dos formas diferentes para la manifestación del *periculum in mora*, a saber: a) el peligro de que sea imposible la ejecución de la sentencia definitiva por carecer el deudor para esa fecha de los bienes necesarios para atender a su condenatoria; y b) el *periculum in mora* que se basa en el temor de que el paso del tiempo haga ineficaz la sentencia definitiva. Especial referencia merece esta segunda forma de *periculum in mora*, toda vez que se denota la posición de la autora en cuanto a la naturaleza cautelar de la **Medida Anticipada**. Según la autora:

“En tales casos estamos ante una pretensión que recae directamente sobre la relación sustancial, y por ello se le denomina como **provisoria anticipativa** por cuanto constituye una medida provisoria vinculada con el mérito del acto. Esta providencia permite a las partes que la soliciten satisfacer inmediatamente el derecho que le ha sido

reconocido, como es el caso de la pensión de alimentos. A este tipo providencia, se le denomina, **medidas anticipativas** porque adelantan la satisfacción de la pretensión principal.” (ob. cit., p. 322).

Por su parte Abal Oliú, citado por Moscariello, M. (2000) señala que para el dictado de una ***Medida Anticipada***, es necesario que se acredite la probabilidad o el peligro de que se esté causando un daño grave adicional al existente al momento del inicio del proceso por la insatisfacción de la pretensión durante el mismo. Señala que no se trata de que exista un peligro en la inexecución de una futura sentencia, como sucede en las medidas cautelares, sino de la seguridad de que se causa un daño real y actual, posición que pareciera compartir la jurisprudencia de la Sala Político Administrativa expresada en sentencia del 11 de mayo de 2000, caso: Avenza, criterio que se ratifica en la misma Sala en sentencias N° 701 y 714 del 14 de mayo de 2003. Por ello, no puede proceder la protección provisional contra el daño eventual como lo expresó la misma Sala en sentencia del 20 de enero de 2000, caso: Farmacia Aeropuerto.

Se cree que la existencia real de un daño supera incluso el criterio tradicional del temor razonable que había sido parte de la doctrina de la Sala Político Administrativa establecido a partir de sentencia del 22 de noviembre de 1990, y que sirvió de fundamento para analizar tal requisito en la jurisprudencia de la Sala Electoral expuesto en sentencias del 07 de febrero de 2001, caso: Autoridades de “Administrativo”; sentencia del 01 de marzo de

2001, caso: Representantes del Parlamento Andino; sentencia del 12 de noviembre de 2001, caso: Felipe Oliveros; y la sentencia del 14 de noviembre de 2001, caso: Sindicato de Trabajadores del Petróleo del Municipio Simón Rodríguez, entre otras.

El primer planteamiento conflictivo en la doctrina, parte en establecer cual es la relación entre ambos requisitos, teniendo por tanto posiciones encontradas acerca de la vinculación directa y/o proporcional entre los mismos. Así se tiene que un sector parte por identificar al daño irreparable o de difícil reparación como parte integrante del concepto de certeza suficiente u apariencia fuerte del buen derecho. En cambio, otro sector de la doctrina reconoce la relación que existe entre ambos requisitos por ser concurrentes para el otorgamiento de la **Medida Anticipada**, pero afirman e insisten en que ambos requisitos tienen sus características propias.

El primer sector relaciona el Daño Irreparable con la Certeza Suficiente, requisito tratado anteriormente. Al respecto Peyrano, J. (2000) asocia el concepto de daño irreparable, como integrante del concepto de certeza suficiente y afirma que esto no es ya el peligro en la demora sino la proximidad directa de que el requirente demuestre el riesgo de sufrir un perjuicio irreparable o de difícil reparación.

Contrariamente, Carbone, C. (2000) se ha pronunciado a favor de separar la magnitud de cada requisito, debido a las distintas maneras de

cómo se puedan presentar dentro del proceso. El autor afirma que el daño irreparable o de difícil reparación se agota con el otorgamiento de la *Medida Anticipada*, mientras que la certeza suficiente es revisada posteriormente al producir la sentencia definitiva. Al respecto señala:

“Tal dicotomía es dable de entender si se tiene en cuenta que el tema de la verosimilitud o apariencia del derecho para las medidas cautelares, fuerte probabilidad para las medidas autosatisfactivas y certeza suficiente para los despachos interinos de fondo, de alguna manera es revisado en la sentencia de mérito, pero el de peligro, o con mayor precisión, la irreparabilidad del perjuicio, una vez aceptado por el juez adquiere plena eficacia siendo irrelevante revisarlo en la sentencia de mérito.

Decimos que el concepto de daño irreparable es evaluable aquí y ahora. El de apariencia ahora y después.” (ob. cit., pp. 134-135).

Por otra parte, a partir de las diferentes formas de conocimiento que puede haber para el otorgamiento de los distintos institutos enunciados por Carbone, surge la necesidad de aclarar qué tipo de daño irreparable o de difícil reparación se requiere para el otorgamiento de la ***Medida Anticipada*** y su posible diferenciación con el *periculum in mora* requerido para las medidas cautelares.

Esta diferenciación entre el clásico peligro en la demora como sustento de las medidas cautelares y el daño irreparable o de difícil reparación al que se hace alusión en la doctrina para el otorgamiento de la ***Medida Anticipada***, ha sido desarrollado por Dittrich, citado por Carbone, C. (2000), cuando estima que el peligro en la demora estaría dado como

sustento de las medidas cautelares clásicas, ligado a la alarma traída por la tardía aparición de la sentencia de mérito, alentándonos para ello la aguda observación de la doctrina italiana cuando admite que la existencia de un *periculum in mora* en el proveído anticipatorio esta *particularmente calificado*.

Dicha calificación, según Carbone, C. (2000), está hecha precisamente por: a) El daño irreparable (abarcativo a estos fines “de difícil reparación”), que es típico para lanzar despachos interinos de fondo, y se traduce en una barrera para el acaecimiento del perjuicio; y b) la inminencia del mismo.

Tal afirmación es la que sirve de base en el momento que se relacionan los requisitos de procedencia, en el sentido de que el daño clásico que existe en el peligro en la demora de las medidas cautelares, es clásico en el sentido de que sobre el derecho ha habido un mero juicio de verosimilitud, de allí que el requerimiento de la **Medida Anticipada** sea aquel que arroje una *fuerte probabilidad* para poder otorgarla aunada a la irreparabilidad del daño o en todo caso su difícil reparación. De esta manera queda resuelta la relación e independencia entre uno y otro requisito.

Por otra parte, se observa que se han establecido dos elementos que integran el concepto de este segundo requisito que según la doctrina son necesarios para la procedencia de la tutela anticipatoria. El primer elemento es la existencia del daño que debe ser irreparable o de difícil reparación, que

realmente inhiba el acaecimiento de la razón de ser del proceso, el cual es la materialización de que la Justicia que se reclama sea efectiva.

El segundo elemento que integra el concepto de este requisito, es que el daño sea irreparable o de difícil reparación dada la inminencia que se produciría de no ser acordada la tutela. En cuanto a la referida inminencia del daño, ésta debe verificarse de forma que el hecho dañoso sea inminente al prolongarse en el tiempo y por lo tanto se sufra una agravación de la situación jurídica que merece ser tutelada por el estado de insatisfacción del derecho del actor. Este evento dañoso debe estar claramente despejado de una serie de hechos para que sea procedente la tutela.

Tal inminencia del daño se encuentra directamente vinculada al derecho que se reclama, que de no ser tutelado de manera anticipada, podría verse inexistente para el momento en que la tutela ordinaria pretenda satisfacerlo, en virtud de que el derecho debía ser satisfecho en el momento preciso que sólo pudo haber tutelado una forma anticipada de protección y no por falta de asegurarse mediante una medida cautelar. En este sentido señala Carbone (2000) que:

“El daño irreparable consiste en la futura restricción de concretos intereses tutelados durante todo el tiempo necesario para la realización de los mismos por el órgano judicial, sosteniendo nosotros que así emerge la certeza suficiente de una laceración inminente o efectiva del derecho reclamado, consiste en el “riesgo del perecimiento de la pretensión” si no es anticipada la tutela. Por eso es irreversible el gravamen que puede sufrirse.” (ob. cit., p. 136).

El autor realiza una individualización que permite identificar y circunscribir la existencia del daño irreparable o de difícil reparación a la inminencia y la irreversibilidad del daño que de éste se deriva de no ser otorgada la tutela anticipatoria. Con ello refuerza la autonomía de este requisito frente a la certeza suficiente, en la medida de que esta última permita visualizar la inminencia y magnitud del daño y la necesidad de que éste no recaiga sobre la pretensión o derecho reclamado al ser otorgada la **Medida Anticipada**.

Sin embargo, se debe puntualizar las condiciones del tiempo en las cuales aparece la inminencia del daño irreparable o de difícil reparación, en virtud de que, según el autor la urgencia no es condición esencial de la **Medida Anticipada**, ni mucho menos del daño irreparable como requisito del grado de conocimiento necesario para su decreto. Tal afirmación surge como producto del análisis somero que realiza a las disposiciones legales extranjeras que prevén la institución en cuestión.

Observa Carbone (2000) que en ninguna de las normas que aparecen en el contexto general del derecho comparado que prevén la institución de la **Medida Anticipada** se ha establecido *la urgencia* como un requisito para la procedencia de la anticipación. En este sentido señala:

Lo expuesto revela que en ese ámbito internacional es válido distinguir el concepto de posibilidad para el grado de convicción

de despacho de la medida cautelar, siempre entendida como *fumus bonis iuris*, y que nos habilita a dejar el concepto de probabilidad para el despacho interino de fondo.

Pero por las razones de urgencia y lo limitado del conocimiento no requieren, al igual que las medidas cautelares, una cognición exhaustiva y minuciosa con amplios debates en aras de efectivizar la tutela jurisdiccional, lo que generaría una decisión de evidencia propia de los debates alongados y contradictorios. (ob. cit., pp. 125-126).

Por su parte Eguren (2000) ha señalado que además de la existencia de una fuerte probabilidad del derecho o *certeza suficiente* que invoca el actor, es necesario probar la concurrencia de una serie de circunstancias que justifiquen el dictado de la anticipación de tutela, dentro de las cuales se señala el perjuicio irreparable o de difícil reparación, sin que esta inminencia esté vinculada de manera alguna a la urgencia, dado que la misma no es esencial a la **Medida Anticipada**; en este sentido concluye:

“...ni siquiera la urgencia constituye un requisito sine qua non para su despacho, en tanto que si es requerida siempre la manifestación de una situación de desequilibrio en las condiciones en que cada una de las partes transita por el proceso.” (ob. cit., p. 312).

La jurisprudencia venezolana se ha encargado de desarrollar con relación a este requisito, las condiciones necesarias para su determinación y prueba del daño, estableciendo la imposibilidad de otorgar la tutela provisional en supuestos de narraciones genéricas de daños o que no revistan de manera palpable la inminente producción de la lesión a la esfera de los derechos del justiciable. Al respecto la Sala Constitucional en

sentencia del 9 de mayo de 2006, caso: Alcalde del Municipio San Cristóbal del Estado Táchira, ha señalado lo siguiente:

“En criterio de la Sala tal planteamiento resulta en exceso genérico, pues no se refiere a una situación jurídica concreta, desde el punto de vista subjetivo ni objetivo, que diera lugar a la existencia de presunción grave del daño que de manera actual o inminente se produjera y cuya protección ameritaría la suspensión de los efectos de la ordenanza que se impugnó. Tal como sostuvo esta Sala en anteriores oportunidades (Sentencias de 13-6-02, caso Ordenanza de Timbre Fiscal del Distrito Metropolitano de Caracas y de 11-12-02 Caso Corporación La Baraka C.A.) :

“...no basta con que los recurrentes aleguen los perjuicios que ocasionaría la aplicación de la normativa cuya suspensión solicitan, sino que es necesario que se aleguen hechos concretos de los cuales nazca la convicción de un perjuicio real y personal, correspondiéndole a éstos probar suficientemente la existencia del daño y la imposibilidad o dificultad de su reparación futura, elementos de convicción que llevarían a esta Sala a advertir el daño alegado sin que ello implique pronunciamiento sobre el fondo”.

Asimismo, no se desprende de autos, ni fue acompañado medio de prueba alguno del que se evidencie la existencia de un perjuicio irreparable o de difícil reparación por la definitiva o, en todo caso, que pruebe la inminencia de un perjuicio tal. En efecto, estima la Sala que de declararse con lugar la nulidad ejercida, la Sala podrá acordar los efectos de su decisión en el tiempo; además, no se evidencia que se le pueda causar al Alcalde recurrente, un perjuicio en su administración que sea irreparable.

Con fundamento en lo anterior y por cuanto no se cumplen los supuestos que deben, concurrentemente, verificarse para la procedencia de la medida cautelar, estima esta Sala, sin que se prejuzgue sobre el fondo del recurso de nulidad, que la medida resulta improcedente. Así se declara.”

En igual sentido se ha pronunciado la Sala Político Administrativa con relación a la indicación específica del daño, refiriéndose a “hechos dañosos concretos” en sentencia del 13 de febrero de 2003, caso: Refriquin y del 10

de junio de 2003, caso: Ángel Mendoza. Asimismo, en sentencia de 03 de febrero de 2004, caso: Enrique José Pardo, la Sala reiteró su criterio en torno a la carga de la identificación del daño así como los medios de la comprobación del mismo, al indicar:

“...En efecto, se reitera, no basta con indicar que se ha causado un perjuicio, sino que deben señalarse los hechos o circunstancias específicas que considere la parte afectada, le causan un daño o perjuicio irreparable, aportando al juicio los elementos suficientes que permitan al órgano jurisdiccional concluir objetivamente sobre la irreparabilidad del mismo por la definitiva, explicando, en el caso concreto, cómo la cantidad a que se contrae la sanción afecta su capacidad económica; siendo necesario acompañar algún medio probatorio del cual pueda colegirse lo afirmado por el solicitante y dado que los apoderados del recurrente no presentaron pruebas que demuestren que la cantidad arriba señalada es un monto significativamente elevado para su representado, y por ende su difícil situación económica, esta Sala considera, que en esta etapa no puede determinarse perjuicio patrimonial que justifique la medida cautelar...”

Estos criterios han sido reiterados de manera pacífica en la jurisprudencia del máximo tribunal de la República, los cuales no apuntalan la verdear caracterización del daño en directa relación de causalidad con el grado de conocimiento que debe ostentar el sentenciador para determinar la procedencia de la tutela provisional, empero si sobre las condiciones y cargas procesales para la efectiva comprobación del mismo, no existiendo en la jurisprudencia elementos que permitan caracterizar un plus en el requisito en referencia en lo que respecta al otorgamiento de la **Medida Anticipada**.

e. La ponderación de intereses como criterio de evaluación del sentenciador.

La doctrina (Isabel Boscán, Ortiz Álvarez, entre otros), y así lo ha receptado la jurisprudencia, ha indicado la necesaria ponderación de los intereses debatidos en el proceso, como mecanismo de compresión de la medida que sea acorde con el interés general. De manera indisoluble la tutela invocada en el proceso contencioso administrativo se encuentra relacionada con la satisfacción del interés general que representa el fin de la actividad administrativa sometida a juzgamiento

Se pudiera estimar en este caso la sentencia de la Sala Político Administrativa del 17 de febrero de 2000, caso: Alcaldía del Municipio Autónomo Villalba del Estado Nueva Esparta, donde se conjuga la noción del peligro especial o específico (denominados por alguno periculum in damni) con la necesaria ponderación de intereses, como modo de entender que no se trata de la existencia de un requisito adicional en el contencioso administrativo, sino de un medio de compresión y configuración de la medida provisional, a las exigencias tanto del caso en concreto, como las del interés general .

Como lo ha señalado la Sala Político Administrativa en sentencia del 18 de junio de 2003, caso: Aventis Pharma, se trata del equilibrio que debe procurarse en el proceso contencioso administrativo en función del “interés

de la colectividad” que se relaciona tanto con el interés del justiciable, como con la acción de la Administración Pública querellada. En igual sentido, la Sala Constitucional en sentencia del 16 de marzo de 2005, caso: Defensoría del Pueblo, señaló:

“Debe la Sala decidir sobre la solicitud de medida cautelar innominada de suspensión de efectos, formulada en forma subsidiaria por la recurrente y en tal sentido, es menester insistir en el criterio de la Sala, expuesto en sus decisiones números 1.181/2001, del 29.06, y 593/2003, del 25.03, en cuanto es deber del Juez constitucional examinar y ponderar en cada caso, junto a la presunción de buen derecho, del peligro en la demora para la ejecución del fallo y del peligro de los daños que puede producir la norma o acto impugnado a la parte actora y a otras personas, los intereses colectivos que pueden resultar afectados por la suspensión temporal de la norma o acto cuya nulidad es demandada, pues tal evaluación previa al acordar o negar una petición cautelar innominada, es determinante no sólo para asegurar la idoneidad y proporcionalidad de la protección decretada, sino también para no causar perjuicios al interés colectivo o al eficiente desempeño de órganos o entes administrativos encargados de prestar servicios públicos, al procurar brindar tutela cautelar al solicitante, ya que con tal proceder no sólo se cumple con dos de los fines propios del Derecho, como son garantizar la paz social y preservar la seguridad en las relaciones jurídicas (cfr. Ángel La Torre, *Introducción al Derecho*, Barcelona, Ariel, 3ra edición, 1987, pp. 34 y ss), sino también se evita obstaculizar la actuación de órganos del Estado indispensables para el ejercicio de la democracia o para la prestación de servicios públicos esenciales.”

Y este elemento es un signo caracterizador del Derecho Público, dado que aunque la ponderación de intereses no aparezca en términos procesales como un requisito para la obtención de una tutela provisional, es la particularidad de éste régimen la que impone la aplicación del mismo, con el

objeto de equilibrar la relación existente entre los efectos de una medida provisional con carácter anticipativo y el interés general protegido por la actuación de la Administración Pública. En este sentido se pronunció la Sala Constitucional en sentencia del 21 de junio de 2006, caso: Asociación Civil Consejo Empresarial Venezolano De Auditoria (CEVA), al señalar:

“ Adicionalmente, ha sido reiterada la jurisprudencia de la Sala en cuanto a que los extremos requeridos por el artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, son necesariamente concurrentes junto al especial extremo consagrado en el Parágrafo Primero del artículo 588 eiusdem, es decir, que debe existir fundado temor de que se causen lesiones graves o de difícil reparación cuyo origen ha de ser la aplicación de la norma impugnada, de manera tal que faltando la prueba de cualquiera de estos elementos, el Juez constitucional no podría bajo ningún aspecto decretar la medida preventiva, pues estando vinculada la controversia planteada en sede constitucional con materias de Derecho Público, donde puedan estar en juego intereses generales, el Juez debe además realizar una ponderación de los intereses en conflicto para que una medida particular no constituya una lesión de intereses generales en un caso concreto.”

En el mismo sentido, la Sala Político Administrativa en sentencia del 27 de enero de 2003, caso: Aventis Pharma, S.A., relacionado con el juzgamiento de la actividad de la administración contralora en materia de productos farmacéuticos, ha utilizado la ponderación de intereses como mecanismos de estimación de la existencia de los requisitos, señalado lo siguiente:

“Además, debe señalar esta Sala respecto al caso de autos, que en la presente controversia están involucrados aspectos que de manera directa y determinante atienden al interés de la

colectividad, toda vez que la comercialización de productos farmacéuticos garantiza a la población la disposición de los mismos; por ende, en atención a la adecuada ponderación del interés público involucrado que debe realizarse, considera esta Sala que de suspenderse en esta etapa del proceso la comercialización de cualquier medicamento elaborado con base al principio activo de clorhidrato de fexofenadina "Rinolast," se atentaría contra gran parte de la población que adquiere estos medicamentos bajo una forma de copia del producto original, no existiendo en estos elementos que permitan siquiera presumir seriamente que tales intereses superiores no serían afectados con la medida. Ello, aunado a la falta de verificación de los extremos supra analizados, constituye una situación que a todo evento fuerza a desestimar la solicitud de suspensión de efectos del acto recurrido. Así se declara. ."

La ponderación de intereses, tal como ha sido delineado por la jurisprudencia, aparece en el contexto de la protección cautelar en el contencioso administrativo como un medio que permite comprender y equilibrar los derechos e intereses debatidos en el proceso de cara a la protección del interés general, ello como corolario de la naturaleza administrativa de la relación jurídica en conflicto.

De este modo, el mismo no representa un requisito en términos procesales de la protección provisional, sino una circunstancia caracterizadora de los criterios que debe valorar el sentenciador en el análisis de los requisitos para la procedencia de este tipo de tutela, orientados, como en toda relación de Derecho Administrativo, en el equilibrio entre las libertades públicas y los derechos fundamentales y el interés general en el que se sustenta la esencia misma de la Administración Pública.

f. Significado de la Provisionalidad para la obtención de Medidas Anticipadas.

La satisfacción del derecho reclamado en el proceso puede verse afectada si bien no se asegura, como puede ser satisfecho con la cautela, o bien, no se anticipa provisionalmente sus efectos de la sentencia de fondo, en aras de evitar un daño que lesione un derecho que debe ser objeto de tutela provisional por el grado de fuerte probabilidad de existencia en el que aparece en el proceso. De allí que la naturaleza jurídica de las **Medidas Anticipadas** estén directamente relacionada con la satisfacción de los intereses y derechos del justiciable quien reclama una tutela judicial efectiva.

Esta materialización de la tutela judicial en el ámbito provisional comporta como elemento esencial, tanto para las **Medidas Anticipadas** como para las cautelares, la provisionalidad conforme a la cual la misma no tiene duración permanente en el tiempo, y depende de una circunstancia futura a la que está supeditada su duración.

Ottolenghi, M. (1946) señaló que las medidas cautelares (incluyendo las anticipativas) son provisionales dentro del proceso, en virtud que al ser dictada la providencia definitiva en el proceso principal, esta desaparece, bien sea que se haya rechazado o admitido la pretensión. Por ello considera el autor la provisoriedad de estas desde dos aspectos:

“Sea que durante el proceso desaparezca la medida en razón de haber cambiado las situaciones que le dieran origen, y por tanto quedado sin efecto; sea por que se le sustituya por otra, en los casos en que la ley lo autorice; o también con relación a la duración ilimitada de aquel período de tiempo que deberá transcurrir entre el nacimiento de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia, que, en contraposición de la calificación dada a la primera, se la conoce como definitiva.” (ob. cit., p. 518)

Por otra parte, Calamandrei, P. (1945) determinó el alcance de lo que se debe entender por provisoriedad tomando como referencia otro término aparentemente símil: la temporalidad. Al respecto el autor considera que aunque temporal y provisional es igualmente aquello que no dura para siempre, lo temporal tiene su duración en el tiempo definida independientemente de que sobrevenga otro hecho o no, es decir, tiene por sí mismo una duración limitada; mientras que lo provisional, está destinado a durar hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo o futuro del cual dependa la duración del hecho o circunstancia provisorio. Así para el autor citado el carácter provisorio de este tipo de las medidas viene dado en virtud de que:

“...tienen duración limitada a aquel periodo de tiempo que deberá transcurrir entre la emanación de la providencia cautelar y la emanación de otra providencia jurisdiccional, que, en la terminología común, se indica, en contraposición a la calificación de cautelar dada a la primera, con la calificación de definitiva. La provisoriedad de las medidas cautelares, sería pues, un aspecto y una consecuencia de una relación que tiene lugar entre los efectos de la providencia antecedente (cautelar) y los de la providencia subsiguiente (definitiva), el inicio de los cuales señalaría la cesación de los efectos de la primera.” (ob. cit., p. 37).

La provisoriedad de las medidas cautelares se encuentra en estrecha relación con su instrumentalidad y subsidiariedad a un proceso y por ende a una decisión principal, es decir, su duración en el tiempo va a depender de lo dictado de la sentencia final o la culminación del proceso principal.

Así, para Henríquez La Roche”, R. (1988) la provisoriedad de la medida de esta naturaleza es una consecuencia de su instrumentalidad, en virtud de la cual la providencia cautelar “suple un efecto de la providencia definitiva, y en virtud de aquella etapa a la espera de que ese efecto sea sustituido por otro efecto determinado de carácter permanente” (ob. cit., p. 42).

Para Ortiz-Ortiz, R. (1997) el carácter provisorio de las medidas de esta naturaleza deviene de que la efectividad de la justicia cautelar está limitada en el tiempo y su principal efecto es que todo acto que ponga fin al proceso, tiene impacto sobre las medidas cautelares quitándoles su eficacia. Por otra parte afirma el autor, que el carácter de provisionalidad de la medida implica que éstas pueden ser revocadas o suspendidas por distintas causas, siendo la revocación permanente y la suspensión temporal o provisional.

Rondón de Sansó, H. (1997) alude a la condición de lo interino o transitorio, esto es, de lo que está destinado a durar hasta que sobrevenga

un evento sucesivo en cuya espera el estado de provisionalidad se plantea.

En este sentido señala la autora venezolana:

“En efecto, la naturaleza “interina” o provisional del proveimiento hace que, al producirse la decisión esperada, el mismo decaiga, se agote, extinguiéndose de pleno derecho. De allí que pueda decirse que con la emanación de la decisión principal cesa la función del proveimiento cautelar, se cumple su ciclo vital sin necesidad de un nuevo pronunciamiento dirigido a revocarlo. La provisionalidad deriva así del carácter previo que las medidas cautelares ostentan en relación con la cuestión de fondo, esto es, a la declaración de la voluntad concreta de la ley que tales decisiones contienen.” (ob. cit., p. 316).

De los planteamientos anteriores se desprende que la doctrina ha sido mas uniforme en cuanto al carácter provisional de las medidas cautelares y anticipatorias, salvo contadas excepciones que tienden a confundir el término provisional con la temporalidad que puede tener la misma. Sin embargo, dicha uniformidad impera en cuanto a la sujeción de la medida al dictamen de la sentencia de fondo que pone fin al proceso.

Se cree que dicha provisionalidad debe descansar en la imposibilidad que una **Medida Anticipada** produzca los efectos de la cosa juzgada material, supeditándola al pronunciamiento de la sentencia que sobre el mérito se dicte y pueda revocarla tanto en términos jurídicos, así como en términos prácticos, denotando así la aplicación de la cláusula rebus sic stantibus.

Con relación a la posibilidad de revocatoria en la práctica de la **Medida Anticipada**, resultan oportunas las consideraciones en la doctrina acerca de la exigencia que la medida que anticipe provisionalmente los efectos del fallo, tenga carácter irreversibles, tal como lo ha expuesto Peyrano, Kraiselburd, Rojas, entre otros, así como lo receptó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en fallo de fecha 5 de Febrero de 1998 en el caso *Camacho Acosta*.

La jurisprudencia venezolana pareciera orientarse en la misma perspectiva, en el sentido que admite la necesidad que la medida cautelar, criterio extensible a la medida anticipativa, pueda ser objeto de reversibilidad, de modo que pueda ser objeto de revocatoria cuando las condiciones o requisitos de su procedencia así lo justifiquen. En este sentido, la Sala Político Administrativa en sentencia del 23 de enero de 2008, caso: Contralor del Municipio Caroní del Estado Bolívar, expresó lo siguiente:

“Como es de apreciarse, lo peticionado por la representación del Contralor del Municipio Caroní del Estado Bolívar es exactamente el fin que persigue a través de la interposición del conflicto; dicho de otra forma, la intención del actor es que esta Sala decrete, por intermedio de una medida cautelar, de naturaleza accesoria a la causa principal, lo que en definitiva constituye el fin último de la interposición de esta última, desconociendo con ello que las medidas cautelares como la de autos persiguen garantizar los efectos de la sentencia de mérito, mas no adelantarlos con riesgos de irreversibilidad. En este sentido, resulta necesario ratificar lo expuesto por esta Sala en reiteradas oportunidades en cuanto a que las medidas cautelares acordadas no deben comportar una vocación definitiva sino que habrán de circunscribirse a la duración de la querrela judicial incoada y, en tal orden, ser susceptibles de

revocatoria cuando varíen o cambien las razones que inicialmente justificaron su procedencia. (Vid. Sentencia N° 00964 del 1º de julio de 2003).

De este modo, pareciera excluirse del contenido de la protección provisional que otorga una **Medida Anticipada**, la posibilidad de constituir situaciones jurídica definitivas, tal como lo ha concebido la Sala Político Administrativa en sentencia del 27 de julio de 2007, caso: Ricardo Enrique Gutiérrez Sandoval, en la cual se expresó:

“Por otra parte, se observa que el a quo también fundamentó la improcedencia de la acción de amparo, aduciendo que de ser éste decretado, se vaciaría de contenido la acción principal, ya que con dicha declaratoria se ordenaría la protocolización del documento traslativo de propiedad efectuado por el ciudadano Ricardo Enrique Gutiérrez Sandoval, a la sociedad mercantil ‘Inversiones Villa Mar, C.A. En virtud de ello concluyó que “...la presente solicitud debe ser declarada improcedente, al no verificarse la presunción de buen derecho a favor del accionante, resultando inoficioso pronunciarse sobre el periculum in mora por ser estos requisitos concurrentes. Así se decide...”.

Al respecto, resulta oportuno efectuar algunas precisiones ya que las consideraciones realizadas por la Corte Primera de lo Contencioso Administrativa pudiesen conducir a conclusiones erradas.

En principio se debe sostener que si bien los efectos del amparo son restablecedores, ya que la pretensión se encuentra centrada en retrotraer la situación jurídica infringida al momento anterior a la violación constitucional y que dichos efectos se preservan aún en los casos de amparos interpuestos conjuntamente con el recurso contencioso administrativo de nulidad, no obstante, por tener éste naturaleza cautelar, la decisión que resuelva dichos amparos produce cosa juzgada formal y en consecuencia, sólo pudiesen acordarse en aquellos supuestos en los cuales con su otorgamiento no se crea una situación nueva e irreversible, pues sus efectos son meramente restablecedores y no constitutivos, siendo entonces necesario para su procedencia que no exista posibilidad de que a través

de ella se creen, modifiquen o extingan situaciones jurídicas preexistentes.

En este orden de ideas, nada impide al juez constitucional proveer cautelarmente, restableciendo la situación jurídica lesionada, cuando éste constate en esta etapa del proceso , que hubo una lesión flagrante a un derecho o a una garantía constitucional, sin embargo, tal pronunciamiento previo no implicaría que se ha decidido la cuestión de fondo planteada, en virtud de que la sentencia que se pronuncie en relación al recurso principal podrá resolver en forma distinta a lo acordado provisionalmente por vía cautelar. No obstante, si le estaría vedado al juez otorgar dichas medidas cuando la situación que se crea es irreversible.”

Este criterio de la reversibilidad de la **Medida Anticipada** puede tener importantes implicaciones en una futura reforma legislativa que conciba expresamente la aplicación de medidas anticipatorias, pudiendo darse cabida al empleo de los mecanismos de contra cautela como modo de compensación de efectos reversibles de una decisión de tipo anticipativo, lo que pudiera ocurrir en prestaciones anticipadas de indemnización o económicas en general cuya reversibilidad puede ser garantizada mediante fianzas a favor del obligado, ordenadas por el sentenciador.

Asimismo, la reversibilidad de una decisión anticipatoria, aunque no constituya un requisito para la procedencia de este tipo de tutela, puede constituir un criterio de aproximación que permita al sentenciador analizar tales presupuestos de cara a que la garantía de la tutela judicial efectiva en el plano provisional, no represente un potencial atentado a los postulados del debido proceso y el derecho a la defensa de quien es obligado judicialmente

a su cumplimiento, generando así un justo equilibrio en el empleo de este remedio procesal.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Tomando en consideración los objetivos de la presente investigación y sobre la base del análisis de las fuentes jurídicas documentales, el autor de la presente investigación presenta las siguientes conclusiones:

1. En Venezuela, al igual que en los ordenamientos procesales de otros países, el efectivo sometimiento de la Administración Pública al imperio de la Constitución y la Ley, así como la protección de los derechos subjetivos e intereses de los administrados, se garantiza mediante la potestad jurisdiccional que sobre su acción ejercen los órganos del Poder Judicial con competencia en lo contencioso administrativo.

En este sentido, el contenido de la jurisdicción contencioso administrativa, incluyendo los remedios procesales como el caso de la **Medida Anticipada**, parte necesariamente desde la perspectiva de los derechos fundamentales y mas concretamente de la efectividad de la tutela judicial, tal como lo ha aceptado la jurisprudencia patria.

La vigencia del Estado de Derecho, y dentro de éste, la consagración de la **Justicia** como valor superior del sistema, permite redimensionar el ámbito de la jurisdicción contencioso administrativa, con miras a concebirlo como un real sistema de tutela de los derechos e intereses controvertidos en las relaciones de Derecho de

Administrativo, el cual encuentra ahora su fundamento en la efectividad de la tutela judicial.

2. El derecho a la Tutela Judicial Efectiva obliga a la existencia de formas diferenciadas de tutela, constituidas por una serie de mecanismos procesales dirigidos a instrumentar el proceso de acuerdo a las exigencias del derecho e intereses que han sido lesionados al justiciable.

Dentro de las distintas formas de Tutela Diferenciada, el Derecho Procesal moderno ha reconocido la existencia de una Tutela de carácter Anticipatorio, la cual fue el objeto de estudio de la presente investigación. Sin embargo, la revisión de la literatura permite presumir de la poca o casi inexistencia de investigaciones científicas sobre el tema, lo que hace novedoso el estudio y justifica lo relevante de la presente investigación

3. Dichos fenómenos diferenciados de tutela encuentran en el ámbito de la Justicia Administrativa una especial referencia, en virtud de la naturaleza de las relaciones jurídicas que son sometidas a dicho juzgamiento, esto es, la resolución de los conflictos de intereses generados con ocasión a relaciones de Derecho Administrativo. Se debe recordar que estos conflictos nacen como consecuencia de la ejecución del ordenamiento jurídico por parte de los órganos y entes

llamados al ejercicio de la función administrativa en aras de la satisfacción del interés general, y la implicación que sobre los derechos subjetivos e intereses de los administrados tiene esta actividad administrativa.

De este modo, la Justicia Administrativa en Venezuela aparece como el medio o instrumento que garantiza el equilibrio entre la actividad administrativa y los derechos subjetivos e intereses del ciudadano.

4. Durante la historia republicana, la Justicia Administrativa ha aparecido en Venezuela en ámbitos concretos de ejercicio, destacándose la acción o demanda patrimonial contra los entes públicos, los “recursos” de anulación y control de la inactividad administrativa. Empero es a partir de la Constitución de 1961 que la Justicia Administrativa aparece como sistema compuesto por una estructura y un ámbito concreto y especializado del ejercicio de la función jurisdiccional.

Los preceptos constitucionales analizados de la Constitución de 1961, así como los que ahora de manera diáfana se encuentran en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, denotan claramente el carácter judicial de la jurisdicción contencioso administrativa en Venezuela, siendo aplicable todas las exigencias que la Constitución establece para el ejercicio de la función

jurisdiccional, incluyendo el derecho a la tutela judicial efectiva como axioma sobre el cual descansa la administración de la justicia en Venezuela.

Por ello es que la misma evolución jurisprudencial del sistema contencioso administrativo en Venezuela, y en especial, el hecho de concebirla como verdadero sistema jurídico-subjetivo de protección de los particulares en el marco de relaciones de derecho administrativo, fortalece la necesaria construcción de un sistema de protección provisional de los derechos e intereses del justiciable, que en determinadas circunstancias y condiciones procesales y sustanciales, amerita la anticipación, total o parcial, de los efectos de la decisión de mérito, a través de **Medidas Anticipadas**.

5. Para comprender el contenido de la Justicia Administrativa en Venezuela en el marco jurídico constitucional antes señalado, debe quedar claro que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela es una norma generadora de derecho, fundamento del resto del ordenamiento jurídico. En efecto, encontrar el desenvolvimiento de las instituciones procesales en la Justicia Administrativa, como ocurre con las **Medidas Anticipadas**, pasa por entender y aprehender el carácter normativo y la aplicación inmediata del texto fundamental.

Su carácter supremo a cualquier otra fuente de derecho, obliga a observar en la carta magna las normas que deban aplicarse inmediatamente para garantizar las libertades públicas de los ciudadanos, lo que incluye el otorgamiento de las debidas garantías que aseguren la realización de la efectividad de la tutela jurisdiccional, en este caso, la tutela judicial provisional efectiva.

6. La aparición de las **Medidas Anticipadas** en el ámbito de la Justicia Administrativa, tanto en el derecho comparado como en el sistema venezolano, se encuentra íntimamente ligada a la aplicación de las medidas cautelares, y sobretodo el desarrollo que la jurisprudencia ha dado a la aplicación de las medidas innominadas. De modo que, y sin que ello signifique aceptar que las **Medias Anticipadas** comporten tal carácter, necesariamente el estudio de este tipo de medidas, pasa por el análisis y desarrollo del escenario cautelar en la jurisprudencia del sistema contencioso administrativo.
7. La Noción de **Medidas Anticipadas** se encuentra arraigada en la idea de que tal institución está preordenada a resolver de manera provisional la situación jurídico controvertida, centro o litis del proceso principal donde en virtud de determinadas circunstancias, se hace necesario adelantar los efectos de la sentencia de fondo para satisfacer la justicia de manera provisional.

Su concepto en consecuencia se concreta al de una providencia jurisdiccional de carácter provisional, la cual se otorga sobre a base de una certeza suficiente y en atención al daño irreparable o de difícil reparación que se pueda causar al accionante, de modo que la única forma de garantizar la realización del derecho a la tutela judicial efectiva, es mediante la estimatoria provisional, total o parcial, de la pretensión principal del proceso.

La Naturaleza Jurídica de las **Medidas Anticipadas** encuentra su fundamento en la vinculación directa al derecho a la tutela judicial efectiva, de modo que opera como garantía de la efectividad de la tutela que sólo puede ser satisfecha mediante una providencia con tales características, la cual, se ve complementada por su carácter provisional.

El autor de la presente investigación consideran que existe un Justicia Provisional, que puede tener carácter mediato, como ocurre con las medidas cautelares, o puede tener carácter inmediato, como ocurre con las **Medidas Anticipada**.

En este sentido, lo Provisional dentro del proceso judicial constituye el eje donde se desenvuelve la actividad asegurativa, preventiva de las medidas cautelares, o la actividad satisfactiva provisoria que se configura como esencia de las **Medidas**

Anticipadas. Esta provisionalidad deviene del hecho que las **Medidas Anticipadas** no son un pronunciamiento definitivo, sino provisional sobre lo cual opera la cláusula rebus sic stantibus, bien sea durante el curso del procedimiento o una vez dado el resultado definitivo de la tutela jurisdiccional.

Asimismo, las **Medidas Anticipadas** tienen un carácter principal, dado que independientemente que se lleve por cuaderno separado y sobre su otorgamiento se pueda pensar que existirá un íter propio procedimental, no constituye un instrumento del instrumento, tal como lo señalara Calamandrei, sino que es un instrumento inmediato a la Tutela Judicial Provisional Efectiva. Con la obtención de las **Medidas Anticipadas** no se logra instrumentalizar el proceso frente a la sentencia definitiva; sino por el contrario, es la misma tutela jurisdiccional definitiva, pero con carácter provisional. Esto la convierte en una manifestación inmediata y principal de la justicia material en el campo provisional: Justicia Provisional Satisfactiva.

8. Sin embargo, en la investigación se observa que ha sido mediante el proceso de constitucionalización de las medidas cautelares, que se ha profundizado en la aplicación de **Medidas Anticipadas**. Así las cosas, la consagración de una verdadera tutela judicial efectiva conlleva al reconocimiento expreso de amplios poderes cautelares

(provisionales) dirigidos a la satisfacción de los derechos e intereses del justiciable.

La Doctrina y la Jurisprudencia en Venezuela no han sido ajenos a la evolución que sobre las medidas cautelares y la tutela judicial efectiva han provocado en el derecho comparado la utilización de las **Medidas Anticipadas**, receptando expresamente el principio general de derecho por el cual “El proceso no debe ir en contra del actor que tiene la razón”.

9. Como institución de carácter procesal, la procedencia de las **Medidas Anticipada** debe encontrarse circunscrita al cumplimiento o verificación de unos presupuestos fundamentales, es decir, a unos requisitos de procedencia. Se ha debatido en la doctrina cuáles deben ser los requisitos de procedencia, sobre todo en atención al carácter cautelar o no de este tipo de providencia.

Sin embargo, se debe resaltar que pese a que un sector importante de la doctrina estima la existencia de diferencias entre la tutela cautelar y las **Medidas Anticipadas**; encuentran en los requisitos de las medidas cautelares (presunción del buen derecho y peligro en la demora), el punto de partida para construir los requisitos de las **Medidas Anticipadas**. Existe uniformidad en la literatura en considerar que a los requisitos de las medidas cautelares, debe

adicionarse un *plus* para la determinación de los requisitos de las anticipatorias.

De este modo, en primer lugar la presunción del buen derecho debe ser visto con un grado de certeza suficiente, capaz de generar en el sentenciador la fuerte certeza sobre la existencia del derecho que se reclama. Existe una conexidad provisional en el ánimo del juzgador quien tiene la suficiente certeza provisional o la fuerte probabilidad de que la situación fáctica controvertida sometida a su conocimiento, aparece como certera provisionalmente luego de trabada la litis.

Por ello se considera que las **Medidas Anticipadas** deben ser otorgada preferentemente una vez que ha sido trabada la litis, toda vez que definido los hechos contradictorios, es decir, aquellos que serán sometidos al debate probatorio, y habiéndose determinado cuales han quedado soberanamente establecidos; es que puede realizarse un primer juicio de certeza suficiente que, relacionado causalmente con el segundo requisito, permitirán otorgar la **Medida Anticipada**. Para ello resulta importante los aportes jurisprudenciales que recientemente han impuesto en el trámite de las acciones contencioso administrativas, audiencias previas a la fase probatoria que permiten la fijación de la litis. Sin embargo, esto no obsta para

que la medida sea otorgada inaudita alteram parte, en virtud de haberse configurado todos los requisitos sin haberse trabado la litis.

Este grado de certeza sobre el derecho que se reclama constituye un requisito difícil de admitir, toda vez que los rituales y formalismos aun vigentes en el foro y en las escuelas de derecho, no permiten concebir tal requisito en su forma natural sin que deje de aparecer el fantasma del prejuizgamiento.

Por otra parte, constituye el segundo requisitos de las **Medidas Anticipadas** el Daño Irreparable o de Difícil Reparación, constituido por el temor de que se produzca un daño irreparable o de difícil reparación producto de la insatisfacción del derecho controvertido. El daño irreparable o de difícil reparación sobre el derecho tutelado, pretende la satisfacción provisional del derecho que se reclama que al no ser saciado de forma anticipada corre el riesgo de sufrir un daño que difícilmente pueda ser reparado, o que sea imposible su reparación.

En otro orden de ideas, no se consideran como requisitos fundamentales para la procedencia de las *Medidas Anticipadas*, la prestación de contracautela, dado que tal requisito es accidental, dependiendo de la norma en donde se encuentre prevista. Tal es el caso del interdicto restitutorio anticipado de manera provisional,

mediante la prestación de contracautela consagrado en el artículo 699 del Código de Procedimiento Civil venezolano vigente.

En cuanto a la reversibilidad de los efectos, también se considera que es un requisito de carácter accidental, pese a que la jurisprudencia venezolana se ha inclinado por considerar este un elemento medular para determinar la procedencia o no de este tipo de tutela.

10. El autor de la presente investigación considera que los dos requisitos antes planteados son los únicos en los cuales se puede fundamentar el otorgamiento de las **Medidas Anticipadas**. Sin embargo, se cree pertinente establecer entre ambos requisitos un nexo de causalidad, en el sentido de que la certeza suficiente se obtenga de las circunstancias fácticas llevadas al proceso, que aseveren la fuerte probabilidad del derecho que se reclama. Tal convicción provisional debe ser producto de la relación causal que exista entre el daño inminente que se puede producir a dicho derecho, en tal medida éste aparecerá como certero.

Asimismo, y por la mismas características de la relación jurídica sometida al juez contencioso administrativo, donde justamente se debate la tutela de los derechos subjetivos e intereses de los administrados, frente a las potestades públicas que ejerce la

Administración Pública en tutela del interés general; resulta necesaria la debida **ponderación de los intereses** en juego para comprender el debido alcance de la tutela provisional.

Por ello, es claro que la ponderación de intereses no representa un requisito en términos procesales de la protección provisional anticipada, sino una circunstancia caracterizadora de los criterios que debe valorar el sentenciador en el análisis de los requisitos para la procedencia de este tipo de tutela, orientados, como en toda relación de Derecho Administrativo, en el equilibrio entre las libertades públicas, los derechos fundamentales y el interés general en el que se sustenta la esencia misma de la Administración Pública.

11. La Jurisprudencia en Venezuela ha sido recatada en la aplicación de las **Medidas Anticipadas**. En el ámbito del Contencioso Administrativo se ha aceptado de manera intermitente su aplicación, bajo las distintas figuras sobre las que se ha construido el escenario cautelar en la Justicia Administrativa, es decir, a través de la suspensión de efectos de actos particulares, el amparo cautelar y las medidas cautelares innominadas.

Sin embargo, la Jurisprudencia en aras de innovar a través de la creación de presuntas nuevas figuras procesales, sacrifican sin razón alguna la uniformidad y simplicidad que debe haber en la

aplicación de cada instituto procesal, siendo óbice de la uniformidad y simplicidad que ordenan los principios constitucionales del proceso.

12. No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela y la configuración de la protección cautelar, extensiva a las Medidas Anticipadas, en la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia del año 2004, se impone un mandato de uniformidad y simplicidad en cuanto a los requisitos y la tramitación para el otorgamiento de tutelas provisionales.

Se puede afirmar que el ordenamiento jurídico, a través de su legislación y la interpretación de la jurisprudencia, da pasos firmes hacia la consolidación de un único tipo de medida cautelar que pudiera amparar en su seno, por la mismas exigencias de la efectividad de la tutela jurisdiccional, a las **Medidas Anticipadas**, lo cual constituiría en sí mismo un reforzamiento de sistema de garantías procesales del justiciable.

La exigencia de que el justiciable obtenga una tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses, hace impermitible la utilización de las **Medidas Anticipadas** en el proceso contencioso administrativo venezolano. La consagración expresa del derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela el mandamiento del artículo 257

eiusdem que consagra al proceso como un instrumento para la realización de la justicia, hacen ostensible cada vez más el empleo de este tipo de tutela provisional.

13. Por ello, concluye el autor de la presente investigación que en Venezuela es posible la aplicación de **Medidas Anticipadas** que garanticen la efectividad de la tutela jurisdiccional, en tanto se verifiquen los requisitos de procedencia analizados en la investigación, los cuales deben ser analizados desde la óptica de los intereses públicos y privados que deben ser ponderados en el proceso como consecuencia de la naturaleza administrativa de la relación donde se ha generado la controversia sujeta a juzgamiento.

En atención a las conclusiones a las cuales se llegó sobre la base de los objetivos específicos logrados, se plantean las siguientes recomendaciones:

1. Vista las pocas investigaciones realizadas sobre el tema objeto del presente estudio, se recomienda profundizar y ampliar la investigación sobre las **Medidas Anticipadas** y demás formas de tutela diferenciada que se encuentran actualmente en el Derecho Procesal, con especial referencia a su aplicación en el ámbito de la Justicia Administrativa.
2. Se recomienda que sobre la Noción y Concepto de las Medidas Anticipadas, se estimule la realización de investigaciones que

permitan fortalecer aún más una concepción integral y exhaustiva del contenido de dicha institución.

3. En cuanto a los Requisitos de Procedencia de las **Medidas Anticipadas**, se recomienda profundizar aún mas el concepto de cada requisito, toda vez que los mismos, como conceptos jurídicos indeterminados, necesitan ser delineados de manera mas científica.
4. En virtud del mandamiento Constitucional que estatuye un nuevo ordenamiento jurídico procesal siguiendo las nuevas exigencias de los principios constitucionales que dominan el proceso, y con especial referencia a lo establecido en su exposición de motivos, se recomienda considerar la consagración expresa de las **Medidas Anticipadas** de manera general, siguiendo los mismos pasos de la legislación comparada; a los efectos de que dicha institución pueda ser aplicada en el proceso contencioso administrativo.
5. A falta de norma expresa que consagre las **Medidas Anticipadas** en la legislación venezolana, se recomienda considerar la aplicación de la misma en la Justicia Administrativa a través de la medida cautelar general consagrada en el párrafo 11 del artículo 19 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia, la cual, debe entenderse como la norma que unifica el escenario provisional (cautelar y/o anticipatorio) en aras de garantizar una tutela jurisdiccional provisional efectiva.

6. Una vez considerada la posibilidad de aplicar las **Medidas Anticipadas** en los procesos contenciosos administrativos, se recomienda para el trámite de su oposición lo previsto en el artículo 602 del Código de Procedimiento Civil Venezolano vigente, a fin de salvaguardar el derecho a la defensa de la parte demandada.

7. En todo caso, frente a la posibilidad de que la **Medida Anticipada** contenga un mandamiento de condena provisional a la parte demandada, se recomienda para el trámite de cualquier incidencia con motivo de la ejecución provisional lo previsto en el artículo 607 del Código de Procedimiento Civil Venezolano vigente, por la remisión que a tal efecto realiza la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Acosta, D. F. (2000). Sentencia anticipatoria y Derechos Humanos. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Alvarez, M. M. (2000). Las sentencias anticipatorias en el Derecho Comparado. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Badell Madrid, R. (2005). **Materia del Recurso contencioso de anulación**. Conferencia dictada por Rafael Badell Madrid en la ciudad de Valencia, el 2 de septiembre de 2005 en las III Jornadas de Derecho Administrativo en homenaje a la Dra. Hildegard Rondón de Sansó.
- Balestrini, M. (1987). **Procedimientos técnicos de la Investigación Documental**. Caracas: Editorial Panapo.
- Barbero, O. y Carbone, C. A. (2000). Crónica sobre aspectos de la tutela de urgencia cautelar y anticipatoria en el Derecho Europeo. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Brewer-Carías, A. R. Y Ortiz Álvarez, L. A. (1996). **Las grandes decisiones de la Jurisprudencia Contencioso Administrativa: (1961-1996)**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Burk, I. (s.f). **Filosofía: Una Introducción Actualizada**. Caracas: Ediciones Insula.
- Calamandrei, P. (1984). **Providencias Cautelares**. (S. Sentis Melendo, Trad.) Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina. (Obra original publicada en 1945).
- _____ (1943). **Instituciones de Derecho Procesal Civil**. Vol. I. Padova, Italia: Cedam.
- Calcaño de Temeltas, J. (1995). **"Origen y Evolución del Contencioso-Administrativo Venezolano"**. Iª Jornadas Centenarias del Colegio de Abogados del Estado Carabobo. Editorial Vadell Hermanos.
- Campo Cabal, J. M. (1989). **Medidas Cautelares en el Contencioso Administrativo**. Bogotá: Editorial Temis.

Canova González, A. (1996). **Principios modernos sobre medidas cautelares en el contencioso administrativo: Un estudio de las tendencias en el ordenamiento venezolano, y jurisprudencia extranjeras.** *Revista de la Facultad de Derecho*, 50. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

Capriotti, J. M. y García Casanovas, S. (2000). Tutela anticipatoria como requisito del tiempo oportuno para la solución de conflictos de intereses en el Derecho interno y a la luz de los Tratados Internacionales en el marco de los Derechos Humanos. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Carbone, C. A. (2000). La noción de tutela jurisdiccional diferenciada para reformular la teoría general de la llamada Tutela Anticipatoria y de los Procesos Urgentes. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

_____ (2000). Los Despachos Interinos de Fondo: Análisis de sus presupuestos: la noción de certeza suficiente, la exigencia de la urgencia y la irreparabilidad del perjuicio. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

_____ (2000). ¿Existen los despachos interinos de fondo en la Legislación Argentina?. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

_____ (2000). En el fin de siglo nace la vigencia irresistible de la sentencia anticipatoria aun sin texto legal expreso: El último Congreso Nacional de Derecho Procesal del Milenio. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Carnelutti, F. (1973). **Instituciones de Derecho Procesal Civil.** Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Cava, C. A. y Eguren, M. C. (2000). Naturaleza Jurídica de la Sentencia Anticipatoria y su ubicación dentro de la órbita de los procesos urgentes. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada.** Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Chiovenda, Giuseppe. (1949). *Ensayos de Derecho Procesal Civil.* Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Código de Procedimiento Civil. (1986). *Gaceta Oficial de la Republica de Venezuela*, 3.694 (Extraordinario), Enero, 22, 1986.

- Constitución. (1999). *Gaceta Oficial de la Republica Bolivariana de Venezuela*, 5.453 (Extraordinario), Diciembre, 15, 1999.
- Diccionario de Filosofía. (1999). Barcelona, España: Empresa Editorial Herder. [Diccionario en DC].
- Diccionario Enciclopédico Quillet. (1978). VIII Vols. México, D. F: Editorial Cumbre. Octava Edición. Vol. VI.
- Duque Corredor, R. (1999). **Apuntaciones sobre el Procedimiento Civil Ordinario**. Tomo II. Caracas: Ediciones Fundación Projusticia.
- Dutto, R. J. (2000). Tutela anticipatoria en procesos de familia. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Eguren, M. C. (2000). La Jurisdicción oportuna. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Enciclopedia Jurídica Española. (1932). XXX Vols. Barcelona, España: Francisco Seix Editor.
- Enciclopedia Jurídica Omeba. (1958). XXVI Vols. Buenos Aires: Bibliográfica Argentina Omeba.
- Ferrer, S. E. (2000). Ejecución anticipada de la sentencia como cautela material. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fuenmayor, J. B. (1992). **Historia de la Filosofía del Derecho**. Capatárída, Venezuela: Buchivacoa.
- García de Enterría, E. (1990). **La sentencia *Factortame* (19 de junio de 1990) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. La obligación del juez nacional de tutelar cautelarmente la eficacia del Derecho Comunitario aun a costa de su propio Derecho nacional. Trascendencia general de la sentencia en el Derecho Comunitario y en el sistema español de medidas cautelares.** Revista Española de Derecho Administrativo. [Revista en DC], 67, (p. s/n).
-
- _____. (1992). **Hacia una nueva Justicia Administrativa**. Madrid. Editorial Civitas.

- _____. (1997). **Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el "modelo constitucional"**. Revista Española de Derecho Administrativo. [Revista en DC], 93, (p. s/n).
- García Morente, M. (1980). **Lecciones Preliminares de Filosofía**. México, D. F: Editorial Porrúa.
- Gómez-Ferrer Morant, R. (1982). **Derecho a la tutela judicial y posición jurídica peculiar de los poderes públicos**. REDA No. 33.
- Henríquez La Roche, R. (1988). **Medidas Cautelares**. Caracas: Editorial Jurídica Alva.
- Hernández Mendible, V. (s/f). **Tendencias de la Tutela Cautelar en el Derecho Procesal Administrativo**. <http://www.zur2.com/fp/22/hdezmen.htm>.
- Iribarren Monteverde, H. **"De la metamorfosis del recurso jerárquico impropio en recurso contencioso-administrativo de anulación, por obra de la jurisprudencia"**. Revista Fundación Procuraduría General de la República N° 2. Año 2, Caracas.
- Jové, M. A. (1995). **Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil**. Barcelona, España: J. M Bosch Editor.
- Kraiselburd, S. B. (2000). La tutela anticipatoria en el Derecho Brasileño. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Liebman, E. (1980). **Manual de Derecho Procesal Civil**. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Longo, F., P. (1999, Octubre). **Constitución y Jurisdicción**. Ponencia presentada en las VII Jornadas Miguel José Sanz. Valencia, Venezuela.
- Monroy Gálvez, J. y Monroy Palacios, J. (2000). Del mito del Proceso Ordinario a la Tutela Diferenciada: Apuntes Iniciales. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Montero Aroca, J. (1990). **El Proceso no tiene Naturaleza Jurídica**. *Revista de Derecho Procesal*, 1. Caracas: Instituto de Estudios de Derecho Procesal "José Rodríguez Urraca". Paredes Editores.
- Moscariello, M. (2000). Tutela anticipada en el Proceso Uruguayo: "Medidas provisionales y/o anticipadas" (Art. 317, Código General del Proceso del

- Uruguay). En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Nuevo Diccionario Enciclopédico Ilustrado Fides. (1961). IV Vols. Argentina: Editorial Fides. Primera Edición. Vol. III.
- Olaso, J., L. M. (1979). **Curso de Introducción al Derecho**. Tomo I. Caracas: Editorial Texto.
- Ortíz-Álvarez, L. A. (1999). **La protección cautelar en el Contencioso Administrativo**. Caracas: Editorial Sherwood.
- Ortíz-Ortíz, R. (1997). **El Poder Cautelar General y las Medidas Innominadas: en el Ordenamiento Jurídico Venezolano**. Caracas: Paredes Editores.
- _____ (1999). **Las Medidas Cautelares Innominadas: Estudio Analítico y Temático de la Jurisprudencia Nacional**. Caracas: Paredes Editores.
- _____ (2001). **Tutela Constitucional Preventiva y Anticipativa**. Caracas: Paredes Editores.
- Ottolenghi, M. (1946). **Medidas Precautorias**. En *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Hugo Alsina*. Buenos Aires: Editorial Ediar.
- Pérez Ragone, A. J. D. (2000). Concepto estructural y funcional de la Tutela Anticipatoria. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, J. W. (2000). Los nuevos ejes de la Reforma Procesal Civil. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- _____ (2000). Aspectos concretos del proceso urgente y de la Tutela Anticipatoria: Las recientes innovaciones brasileñas y la recepción por la Corte Suprema. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Peyrano, M. L. (2000). La sentencia anticipatoria y el Derecho a la Defensa. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Rankin, S. A. y Pecchinenda, M. G. (2000). Cosa juzgada y efectos de la caducidad del proceso en las sentencias anticipatorias. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Rengel-Romberg, A. (1997). **Medidas Cautelares Innominadas**. *Revista de la Facultad de Derecho*, 51. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.

_____ (1997). **Tratado de Derecho Procesal Civil Venezolano: según el nuevo Código de 1987**. Tomo I. Caracas: Editorial Arte.

Rocco, U. (1976). **Tratado de Derecho Procesal Civil**. Vol. II. Buenos Aires: Depalma.

Rocha Contreras, P. (2003) **La Jurisdicción Contencioso Administrativa**. XXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar en homenaje a la memoria del Dr. Eloy Lares Martínez, “Avances jurisprudenciales del Contencioso Administrativo”).

Rojas, J. A. (2000). Los límites de la Tutela Anticipada. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Rondón de Sansó, H. (1997). **Medidas Cautelares Innominadas (con especial referencia a su aplicación en el Contencioso-Administrativo)**. Derecho Procesal Civil (El C.P.C Diez Años Después): XXII Jornadas “J. M Domínguez Escovar”. Barquisimeto: Instituto de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

Sosa Gómez, C. (2000, Julio). **El Contencioso Administrativo en la Constitución de 1999**. Ponencia presentada en las I Jornadas sobre el Contencioso Administrativo. Barquisimeto, Venezuela: UFT.

Suárez Alcalde, F. (2000). **Las Medidas Cautelares frente a la inactividad de la Administración**. *Revista de Derecho Administrativo*, 9. Caracas: Editorial Sherwood.

Toro Dupouy, M. (2003) **La Jurisdicción Contencioso Administrativa en la Jurisprudencia de la Sala Constitucional**. XXVIII Jornadas J. M. Domínguez Escovar en homenaje a la memoria del Dr. Eloy Lares Martínez, “Avances jurisprudenciales del Contencioso Administrativo”).

Tribunal Supremo de Justicia. Sentencias de referencia y citadas en este Trabajo Investigativo. Caracas. Venezuela.

Vargas, A. L. (2000). Los procesos de “Référé” en Francia. En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

_____ (2000). Tutela anticipatoria: (contribución a su exégesis en el Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires –arts. 65/66-). En J. W. Peyrano (Dir.), **Sentencia Anticipada**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.